

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 22. desember 2006 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 12/2006.

**Síminn hf.**

**og**

**Og fjarskipti ehf.**

**gegn**

**Póst- og fjarskiptastofnun**

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf. dags. 16. ágúst 2006 og önnur frá Og fjarskiptum ehf. dags. 17. ágúst 2006 en í báðum kærnum er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 20. júlí 2006 kærð. Með ákvörðun þessari var meðal annars kveðið á um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á markaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaði 16).

Sökum þess að kröfur Og fjarskipta ehf. og Símans hf. beinast að mörgu leyti að sömu atriðum í ákvörðun PFS og sömu álitaefni koma til skoðunar var tekin sú ákvörðun að sameina málin fyrir nefndinni. Áður hefur verið tekið á kröfu Og fjarskipta um frestun réttaráhrifa þessarar ákvörðunar.

Aðalkrafa Símans hf. er að felld verði úr gildi kvöð um eftirlit með gjaldskrá Símans hf., sbr. kafla 2.1.5 í hinni kærðu ákvörðun. Verði þess í stað einvörðungu mælt fyrir um lækkun og jöfnun á lúkningarverðum Og fjarskipta ehf. niður í gildandi lúkningarverð Símans hf., þ.e. 8,92 kr. per mín., auk 0,68 kr. tengigjalds. Varakrafa félagsins er að allar ívilnandi breytingar sem nefndin kunni að ákveða gagnvart Og fjarskiptum ehf. nái einnig til Símans hf. og til þrautavara er þess krafist að hin kærða ákvörðun sé staðfest bæði hvað varðar þær kvaðir sem beinast að Símanum hf. og að Og fjarskiptum ehf.

Kærandi Og fjarskipti ehf. krefst þess að ákvörðun PFS um álagningu kvaða um jafnræði og eftirlit með gjaldskrá Og fjarskipta ehf., sbr. grein 2.1.3 og grein 2.1.5 í hinni kærðu ákvörðun, verði felldar úr gildi og málinu vísað aftur til PFS til meðferðar og ákvörðunar að nýju. Þá krafðist kærandi frestunar réttaráhrifa þar til niðurstaða úrskurðarnefndar lægi fyrir en eins og áður segir hefur þegar verið tekið á þeirri kröfu með sérstökum úrskurði nefndarinnar.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum beggja kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 20. júlí 2006.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttáð þannig að allir málsaðilar fái tækifæri á að tjá sig um málatilbúnað gagnaðila þar sem um gagnstæða hagsmuni er að ræða að nokkru leyti hjá öllum aðilum.

Þann 27. september s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd Símans hf. Páll Ásgrímsson hdl., fyrir hönd Og fjarskipta ehf., Dóra Sif Tynes hdl. og fyrir hönd PFS Jóhanna Halldórsdóttir lögfræðingur. Gerðu aðilar þar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær í stuttu máli og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að loknum málflutningi var svo ágreiningsmálið tekið til úrskurðar. Úrskurður hefur dregist einkum vegna anna formanns nefndarinnar.

### **1.0 Málavextir.**

Málavextir eru ítarlega raktir í hinni kærðu ákvörðun og þeim gögnum sem henni fylgja. Þykja því ekki efni til þess að reifa undirbúning ákvörðunar PFS né þá vinnu sem fram hafði farið í samstarfi við hagsmunaaðila. Verður látið nægja að taka fram að þann 20. júlí 2006 kvað PFS upp ákvörðun um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á markaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaði 16). Í þessari ákvörðun voru eftirfarandi kvaðir lagðar á kærendur:

1. Kvöð um að veita aðgang að GSM farsímaneti vegna lúkningar símtala sbr. 24. og g.lið 2.mgr. 28. gr. fjarskiptalaga
2. Kvöð um gagnsæi sbr. 29. gr. fjarskiptalaga
3. Kvöð um jafnræði sbr. 30. gr. fjarskiptalaga
4. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað sbr. 31. gr. fjarskiptalaga
5. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá sbr. 32. gr. fjarskiptalaga

Og fjarskipti ehf. tilkynnti nefndinni þann 10. ágúst 2006 um þá fyrirætlun sína að kæra þessa ákvörðun PFS og fékk leiðbeiningar hvernig haga skyldi framsetningu kærunnar. Þann 17. ágúst 2006 barst nefndinni síðan kæra félagsins. Í millitíðinni barst nefndinni einnig kæra Símans hf. dags. 16. ágúst 2006 og eru þessar kærur hér til umfjöllunar.

### **2.0 Málsástæður Og fjarskipta ehf.**

Málsástæður kæranda Og fjarskipta ehf. eru raktar í kæru félagsins dags. 17. ágúst 2006 og fara þeir hlutar hennar hér á eftir:

#### ***D. Málsástæður***

##### ***1. Almenn***

Líkt og áður greinir telur kærandi ákvörðun PFS um álagningu kvaða um eftirlit með gjaldskrá og jafnræði ekki vera rökstudda með fullnægjandi hætti. Jafnframt telur kærandi að stofnunin hafi ekki gætt meðalhófs við álagningu kvaðanna. Þá telur kærandi að málið hafi ekki verið rannsakað til hlítar. Er hér um verulega ágalla á hinni kærðu ákvörðun að ræða er valda ógildi hennar.

Kærandi gerir ekki ágreining um útnefningu kæranda með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir lúkningu símtala í eigin farsímaneti. Hins vegar telur kærandi niðurstöður markaðsgreiningar PFS byggja á rangri túlkun á markaðsaðstæðum og í vera andstöðu við meginreglur samkeppnisréttar og fjarskiptagerða EES. Af því leiðir að ákvörðun um kvaðir og þá sérstaklega kvöð um jafnræði og kvöð um eftirlit með gjaldskrá brýtur í bága við fjarskiptalög.

## **2. Reglur stjórnsluréttarins**

### **2.1. Rökstuðingur ákvörðunar og rannsókn**

Kærandi telur rökstuðningi framangreindrar ákvörðunar PFS vera verulega áfátt. Tilgangurinn með rökstuðningi stjórnvaldsákvörðunar er að aðili máls geti áttað sig á forsendum ákvörðunar, hvers vegna niðurstaða máls varð sú sem raun varð og í framhaldinu tekið afstöðu til hennar. Til þess að rökstuðningur sé fullnægjandi verður þannig að miða við að eftir lestur hans geti málsaðili skilið ákvörðunina fullkomlega enda hafi öll atriði sem máli skiptu fyrir niðurstöðuna komið þar fram. Af rökstuðningi á þannig að vera hægt að greina hvaða málsatvik, réttarheimildir og sjónarmið niðurstaðan byggðist á. Rýr rökstuðningur getur bent til þess að stjórnvald hafi ekki lagt fullnægjandi grunn að ákvörðuninni. Stjórnvöld eiga að taka allar þær málsástæður, sem aðilar færa fram og geta haft þýðingu fyrir málið til rökstuddrar úrlausnar.

Ákvörðun um álagningu umræddra kvaða styðst við niðurstöður PFS um samkeppnisvandamál sem í greiningu á viðkomandi markaði sem finna má í viðauka 1 við ákvörðunina. Einnig virðist sem PFS byggi að einhverju leyti á athugasemdum stofnunarinnar er fram koma í viðauka 3. Kærandi telur þessa framsetningu stofnunarinnar óskýra og brjóta í bága við reglur stjórnsluréttarins um rökstuðning ákvörðunar. Forsendur stofnunarinnar eru settar fram hér og þar í ákvörðuninni og viðaukum og því erfitt fyrir hlutadeigandi að átta sig á hverjar séu forsendur einstaka kvaða.. Þannig er t.d. ekki ljóst að hvaða marki stofnunin byggir á þeim sjónarmiðum er tilgreind eru í viðauka 3 við ákvörðunina. Jafnframt hefur ákvörðunin og viðaukar við hana að geyma ýmsar fullyrðingar sem ekki eru studdar neinum gögnum eða réttarheimildum heldur er útrekað vísað til þess að hitt og þetta sé mat PFS. Athugasemdum kæranda hefur ekki verið svarað nema að takmörkuðu leyti.

Kærandi telur PFS ekki hafa rannsakað málið með tilhlýðlegum hætti líkt og ákvæði 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 áskilur. Umboðsmaður Alþingis hefur í allmörgum úrskurðum talið leiða af rannsóknarreglu stjórnslulaga að stjórnvaldi ber 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 ákvarðanir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Páll Hreinsson, Stjórnslulögin. Skýringarrit, Reykjavík [1994], bl.s 115-116.

## 2.2. Meðalhóf

Samkvæmt 12. gr. stjórnáslaganna skal stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmatu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Í þessari mikilvægu reglu felst að stjórnvaldi ber að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra sem ákvörðun beinist gegn og velja það úrræði sem vægast er, þar sem vöð er fleiri úrræða sem þjónað geta því markmiði sem að er stefnt.<sup>2</sup> Meðalhófsreglan kemur ávallt til skoðunar þar sem efni ákvörðunar er að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds.<sup>3</sup>

Kærandi telur verulega skorta á að gætt hafi verið meðalhófs við töku umræddrar ákvörðunar. Ljóst er að efni ákvörðunarinnar er að verulegu leyti komið undir mati stjórnvalds. Allt að einu hefur PFS ekki tekið tillit til hagsmuna og réttinda kæranda né freistað þess að meta hvort vægari úrræði séu tæk í málinu. Hér er um verulegan ágalla á ákvörðuninni að ræða. Við þetta má bæta að meðalhófsreglan telst til grundvallarreglna EES réttarins jafnframt sem lögð er áhersla á að gætt sé að meðalhófi í fjarskiptalöggjöf EES sem fjarskiptalögum hér á landi er ætlað að innleiða. PFS ber því einnig skyldur til þess að gæta meðalhófs að EES rétti.

## 3. Nánar um hina kærðu ákvörðun

### 3.1. Mat á umtalsverðum markaðsstyrk

Í greiningu á markaði 16 gerir PFS grein fyrir þeim þáttum sem að mati stofnunarinnar hafa áhrif á mat á umtalsverðum markaðsstyrk. Að mati stofnunarinnar eru það einkum markaðshlutdeild, aðgangshindranir, möguleg samkeppni, samningsstyrkur kaupenda og verðþróun. Í ljósi þess að samkvæmt skilgreiningu umrædds markaðar í tilmælum ESA telst hvert og eitt farsímanet sérstakur markaður gerir kærandi ekki athugasemdir við niðurstöður stofnunarinnar að því er varðar markaðshlutdeild, aðgangshindranir, mögulega samkeppni og samningsstyrk kaupenda. Rétt er þó að vekja sérstaka athygli á ummælum stofnunarinnar um tengsl greiningar á markaði 16 við greiningu á markaði 15, þ.e. markað fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum. PFS tiltekur þannig að umræddar greiningar hafi verið unnar samhliða. Stofnunin hafi því ekki talið ástæðu til að greina alla þá þætti sem nefndir eru í leiðbeiningum ESA fyrir báða markaði. Báðir markaðir séu farsímamarkaðir og margir áhrifaþættir sem metnir voru í greiningu á markaði 15 varði stöðu á farsímamarkaðinum almennt og hafi því einnig áhrif á stöðu fyrirtækja á viðkomandi markaði. Síðan tiltekur stofnunin að sumir þættir sýni fram á sterka stöðu Símans á farsímamarkaði en aðrir sýni að bæði fyrirtækin séu sterk.

Kærandi telur framangreind ummæli PFS um meinta sterka stöðu kæranda á markaði 15 óskiljanleg í ljósi þess að samkvæmt frumdrögum að greiningu á markaði 15 kemst stofnunin að þeirri niðurstöðu að Síminn njóti einn umtalsverðs markaðsstyrks á markaði 15. Kærandi telur þá niðurstöðu skipta máli við greiningu á markaði 16 enda nýtur kærandi ekki þeirrar stöðu á markaði 15 að geta starfað án tillits til keppinauta og viðskiptavina líkt og Síminn. Tilvísun til einhvers konar “sterkrar stöðu” kæranda á markaði 15 er því órökstudd og án þýðingar í málinu.

<sup>2</sup> Páll Hreinsson, bls. 147.

<sup>3</sup> Páll Hreinsson, bls. 149.

*Ummæli PFS um verðþróun á lúkningargjöldum og áhrif þess þáttar á mat á markaðsstyrk telur kærandi vera bæði röng og órökstudd.*

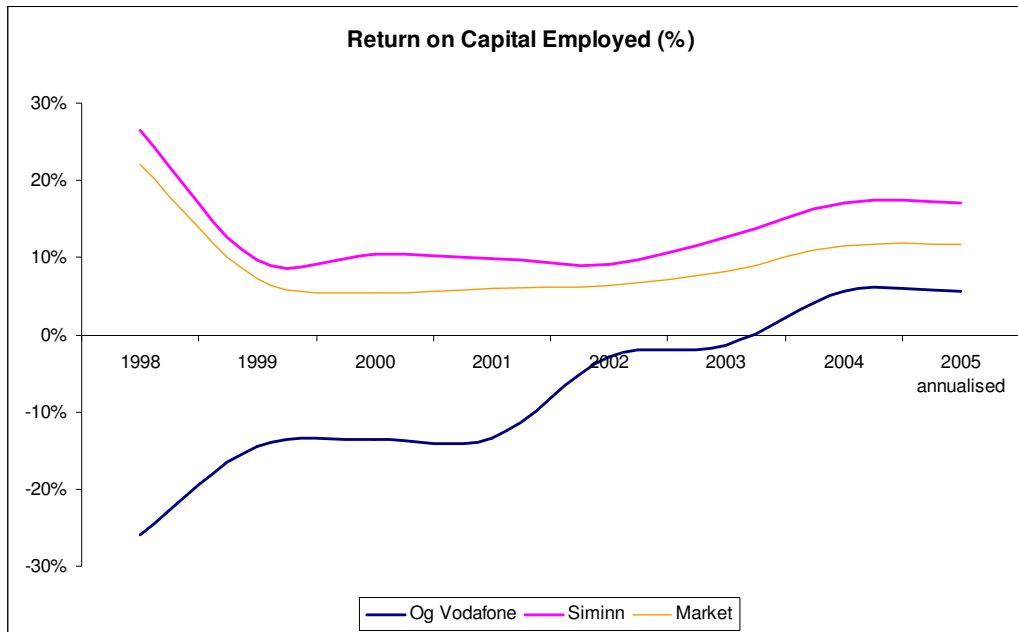
*Fyrst ber að telja þá fullyrðingu stofnunarinnar að sá verðmunur sem er á lúkningarverði Símans og kæranda, um 36,4%, sé of mikill og ekki ásættanlegur fyrir þau fjarskiptafyrirtæki sem þurfi að kaupa lúkningu af kæranda og notendur í viðskiptum hjá þessum fyrirtækjum. Líkt og fram hefur komið í athugasemdum kæranda við frumdrög að greiningu á markaði 16 og umræðuskjal um verðsamanburð og aðlögun skýrist umræddur munur á lúkningargjöldum félaganna af mismunandi kostnaði við lúkningu sem rekja má m.a. til mismunandi stærðar þeirra, afkomu, fjölda viðskiptavina og innkomu á markað. Þá hefur einnig verið bent á að mismunandi lúkningargjöld farsímafyrirtækja séu velþekkt í Evrópu, sérstaklega á mörkuðum þar sem verulegur munur er á markaðshlutdeild farsímafyrirækja. Þannig hefur til dæmis norska fjarskiptaeftirlitið ákvarðað mismunandi verðþak á lúkningargjöld Telenor annars vegar og Netcom m.a. með vísan til mismunandi markaðshlutdeildar. Mismunandi lúkningargjöld voru staðfest af norska samgönguráðuneytinu m.a. með vísan til þess að ellegar væru möguleikar Netcom til að keppa við Telenor verulega skertir.<sup>4</sup> PFS hefur ekki freistað þess að rökstyðja framangreinda fullyrðingu með neinum hætti, t.d. með því að sýna fram á hvers vegna mismunandi lúkningargjöld séu ekki ásættanleg fyrir neytendur. Þá hefur PFS ekki rannsakað áhrif þeirra þátta er kærandi vísar til í þessu sambandi.*

*PFS kemst að þeirri niðurstöðu með vísan til verðþróunar lúkningargjalda hér á landi og samanburðar á meðallúkningarverðum í Evrópu að margt bendi til að verð fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanet hér á landi sé hærra en kostnaður gefi tilefni til. Í því sambandi megi benda á að símtöl milli GSM farsímakerfa hafi 2,5 faldast á árunum 2000 til 2004 á sama tíma og lúkningarverð hafi hækkað hjá kæranda um 1,6% en lækkað um 26,7% hjá Símanum. Að auki verði að telja að tvöfalt hærra smásöluverð fyrir símtal í farsíma í öðru neti ráðist að töluverðu leyti af háum lúkningarverðum miðað við það sem gildir ef upphaf og lúking á sér stað innan sama nets sem grundvallast frekar á því hvernig fyrirkomulag á innheimtu þeirra símtala er háttað (CCP reglan) heldur en á raunkostnaði. Símtöl með upphaf og lúkningu í sama farsímaneti virðist vera niðurgreidd á meðan verðaðgreiningu sé beitt gagnvart utanaðkomandi umferð með því að verðleggja lúkningu símtala úr öðrum netum mun hærra en innan sama nets.*

*Kærandi hefur í athugasemdum sínum margsinnis gert grein fyrir því að hann geti ekki fallist á framangreinda túlkun PFS. Þannig hefur kærandi sýnt fram á með tölulegum hætti að umtalsvert tap var á rekstri forvera kæranda enda var afkoma kæranda og forvera þess neikvæð allt til ársins 2004. Eftirfarandi skýringarmynd sýnir arðsemi farsímaft. á árunum 1998 til 2005.*

---

<sup>4</sup> Ákvörðurn frá 20. apríl 2006 – sjá skjal 9.



Af þessari mynd má glöggjt sjá að arðsemi farsímareksturs Símans hf. var gríðarlega mikil fram að innkomu fyrsta keppinautarins, Tals hf., á markað. Sú lækkun sem verður á á árinu 1999 má eflaust rekja til innkomu keppinautarins. Þá benda framangreindar tölur til þess að lúkningargjöld kæranda hafi verið undirverðlögð á fyrstu starfsárum forvera hans. Framangreindar ályktanir PFS verða þannig ekki studdar neinum tölulegum gögnum. Jafnframt hefur PFS látið hjá líða að rannsaka með fullnægjandi hætti hvort yfirverðlagning eigi sér stað. Hafa ber í huga í þessu sambandi að drög að markaðsgreiningu voru birt til umsagnar í byrjun júlí 2005 rúmu ári eftir að stofnunin hófst handa við greiningu markaðar 16. Ákvörðun PFS er tekin rúmu ári síðar. Verður að telja að á þeim tíma hefði stofnuninni verið í lófa lagið að kalla eftir tölulegum gögnum og skoða nánar kostnaðarlegar forsendur fyrir verðlagningu lúkningargjalda kæranda.

Að því er varðar samanburð við meðallúkningargjöld í Evrópu þá telur kærandi þá staðreynd að lúkningargjöld á Íslandi voru í 15. sæti af 30 löndum á árinu 2005 ekki færa sönnur fyrir því að lúkningargjöld hér á landi séu yfirverðlögð. Í fyrsta lagi ber að líta til þess að tölur PFS eru fengnar úr athugun IRG (Independent Regulators Group) á lúkningargjöldum í Evrópu 1. júlí 2005. Á þeim tíma var gengi íslensku krónunar verulegra lægra en það er í dag.<sup>5</sup> Þá hefur PFS ekki fært nein hagfræðileg rök fyrir því hvers vegna lúkningargjöld hér á landi eigi að vera meðal þeirra lægstu í Evrópu. Líkt og kærandi hefur margsinnis bent á verður þvert á móti að ætla að kostnaður vegna lúkningar hér á landi sé töluvert meiri en í samanburðarlöndunum vegna rekstrarskilyrða hér á landi sem ráðast af dreifðri byggð, stóru landsvæði og smæð markaðar. Að því er varðar meinta yfirverðlagningu á lúkningu símtala úr öðrum farsímanetum hefur kærandi bent á í athugasemdum sínum að verðlagning lúkningargjalda í farsímanetum er háð samkeppnisskilyrðum á skyldum markaði. Lúkningargjöld draga þannig dóm af þeirri stefnu sem fyrirtæki markar sér til þess að freista þess að fá fleiri áskrifendur að þjónustu sinni. Innheimti þjónustuveitandi ekki

<sup>5</sup> Í athugun IRG kemur fram að miðað sé við gengi krónu gagnvart evru 78,64 kr. Sjá <http://irgis.anacom.pt/admin/attach/385.pdf>.

fullt verð fyrir lúkningu símtals úr öðru neti hefur það þau áhrif að áskrifendur hans eru ekki eins arðbærir og áskrifendur annarra neta. Kemur þar til skoðunar áhrif ytra umhverfis nets (e. network externalities). Hagfræðingar eru almennt sammála um að mismunandi verðlagning á símtölum innan og utan kerfis sé helst vandamál þegar í hlut á farsímafyrtæki með mikla markaðshlutdeild enda öðlast fyrirtækið með þessu móti samkeppnislegt forskot á minni keppinauta þar sem neytendur sjái sér ekki hag í að skipta um þjónustuveitanda í ljósi þess að þeir geti tengst mun fleiri notendum á innan kerfis verði.<sup>6</sup>

PFS greinir frá því að það sé mat stofnunarinnar að lægra heildsöluverð fyrir lúkningu símtala þurfi ekki að öðru óbreyttu að draga úr heildartekjum farsímafyrtækja ef verðlækkunin leiði til aukinnar farsímanotkunar í mínútum talið. Stofnunin vísar síðan til könnunar á meðal mánaðarlegri notkun í nokkrum löndum. Ekki er ljóst hvaðan upplýsingar stofnunarinnar koma eða hvaða forsendur voru lagðar til grundvallar matinu en stofnunin virðist hafa fundið fjögur lönd þar sem mánaðarleg mínútunotkun er hærri en á Íslandi, þ.e. Finnland, Frakkland, Írland og Bretland. PFS telur þetta gefa vísbandingu um að möguleiki sé á því að auka töluvert farsímanotkun frá því sem nú er og að það væri m.a. hægt með því að lækka lúkningargjald fyrir símtöl milli farsímaneta.

Líkt og áður segir er með öllu ómögulegt að leggja mat á framangreindar tölur enda er hvorki greint frá aðferðarfræði eða forsendum könnunarinnar. Þannig er t.d. ekki greint frá því hvort mínútunotkun í umræddum löndum hafi aukist í kjölfar lækkunar lúkningarverðs. Athygli vekur hins vegar að PFS tekst einungis að finna fjögur lönd í Evrópu þar sem mínútunotkun er hærri en á Íslandi. Þannig virðist mínútunotkun hér á landi t.d. vera u.þ.b. helmingi meiri en í Þýskalandi. Allt að einu hefur kærandi margsinnis bent á að aukin umferð í farsímanetum hér á landi, sem PFS hefur tilgreint að sé 2,5 föld frá árinu 2000 til 2004, hefur ekki leitt til verulegrar tekjuaukningar enda má hana að mestu leyti rekja til aukins framboðs frímínútna. Reyndar getur PFS þess í greiningunni að stofnunin hafi ekki kannað sérstaklega áhrif símtala innan kerfis gagnvart símtölum utan kerfis. Er hér um verulegan ágalla á málsmeðferð PFS að ræða.

PFS getur þess hins vegar að stofnunin hafi í tveimur neytendakönnunum sem IMG Gallup hafi gert fyrir stofnunina greint að viðskiptavinir kæranda séu heldur meðvitaðri um kostnað við að hringja í farsíma í sama neti eða öðru neti og bregðist að einhverju leyti við því. Þetta sé hins vegar ekki í það miklum mæli að það breyti þeirri ályktun stofnunarinnar að notendur virðist ekki gera sér grein fyrir því hvað það kosti að hringja úr farsíma og þótt flestir viti að það sé dýrara að hringja á milli farsímaneta þá virðist það ekki breyta miklu hvort notandi viti í hvaða farsímanet hann er að hringja. Þannig sé það mat PFS að mismunandi áskrifarleiðir og flókin tilboð dragi úr möguleikum notenda til að átta sig á kostnaðinum við að hringja í og úr farsíma.

Nánar er greint frá framangreindum könnunum í umfjöllun um mat á staðgöngu í eftirspurn á smásölustigi. Ekki er greint frá forsendum könnunar, hvaða úrtak var

<sup>6</sup> Sjá t.d. niðurstöðu norska fjarskiptaeftirlitsins í ákvörðun um umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 16. Ákvörðunina má nálgast á [http://www.npt.no/iKnowBase/Content/Marked16\\_vedtak\\_om\\_virkemidler190905.pdf?documentID=45626](http://www.npt.no/iKnowBase/Content/Marked16_vedtak_om_virkemidler190905.pdf?documentID=45626). – údrátt er að finna á skjali 8.





Í hinni kærðu ákvörðun kemst PFS að þeirri niðurstöðu að samkeppnisvandamál á markaði 16 megi einna helst rekja til þess að farsímafélögin séu með einokun á lúkningu símtala í eigin neti og geti því boðið þjónustu sína að verulegu leyti án þess að taka tillit til viðskiptavina og keppinauta. Þessi einokunarstaða gefi farsímafélögunum kleift að krefjast hærri lúkingarverðs en hægt væri ef til staðar væri samkeppnislegur þrýstingur. Nokkur atriði eru talin benda sérstaklega til þess að lúkingarverð séu of há. Í fyrsta lagi séu þau of há í samanburði við verð fyrir innankerfissímtöl. Í öðru lagi sé Ísland ekki í hópi þeirra Evrópulanda sem eru með lægstu meðallúkingarverð. Í þriðja lagi hafi frumkostnaðargreiningar á lúkingarverði Símans og kæranda innihaldi m.a. óhagræði sem PFS telji ekki eðlilegt að tekið sé tillit til miðað við núverandi lagakröfur um hagkvæman rekstur.

Að mati PFS sé yfirverðlagning á símtölum sem eiga sér uppruna í öðrum farsímanetum en þeim sem lúkning þeirra fer fram í. Það sé álit stofnunarinnar að kostnaður vegna símtala milli neta réttlæti ekki u.þ.b. tvöföldun á verði þeirra miðað við símtöl innan sama farsímanets. Að mati stofnunarinnar sé þetta m.a. afleiðing af því fyrirkomulagi sem er á greiðslu fyrir lúkningu símtals eða CCP reglunni og lítilli verðvitund neytenda. Kostnaðinum sé velt yfir á þá notendur sem tengdir séu öðrum farsíma- eða fastlínunetum. Sá mikli munur sem sé á lúkingarverðum farsímafyrirtækjanna hafi einnig skaðleg áhrif á neytendur. Neytendur eigi erfitt með að gera sér grein fyrir því hvað símtal kostar þar sem smásöluverð endurspeglir lúkingarverð félaganna fyrir utanaðkomandi umferð og mismunur á verði fyrir símtöl innan farsímanets og utan skapi ógagnsæi þar sem ekki sé víst að sá sem hringir geti gert sér grein fyrir því í hvaða farsímanet hann sé að hringja hverju sinni. Þetta dragi úr gagnsæi og hreyfanleika notenda og skaði hagsmuni þeirra. Að mati PFS virðist símtöl með upphaf og lúkningu í sama farsímaneti vera niðurgreidd á meðan verðaðgreiningu sé beitt gagnvart utanaðkomandi umferð. Of há lúkingarverð geti einnig haft áhrif á innkomu nýrra þjónustuaðila á markaðinn, bæði fælt þá frá markaði eða takmarkað möguleika þeirra til að starfa þar í samkeppni við önnur fyrirtæki og vinna sér markaðshlutdeild. Að mati PFS bendi framangreint til þess að verð fyrir lúkningu símtala í farsímanetum séu hærri en kostnaður gefi tilefni til.

Af framangreindum ummælum má ráða að PFS telji einkum tvenns konar samkeppnisvandamál vera til staðar á markaði 16, yfirverðlagningu á lúkingargjöldum og yfirverðlagningu og mismunun við verðlagningu lúkingar á símtölum innan og utan kerfis. PFS bendir á í viðaukum 2 og 3 að stofnuninni sé ekki nauðsynlegt að sýna fram á að markaðsráðandi staða hafi verið misnotuð heldur eingöngu að þær aðstæður séu til staðar sem geri markaðsráðandi fyrirtækjum mögulegt að misnota styrk sinn. Kærandi telur hins vegar einsýnt að ummæli PFS um yfirverðlagningu á lúkingargjöldum kæranda og mismunun við verðlagningu lúkingar á símtölum innan nets og utan beri með sér að stofnunin byggi á því að misnotkun markaðsráðandi stöðu hafi átt sér stað. PFS heldur því þannig fram að lúkingargjöld kæranda séu of há og það sé óásættanlegt fyrir bæði keppinauta og viðskiptavini. Jafnframt heldur PFS því fram að yfirverðlagning eigi sér stað í verðlagningu lúkingar símtala sem eiga uppruna sinn í öðrum netum. Þessar fullyrðingar stofnunarinnar eru hins vegar ekki studdar neinum gögnum eða hagfræðilegum greiningum líkt og reglur samkeppnisréttarins áskilja.

Samkvæmt almennum hagfræðikenningum er um yfirverðlagningu að ræða verðlagning fyrirtækis er hærri en kostnaður réttlætir og hagnaður þess því hærri en ætla má að væri ef um fullkomna samkeppni á markaði væri að ræða. Lykilatriði við mat á því hvort um yfirverðlagningu sé að ræða eru því mat á því hver sé kostnaður við veitingu tiltekinnar þjónustu og könnun á því hver hagnaður fyrirtækisins er. PFS styður fullyrðingar sínar hins vegar engum slíkum gögnum heldur vísar eingöngu til þess að verð lúkningargjaldanna hafi verið stöðugt og að þau séu ekki meðal hinna lægstu í Evrópu. Þrátt fyrir að PFS beri ekki skylda til þess að sýna fram á að misnotkun markaðsráðandi stöðu hafi átt sér stað heldur einungis að hún sé möguleg verður að gera þá kröfu að fullyrðing um að yfirverðlagning eigi sér stað sé studd fullnægjandi gögnum. Þetta á sérstaklega við í tilfalli kæranda þar sem PFS byggir ákvörðun um nálægt helmingslækkun á lúkningargjöldum á framangreindri niðurstöðu. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að það er eðli markasstyrks (e. source of market power) sem ræður því hvaða kvaðir teljast viðeigandi hverju sinni. Þannig er verulegur munur á því hvort PFS komist að þeirri niðurstöðu að lúkningargjöld séu yfirverðlögð eða hvort talið sé að markaðsaðstæður séu þess eðlis að þær geti leitt til of hárra lúkningarverða.

Þá ber og að geta þess að hagfræðingar eru almennt sammála um að yfirverðlagning á lúkningargjöldum séu frekar samkeppnisvandamál gagnvart notendum fastlínu. Lúkningargjöld séu stærri hluti mínútgjalds þess er fastlínunotendur greiði fyrir að tengjast farsímanetum en þegar um er að ræða símtöl á milli farsímaneta. Þetta leiði til þess að símtöl úr fastlínu í farsíma verði færri en æskilegt er frá hagfræðilegu sjónarmiði. Vandamálið er hins vegar ekki talið vera fyrir hendi að sama skapi að því er varðar símtöl milli farsíma þar sem fyrirtækin keppi á markaði fyrir upphaf og aðgang að farsímanetum (markaður 15).<sup>7</sup> Í ljósi þess að PFS hefur samkvæmt drögum að greiningu á markaði 15 í hyggju að útnefna Símann sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk er niðurstaða stofnunarinnar að því er varðar lúkningargjöld kæranda óskiljanleg. Ákvörðun PFS um umtalsverða lækkun lúkningargjalda kæranda sem hvorki byggir á greiningu á afkomu kæranda né kostnaðgreiningu lúkningargjaldanna er þannig til þess fallin að veikja samkeppnisstöðu kæranda umtalsvert á markaði 15 þar sem þegar er ófullkomin samkeppni vegna umtalsverðs markaðsstyrks keppinautarins.

Líkt og að framan greinir telur PFS að símtöl með upphaf og lúkning í sama neti séu niðurgreidd en verðaðgreiningu beitt gagnvart utanaðkomandi umferð. Þetta dragi úr gagnsæi og dragi úr hreyfanleika neytenda. Kærandi telur umræddar fullyrðingar með öllu órökstuddar. Kærandi hefur áður bent á að stofnunin hefur látið hjá líða að kanna þann þátt sem kærandi telur ráða mestu við val á þjónustuveitanda þ.e. mánaðarlegan kostnað neytenda. Kærandi telur þau vandamál sem PFS greinir fyrst og fremst komin til vegna þess að ófullkomin samkeppni ríkir á markaði 15 enda er stofnunin að fjalla um mismunandi smásöluverð á símtölum innan og utan nets. Alkunna er að mismunandi verðlagning símtala innan og utan nets er leið smærri farsímafyrirtækja til að auka verðmæti eigin nets og þar með draga að fleiri áskrifendur. Mismunun í verðlagningu er þannig frekar talin vera vandamál gagnvart fyrirtækjum með lága markaðshlutdeild.<sup>8</sup> Í þessu sambandi er rétt að benda á að norska fjarskiptaeftirlitið taldi ekki nauðsynlegt að kveða á um jafnræði

<sup>7</sup> Sjá t.d. ummæli í skýrslu ERG um kvaðir, bls. 35 – 36. Úrdráttur í skjali 10.

<sup>8</sup> Ibid.

*lúkningargjalda innan og utan nets í ákvörðun þess um kvaðir á markaði 16.<sup>9</sup> Vísaði eftirlitið til þess að það væri nægjanlegt að leggja á kvöð um eftirlit með gjaldskrá til þess að koma í veg fyrir hugsanleg vandamál vegna verðmismunar.*

### **3.3. Kvaðir**

#### **3.3.1. Almennt**

*Líkt og greint er frá hér að framan ber PFS að sýna fram á að þær kvaðir sem stofnunin hyggst leggja á fjarskiptafyrirtæki byggja á eðli þeirra samkeppnishindranna sem stofnunin hefur greint, að gætt sé meðalhófs (e. proportionality) og að unnt sé að réttlæta kvaðirnar í ljósi þeirra meginmarkmiða sem fram eru sett í Rammatilskipuninni. Sérstaklega er lögð áhersla á að við álagningu kvaða verði að gæta meðalhófs og að verið sé að vinna að lögmætu markmiði. Viðkomandi kvöð verður þannig að vera nauðsynleg en jafnframt sú sem felur í sér minnstu byrðar fyrir viðkomandi fyrirtæki.<sup>10</sup> Kvaðir eiga samkvæmt þessu að vera til þess fallnar að ráða bót á þeim samkeppnisvandamálum sem stofnunin hefur greint á viðkomandi markaði.*

*Í hinni kærðu ákvörðun segir að PFS hyggist með heimild í 32. gr. fjarskiptalaga að leggja þá kvöð á kæranda að lækka lúkningarverð í GSM farsímanet sitt í úr kr. 12,10 í kr. 7,49 fyrir júní 2008. Lækkunin skuli fara fram í fjórum þrepum. Jafnframt skuli tengigjald kæranda lækka með jöfnu millibili þar til það falli niður fyrir 1. júní 2008. Jafnframt telur PFS rétt að taka fram vegna framkominna athugasemda ESA stofnunin telji rétt að styðjast við verðsamanburð við ákvörðun á lúkningargjöldum fyrst um sinn. Að mati PFS sé það sú aðferð sem sé minnst íþyngjandi, einföld og gefi kost á að niðurstaða fái á tiltölulega skömmum tíma. PFS muni fylgjast vel með árangri af framangreindri aðferð og ef viðunandi árangur náist ekki hyggist stofnunin krefjast þess að félögin geri kostnaðarlíkan samkvæmt LRIC aðferðarfræði miðað við hagkvæmlega rekið fyrirtæki og ákveða verð með hliðsjón af því. Í viðauka 2 er að finna lýsingu á aðferðarfræði við verðsamanburð og aðlögunartíma fyrir lækkun lúkningarverðs. Þar ítrekar PFS að stofnunin telji rétt að styðjast við verðsamanburð fyrst um sinn. Að mati stofnunarinnar sé það sú aðferð sem sé minnst íþyngjandi fyrir fyrirtækin, sé einföld og gefi kost á að niðurstaða fái á tiltölulega skömmum tíma. LRIC sé bæði kostnaðarsöm og tímafrek aðferð og miðað við stærð og afskastagetu PFS telji stofnunin ekki forsvaranlegt að styðjast við þá aðferð nema aðrar kostnaðar- og umfangsminni aðferðir séu fullreyndar. Hvað varði sögulega kostnaðargreiningu þá telji PFS að sú aðferð sé álíka kostnaðarsöm og tímafrek og LRIC aðferðin og í ljósi þess að framkvæmdastjórn ESB hafi mælt með því að stuðst sé við LRIC kostnaðarlíkan á markaði 16 en ekki sögulega kostnaðargreiningu þá telji PFS ekki koma til greina að styðjast við sögulega kostnaðargreiningu.*

*Líkt og áður greinir þarf kvöð sem lögð er á fjarskiptafyrirtæki í samræmi við fyrirmæli fjarskiptalaga að vera til þess fallin að mæta þeim samkeppnisvandamálum*

<sup>9</sup>Sjá nánar ákvörðun norska fjarskiptaftirlitsins frá 19. september 2005 Ákvörðunina má nálgast á [http://www.npt.no/iKnowBase/Content/Marked16\\_vedtak\\_om\\_virkemidler190905.pdf?documentID=45626](http://www.npt.no/iKnowBase/Content/Marked16_vedtak_om_virkemidler190905.pdf?documentID=45626). – úrdráttur á fylgiskjali 6.

<sup>10</sup>Sbr. bls. 14 í Tilmælunum: “...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.”

sem PFS hefur greint á viðkomandi markaði. Hér að framan er gerð grein fyrir þeim samkeppnisvandamálum sem stofnunin telur sig hafa hnotið um á markaði 16. Eru það annars vegar yfirverðlagning á lúkningargjöldum og hins vegar mismunandi verðlagning símtala innan og utan nets. PFS telur verðvitund neytenda ekki benda til þess að lúkningargjöldum sé veitt samkeppnislegt aðhald af neytendum. Þá hefur og komið fram að PFS telur mun á lúkningargjöldum kæranda og keppinautarins vera vandamál þar sem hann dragi úr gagnsæi, þ.e. neytendur eigi erfitt með átta sig á kostnaði.

Kærandi telur PFS ekki hafa sýnt fram á að þær kvaðir sem hér eru til umfjöllunar, þ.e. eftirlit með gjaldskrá og jafnræðiskvöð séu til þess fallnar að mæta framangreindum samkeppnisvandamálum. Í fyrsta lagi ber að líta til þess að ekki er einsýnt að lækun lúkningargjalda leiði til lækunar smásöluverðs, líkt og stofnunin reyndar viðurkennir í hinni kærðu ákvörðun. Í öðru lagi verður ekki séð að jöfnun lúkningargjalda tryggi breytingar á smásölugjaldskrá eða auki gagnsæi. Í þessu sambandi má benda á að Síminn hefur nýverið breytt áskrifartilboðum í farsíma.<sup>11</sup> Hin nýja framsetning Símans byggir á því að áskrifendur greiði fast mánaðargjald sem innifelur ákveðið margar mínútur í samtöl hvort sem er í fastlínu, GSM innan kerfis eða utan auk tiltekins fjölda SMS. Gefin er upp verðskrá fyrir umframnotkun. Þar kemur t.d. fram að Síminn hefur hækkað símtöl í fastlínu um ríflega 30%. Í skilmálum er ekki útlistað hvernig umframnotkun verði gjaldfærð. Í þjónustuveri Símans fengust þó þau svör að ákveðinni reiknireglu væri beitt í því sambandi þannig að inniföldum mínútuþjölda væri skipt niður á þessa þrjá flokka og umframnotkun síðan rúkuð samkvæmt gjaldskrá. Ekki fengust nánari upplýsingar um hver reiknireglan væri. Kærandi telur þessa breytingu á áskrifarfyrirkomulagi farsímaþjónustu Símans sýna glögglega að lækun eða jöfnun lúkningarverða er ekki til þess fallin að ráða bót á framangreindum samkeppnisvandamálum, þ.e. ógagnsæi smásöluverða. Eina leiðin til að ráða bót á því væri að PFS ákveddi smásölugjaldskrá fyrirtækjanna. Slíkt er hins vegar ekki tækt að lögum og stangast á við það meginmarkmið fjarskiptalöggjafar að auka samkeppni á markaði. Það breytir hins vegar engu um að PFS ber skylda til að sýna fram á hvers vegna þær kvaðir sem stofnunin hyggst leggja á fyrirtæki á heildsölumarkaði séu nauðsynlegar og að hvaða leyti þær séu til þess fallnar að ráða bót á samkeppnisvandamálum.

### 3.3.2. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá

#### 3.3.2.1. Almenn

Skv. 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár og kvaðir um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs ef að markaðsgreining gefur til kynna að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Skv. 2. mgr. 32. gr. hvílir sönnunarbyrði á fyrirtæki krefjist stofnunin þess að gjaldskrá miðist við kostnað ásamt hæfilegum hagnaði. Í 3. mgr. 32. gr. segir að stofnunin geti krafist þess að fyrirtæki geri kostnaðarlíkan við útreikning á verði. 4. mgr. 32. gr. kveður svo á um að stofnunin geti við útreikninga á kostnaði tekið mið af rekstri sambærilegrar þjónustu sem telst hagkvæmlega rekin, tekið mið af gjaldskrám á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar

<sup>11</sup> <http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/askrift/>

*aðferðum fjarskiptafyrirtækisins. Með vísan til 3. gr. samningsins um Evrópska efnhagssvæðið sem og bókunar 35 við samninginn ber að skýra umrætt ákvæði til samræmis við Rammatilskipunina. Kærandi telur ákvörðunina ekki samrýmast framangreindum lagafyrirmælum.*

*Markmið verðstýringar er að grípa inn í aðstæður á markaði þar sem samkeppni er ófullkomin. Íhlutun eftirlitsaðila á markaði miðar þannig að því að tryggja neytendum það verð sem samkeppni á markaði myndi skila þeim. Til þess að þetta sé unnt verður að taka mið af þeim kostnaði sem hagkvæmlega rekið fyrirtæki hefði af veitingu þjónustunnar enda fæst með því það verð sem ætla má að samkeppni myndi skila neytendum. Í besta falli er verðsamanburður því ófullkomin aðferð til þess að ákvarða lúkningarverð. Jafnframt er forsenda þess að verðsamanburður sé tækur að unnt sé að greina sambærilega markaði eins og áskilið er í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga.*

*Líkt og áður greinir hefur framkvæmdastjórn ESB mælt með því að stuðst sé við LRIC kostnaðarlíkan á markaði 16 og hafa flestar eftirlitsstofnanir á sviði fjarskipta í Evrópu valið þá leið. PFS tiltekur í viðauka 2 þrjár eftirlitsstofnanir sem hafi beitt verðsamanburði. Þannig hafi eftirlitsstofnunin á Spáni notað samanburðaraðferð sem millistig fyrir eitt farsímafyrirtæki sem þar væru ekki til samþykkt bókhaldsgögn. Eftirlitsstofnunin í Portúgal noti verðsamanburðaraðferð tímabundið eða í rúmlega ár þar til kostnaðargreining eigi að vera tilbúin. Danska fjarskiptaeftirlitið hafi einnig kynnt drög að aðferðarfræði sem byggji á verðsamanburði. Kærandi telur tilvísun til framkvæmdar framangreindra stofnanna ekki fela í sér rökstuðning fyrir niðurstöðu PFS um beitingu verðsamanburðar sem aðferð við ákvörðun lúkningargjalda kæranda. Atvik eru þannig ekki sambærileg við aðstæður bæði á Spáni og í Portúgal. Til að mynda studdist spænska eftirlitsstofnunin við verðsamanburð við önnur fjarskiptafyrirtæki á Spáni sem þegar hafði verið lögð á kvöð um kostnaðargreint verð. Þá ber og að geta þess að framkvæmdastjórn ESB gerði athugasemdir við aðferðarfræði danska fjarskiptaeftirlitsins og hvatti eftirlitið til þess að skoða hvort ekki væri réttara að miða við aðferðarfræði er tengdist undirliggjandi kostnaði farsímafyrirtækjanna.*

*Í viðauka 2 segir PFS að stofnunin telji nauðsynlegt að beita verðsamanburði núna til að tryggja hagsmuni neytenda, koma á skilyrðum fyrir virkari samkeppni á farsíma markaði og stuðla að innkomu fleiri sjálfstæðra þjónustuaðila á markaðinn. PFS hyggist fylgjast vel með árangri af þessari aðferð til verðstýringar. Ef ekki náist viðunandi árangur hyggist stofnunin krefjast þess að fyrirtækin geri kostnaðarlíkan samkvæmt LRIC aðferðarfræði miðað við hagkvæmlega rekið fyrirtæki og ákvarða verð með hliðsjón af því. Auk þess telji stofnunin rétt að stefna að því að LRIC kostnaðargreining verði tekin upp til að ákvarða lúkningarverð í GSM farsímanetum hér á landi innan 2 ára, þ.e.a.s. við lok aðlögunartímans. Þessi ummæli stofnunarinnar stangast alfarið á við ummæli stofnunarinnar síðar í viðaukanum. Þar segir, líkt og áður hefur verið greint frá, að stofnunin telji ekki forsvaranlegt að styðjast við LRIC aðferðarfræði vegna stærðar og afkastagetu PFS fyrr en aðrar kostnaðar- og umfangsminni aðferðir séu fullreyndar. Kærandi er þannig í fullkominni óvissu um hvort og þá hvenær stofnunin hyggist miða ákvörðun um lúkningarverð við kostnað. Á meðan þarf kærandi að sæta því að miða lúkningarverð sín við þau lægstu í Evrópu án tillits til raunkostnaðar við rekstur farsímaneta hér á landi.*

PFS heldur því og fram í viðauka 2 að verðsamanburður sé tæk aðferð með vísan til þess að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafi samþykkt slíka aðferð í máli nr. 5/2006 um samtengigjöld Símans í fastanetinu. Að mati kæranda er umrædd tilvísun með öllu óskiljanleg. Í fyrsta lagi háttaði svo til í umræddu máli að PFS krafðist þess að Síminn færði kostnaðarleg rök fyrir tilteknum hækkunum á samtengigjöldum og hafnaði því að Síminn styddist við verðsamanburð við ákvörðun gjaldskrár. Úrskurðarnefndin hafnaði kröfu Símans um ógildingu ákvörðunar PFS með vísan til þess að þau gögn sem lögð hefðu verið fram samkvæmt verðsamanburðar eða “benchmark” aðferð hefðu ekki nægt til þess að renna stöðum undir nauðsyn á áformuðum hækkunum. Ekki verður þannig séð að úrskurðarnefndin hafi í umræddri ákvörðun lagt almenna blessun á verðsamanburð sem verðstjórnunartæki.

Kærandi telur og nauðsynlegt að áréttu að tilvísun til smæðar og afkastagetu PFS við val á viðeigandi kvöð er með öllu fráleit. Ekki verður séð af fjarskiptalögum, EES gerðum, tilmælum og leiðbeiningu ESA og framkvæmdastjórnar ESB að málefnalegt sé að miða við stærð eftirlitsstofnunar við val á því hvaða kvöð hæfi best tilteknu samkeppnisvandamála. Hafa ber í huga að verðstýring er það úrræði fjarskiptalöggjafar sem er mest íþyngjandi fyrir fjarskiptafyrirtæki enda er með því móti verið að handstýra viðskiptaákvörðunum viðkomandi fyrirtækis. Að ákvörðun um val á leið að verðstýringu byggji á þeim forsendum að eftirlitsstofnun treysti sér ekki í nauðsynlega vinnu vegna kostnaðargreiningar er með öllu óásættanlegt. Það vekur jafnframt furðu að svo virðist sem afstaða stofnunarinnar til kostnaðargreininga sé mismunandi frá máli til máls sbr. framangreinda umfjöllun um mál nr. 5/2006. Þetta skýtur stöðum undir þá niðurstöðu að val PFS á verðsamanburði sem verðstýringaraðferð byggji ekki á málefnalegum sjónarmiðum.

#### 3.3.2.2 Aðferðarfræði PFS

Samkvæmt viðauka 2 felst aðferðarfræði PFS við verðsamanburð í því að fundnir séu sambærilegir markaðir á grundvelli ákveðinna skilyrða og meðallúkningarverð á þeim mörkuðum borin saman. Valið takmarkist við lönd sem náð hafi ákveðnu þróunarstigi með hliðsjón af þjóðarframleiðslu. Þegar valið hafi verið afmarkað við ákveðin lönd séu borin saman meðallúkningarverð í þeim löndum. Þá sé valið það fyrirtæki sem bjóði lægsta lúkningarverðið. Lægstu meðallúkningarverð fyrirtækja í þremur samanburðarlöndum sé svo notað til samanburðar til að ákvarða lúkningarverð kæranda og Símans.

Kærandi telur framangreinda aðferðarfræði haldna verulegum ágöllum sem varði ógildingu ákvörðunarinnar. OGV hafnar alfarið þeirri aðferðarfræði sem PFS gerir grein fyrir í skjali um verðsamanburð, bæði að því er varðar forsendur og niðurstöðu. Ákvörðun verðs á grundvelli samanburðar við sambærilega markaði byggir á þeirri forsendu að slíkur samanburður sé tækur. Til þess að unnt sé að beita slíkri aðferð þarf stofnunin því að miða við verð fyrirtækja sem eru svipuð að uppbyggingu og OGV og bera sambærilegan kostnað. Ennfremur þarf að vera um hagkvæmlega rekin fyrirtæki í skilningi fjarskipta- og samkeppnisréttar að ræða. ESA og framkvæmdastjórn ESB hafa þannig litið svo á að ef beita eigi verðsamanburði beri að miða við verð sem styðjast við kostnaðarútreikninga byggða á LRIC, líkt og áður greinir. Það hlýtur því að teljast ágalli á hinni kærðu ákvörðun að PFS hefur ákveðið að miða við verð Telenor, líkt og ESA bendir reyndar á í athugasemdum sínum.

Við mat á þeim kostnaði sem liggur til grundvallar ákvörðun lúkningarverðs þarf einkum að líta til tveggja þátta; kostnaðar við uppbyggingu og rekstur nets og launakostnaðar.

Í skjali PFS greinir stofnunin frá því að hún hafi talið rétt að skoða hvort stærð farsímamarkaða ætti að hafa áhrif á samanburð. Þar sem að verð á farsímaþjónustu á Íslandi hafi verið tekið með í alþjóðlegan samanburð, s.s. á vettvangi Efnahags og framfarastofnunarinnar (OECD), komst stofnunin þó að þeirri niðurstöðu að svo ætti ekki að vera. OGV telur að hér sé um grundvallarmisskilning að ræða. Sá alþjóðlegi samanburður sem PFS vísar til í þessu sambandi er ekki settur fram í þeim tilgangi að gefa hugmyndir um hæfileg verð eða raunverulegan kostnað farsímaþjónustækja.

Líkt og áður segir þarf við mat á kostnaði einkum að líta til uppbyggingar og rekstur nets og launakostnaðar. Það liggur í hlutarins eðli að áhrif slíks kostnaðar verða ekki metin án þess að tekið sé tillit til umferðar í viðkomandi neti, þ.e. fjölda talaðra mínútna (e. minutes of use) enda er mínútunotkun forsenda tekjuöflunar. Á Íslandi búa farsímaþjónustækkin við þær aðstæður að þurfa að byggja upp net á stóru en strjálbýlu landsvæði með lítinn íbúðafjölda. Það er því fráleitt að álykta sem svo að stærð íslenska farsímamarkaðarinnar hafi ekki áhrif á mat á hæfilegu lúkningaverði.

Kærandi telur hins vegar engar forsendur vera til þess ætla að verg landsframleiðsla á íbúa hafi áhrif á kostnað vegna lúkningar símtala í farsímanetum, enda viðurkennir PFS að hún sé ekki beint tengd slíkum kostnaðarverðum. Stofnunin tiltekur hins vegar að nauðsynlegt sé að útiloka lönd sem ekki séu öllu jöfnu borin saman við Ísland þar sem aðstæður þar séu ekki sambærilegar við aðstæður hér á landi. Að mati kæranda eru það hins vegar kostnaður við uppbyggingu og rekstur neta ásamt launakostnaði sem eru hinn rétti mælikvarði á sambærilegar aðstæður. PFS hefur hins vegar virt þær athugasemdir kæranda að vettugi. Verður því að líta svo á að stofnunin hafi ekki fært fullnægjandi rök fyrir því hvers vegna verg landsframleiðsla sé sá þáttur sem einblína skuli á í þessu sambandi.

Enn fremur hefur PFS á engan hátt rökstutt hvers vegna val á þeim löndum sem eru með lægstu meðalverð fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanetum endurspeglir á einhvern hátt kostnað íslenskra farsímaþjónustækja vegna lúkningar slíkra símtala. Þá hefur stofnunin ekki heldur fært rök fyrir því hvers vegna lægstu lúkningargjöldin endurspeglir hagkvæmlega rekin fyrirtæki. Það að fyrirtæki bjóði upp á lágt lúkningarverð er ekki endilega vísbending um að fyrirtækið sé hagkvæmlega rekið. Viðkomandi fyrirtæki gæti þannig niðurgreitt lág lúkningargjöld með of háu smásöluverði. Hér ber að hafa í huga að þegar verið er að meta lúkningargjöld hagkvæmlega rekens fyrirtækis ber að taka mið af þeim kostnaði sem fyrirtækið hefur af því að veita þjónustu. Kærandi telur jafnframt nauðsynlegt að áréttu að niðurstaða greiningar og álagning kvaða á markaði 16 verður að taka tilhlýðlegt mið af niðurstöðu greininar og álagningu kvaða á markaði 15. Hér á landi háttar svo til að samkvæmt frumdrögum að greiningu á markaði 15 telst einn aðili vera með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15. Víðast hvar í Evrópu eru fleiri aðilar starfandi á farsímamarkaði og markaðshlutdeild þeirra jafnari sem leiðir til þess að markaðstyrkur er ekki talinn vera fyrir hendi. Eftirlitsstofnanir hafa því ekki þurft að hafa áhyggjur af því að kvaðir á markaði 16 geti skilað sér í yfirverðlagningu á markaði 15.

PFS kemst að þeirri niðurstöðu að verðsamanburður leiði til þess að lúkningargjöld kæranda eigi að vera sambærileg lúkningargjöld TeliaSonera í Svíþjóð, Telenor í Noregi og O2 í Bretlandi. TeliaSonera er áttunda stærsta fyrirtækið á öllum Norðurlöndunum og hóf rekstur farsímanets á upphafi tíunda áratugs síðustu aldar. O2 í Bretlandi er af svipaðri stærðargráðu. Kærandi telur augljóst að fráleitt sé að ætla að kostnaður kæranda af lúkningu sé sambærilegur við þessi fyrirtæki líkt og nánar verður greint frá hér á eftir.

Niðurstaða PFS er hins vegar lýsandi fyrir þau vandkvæði sem fylgja verðsamanburði sem verðstýringaraðferð á íslenskum farsímamarkaði. Landfræðilegar aðstæður á Íslandi og stærð markaðarins eru þess eðlis að val á samanburðarmörkuðum er erfitt ef ekki ógerlegt. Á fylgiskjali x er að finna yfirlit um mínútuþotkun á ferkílómetra í nokkrum af þeim löndum sem PFS leit til í samanburðinum. Af töflunni má glögggt ráða þann mun sem er á íslenska markaðinum og þeim löndum sem valin voru til samanburðar.

Með vísan til framangreindra athugasemda um sérstöðu íslensks markaðar telur kærandi því einungis forsvaranlegt að ákvarða lúkningargjöld kæranda á grundvelli þess kostnaðar sem kærandi ber af því að veita þjónustuna. Aðferðarfræði PFS uppfyllir þannig ekki framangreind skilyrði tilmæla ESA um að gætt sé meðalhófs og að verið sé að vinna að lögmætu markmiði enda er ákvörðun um lúkningarverð kæranda ekki byggð á kostnaðarlegum forsendum. Með tilliti til þróunar fjarskiptalöggjafar innan EES er ljóst að LRIC kostnaðarlíkan er sú aðferð sem ætla má að skili réttlátri niðurstöðu. Ef talið er að ekki sé unnt að bíða niðurstöðu samkvæmt slíku kostnaðarlíkani telur kærandi að unnt sé að ná fram markmiðum fjarskiptalaga með því að miða áfram við sögulegan kostnað kæranda að teknu tilliti til þróunar slíkra líkana í nágrannalöndunum en þar hefur verið reynt að leiðrétta niðurstöður slíkra líkana gagnvart hugsanlegu óhagræði.<sup>12</sup> Slík nálgun væri í samræmi við meðalhófsreglu og tryggði réttaröryggi kæranda.

### 3.3.2.3 Áhrif ákvörðunarinnar

Ákvörðun PFS felur ekki eingöngu í sér verulega lækkun á lúkningargjöldum kæranda, um 43 prósent. Félagið metur lágmarkstekjutap á ársgrunvelli vera um 150 milljónir króna sem er riflega helmingur hagnaðar félagsins á ársgrunvelli. EBITDU áhrif eru um 100 milljónir á ári. Ljóst er því að áhrif hinnar kærðu ákvörðunar eru veruleg. Kærandi telur því ákvörðun PFS brjóta alvarlega í bága við skyldur stofnunarinnar um að gæta meðalhófs, sérstaklega með tilliti til þess að hún byggir ekki á greiningu á kostnaði félagsins heldur órökstuddum samanburði við farsímafyrirtæki sem eru af allt annarri stærðargráðu. Að auki hlýtur ákvörðun um svo verulega lækkun á lúkningarverði að þurfa að byggja á órækum sönnunum um óðeðlilegan hagnað (e. monopoly profit) fyrirtækisins. Engum slíkum sönnunum er til að dreifa og hefur PFS ekki einu sinni leitast við að meta áhrif lúkningarverðs á framlegð fyrirtækisins. Til samanburðar má vísa til þess að í ákvörðun norska samgönguráðuneytisins um kvaðir á farsímafyrirtækið Netcom í Noregi á markaði 16 er að finna greinargóða útreikninga á hugsanlegum áhrifum ákvörðunarinnar á fyrirtækið. Slíkt mat væri til þess fallið að uppfylla kröfur stjórnsýslulaga um rannsókn og rökstuðning ákvörðunar.

<sup>12</sup> Sjá t.d. ákvörðun norska fjarskiptaeftirlitsins frá 19. september 2005 sbr. ákvörðun norska samgönguráðuneytisins frá 20. 04. 2006 – skjal 9.



PFS heldur því fram að lækkun lúkningargjalda þurfi ekki að hafa veruleg áhrif á afkomu kæranda þar sem hún sé til þess fallin að auka mínútunotkun viðskiptavina sem skili sér í auknum tekjum. Kærandi telur hins vegar ekkert benda til þess að lækkun lúkningarverðs sé líkleg til að auka svo verulega mínútunotkun viðskiptavina að áhrif lækkunarinnar á afkomu félagsins verði ekki veruleg. Líklegustu áhrif ákvörðunarinnar til skamms tíma eru því að félagið neyðist til þess að hækka smásöluverð eða draga úr frímínútum til viðskiptavina. Báðar aðgerðir eru til þess fallnar að draga verulega úr samkeppnishæfni félagsins og verða til þess að markaðshlutdeild félagsins dragist saman. Jafnframt liggur fyrir að að öllu óbreyttu er ákvörðunin til þess fallin að hafa hafa jákvæð áhrif á afkomu keppinautar kæranda, Símans hf. Þá hafa minni tekjur einnig áhrif á möguleika félagsins til frekari fjárfestinga í uppbyggingu nets. Langtímaáhrif ákvörðunarinnar gætu því leitt til þess að óhagkvæmt reyndist félaginu að reka eigið farsímanet.

Eins og áður hefur verið getið um kemst PFS að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að mismunur á lúkningargjöldum kæranda og Símans sé ekki edlilegur. Stofnunin færir hins vegar ekki nein rök fyrir þeirri niðurstöðu sinni. Jafnframt er vísað til þess sínu að við lok aðlögunartímabils hafi kærandi eða forverar þess haft u.þ.b. sex ár til að minnka forskot það sem Síminn nýtur í krafti þess að hafa fyrstur hafið farsímarekstur hér á landi.

Ljóst er að þörf er á að útreka að samkvæmt greiningu PFS á markaði 16 telst hvert farsímanet vera sérstakur markaður og er það í samræmi fjarskiptalöggjöf EES. Stofnuninni ber því að greina mögulegar samkeppnishindranir á þeim markaði og í kjölfar þess ákveða hvaða kvaðir séu nauðsynlegar til að rétta af stöðuna á viðkomandi markaði. Það felst ekki í valdheimildum PFS að kveða á um hvort fyrirtæki á markaði eigi að hafa náð einhverjum tilteknum árangri. Stofnunin verður að taka mið af raunverulegum aðstæðum á markaði. Með tilliti til reglna um meðalhóf og þeirrar skyldu PFS að leggja einungis á þær kvaðir sem nauðsynlegar eru til þess að mæta tilteknum samkeppnisvandkvæðum ber stofnuninni þannig að leggja mat á hvort þær aðstæður séu fyrir hendi á markaði sem kalli á mismunandi kvaðir á mismunandi fyrirtæki. Í því sambandi ber PFS einnig að líta til samkeppnisstöðu aðila á skyldum markaði, þ.e. markaði 15.

Kærandi telur ljóst að framangreindir þættir kalla á mismunandi kvaðir gagnvart félaginu annars vegar og Símanum hins vegar, eins og til dæmis mismunandi stærð fyrirtækjanna og markaðshlutdeild. Þá er mikill munur af tekjum fyrirtækjanna af farsímarekstri og jafnframt ljóst að ákvörðunin er til þess fallin að koma mun harðar niður á kæranda en Símanum. Við það bætist að Síminn er í yfirburðastöðu að því er varðar yfirráð yfir grunnkerfum, t.d. vegna yfirráða yfir leigulínum sem eru nauðsynlegar til að unnt sé að starfrækja farsímasenda. Síminn er því í þeirri aðstöðu að hafa tekjur af farsímastarfsemi kæranda. Við það bætist að Síminn nýtur einnig umtalsverðra tekna af samningi fyrirtækjanna um innanlandsreiki.

### **3.3.3. Kvöð um jafnræði**

Með heimild í 30. gr. fjarskiptalaga leggur PFS þá kvöð á kæranda að gæta jafnræðis við gerð samninga um lúkningu símtala í GSM farsímaneti sínu. Kærandi skuli þannig veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu, þ.m.t. eigin deildum, þjónustu

með sambærilegum skilmálum, verðum og gæðum. Þessari kvöð eru gerð nánari skil í viðauka 1 um greiningu á markaði 16. Þar segir að umtalsverður markaðsstyrkur farsímafyirtækja í lúkningu símtala í eigin neti og skortur á mögulegri staðgönguþjónustu geti leitt til þess að fyrirtækin mismuni aðilum sem þurfi á þjónustunni að halda ef ekki er lögð á kvöð um jafnræði. Þau gætu sér í lagi haft hvata til að selja óskyldum aðilum lúkningu á hærra verði en sínum eigin deildum. Slíkt hafi í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni og komi niður á neytendum sem þurfi að greiða of há gjöld fyrir símtöl milli aðskyldra neta.

Þá segir að PFS geri athugasemdir við það að smásöluverð fyrir umferð í farsímanet úr öðrum netum séu miklu hærra en fyrir innannetssímtöl. Lág innannetsgjöld geti veitt farsímafyirtæki með mikinn fjölda notenda samkeppnislega yfirburði yfir minni net þegar aflu á nýrra viðskiptavina eða halda viðskiptavinum. Slíkar aðferðir geti jafngilt hindrun fyrir ný fjarskiptafyirtæki þar sem þau verði að keppa við lægri innannetsgjöld. Ef heildsöluverð fyrir lúkningu eru hærra fyrir utanaðkomandi umferð en innan nets geti það leitt til verðþrýstings á núverandi og ný fjarskiptafyirtæki. Hvorki Síminn né kærandi hafi lagt fram gögn um að sá mismunur sem sé á milli símtala inna farsímanets og utan sé byggður á hlutlægum forsendum og hafi PFS ekkert undir höndum sem réttlæti slíkt. Því verði að álykta að mismunurinn stafi annað hvort af því að símtöl innan nets séu niðurgreidd eða að lúkningarverð fyrir símtöl úr öðrum netum séu hærra en kostnaður gefi tilefni til. Þessi mismunur dragi úr trausti á þeim lúkningarverðum sem viðkomandi fyrirtæki bjóði öðrum fyrirtækjum.

Jafnframt telji PFS að aðgreining í lúkningarverðum sem gerð séu í skjóli ógagnsæis á markaði og lítil kaupendastyrks vegna CPP reglunnar sé ekki einkenni samkeppnismarkaðar. Að mati PFS sé verðaðgreiningin afleiðing þess að farsímafyirtæki séu með einokun á lúkningu símtala í eigin neti og geti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í ljósi þess og þar til annað komi fram telji PFS rétt að mæla fyrir um jafnræði hvað varði verð fyrir lúkningu í eigin farsímaneti vegna símtala úr sama farsímaneti, öðrum farsímanetum eða fastanetum.

Kærandi telur framangreindar ályktanir PFS vera á misskilningi byggðar auk þess sem þær styðjast ekki við samkeppnisréttarleg rök. Í fyrsta lagi ber að líta til þess að ályktanir stofnunarinnar virðast fyrst og fremst byggja á því að stofnunin telur mismunandi smásöluverð á símtölum innan og utan nets vera samkeppnislegt vandamál. Kærandi ítrekar þá afstöðu sína að hér sé um ranga nálgun að ræða enda snýr greining sú sem hér um ræðir að heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala. Að mati kæranda er ekki hægt að útrýma mismun á smásöluverði símtala innan nets og utan án þess að grípa til verðstýringar á smásöluverðum en líkt og PFS bendir á í viðauka 3 eru ekki til þess heimildir að fjarskiptalögum.

Í öðru lagi er almennt viðurkennt að mismunur á lúkningargjöldum er einkum samkeppnisvandamál þegar um er að ræða farsímafyirtæki með mikla markaðshlutdeild enda geri lág innannetsgjöld slíkra fyrirtækja smærri fyrirtækjum erfitt um vik í samkeppni um neytendur. Þar sem stór hluti notenda eigi þannig kost á lágum innannetsgjöldum sé ekki hvati fyrir þá að skipta við smærra fyrirtækið. Slíkri aðstöðu er ekki til að dreifa í tilviki kæranda.

Ekki hefur verið sýnt fram á að kostnaður við lúkningu símtala úr eigin neti sé sá hinn sami og kostnaður við lúkningu símtala úr öðrum netum. Þannig hefur kærandi greint frá því í athugasemdum sínum að mínútotkun innan nets sé meiri en utan nets. Af því fæst ákveðið hagræði sem eðlilegt má telja að viðskiptavinir kæranda fái að njóta. Fullyrðingu PFS um að kærandi hafi ekki fært sönnur á að mismunandi smásöluverð á símtölum innan og utan nets grundvallist á mismunandi kostnaði við lúkningu ber að vísa frá sem órökstuddri. PFS hefur aldrei kallað eftir nánari skýringum eða gögnum. Með vísan til þess er framan greinir um reglu stjórnsýsluréttar um rannsókn máls verður PFS því að bera hallan af skorti á slíkum gögnum. Hér ber og að líta til þess að samkvæmt 30. gr. fjarskiptalaga er PFS heimilt að leggja fyrir fjarskiptafyrirtæki að setja öðrum fjarskiptasfyrirtækjum sömu skilmála fyrir samskonar viðskiptum. Til þess að kvöð um jafnræði náði til verðlagningar lúkningar símtala innan og utan nets þarf PFS þannig að sýna fram á að um samskonar viðskipti sé að ræða.

Kærandi telur jafnframt að umrædd kvöð sé ónaúðsynleg og óþarflega íþyngjandi í ljósi kvaðar um eftirlit með gjaldskrá. Til samanburðar má líta til þess að norska fjarskiptaeftirlitið taldi ekki nauðsynlegt að leggja á kvöð um jafnræði að því er varðar verðlagningu á lúkningu símtala utan og innan nets enda myndi kvöð um eftirlit með gjaldskrá ná fram sama markmiði.

### **E. Lagarök**

Vísað er til stjórnsýslulaga nr. 37/1993, einkum ákvæða 10. og 12. gr.

Vísað er til laga um fjarskipti nr. 81/2003 einkum ákvæða 17., 24., 28., 29., 30., 31. og 32. gr. Laganna.

Þá er og vísað til 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið er kveður á um að skýra beri lög og reglur eftir því sem við á til samræmis við EES samninginn og þær reglur sem á honum byggja. 3. gr. EES-samningsins sem lögfestur er með lögum nr. 2/1993 kveður á um að samningsaðilar skuli gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir.

### **F. Samantekt og áskilnaður**

#### **1. Samantekt**

Kærandi telur hina kærðu hluti ákvörðunar PFS ekki standast reglur stjórnsýslulaga um rannsókn máls, rökstuðnings og meðalhólf. Þá telur kærandi ákvörðunina stangast á við efnisreglur fjarskiptalaga svo sem þær verða skýrðar með vísan til fjarskiptalöggjafar EES. Kærandi krefst þess því að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að hluta og vísað aftur til Póst og fjarskiptastofnunar til meðferðar og ákvörðunar að nýju.

Og fjarskiptum var gefið tækifæri til þess að gera athugasemdir við kærnu Símans hf. og barst nefndinni þann 15. september eftirfarandi bréf:

#### **A. Almenn**

*Að mati Og fjarskipta ehf. er kröfugerð ábótavant í kærnu Símans hf. til úrskurðarnefndar um fjarskipta- og póstmál, dags. 16. ágúst 2006. Í öllum liðum kröfugerðar, aðal-, vara-, og þrautavarakröfum, koma fram kröfur um að ákvörðun úrskurðarnefndar í kærnumáli Símans hf. gegn Póst- og fjarskiptastofnun hafi réttaráhrif gagnvart Og fjarskiptum ehf.*

*Í aðalkröfu segir þannig orðrétt: „Þess í stað verði einvörðungu mælt fyrir um lækun og jöfnun á lúkningarverðum Og fjarskipta ehf. (Vodafone) niður í gildandi lúkningarverð Símans hf....”*

*Í varakröfu segir enn fremur: „...að allar ívilnandi breytingar sem nefndin kann að ákvarða gagnvart Og fjarskiptum ehf. (Vodafone) nái einnig til Símans hf.”*

*Í þrautavarakröfu segir loks: „...að hin kærða ákvörðun verði staðfest bæði hvað varðar þær kvaðir sem beinast að Símanum hf. og Og fjarskiptum ehf. (Vodafone).”*

*Eins og sjá má eru allar kröfur Símans hf. í kærnu dags. 16. ágúst 2006 sama marki brenndar. Í þeim öllum er í raun gerð krafa um úrslit kærnumáls Og fjarskipta ehf. gegn PFS fyrir úrskurðarnefndinni. Og fjarskipti ehf. telja að aðrir en aðilar þess kærnumáls geti ekki gert slíkar kröfur. Aðildarskortur veldur frávisun stjórnslumáls<sup>13</sup>. Kærandi telur því að nefndin eigi að vísa kærnu Símans hf. frá nefndinni í heild sinni vegna þessa, en til vara að komast að þeirri niðurstöðu að kröfurnar verði ekki teknar til greina.*

*Þá telja Og fjarskipti ehf. að framangreindar kröfur Símans hf. séu það óskýrar að úrskurðarnefnd sé ómögulegt að taka þær til greina í umræddu máli.*

## **B. Aðild**

### 1. Aðildarreglur íslensks stjórnsluréttar og reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

*Í 2. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála segir að úrskurðarnefndin taki mál til úrskurðar að kröfu þess sem á „verulegra hagsmuna að gæta”. Um er að ræða sambærilega reglu og hina almenna reglu um aðild sem kemur fram í 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, þ.e. að sá einn geti kært ákvörðun til æðra stjórnvalds sem er aðili að stjórnslumáli. Aðili að stjórnslumáli hefur vanalega einn „verulega hagsmuni” af úrlausn þess fyrir æðra stjórnvaldi<sup>14</sup>. Með hliðsjón af þessari efnislegu samsvörun reglnanna og rúmu gildissviði stjórnslulaga skv. 1. gr. laganna, telur kærandi ljóst að hefðbundnar meginreglur stjórnsluréttar gildi um aðild að málum fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.*

*Meginregla stjórnsluréttar er skv. framansögðu sú að sá einn hefur aðild að máli sem íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun er beint að<sup>15</sup>. Í undantekningartilfellum geta þó aðrir aðilar átt aðild, en einungis ef þeir hafa „beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta”.<sup>16</sup> Að mati kæranda uppfyllir Síminn hf. ekkert*

<sup>13</sup> Dr. Páll Hreinsson, „Stjórnslulögin-skýringarit”, bls. 254, Forsætisráðuneytið, Reykjavík 1994.

<sup>14</sup> Dr. Páll Hreinsson, „Aðili stjórnslumáls”, bls. 389, Tímarit lögfræðinga, 3. hefti, 55. árgangur

<sup>15</sup> Dr. Páll Hreinsson, „Aðili stjórnslumáls”, bls. 388, Tímarit lögfræðinga, 3. hefti, 55. árgangur

<sup>16</sup> Dr. Páll Hreinsson, „Aðili stjórnslumáls”, bls. 389, Tímarit lögfræðinga, 3. hefti, 55. árgangur

þessara skilyrða. Síminn getur ekki í kærumáli sett fram kröfu um að úrskurðarnefndin taki ákvörðun sem lúti með beinum hætti að Og fjarskiptum.

Í fyrsta lagi eru hagsmunir Símans hf. af því að úrskurðarnefnd taki íþyngjandi ákvörðun gagnvart Og fjarskiptum ehf. ekki beinir, heldur óbeinir eða afleiddir. Hagsmunir Símans hf. snúa þannig ekki að því að úrskurðarnefndin taki ívilnandi ákvörðun gagnvart félaginu sjálfu, heldur einungis að því að tekin verði íþyngjandi ákvörðun gagnvart öðrum aðila.<sup>17</sup>

Þegar af þessari ástæðu ber því að vísa öllum kröfum Símans hf. frá nefndinni er varða Og fjarskipti ehf.

Í öðru lagi telja Og fjarskipti ehf. að með sömu rökum sé skilyrðið um verulega hagsmuni ekki uppfyllt. Hagsmunir Símans hf. af úrlausn úrskurðarnefndar um málefni Og fjarskipta ehf. eru óbeinir og ekki verulegir. Í því sambandi er rétt að hafa í huga að krafa Og fjarskipta ehf. lýtur að því að hluti hinnar kærðu ákvörðunar verði felldur úr gildi og vísað til Póst- og fjarskiptastofnunar til meðferðar og ákvörðunar að nýju. Ekki verður séð að Síminn hf. geti notið verulegra hagsmuna að þessu leyti. Hafa ber í huga að ná krafa Og fjarskipta ehf. fram að ganga er ekki ljóst hverjar lyktir málsins verða hjá Póst- og fjarskiptastofnun.

Í þriðja lagi telja Og fjarskipti ehf. hagsmunir Símans hf. af því að tekin verði íþyngjandi ákvörðun gagnvart Og fjarskiptum ehf. vera almenna viðskipta- og samkeppnishagsmuni en ekki sérstaka hagsmuni. Slíkt réttlætir ekki aðild að kærumáli samkeppnisaðila, eins og kemur fram í tilvitnaðri grein dr. Páls Hreinssonar.

Í fjórða lagi eru hagsmunir Símans hf. ekki lögvarðir. Lögvarðir hagsmunir eru einnig skilyrði aðildar að máli fyrir dómstólum, skv. 2. gr. 25. gr. eml. 91/1991. Dómafrákvæmd Hæstaréttar um túlkun hugtaksins er löng. Óhætt er að fullyrða að fyrir dómstólum gæti fyrirtæki aldrei talist hafa lögvarða hagsmuni af því að krefjast staðfestingar á íþyngjandi ákvörðun stjórnvalds gagnvart samkeppnisaðila. Aðild að slíku máli gegn stjórnvaldinu fyrir dómstólum gæti átt það fyrirtæki sem ákvörðunin beindist að, en ekki samkeppnisaðili.

Aðildarskortur Símans hf. sést einnig vel á því að ef Og fjarskipti ehf. hefðu til dæmis kosið að kæra ekki ákvörðun PFS dags. 20. júlí 2006, þá yrði aldrei talið að Síminn hf. gæti gert kröfu um að úrskurðarnefnd tæki nýja ákvörðun gagnvart fyrirtækinu sem væri meira íþyngjandi en hin fyrri. Um er að ræða tvö aðskilin mál.

## 2. Um hina kærðu ákvörðun.

Póst- og fjarskiptastofnun tók hina kærðu ákvörðun, skv. heimild í 17. gr. l. nr. 81/2000. Mál skv. 17. gr. l. nr. 81/2000 eru mál sem hefjast að eigin frumkvæði stofnunarinnar.

---

<sup>17</sup> Sjá t.d. Dr.Páll Hreinsson Aðili stjórnisýslumáls”, bls. 389, Tímarit lögfræðinga, 3. hefti, 55. árgangur á bls. 392: „...samkeppnishagsmunir virðast almennt ekki vera taldir leiða til aðilastöðu samkeppnisaðila...”.

Þar sem mál hófst að frumkvæði stjórnvaldsins, en ekki t.d. með ábendingu eða kvörtun eins fyrirtækis yfir háttsemi annars á samkeppnismarkaði, á PFS einungis aðild að kærumáli Og fjarskipta ehf. fyrir æðra stjórnvaldi, úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Af fordæmum úrskurðarnefndar má þannig greina að þegar mál hefst að frumkvæði fyrirtækja, en ekki stjórnvaldsins, þá geti fyrirtæki verið aðilar að málum fyrir úrskurðarnefnd, samhliða PFS, sbr. t.d. úrskurði í málum nr. 1/2006 t.d., Reykjavrent ehf. gegn PFS og Símanum hf., og 4/2006, Íslandspóstur hf. gegn Póst- og fjarskiptastofnun og Landsbanka Íslands hf. Þegar mál hefst að frumkvæði stjórnvalds á stjórnvaldið sjálft hins vegar einungis aðild að kærumáli fyrir úrskurðarnefnd. Því geta kærandi og PFS einungis gert kröfur um úrslit slíkra kærumála sem aðilar þess, en ekki aðrir.

Íþyngjandi ákvörðun PFS, dags. 20. júlí 2006, var beint að fleiri en einum lögadila. Því verður hver og einn lögadili sem ákvörðunin beindist gegn að reka sjálfstætt kærumál fyrir úrskurðarnefndinni ef hann vill freista þess að hnekkja þeim hluta ákvörðunarinnar sem snýr að honum. Kærumálin yrðu þannig rekin sem ótengd mál fyrir úrskurðarnefndinni og kærundur hefðu einungis heimild til að kæra þau atriði hinnar umdeildu ákvörðunar sem sneru að þeim. Þannig myndi hvorki Síminn hf. hafa aðild að kærumáli Og fjarskipta ehf. gegn PFS, né öfugt. Kröfugerð Símans er í andstöðu við þessi sjónarmið.

Með hliðsjón af atvikum málsins og meginreglum stjórnsýsluréttar telja Og fjarskipti ehf. að Síminn hf. hafi ekki stöðu til að setja fram kröfur um úrslit kærumáls fyrirtækisins. Þar af leiðandi ber úrskurðarnefndinni að vísa öllum kröfum Símans hf. er varða Og fjarskipti ehf. frá nefndinni ex officio.

### **C. Kröfugerð Símans hf.**

Og fjarskipti ehf. telja ennfremur að kröfugerð Símans hf. í málinu sé svo óskýr að hún geti ekki talist vera tæk til úrlausnar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Aðalkrafa Símans hf. lítur að því að kvöð um eftirlit með gjaldskrá Símans hf. verði felld úr gildi og einvörðungi verði mælt fyrir um lækkun og jöfnun á lúkningarverðum Og fjarskipta ehf. niður í gildandi lúkningarverð Símans. Líkt og að framan greinir verður að vísa framan greindri kröfu frá nefndinni ex officio vegna aðildarskorts. Þá ber og að hafa í huga að krafa Símans hf. brýtur í bága við þau jafnræðissjónarmið sem fyrirtækinu er annars annt um að höfð séu í heiðri. Með því að mæla fyrir um kvöð um eftirlit með gjaldskrá gagnvart Og fjarskiptum ehf. einvörðungu væru stjórnvöld þannig að brjóta í bága við jafnræðisreglu enda hefur PFS útnefnd bæði Og fjarskipti og Símann sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir lúkningu símtala í eigin farsímanetum.

Til vara krefst Síminn hf. þess að allar ívilnandi breytingar sem nefndin kann að ákvarða gagnvart Og fjarskiptum ehf. nái einnig til Símans hf. Og fjarskipti ehf. telja framangreinda kröfu skorta nauðsynlegan skýrleika til þess að hún sé tæk til efnismeðferðar úrskurðarnefndarinnar. Þannig er með öllu óljóst hvað Síminn hf. á við með ívilnandi breytingum sbr. orðalag varakröfu.

Þrautavarakrafa Símans hf. lýtur að því að hin kærða ákvörðun verði staðfest að því er varðar þær kvaðir sem beinast að Og fjarskiptum annars vegar og Símanum hins

vegar. Og fjarskipti ehf. telja ljóst að umrædd krafa er ekki tæk til efnismeðferðar. Í fyrsta lagi telja Og fjarskipti ehf., líkt og framan greinir, að Síminn hf. geti ekki átt aðild að málinu að því er varðar Og fjarskipti ehf. Í öðru lagi mun vera fáheyrt að aðili kæri stjórnsluákvörðun til æðra stjórnvalds og krefjist þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### **D. Nánar um kæru Símans hf.**

Í málavaxtakafli kæru Símans hf. er fullyrt að útnefndin úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála á Og fjarskiptum sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði frá 21. október 2003 hafi verið án réttaráhrifa til 20. júlí 2006. Þetta er alrangt. Í fyrsta lagi vísast til þess að lögum samkvæmt hvíldu ákveðnar skyldur á Og fjarskiptum ehf. í kjölfar útnefningar sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild, sbr. ákvæði til bráðabirgða II. Fjarskiptalaga nr. 81/2003. Í annan stað tók Póst og fjarskiptastofnun ákvörðun um frumkostnaðargreiningu í fjarskiptanetum Og fjarskipta hinn 15. júlí 2004.

Því er og haldið fram að Og fjarskipti<sup>18</sup> hafi komist upp með einokunarverðlagningu fyrir lúkningu símtala í farsímaneti sínu. Hið rétta í málinu er að lúkningarverð Og fjarskipta voru kostnaðargreind á árinu 2004 sbr. framangreinda ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Að sama skapi mætti því halda því fram að Síminn hefði komist upp með einokunarverðlagningu á sínum lúkningargjöldum. Þessu fullyrðingum Símans er því alfarið vísað á bug. Að sama skapi er því vísað á bug hin margumrædda jafnræðisregla hafi á einhvern hátt verið brotin í þessu sambandi. Allt að einu verður ekki séð hvaða erindi framangreindar fullyrðingar Símans eiga inn í mál þetta.

Í kafla 3.1. er því haldið fram að kostnaður vegna reksturs farsímastöðva á landsbyggðinni sé margfaldur á við þéttbýli og að sá munur endurspeglar ekki í reikiverðum á kerfum Símans. Þessum fullyrðingum er alfarið vísað á bug. Upplýsingar um kostnað við rekstur farsímastöðva á nefndum svæðum eru merktar sem trúnaðarmál og geta Og fjarskipti því ekki tjáð sig um hann frekar. Hins vegar er rétt að benda á að reikiverð það sem Og fjarskipti greiðir í dag er nokkuð hærra en lúkningargjald Símans. Ennfremur greiða Og fjarskipti reikiverð bæði fyrir upphaf og lúkningu símtala í kerfum Símans. Komist var að samkomulagi um reikiverð án afskipta stjórnvalda. Verður því að telja mjög ósennilegt að reikiverð endurspegli ekki kostnað. Að sama skapi er því vísað frá sem órökstuddu að Síminn og viðskiptamenn hans séu að niðurgreiða innankerfisverð Og fjarskipta.<sup>19</sup> Einnig skortir alfarið rökstuðning fyrir því að Og fjarskipti njóti á einhvern hátt stærðarhagkvæmni með betri nýtingu á farsímaneti sínu en Síminn eða að samstarfssamningur við Vodafone Group leiði til innkaupamáttar. Allt að einu verður ekki séð hvaða erindi þessar fullyrðingar Símans eiga inn í mál þetta.

#### **F. Samantekt og áskilnaður**

Í ljósi framangreinds er þess krafist að úrskurðarnefndin vísi kæru Símans hf. frá að því er varðar stjórnslumál Og fjarskipta ehf. vegna aðildarskortar. Áskilinn er allur

<sup>18</sup> Sennilega er átt við Og fjarskipti að þessu leyti þótt vísað sé til fyrirtækisins Vodafone.

<sup>19</sup> Nefnd OV í þessum kafla kærunnar.

*réttur til að reifa mál þetta nánar og afla frekari gagna áður en málið kemur til endanlegs úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála.*

Vísast að öðru leyti til fylgiskjala með kæru Og fjarskipta og annarra gagna málsins.

### **3.0 Málsástæður Símans hf.**

Í kæru Símans hf. frá 16. ágúst 2006 koma málsástæður félagsins fram og fylgja þær hér á eftir:

#### 3.1. Aðalkrafa

*Til stuðnings aðalkröfu Símans vísast fyrst og fremst til bréfs félagsins til PFS, dags. 27. febrúar 2006 (meðfylgjandi á fylgiskjali 1). Bréfið var ritað sem andmæli við ódagsettri skýrslu eða skjali PFS, sem innihélt frumniðurstöðu markaðsgreiningar. Skal nú gerð grein fyrir megin inntaki athugasemda Símans í því bréfi, að því marki sem ekki var tekið tillit til þeirra í hinni kærðu ákvörðun:*

*Síminn byggir á, að núverandi verðlagning, þ.e. 8,92 kr. að viðbættu 0,68 kr. tengigjaldi, endurspegli þau verð sem með sanngirni er hægt að ætlast til af hagkvæmt reknu farsímafyrtæki í fámennu en strjálbýlu landi. Af þessu leiðir að Síminn hafnar sem röngum órökstuddum fullyrðingum PFS um að lúkningarverð Símans séu töluvert umfram raunverulegan kostnað fyrirtækisins.*

*Verður hér á eftir gerð nánari grein fyrir þessu sjónarmiði:*

#### Óhagkvæmni smæðarinnar

*Í sérfræðiskýrslu Ovum og Indepen (meðfylgjandi á fylgiskjali 2) er lögð á það áhersla, að við ákvörðun samtengigjalda í örríkjum verði eftirlitsaðilinn að taka tillit til skorts á stærðarhagkvæmni. Um þetta segir orðrétt í skýrslunni:*

„The price of interconnect services like call origination, call termination and transit services should be based on the cost of a reasonably efficient incumbent operator so as to send the right signal to potential entrants. Prices which are lower than this promote inefficient entry and create an industry in which entrants are dependent on the regulator maintaining prices at levels below cost for their survival. It is clear that the costs of interconnect services reflect the cost of core network functions, where there are strong economy of scale effects. So it is important to reflect these economy of scale effects in access prices in microstates. This can be done by:

- measuring the actual costs of the microstate incumbent and making relevant adjustments
- constructing international benchmarks or building bottom up cost models which explicitly incorporate the higher proportion of fixed costs, lower procurement power and lower utilisation levels enjoyed by microstate incumbents.

Whichever approach is chosen it is important for microstate NRAs to refrain from setting access prices using simple international benchmarks based on other (larger) EU Member states(undirstrikun Símans).”



Með því að styðjast við samburð við mun stærri ríki en Ísland hefur PFS einmitt valið þá leið sem hinir erlendu sérfræðingar vara eindregið við. Engin tilraun er gerð til þess að byggja inn í samburðarmódelið hærra hlutfall fasts kostnaðar, lakari innkaupamátt eða lægra nýtingarhlutfall, sem Síminn óhjákvæmilega býr við í tengslum við rekstur landsdekkandi farsímakerfis samborið við farsímafélög í stærri ríkjum. Þvert á móti var sérstaklega tekið fram í skýrslu PFS (og endurtekið í hinni kærðu ákvörðun) að stærð farsímamarkaða eigi ekki að hafa áhrif. Jafnframt hafnar PFS að tekið sé tillit til „lélegrar nýtni“ eins og það er orðað, en í skjali PFS og einnig í hinni kærðu ákvörðun segir orðrätt:

„PFS taldi rétt að skoða hvort stærð farsímamarkaða ætti að hafa áhrif á samburðinn og bera ætti Ísland eingöngu saman við lönd með sambærilegan fjölda notenda í GSM farsímanetum. Í því sambandi má benda á að stærð markaðarins á Íslandi hefur ekki staðið í vegi fyrir því að landið hefur margsinis verið tekið inn í alþjóðlegan samburð m.a. í nýrri skýrslu Efnahags- og framfarastofnunarinnar (OECD) um fjarskipti en þar kom ekkert fram sem bendir til að íslenskur fjarskiptamarkaður sé ekki samburðarhæfur í alþjóðlegu samhengi. Verð til neytenda á Íslandi vegna fjarskiptaþjónustu eru yfirleitt í hópi þeirra lægstu í samburði OECD og smæð íslenska markaðarins virðist síður en svo valda vandamálum í slíkum samburði. Í því ljósi telur PFS að stærð íslenska farsímamarkaðarins eigi ekki að hafa áhrif á samburðinn hér.”

Síminn bendir á, að þessi rökstuðningur PFS hefur ekkert að gera með kostnað við rekstur farsímaneta á Íslandi. Af þeim sökum er hann ómálefnalegur, enda fráleitt að refsa íslenskum fjarskiptafyrirtækjum fyrir lág verð til neytenda.

Samkvæmt framansögðu er það skylda PFS að byggja inn í samburðarmódelið hlutlæga mælikvarða, sem taka mið af rekstri farsímakerfis í fámennu en strjálbýlu landi. Að öðrum kosti fer PFS gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga og velur óþarflega íþyngjandi aðferð miðað við það markmið sem að er stefnt.

#### Samurðaraðferðin

Síminn gerir ekki athugasemd við að PFS sé heimilt að lögum að beita samurðaraðferð við að reikna út lúkningargjöld í farsíma, sbr. 32. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Hins vegar er rétt að minna á mikilvægi þess, að samurðaraðferðinni er fyrst og fremst ætlað að finna raunhæfan kostnað við rekstur farsímakerfa. Af þessum sökum eru gerðar alvarlegar athugasemdir við útfærslu aðferðarinnar hér á landi.

#### Forsendur við val á samurðarlöndum

PFS gefur sér eftirfarandi forsendur við val á samurðarlöndum:

1. Verg landsframleiðsla á hvern íbúa skal vera samurðarhæf við Ísland og frávik skulu vera innan við 25%.
2. Tækni skal vera sambærileg.
3. Miða skal við þau lönd sem eru með lægstu meðalverð fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanetum.
4. Miða skal við þau farsímafyrirtæki sem bjóða lægstu lúkningaverðin á þeim

mörkuðum sem taldir eru samanburðarhæfir og eru með lágstu meðalverð.

Síminn gerir ekki athugasemdir við forsendu 2. Hins vegar eru forsendur 1 3 og 4 gallaðar.

#### A. Verg landsframleiðsla

PFS orðar það svo að landsframleiðsla sé „ekki beint tengd kostnaðarverðum fyrir lúkningu símtala, en sýnir ákveðinn mun milli landa, sem hjálpar við mat á því hvaða lönd eru samanburðarhæf í þessu sambandi.“ Síminn bendir á að engin tengsl, hvorki bein né óbein, eru milli vergrar landsframleiðslu á hvern íbúa og kostnaðar við lúkningsarverð í farsíma. Stofnunin gæti allt eins lagt til grundvallar samanburð á viðskiptahalla ríkja innan IRG, svo dæmi sé tekið. Ákvörðun PFS um að miða við verga landsframleiðslu á hvern íbúa er auk þess fordæmalaus á EES-svæðinu. Að þessu leyti skortir málefnalegan grundvöll fyrir þessari grunnforsendu PFS.

Það er álit framkvæmdastjórnar ESB, að eftirlitsstofnunum beri að byggja samanburðaraðferðina á útarlega rökstuddum og hlutlægum mælikvörðum og taka tillit til breytileika aðstæðna á hlutaðeigandi markaði (þ.e. markaði 16) í samanburðarlöndum og heimamarkaði.<sup>20</sup> Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að verg landsframleiðsla gefi vísbendingar um ákveðið þróunarstig í viðkomandi landi. Það er hins vegar langur vegur frá að verg landsframleiðsla taki mið af breytilegum aðstæðum á markaðnum fyrir lúkningu símtala í farsímanetum.

Síminn telur að réttari samanburður fáiast með því að skoða þætti sem taka tillit til hins háa hlutfalls fasts kostnaðar, skorts á innkaupamætti og takmarkaðri nýtingu farsímakerfis í fámennu en strjálbýlu landi. Með vísan til þessa telur Síminn einsýnt að PFS hafi borið á grundvelli rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga, að leggja til hliðar áform sem engin tengsl hafa við kostnað í farsímanetum og rannsaka þess í stað hvaða ríki eru samanburðarhæf m.t.t. landfræðilegra staðhátta og fjölda viðskiptamanna.

**[Tölulegar upplýsingar fjarlægðar af úrskurðarnefnd í samræmi við ósk Símans hf. um trúnað]**

#### B. Farsímafyriertæki sem bjóða lágstu lúkningsarverðin

IRG (Independent Regulators Group) hefur gefið út meðallúkningsarverð í öllum ríkjum IRG miðað við 1. júlí 2005. Meðallúkningsarverðin eru fundin með því að leggja saman meðallúkningsarverð hvers og eins fyrirtækis og margfalda með markaðshlutdeild þeirra og deila í fjölda viðskiptavina í hverju landi. Ákveðið meðalhóf er innbyggt í þessa aðferð. Það getur ekki talist málefnalegt að PFS á Íslandi leggi til hliðar þessa alþjóðlega viðurkennda aðferð og leggi þess í stað til

<sup>20</sup> Sjá t.d. svohljóðandi athugasemdir ESB vegna tilkynningar PFS í Danmörku á markaði 16:

**Price control based on comparison with other countries:** The Commission considers that if a NRA decides to impose price regulation on the basis of a comparison with other countries, it should carefully select the objective criteria and clearly justify the reasons for which it believes that the relevant market(s) in these countries are, on the background of those criteria, most suited as the basis for the comparison, taking into account differences between conditions prevailing on the relevant market(s) in the countries compared and its home market.

grundvallar lögstu mögulegu verð einstakra fyrirtækja. Af þessum sökum telur Síminn það fara gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga að leitað skuli að lögstu mögulegu verðum hjá þremur fyrirtækjum í samanburðarlöndum. Sökum munar á fólksfjölda eru þessar milljónaþjóðir ekki samanburðarhæfar.

### C. Tengigjaldið

Í ákvörðun PFS kemur fram, að þau þrjú fyrirtæki, sem PFS hyggst taka mið af hafi ekki tengigjöld. Því sé það mat PFS að sama fyrirkomulag eigi að ríkja hér.

Að framan hefur verið rökstutt að ekki eigi að miða samanburð við nánar tilgreind fyrirtæki í einstökum löndum. Þess í stað eigi að miða við meðallúkningarverð í samanburðarlöndum.

Staðreyndin er sú, að víðs vegar í Evrópu er að finna dæmi um að farsímafélög taki sérstök tengigjöld. Þannig er sama fyrirkomulag á Íslandi viðhaft í Noregi, Danmörku og Belgíu. Á Spáni og Frakklandi greiða farsímafélögin fast gjald fyrir fyrstu mínútuna óháð lengd símatals og á Grikklandi er greitt fast gjald fyrir fyrstu 30 sekúndurnar.<sup>21</sup> Tengigjald eða ígildi þess er því reglan í a.m.k. sjö löndum Evrópu. Þegar svo stendur á, getur PFS á Íslandi ekki mælt fyrir um að tengigjöld verði afnuminn, nema á grundvelli hlutlægra og vel rökstuddra forsendna. Í ákvörðun PFS er slíkum rökstuðningi ábótavant.

### D. Samanburðaraðferð sem styðst við lögmætisregluna og tekur mið af meðalhófi

Í nýlegum athugasemdum framkvæmdastjórnar ESB vegna tilkynningar um lúkningarverð í Lúxemborg var gerð athugasemd við að verðlagningin í Lúxemborg væri enn fyrir ofan meðallúkningarverð í Evrópusambandsríkjum, þ.e. 12.30 Eurocent. Síminn telur að í þessu felist staðfesting á, að framkvæmdastjórn ESB telji ásættanlegt að verðlagning meðal smáþjóða miðist við meðallúkningarverð innan ESB, en ekki sé krafist að miðað verði við þrjú lögstu fyrirtækin innan þriggja lögstu ríkjanna, eins og PFS ráðgerir.

Þessi viðmiðunarregla fellur ágætlega að sjónarmiðum um meðalhóf við eftirlit innan örríkisins Íslands, með einföldum og kostnaðarlitlum aðferðum, sem taki tillit til hins háa hlutfalls fasts kostnaðar, skorts á innkaupamætti og takmarkaðri nýtingu farsímakerfis í fámennu en strjálbýlu landi. Með þessu er byggt inn í módelið stærðarhagkvæmni, sem Síminn fer annars á mis við. **Þannig er komið í veg fyrir innkomu óskilvirkra keppinauta, en um leið er hvata til að fjárfesta í nýjum þriðju kynslóðar farsímakerfum viðhaldið, auk hvata til nauðsynlegra endurbóta á farsímakerfinu.** Í þessum samhengi er vísað til höfuðmarkmiða laga um PFS nr. 69/2003, m.a. b. liðar 2. tl. og a. og b. liðar 3. tl. 1. mgr. 3. gr. laganna.

Jafnvel þótt miðað sé við meðalgengi fimm síðustu ára (án nokkurs framvirks álags) er lúkningarverð félagsins nú þegar undir meðallúkningarverði innan ESB, sem er kr. 10,47 (12.30 Eurocent x 85,13). Að teknu tilliti til þessa og fyrirhugaðrar uppbyggingar á þriðju kynslóðar farsímanetum, auk endurbóta á núverandi

<sup>21</sup> Heimild IRG MTR Snapshot (IRG (05) 41rev)).

farsímakerfi er einsýnt, að engin rök standa að óbreyttu til að gera Símanum að lækka lúkningarverð niður fyrir gildandi verð.

Í bréfi Símans, dags. 27. febrúar 2006 kom fram að féllist PFS ekki á þessa tillögu, væri í öllu falli ljóst að stofnunin yrði að byggja samanburð sinn á öðrum og hlutlægarí aðferðum en hún lagði til. Í því sambandi var minnt á lögmætisregluna, sem öll stjórnýsla í landinu byggir á. Í henni felst, að óheimilt er fyrir stjórnvald að byggja á forsendum sem eiga sér enga stoð í lögum, svo sem viðmiðinu um landsframleiðslu og viðmiðinu um lúkningargjöld þriggja lægstu farsímafyrtækja innan þeirra þriggja ríkja ESB sem eru með lægstu lúkningargjöldin. Í hvorugu tilvikinu eru viðmiðin í tengslum við kostnað af rekstri landsdekkandi farsímanets á Íslandi, sem í tilviki Símans er hið lögbundna viðmið, sbr. 1. og 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003.

Í hinni kærðu ákvörðun hefur PFS að endingu kosið að byggja á aðferðum sem eiga sér ekki skýra stoð í lögum þar sem þær eru í engum tengslum við kostnað af rekstri landsdekkandi farsímanets á Íslandi. Stofnunin hefur jafnframt kosið að óska ekki eftir frekari upplýsingum frá farsímafélögunum um kostnað við rekstur farsímanetanna.

Eftir stendur hins vegar kostnaðargreining súa, sem gerð var á farsímaneti Símans í apríl 2003. Það var á grundvelli þessarar kostnaðargreiningar sem PFS tók ákvörðun þann 23. apríl 2003 þess efnis að lúkningargjöld félagsins skyldu lækkuð niður í kr. 8,92 án vsk. og ekki skyldi gerður greinarmunur á því hvenær dagsins er hringt. Í umræddri ákvörðun koma ekki fram neindir fyrirvarar um að “ákveðið óhagræði” hafi verið byggt inn í niðurstöðuna, eins og nú er haldið fram á bls. 6 í viðauka 2 með hinni kærðu ákvörðun. Í því ljósi eru ummælin einkennileg, enda felst í þeim, ef rétt væru, að stofnunin hafi ekki sinnt lögboðinni skyldu til að miða lúkningarverð við raunkostnað. Á bls. 14 í viðauka 2 kemur fram að ef felldir væru niður liðir eins og viðskiptavild væri unnt að lækka lúkningarverð Símans töluvert. Þessi ummæli eru einnig lítt skiljanleg. Í kostnaðarútreikningunum frá 2003 var talið rétt að farsímahluti Símans bæri ákveðið hlutfall af viðskiptavild félagsins. Taldi PFS án athugasemda eðlilegt að leggja þessa útreikninga og forsendur til grundvallar. Síminn hefur allar götur síðan borið réttmætar væntingar til þess að áfram verði tekið tillit til hlutdeildar í viðskiptavild þegar reiknaður er út kostnaður við rekstur farsímanetsins. Í hinni kærðu ákvörðun er ekki að finna nein málefnaleg sjónarmið sem styðja afstöðubreytingu PFS. Auk þess byggir hin kærða ákvörðun á samanburðaraðferðinni, ekki kostnaðargreiningu. Vegna fyrrgreindra galla á samanburðaraðferðinni telur Síminn hins vegar rétt að leggja til grundvallar að núverandi verð endurspegli rekstur hagkvæmt rekens farsímafélags í fámennu en strjálbýlu landu, sbr. niðurstaða kostnaðargreiningarinnar frá 2003.

Hvað varðar verðlagningu Vodafone inn í farsímanet sitt, liggur fyrir að Vodafone hefur einungis byggt upp net á þéttbýlissvæðum. Vodafone nýtur því stærðarhagkvæmni með betri nýtingu í farsímaneti sínu en Síminn hefur tök á í landsdekkandi neti. Þá má leiða líkum að því að Vodafone njóti innkaupamáttar gegnum samstarf við stærsta farsímafyrtæki heims, Vodafone Group plc. Að teknu tilliti til þessa forskots Vodafone er einboðið að raunkostnaður þess félags hlýtur að vera lægri eða jafn kostnaði Símans við rekstur farsímanetsins. Hafi kostnaðarútreikningur Vodafone sýnt hærri kostnað er ljóst að það má rekja til

innbyggðrar óhagkvæmni í rekstri þess félags, svo sem vegna samrunakostnaðar og annars kostnaðar sem hlaust af því að tvö ólík farsímadreifikerfi runnu saman við samruna Íslandssíma hf. og Tals hf.

Með vísan til ofangreinds er ljóst miða ber lúkningarverð Vodafone við lúkningarverð Símans, þ.e. verð sem endurspeglar hagkvæmt rekið farsímafyrirtæki, og lækka þau til samræmis við gildandi verð Símans.

### 3.2. Varakrafa

Grunnforsenda PFS er að með hinni kærðu ákvörðun sé verið að tryggja jafnræði milli farsímafyrirtækjanna. Þessi forsenda samræmist vel þeirri þróun sem hefur átt sér stað í átt að jöfnun endagjalda og annarra kvaða á farsímafélög víðs vegar í Evrópu.

Síminn gerir ekki athugasemdir við þá niðurstöðu PFS að hver og einn farsímarekandi er einráður um verðlagingu í eigin neti og hafi því umtalsverða markaðshlutdeild á markaði 16.

Við þessar aðstæður er það lögboðin skylda PFS, og þar með einnig úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, að gæta jafnræðis milli þeirra félaga sem hafa verið útnefnd um umtalsverða markaðshlutdeild, sbr. c. liður 3. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003. Hefur úrskurðarnefndin vikið að þessari lögboðnu skyldu í úrskurði sínum nr. 3/2003. Þá hefur nefndin talið mikilvægt að PFS gæti að jafnræðisreglum stjórnarsýslulaga og stjórnarskrár, sbr. svohljóðandi ummæli í forsendum í máli nr. 3/2003:

Jafnræðisregla 11. gr. stjórnarsýslulaga er ein af grundvallarreglum í íslensku réttarhari. Hún er einnig lögfest í 65. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og í 4. tl. c. 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun er sett fram sú skylda PFS að stuðla að því að gætt sé jafnræðis við meðhöndlun fjarskiptafyrirtækja. Ef staðið hefur verið að álagningu rekstrargjalds með mismunandi hætti gagnvart Símanum hf. og gagnvart keppinautum félagsins, svo sem Og Vodafone hf., samræmist slíkt hvorki jafnræðisreglu né þeirri skyldu PFS. Sjá einnig dóma Hæstaréttar Hrd. 1986, bls. 714 og Hrd. 1999, bls. 2809.

Með vísan til þessa, og þeirrar staðreyndar að forstjóri Vodafone hefur í blaðaviðtali lýst því að félagið hyggist kæra niðurstöðu PFS til úrskurðarnefndarinnar, telur Síminn einbodið að allar ívilnandi breytingar sem nefndin kann að ákvarða gagnvart Vodafone nái einnig til Símans hf. Að öðrum kosti væri fyrrnefndum ákvæðum laga og stjórnarskrár um jafnræði ekki framfylgt.

### 3.3. Þrautarvarakrafa

Þrautarvarakrafan byggir á öllum sömu málsástæðum og lagarökum og varakrafan hér að ofan. Með hliðsjón af því að Vodafone hyggst kæra niðurstöðu PFS í málinu hefur Síminn lögvarða hagsmuni af því að niðurstæða þeirrar kærmedferðar verði í versta falli sú, að hin kærða ákvörðun standi óhöggðu gagnvart báðum þeim lögadilum sem hin kærða ákvörðun beinist að og verði staðfest í heild sinni. Það er

*m.a. með hliðsjón af þessum skýru lögvörðu hagsmunum Símans sem kæra þessi er send til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála innan lögboðins frests.*

Síminn fékk tækifæri til þess að gera athugasemdir við málatilbúnað Og fjarskipta og sendi eftirfarandi til nefndarinnar í bréfi sem barst 18. september 2006:

*1. Stjórnslukæran (mál 14/2006)*

*A. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá*

*Síminn gerir engar athugasemdir við hina almennu málavaxtalýsingu Vodafone. Síminn getur jafnframt að hluta til tekið undir sjónarmið Vodafone um að meðalhófs hafi ekki verið gætt. Vísast í því sambandi til aðalkröfu Símans um að einungis verði mælt fyrir um lækkun og jöfnun á lúkningarverðum Vodafone niður í gildandi lúkningarverð Símans, þ.e. 8,92 kr. per mín, auk 0,68 kr. tengigjalds. Slík niðurstaða myndi samræmast bæði meðalhófsreglu og jafnræðisreglu.*

*Skiptir hér verulegu máli nýleg afstaða framkvæmdastjórnar ESB vegna markaðar 16 í Belgíu. Orðrétt segir í bréfi framkvæmdastjórnarinnar, dags. 4. ágúst sl.:*

The Commission considers that termination rates should normally be symmetric and that asymmetry, acceptable in number of cases, requires an adequate justification. It recognizes that, in certain exceptional cases, an asymmetry might be justified by objective cost differences which are outside the control of the operators concerned. Possible justifications could be represented by the cost differences between the operation of a GSM900 network and a DCS1800 one or by substantial differences in the date of market entry.

*Lausleg þýðing er eftirfarandi:*

Framkvæmdastjórnin telur að lúkningargjöld eigi undir eðlilegum kringumstæðum að vera jöfn og að ójafnræði slíkra gjalda, þurfi að rökstyðja með viðeigandi hætti. Framkvæmdastjórnin fellst á, að í sérstökum undantekningartilvikum geti ójafnræði verið réttlætjanlegt með hlutlægum mismun á kostnaði, sem er hlutaðeigandi fjarskiptafyrirtæki hefur ekki stjórn á. Mögulegar réttlættingarástæður gætu falist í ólíkum kostnaði við að reka GSM 900 kerfi og DCS1800 eða vegna umtalsverðs munar á hvenær markaðsfærsla hófst.

*Þá segir í bréfinu:*

...In addition, the fact that a MNO entered the market later and has therefore a smaller market share can only justify higher termination rates for a limited transitory period. The persistence of higher termination rate would not be justified after a period long enough for the operator to adapt to market conditions and become efficient and could even discourage smaller operators from seeking to expand their market share.

*Þetta útleggst í lauslegri þýðingu:*

...Til viðbótar getur sú staðreynd, að farsímanetsrekandi hefur markaðsfærslu seinna og hefur þar af leiðandi lægri markaðshlutdeild, einungis réttlætt hærri lúkningargjöld

í tiltekinn afmarkaðan aðlögunartíma. Hærri lúkningargjöld væru ekki réttlætlanleg eftir tímabil sem dugar hlutaðeigandi fyrirtæki til að laga sig að markaðsaðstæðum og ná hagkvæmni/skilvirkni í rekstri og myndu jafnvel draga úr hvata smærri fyrirtækja til að auka markaðshlutdeild.

*Jafnframt segir í bréfinu að framkvæmdastjórnin hafi í nokkrum málum lagt á það áherslu að ójöfn lúkningargjöld haldi ekki gildi sínu of lengi og að lúkningargjöld hvers og eins farsímanetsrekenda skuli lækkuð niður í kostnað hagkvæmt rekens fyrirtækis eins fljótt og auðið er.*

*Telja verður að ofangreind afstaða framkvæmdastjórnarinnar styðji mjög aðalkröfu Símans í málinu og einnig sjónarmið beggja félaga um að lækkun niður í kr. 7,49 standist ekki kröfur meðalhófsreglunnar. Að sama skapi hrekur þessi afstaða sjónarmið Vodafone þess efnis að leggja beri mismunandi kvaðir á farsímafélögin. Ber hér að líta til þess að bæði Síminn og Vodafone reka GSM 900 og DCS 1800 kerfi. Ekkert bendir til þess að kostnaður Vodafone við að reka kerfi, sem er afmarkað við þéttbýlisstaði, geti verið hærri en kostnaður Símans. Jafnframt ber að líta til þess að Tal hf., forveri Vodafone, hóf starfsemi sína hér á landi í maí 1998. Því hefur farsímafyrirtæki “númer tvö” starfað hér á landi í hartnær 10 ár.*

*Fyrir liggur kostnaðargreining vegna rekstur farsímakerfis Símans hf. frá árinu 2003. Vegna stórkostlegra galla á framkvæmd PFS á svokallaðri samanburðaraðferð, sem vikið er að í kærnu Símans, telur Síminn einboðið að leggja beri kostnaðargreininguna frá 2003 til grundvallar þegar fundin eru verð hagkvæmt rekens farsímafyrirtækis í fámennu en strjálbýlu landi. Með vísan til þessa ber úrskurðarnefndinni að fella úr gildi fyrirmæli um eftirlit með gjaldskrá í kafla 2.1.5 í hinni kærðu ákvörðun, að því marki sem þau fyrirmæli líta að Símanum, og breyta fyrirmælunum sem beint er að Vodafone. Með vísan til framangreindrar framkvæmdar í Evrópu telur Síminn jafnframt rétt, að úrskurðarnefndin mæli fyrir um lækkun lúkningarverða Vodafone í einu skrefi, þannig að þau verði án frekari tafa jöfn gildandi verðum Símans.*

*Sökum þess að PFS kaus að kalla ekki eftir neinum gögnum frá aðilum sem upplýst geta um núverandi kostnað við rekstur farsímadreifikerfa, og vegna galla á samanburðaraðferðinni, byggja fyrirmæli til beggja félaga um lækkun niður fyrir kostnaðargreind verð hagkvæmt rekens fyrirtækis ekki á málefnalegum sjónarmiðum. Síminn telur hins vegar þennan annmarka á stjórnvaldsákvörðuninni ekki svo verulegan að leiða eigi til ógildingar fyrirmæla í kafla 2.1.5 í hinni kærðu ákvörðun í heild sinni. Þvert á móti getur úrskurðarnefndin bætt úr þessum annmarka með því að leggja kostnaðargreind verð Símans til grundvallar, sbr. meðfylgjandi ákvörðun PFS frá 23. apríl 2003. Nefndin getur hins vegar ekki lagt kostnaðargreind verð Vodafone til grundvallar sökum skorts á hlutlægum réttlætningarástæðum fyrir hærri kostnaði við rekstur þess kerfis, sbr. rökstuðningur framkvæmdastjórnar ESB hér að ofan.*

*Um valdheimildir úrskurðarnefnda til að fella stjórnvaldsákvörðun úr gildi að hluta og til að taka nýja breytta ákvörðun vísast til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/1994. Í málinu reyndi sérstaklega á það í hverju prófun áfrýjunarnefndar getur verið fólgin. Í úrskurði sínum sagði áfrýjunarnefnd að enga takmörkun væri að finna í 9. gr. samkeppnislaga á hvaða grundvelli ákvarðanir samkeppnisyfirvalda sæti endurskoðun nefndarinnar. Ennfremur taldi nefndin ljóst samkvæmt ákvæðum samkeppnislaga að sérfræðiþekking á áfrýjunarstiginu væri að*

flestu leyti sambærileg við neðra stjórnarsýslustig. Niðurstaða áfrýjunarnefndar var að hún hafi „fullt endurskoðunarvald“ og geti „fellt ákvörðun niður og tekið nýja í staðinn ef því er að skipta.“

#### B. Kvöð um jafnræði

Síminn mótmælir þeim sjónarmiðum sem Vodafone færir fyrir að fella beri alfarið niður kvöð um jafnræði. Telur Síminn nægja að vísa til ákvörðunar PFS, dags. 11. apríl 2005. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að Vodafone bryti gegn jafnræðiskvöð á grundvelli 25. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 með því að mismuna með ólögætum hætti hvað varðar lúkningarverð í farsímanet sitt, sem giltu gagnvart Símanum annars vegar og erlendum fjarskiptafyrirtækjum hins vegar. Verður ekki hjá því komist að kvöð um jafnræði haldist á Vodafone, sem tryggir að allir ytri aðilar njóti sömu kjara lúkningarverða, til að koma í vega fyrir að slíkt endurtaki sig.

Á hitt ber að líta, að athugasemdir Vodafone vegna kvaðar um fullt jafnræði gagnvart ytri aðilum samanborið við eigin deildir kann að eiga við rök að styðjast. Það er meginregla í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki er óheimilt að veita ólík kjör í samskonar viðskiptum. Svo sem bent er á í kærðu Vodafone getur kostnaður við lúkningu símtala í eigin neti verið annar og lægri en kostnaður við að ljúka símtölum úr öðrum netum, m.a. vegna þess að mínútnotkun innan nets er meiri en utan nets. Hér er því ekki um að ræða samskonar viðskipti, þ.e. lúkningin innan nets og utan. Við slíkar aðstæður hefur jafnvel verið talið í samkeppnisrétti, að það sé beinlínis óheimilt að veita sömu kjör í ólíkum viðskiptum.

Í fyrrnefndu bréfi framkvæmdastjórnar ESB vegna markaðsgreiningar í Belgíu er einmitt vikið að áformum um að mæla fyrir um jafnræði sem tæki til eigin deilda (e. internal non-discrimination). Í bréfinu fór framkvæmdastjórnin fram á, að tekið yrði til frekari skoðunar hvort slík fyrirmæli væru nauðsynleg í ljósi þess að lúkningarverðin yrðu miðuð við kostnað. Sérstaklega var óskað eftir nánari skýringu á hvaða samkeppnislegu vandamál slík fyrirmæli myndu leysa.

Síminn vekur einnig athygli úrskurðarnefndar á umfjöllun ERG um sama efni í kafla 5.5.3 í skýrslu frá í maí sl. Þar segir orðrétt:

“An obligation of non-discrimination (Art 10 AD) prohibiting the SMP operator from charging a higher termination charge to other operators than it is charging internally (on-net) is unlikely to be necessary to prevent foreclosure of the retail calls market. Very large market shares are needed in order to tip a market to one supplier and such market shares happen infrequently. Therefore prices at cost-oriented levels are likely to resolve any residual leverage problem that might be created by on/off-net price differentials. High termination charges can be addressed by an Art 13 AD price control and cost accounting obligation (possibly together with an Art 11 AD obligation of accounting separation). The alternative approach of a non-discrimination obligation, even in combination with an obligation of accounting separation, is unlikely to be sufficient to achieve the intended aim of regulation, i.e., termination tariffs at an efficient level.”

Í lauslegri þýðingu útleggst þetta:



Kvöð um jafnræði innan nets, þ.e. bann við því að fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk (FUM) rukki hærra gjald til ytri aðila en milli deilda innan húss er ekki líkleg til að koma í veg fyrir hindranir (foreclosure) á smásöllumarkaði fyrir símtöl. Mjög háa markaðshlutdeild þarf til að færa markaðinn/viðskiptavinum til eins birgja og slíkt er afar sjaldgæft. Af þessum sökum er verðlagning sem miðast við kostnað líklegri til að greiða úr undirliggjandi vandamálum vegna mismunandi verðlagningu innan og utan kerfa. Há endagjöld er unnt að regúlera með 13. gr. eftirliti með gjaldskrá og skyldu til að miða gjöld við kostnað (mögulega ásamt 11. gr. kvöð um bókhaldslega aðgreiningu). Hinn valkosturinn, þ.e. bann við mismunum innan nets, jafnvel til viðbótar við kvöð um bókhaldslega aðgreiningu, er ekki líklegur til að ná settu marki með regúlingunni, þ.e. að lúkningargjöld taki mið af kostnaði hagkvæmt rekens fyrirtækis.

*Með vísan til ofangreinds telur Síminn veigamikil rök mæla með því að úrskurðarnefndin breyti kafla 2.1.3. í hinni kærðu ákvörðun þannig að jafnræðiskvöð sú sem lögð verði á Símann og Vodafone verði afmörkuð við kjör ytri aðila fyrir aðgang að hlutaðeigandi farsímanetum. M.ö.o. að innskotssetningin „þ.m.t. eigin deildum,“ falli niður.*

*Í þessu sambandi vísast einnig til varakröfu Símans þess efnis að allar ívilnandi breytingar sem nefndin kann að ákvarða gagnvart Vodafone nái einnig til Símans og nánari umfjöllun um hana í kafla 3.2 í kærðu Símans, dags. 16. ágúst sl.*

Vísast að öðru leyti til annarra gagna málsins hvað varðar afstöðu Símans hf. og málsástæður.

#### **4.0 Málsástæður PFS.**

Í ljósi þess að sömu kvaðir voru lagðar á fjarskiptafyrirtækin Símann hf. og Og fjarskipti ehf. og kærur þeirra varða því sameiginleg málefni kaus PFS að fjalla um máláttilbúnað þeirra í einu bréfi sem barst nefndinni þann 15. september 2006 og fara þeir kaflar sem þurfa þykir úr því hér á eftir:

##### **3.1 Almenn**

*Í ljósi þess að kröfur Símans annars vegar og Og Vodafone hins vegar eru sambærilegar, telur PFS eðlilegast að fjalla um kröfur og athugasemdir félaganna saman. Að mati PFS þá einkennast athugasemdir kæranda að miklu leyti á röngum fullyrðingum um greiningu og ákvarðanir PFS á markaði 16. PFS vill þó ekki fara þær leiðir að endurtaka umfjöllun og niðurstöður sem er að finna í ákvörðun um markað 16 og viðaukum við hana enda eru þau skjöl hluti af málsskjölum kæranda, Og Vodafone. Hins vegar telur PFS rétt að svara og leiðrétta helstu athugasemdir sem fram koma í kærnum og draga fram þau aðalatriði sem PFS telur að skipti máli í þessu sambandi.*

*Varðandi tilvísun Og Vodafone í athugasemdir ESA um IMC þá vill PFS ítreka það að ESA heimilaði PFS að taka ákvörðunina og í ljósi þess er eðlilegt að líta svo á að ESA hafi fallist á niðurstöðu PFS um að óvenjulegar aðstæður séu til staðar á markaði fyrir lúkningu símtala í GSM farsímaneti IMC Ísland sem geri það að verkum að ekki er hægt að álykta svo að félagið sé með umtalsverðan markaðsstyrk á*

markaði 16. Að mati PFS er ekki hægt að líta svo á að IMC sé í samkeppni við Símann eða Og Vodafone eins og stendur enda er félagið með takmarkaða starfsemi hér á landi eins og fram kemur í greiningu á markaði 16 og umfang félagsins hefur ekki áhrif á markaðsaðstæður. Lúkningarverð IMC er 13,5 kr. á dagtaxta og 12 kr. á kvöldtaxta sem er aðeins litlu herra en verð Og Vodafone (sem eru 13,2 kr. á dagtaxta og 11 kr. á kvöldtaxta) og bendir ekki til þess að IMC geti starfað án þess að taka tillit til kaupenda, annarra farsímafélaga eða neytenda. PFS telur það ekki nauðsynlegt að greina það sérstaklega af hverju lúkningarverð IMC séu hærri, þar sem leiða má af því líkur að það stafi m.a. takmörkuðu farsímaneti og ekki er hægt að horfa framhjá því að IMC þurfti að gera alþjóðlegan reikisamning við Og Vodafone til þess að geta boðið upp á heildstæða farsímaþjónustu á Íslandi, þar sem hvorki Síminn né Og Vodafone hefur verið reiðubúið til að semja um innanlandsreiki við IMC. Að öðru leyti vísar PFS til umfjöllunar í greiningu á markaði 16.

### 3.2 Um greiningu á markaði 16

Óumdeilt er að í samræmi við skilgreiningu á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum er hvert fjarskiptanet einn markaður og því aðeins eitt farsímafyrirtæki á hverjum markaði. Það þýðir að burt séð frá því við hvaða mælikvarði er miðað þá er hvert farsímafyrirtæki með 100% markaðshlutdeild á viðkomandi markaði. Í greiningu á markaði 16 kemur fram það mat PFS að mikilvægustu þættirnir við greiningu á markaði 16 séu markaðshlutdeild, aðgangshindranir og möguleg samkeppni, samningsstyrkur kaupenda og verðþróun. PFS telur að mat á þeim þáttum sem sleppt er að skoða myndu ekki breyta niðurstöðum markaðsgreiningarinnar í ljósi sérstakra aðstæðna sem skilgreining á lúkningarmarkaði hefur í för með sér. Jafnframt hefur það áhrif að í greiningu PFS á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15) er farið í gegnum alla áhrifaþætti sem nefndir eru í leiðbeiningum ESA. Greiningar á markaði 15 og 16 voru unnar samhliða og frumdrög að þeim greiningum birtar á sama tíma, þann 8. júlí 2005, þegar aðilum á fjarskiptamarkaði var gefin kostur á að koma með athugasemdir við drögin. Báðir markaðir eru farsíamarkaðir og margir áhrifaþættir sem metnir eru í greiningu á markaði 15 varða stöðu á farsíamarkaðinum almennt og hafa því einnig áhrif á stöðu fyrirtækja á markaði 16, t.d. hár óafturkræfur kostnaður samfara því að koma inn á markað, markaðurinn hefur náð ákveðinni metnun og dregið hefur úr vexti í fjölda viðskiptavina. Sumir þættir sýna fram á sterka stöðu Símans á farsíamarkaði, t.d. heildarstærð fyrirtækis, breiddarhagkvæmni og aðgangur að dreifi- og sölukerfi, og aðrir sýna að bæði fyrirtækin eru sterk, t.d. bæði Síminn og Og Vodafone hafa yfir að ráða traustri og góðri reynslu, búa bæði við stærðarhagkvæmni og hafa tiltölulega góðan aðgang að fjármagni. Þessir þættir hafa einnig áhrif stöðuna á markaði 16 og PFS tekur mið af niðurstöðum á markaði 15 og vísar í þær í greiningu á markaði 16.

Að mati PFS þá einkennast viðkomandi tveir markaðir, þ.e. lúkning símtala í GSM farsímaneti Og Vodafone og Símans, af afdráttarlausum aðgangshindrunum og möguleg samkeppni er ekki fyrirsjáanleg á næstu tveimur árum. Greining á mörkuðunum bendir til þess að Síminn og Og Vodafone séu með umtalsverðan markaðsstyrk í lúkningu símtala í eigin farsímaneti. Til að komast að annarri niðurstöðu þurfa að vera til staðar þættir sem hafa veruleg áhrif á markaðstyrk félaganna. Slíkir þættir felast fyrst og fremst í samningsstyrk kaupenda. Með hliðsjón af markaðsgreiningunni eru vísbendingar um að samkeppnislegar aðstæður á

markaði skapi ekki þrýsting á verð fyrir lúkningu símtala í farsímanetum Símans og Og Vodafone. Tæknin býður ekki, eins og stendur, upp á möguleika á staðgöngu í framboði. Ekki er til staðar kaupendastyrkur, hvorki á heildsölu- eða smásölustigi, í nokkru mæli og ekkert bendir til að samkeppnisaðilar, viðskiptavinir eða neytendur geti haft áhrif á verð Símans og Og Vodafone fyrir lúkningu símtala í eigin farsímaneti. Í ljósi þessara niðurstaðna ákvað PFS að útnefna Og Vodafone og Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 16.

Og Vodafone og Síminn hafa ekki gert athugasemdir við útnefninguna en hafa þó gert athugasemdir við greininguna sem leiddi til þeirrar niðurstöðu að félögin voru útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild. PFS getur ekki fallist á þær athugasemdir og vill nota tækifærið til að svara þeim sem mestu máli skiptir. Og Vodafone gerir athugasemdir við umfjöllun í greiningu á markaði 16 um neytendakannanir sem PFS lét IMG Gallup gera. Og Vodafone segir að ekki sé greint frá forsendum könnunarinnar, hvaða úrtak var notað eða svarhlutfall. Í því sambandi vill PFS benda á að fram kemur í neðanmálgrein 19 í greiningu á markaði 16, að um var ræða símakannanir sem IMG Gallup gerði fyrir PFS 26. febrúar – 10. mars 2004 og 6. – 18. apríl 2005. Þar segir einnig að í úrtaki beggja kannanna voru 1.350 manns af öllu landinu, sem valdir voru með tilviljunaraðferð úr þjóðskrá. PFS hefði talið að þetta væri fullnægjandi upplýsingar um neytendakannanirnar og upplýsingar um svarhlutfall hefðu ekki breytt neinu þar sem gerð er krafa um ákveðið svarhlutfall svo könnun sé marktæk. Í ljósi þess vill PFS taka fram að báðar kannanir eru marktækar og auk þess eru þær báðar birtar á heimasíðu PFS.

Og Vodafone gerir einnig athugasemdir við þær ályktanir sem PFS dregur af niðurstöðum kannananna um verðvitund neytenda. Að mati PFS gefa niðurtöður úr framangreindum könnunum ákveðna vísbendingu um vitund neytenda um verð fyrir fjarskiptabjónustu og mat þeirra á ýmsum þáttum. Það er að sjálfsögðu hægt spyrja margskonar spurninga í slíkum könnunum en það er hins vegar nauðsynlegt takmarka þær eins og kostur er þar sem slíkar kannanir eru dýrar og líka mikilvægt að velja spurningar sem gefa mælanlegar niðurstöður. PFS hefur leitast við að bæta þessar kannanir en jafnframt halda ákveðinni þróun svo hægt sé að draga af þeim ákveðnar ályktanir. Í ljósi þess hefur PFS t.d. í báðum könnunum spurt neytendur um mánaðargjald, mínútuverð og kostnað við að senda SMS. Og Vodafone telur hins vegar eðlilegra sé að spyrja neytendur um mánaðarlegan símareikning. PFS sér ekki hvernig hægt væri að mæla verðvitund notenda með því að spyrja þá um hvort þeir viti hvað þeir greiða mánaðarlega í símareikning. PFS telur að ekki sé hægt að gera fullnægjandi samanburð vitund neytenda á mánaðarlegum símareikningum. Eins og fram kemur í greiningu á markaði 16 þá er það mat PFS að það fyrirkomulag að bjóða upp á frímínútur og ýmsa afslætti þegar hringt er í ákveðin símanúmer til þess fallið að draga úr vitund neytenda og mánaðarlegur símareikningur hjálpar greinilega ekki til við að upplýsa neytendur um raunverulegan kostnað á fjarskiptabjónustu. Ef neytendur eru ekki upplýstir um kostnað við að hringja hjá farsímafélögum þá hafa þeir ekki möguleika á að skapa samkeppnislegan þrýsting á félögin.

Og Vodafone bendir á að þótt aukning í umferð í farsímanetum hér á landi hafi 2,5 faldast frá árinu 2000 til 2004 þá hafi það ekki leitt til verulegrar tekjuaukningar enda megi rekja þessa aukningu í umferð að mestu leyti til aukins framboðs frímínútna. Í þessu sambandi vill PFS minna á að kostnaður við frímínútur er sá sami

og kostnaður við gjaldfærðar mínútur. Ef Og Vodafone er ekki að innheimta greiðslu fyrir þennan kostnað þá er væntanlega um niðurgreiðslu að ræða.

Til þess að neytendur geti gert sér grein fyrir hvað það kostar að hringja úr farsíma þá er nauðsynlegt fyrir þá að vita hjá hvaða farsímafélagi viðtakandinn er í viðskiptum. Þrátt fyrir að nauðsynlegt sé að númeraflutningurinn milli farsímaneta sé mögulegur þá dregur hann enn frekar úr verðvitund notenda og veldur því að erfiðara er að vita í hvaða farsímanet hringt er í. Áður en númeraflutningur milli farsímaneta varð mögulegur í október 2006 áttu neytendur auðveldara með að átta sig hvort þeir væru að hringja í annað farsímanet. Öll farsímanúmer Símans byrjuðu á tölunni 8 og flest farsímanúmer Og Vodafone byrjuðu á tölunni 6, að undanskildum farsímanúmerum sem tilheyrðu Íslandssíma en þau byrjuðu á tölunni 82. Það er því enn brýnna núna að draga úr þeim verðmun sem er á því að hringja innan nets og utan nets til að gæta hagsmuna neytenda sem er eitt af meginverkefnum PFS.

### 3.3 Samkeppnisvandamál

Það er mat PFS að samkeppnisvandamál á markaði 16 megi fyrst og fremst rekja til þess að farsímafyrirtækið sem ræður yfir netinu sem símtalinu er lokið í, er með einokunarstöðu á lúkningu í eigin neti. Enn fremur eru til staðar tæknilegar hindranir sem gera það að verkum að símtali verður aðeins lokið í því neti sem móttakandi þess er í viðskiptum við. Ekki er til staðar samkeppnislegur þrýstingur og það kemur ekki til með að breytast í fyrirsjáanlegri framtíð. CPP reglan dregur einnig úr möguleikum þess að notendur hafi óbein áhrif á verðlagningu lúkningar símtala þar sem þeir verða teljast ónæmir fyrir hækkun lúkningarverðs vegna símtala í eigin farsíma. Farsímafélögin eru með einokun á lúkningu símtala í eigin neti og geta því boðið þjónustu sína að verulegu leyti án þess að taka tillit til viðskiptavina og keppnauta. Þessi einokunarstaða farsímafélaganna gerir þeim kleift að krefjast hærra lúkningarverðs en hægt væri ef til staðar væri samkeppnislegur þrýstingur.

Flest samkeppnisvandamál á markaði 16 tengjast lúkningarverði á símtölum í farsímanet félaganna. Að mati PFS er yfirverðlagning á símtölum sem eiga sér uppruna í öðrum farsímanetum en þeim sem lúkning þeirra fer fram í. Til þess að gera sér betur grein fyrir þessu er best að skoða smásöluverðið hjá farsímafélögunum. GSM notandi hjá Og Vodafone borgar 10,9 kr./mín þegar hann hringir til GSM notanda hjá Og Vodafone (innankerfis) en 21,90 kr./mín ef hann hringir í GSM notanda hjá Símanum (utankerfis).<sup>22</sup> Hjá Símanum borga GSM notendur 11 kr./mín ef símtalið er innankerfis en 22 kr./mín ef hringt er í GSM notanda hjá Og Vodafone.<sup>23</sup> Þarna er um að ræða tvöföldun á verði milli kerfa miðað við símtöl innan sama farsímanets hvort sem það er hjá Símanum eða Og Vodafone.

Til samanburðar er rétt að skoða hvað farsímafélögin eru að innheimta fyrir lúkningu í GSM farsímaneti. Lúkningin hjá Og Vodafone kostar í heildsölu á dagtaxta 13,2 kr./mín og á kvöldtaxta 11 kr./mín og hjá Símanum kostar lúkningin í heildsölu 8,92 kr./mín. Þegar hringt er innankerfis er bæði upphaf og lúkning og ef gengið er út frá því að upphaf og lúkning kosti það sama ætti símtalið innankerfis hjá Og Vodafone að kosta án smásöluálagningar 26,4 kr./mín án vsk. og hjá Símanum 17,84 kr./mín án vsk.

<sup>22</sup> Hér er miðað við áskriftarleiðina GSM Vinir hjá Og Vodafone.

<sup>23</sup> Hér er miðað við almenna áskrift hjá Símanum.

Eins og sjá má þá er sá munur sem er á milli verðs vegna símtala innan- og utankerfis alltof mikil og alveg óskiljanlegur auk þess sem mínútuverð fyrir innankerfissímtöl eru í sumum tilvikum undir heildsölulúkningarverði eða óeðlilega lítill munur á milli þeirra. Svo virðist vera sem farsímafélögin rukki símtöl sem eru send milli neta um lúkningargjald en sleppa því þegar símtölin eru innankerfis.

Kostnaðinum vegna innankerfis símtala er velt yfir á þá notendur sem eru tengdir öðrum farsíma- eða fastlínunetum. Þannig eru símtöl með upphaf og lúkningu í sama farsímaneti niðurgreidd á meðan verðaðgreiningu er beitt gagnvart utanaðkomandi umferð með því að verðleggja lúkningu símtala úr öðrum netum mun herra en innan sama nets.

Of há lúkningarverð geta haft áhrif á innkomu nýrra þjónustuaðila á farsímaamarkaðinn, bæði fælt þá frá markaði eða takmarkað möguleika þeirra til að starfa þar í samkeppni við önnur fyrirtæki á markaði og vinna sér markaðshlutdeild. Of há lúkningarverð eru einnig ósanngjörn og óviðunandi gagnvart neytendum þar sem þau leiða til hærri smásöluverðs. Neytendur eiga erfitt með að gera sér grein fyrir hvað símtal kostar, þar sem smásöluverð endurspeglar lúkningarverð félaganna fyrir utanaðkomandi umferð og mismunur á verði fyrir símtöl innan farsímanets og utan skapar óvissu þar sem ekki er víst að sá sem hringir geti gert sér grein fyrir í hvaða farsímanet hann er að hringja hverju sinni. Þetta dregur úr gagnsæi og hreyfanleika notenda og skaðar hagsmuni þeirra.

Að mati PFS bendir framangreint til þess að verð fyrir lúkningu símtala í farsímanetum séu hærri en kostnaður gefur tilefni til. Bæði Og Vodafone og Síminn gera athugasemdir við þessa ályktun PFS og Og Vodafone telur þetta ekki fullnægjandi þar sem ekki sé stuðst við töluleg gögn. PFS vill benda á að eina leiðin til þess að sýna fram á yfirverðlagningu með óyggjandi hætti væri sú að kostnaðargreina verði. Eins og farið verður inn á hér síðar þá er kostnaðargreining bæði mjög tímafrek og kostnaðarsöm og PFS hefur viljað reyna aðrar einfaldari og kostnaðarminni leiðir áður. PFS telur að framangreindar vísbendingar um yfirverðlagningu fullnægjandi til að krefjast þess að félögin lækki lúkningarverð í farsímanetum.

Og Vodafone er með margvíslegar athugasemdir varðandi umfjöllun um samkeppnisvandamál og hefur í tengslum við það þýtt ákveðnar málsgreinar úr kafla 2.3.4 í skýrslu ERG um kvaðir. PFS hefur leiðrétt þýðinguna og bætt við málsgreinum sem Og Vodafone sleppti að þýða en PFS telur mikilvægar, sjá meðfylgjandi skjal. Og Vodafone vísar í að hagfræðingar séu almennt sammála um að yfirverðlagning á lúkningargjöldum séu frekar samkeppnisvandamál gagnvart notendum fastlínu. PFS er ekki sammála þessu og bendir á að í skýrslu ERG um kvaðir segir að yfirverðlagning sem samkeppnisvandamál sé minna líklegt að því er varðar símtöl úr farsíma í farsíma M2M svo framarlega sem umferð milli neta sé í ásættanlegu jafnvægi og kostnaðaruppbygging neta hin sama því þá sé líklegt að lúkningargjöld séu gagnkvæm. Hér á landi er ástandið eins og kunnugt er það að lúkningarverð farsímafélaganna eru ekki gagnkvæm og þar af leiðandi verður að telja að yfirverðlagning sé einnig vandamál gagnvart notendum farsíma þegar verið er að hringja á milli farsímaneta. Að mati PFS á það því einnig við farsímanotendur sem segir um fastlínunotendur að vandamálið sé líklegt til að aukast þegar ekki er hægt að greina á milli mismunandi farsímaneta og notendur eru þannig ómeðvitaðir um

raunverulegan kostnað símtalsins. Í slíkum tilvikum geta farsímanetsrekendur hækkað lúkningarverð jafnvel yfir einokunarverð.

Þó að gerður sé skýr greinarmunur milli heildsölu- og smásölumarkaðs á grundvelli þeirra viðskipta sem þar eiga sér stað er nauðsynlegt að taka til greina möguleg tengsl milli þessara tveggja markaða sem geta leitt til samkeppnislegs aðhalds. Þrátt fyrir að markaður 16 sé heildsöluarkaður þá er mikilvægt að skoða smásöluarkaðinn. Það hefur margoft komið fram að sá mismunur sem er á þeim kostnaði sem viðskiptavinir Símans þurfa að greiða fyrir að hringja í farsímanet Og Vodafone í samburði við þann kostnað sem viðskiptavinir Og Vodafone þurfa greiða fyrir að hringja í farsímanet Símans, skýrist fyrst og fremst af því lúkningarverð Og Vodafone eru hærri en lúkningarverð Símans. Fram kemur í skýrslu ERG um kvaðir að fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk kunni að reyna að útiloka keppinauta á smásöluarkaði með því að innheimta há lúkningargjöld (yfir kostnaðarverði) af öðrum farsímanetum en innheimta óbeint lægra verð innan nets. Þetta leiðir til hærri kostnaðar fyrir símtöl utan nets á heildsölustigi og þar með herra verðs fyrir símtöl utan nets á smásölustigi. Símtöl innan nets bera hins vegar minni kostnað og er því ódýrari í smásölu. Slík verðuppygging leiðir til áhrifa ytra umhverfis nets og er því óhagstæðari smærri farsímanetum með færri notendum. Óhagræðið er meiri því herra sem lúkningarverðið er og því hærri sem mismunur milli verðs fyrir innan nets og utan nets símtala er.

PFS er ekki sammála fullyrðingu Og Vodafone að mismunur á lúkningarverðum sé einkum samkeppnisvandamál þegar um er að ræða farsímafyrirtæki með mikla markaðshlutdeild og að Og Vodafone sé ekki aðstöðu til að gera smærri fyrirtækjum erfitt um vik í samkeppni um neytendur. Samkvæmt skilgreiningu á markaði 16 er hvert net einn markaður og gengið er út frá því að hver farsímanetsrekandi sé með einokun á lúkningu símtala í eigin neti og geti þar af leiðandi að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. PFS er á þeirri skoðun að þetta sé staðan hvað varðar Og Vodafone og Símann á markaði 16. Eins og komið hefur fram þá horfir PFS einnig til niðurstaðna á markaði 15, um aðgang og upphaf símtala í almenn farsímanet, enda báðir farsímamarkaðir og í greiningu á þeim markaði eru metnir nokkrir almennir þættir um stöðu þeirra á farsímamarkaði. PFS komst að þeirri niðurstöðu að Síminn væri einn með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 þrátt fyrir að ýmislegt benti til að staða Og Vodafone væri einnig sterk á þeim markaði og til greina gæti komið að félögin væru sameiginlega með markaðsstyrk. Jafnvel þótt Síminn sé stærra fyrirtæki á farsímamarkaði þá er ekki hægt horfa framhjá því að Og Vodafone er annað stærsta fyrirtækið með 35% markaðshlutdeild í fjölda viðskiptavina. Þá má einnig bæta hér við að neytendakannanirnar sem PFS lét IMG Gallup gera sýndu að tæp 44% svarenda búsettir í Reykjavík voru með GSM kort hjá Og Vodafone í febrúar – mars 2004 sem hafði hækkað í rúm 45% í apríl 2005. Að mati PFS benda þessar niðurstöður til þess að félagið sé með ágæta stöðu á farsímamarkaði og að ekki sé hægt að líta svo á að það sé smá fyrirtæki. PFS lítur svo á að staða beggja félaga skapi aðgangshindranir á farsímamarkaði og því er sú staðreynd að mismunur er á kostnaði fyrir innan nets og utan nets símtöl samkeppnisvandamál þar sem þau geta hindrað önnur fyrirtæki í að koma inn á markað og afla sér viðskiptavina.

Í ljósi þess að gert er ráð fyrir að kvaðir séu ekki lagðar á smásöluarkað fyrir en ljóst er að aðgerðir á viðkomandi heildsöluarkaði bera ekki tilætlaðan árangur til

*að tryggja virka samkeppni,<sup>24</sup> þá er kvöð um að lækka lúkningarverð eðlilegt skref í þá átt að tryggja neytendum eðlilegt og sanngjarnt verð fyrir farsímanotkun. PFS er því skylt að reyna laga samkeppnisvandamál á smásölustigi sem ráðast af samkeppnisvandamálum á heildsölustigi með því leggja kvaðir á viðkomandi fyrirtæki á heildsölustigi. Með hliðsjón af framangreindu telur PFS ljóst að mínútuverð til notenda ráðist af því lúkningarverði sem félögin innheimta fyrir utan nets símtöl og því er eðlilegt að gera ráð fyrir að lækkun lúkningarverðs leiði til lægri mínútuverðs í smásölu.*

*Það er mat PFS að markaðsaðstæður séu þess eðlis að þær geti leitt til of hárra lúkningarverða. Í þessu sambandi vill PFS minna á að það er umtalsverður markaðsstyrkur sem er sá mælikvarði sem miða skal við en ekki misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Álagning kvaða á fjarskiptafyrirtæki er ekki bundin því skilyrði að markaðsráðandi staða hafi verið misnotuð heldur nægir að sýna fram á að aðstæður séu til staðar sem gera markaðsráðandi fyrirtækjum mögulegt að misnota styrk sinn. Þetta þýðir hins vegar ekki að hegðun fyrirtækja á markaði skipti ekki máli. Hegðun sem stuðlar að markaðsráðandi stöðu eða viðheldur samkeppnisforskoti hjá markaðsráðandi fyrirtæki dregið úr samkeppni á markaði. Í ljósi þess vill PFS jafnframt ítreka þá skoðun sína að lúkningarverð farsímafyrirtækjanna séu of há og styðst það fyrst og fremst við það lúkningarverð félagana fyrir símtöl í önnur net eru há í samanburði við verð fyrir innankerfis símtöl. Auk þess sem frumkostnaðargreiningar á lúkningarverði Símans og Og Vodafone innihéldu m.a. óhagræði sem PFS telur ekki eðlilegt að tekið sé tillit til miðað við núverandi lagakröfur um hagkvæman rekstur, sem styður jafnframt þá niðurstöðu að lúkningarverð félaganna séu hærri en kostnaður þeirra bendi til en farið verður betur í hér á eftir. Að mati PFS bendir framgreint til þess að Og Vodafone og Síminn séu að misnota markaðsstyrk sinn með því að innheimta of há lúkningarverð.*

### **3.4 Kvöð um eftirlit með gjaldskrá og lækkun lúkningarverða**

#### **3.4.1 Almennt**

*Bæði Og Vodafone og Síminn gera það að aðalkröfu að felld verði úr gildi álagning kvaðar um eftirlit með gjaldskrá félaganna. Síminn krefst þess að einvörðungu verði mælt fyrir um lækkun og jöfnun á lúkningarverðum Og Vodafone niður í gildandi lúkningarverð Símans. Og Vodafone gerir þá kröfu að málinu verði vísað aftur til PFS til meðferðar og ákvörðunar að nýju.*

*Skv. 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár og kvaðir um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs ef 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.*

*PFS telur að skilyrði framangreinds ákvæðis séu fyrir hendi á markaði 16. Samkeppnisvandamál á markaðinum tengjast helst yfirverðlagningu á símtölum sem eiga sér uppruna í öðrum netum en þeim sem lúkning þeirra fer fram í. Það er álit*

---

<sup>24</sup> Sjá bls. 15 í explanatory memorandum með tilmælum framkvæmdastjórnar ESB um viðkomandi markaði og kafla 3.2.6 í skýrslu ERG um kvaðir.

*PFS að kostnaður vegna símtala milli neta réttlæti ekki u.þ.b. tvöföldun á verði þeirra miðað við símtöl innan sama farsímanets hvort sem það er hjá Símanum eða Og Vodafone. PFS telur að slíkur mismunur stafi annað hvort af því að símtöl innan nets séu niðurgreidd eða að lúkningarverð fyrir símtöl milli farsímaneta séu hærri en kostnaður gefi tilefni til. Hvort tveggja bendir til þess að farsímafélögin eru að innheimta of há verð fyrir lúkningu til annarra. Þá má einnig benda á að í mörgum tilvikum er óeðlilega lítill munur á smásöluverði fyrir innkerfissímtöl og heildsölulúkningarverði sem er mjög alvarlegt mál og veruleg hindrun á samkeppni. Ef farsímafélögin fengju almennt að hafa heildsöluverð sín hærri en smásöluverð yrði lítið svigrúm fyrir samkeppni á farsímamarkaði.*

*Einnig er munur er á lúkningarverðum félaganna tveggja. PFS telur óæskilegt að slíkur munur verði viðvarandi og bendir á að bæði ESA og framkvæmdastjórn ESB hafa gert alvarlegar athugasemdir við fyrirætlanir fjarskiptastofnanna að halda ósamræmdum lúkningarverðum. Eftirlitstofnun ESA gerði athugasemdir við fyrirætlanir norsku eftirlitsstofnunarinnar að ákvarða ósamræmd lúkningarverð og benti á að mismunandi lúkningarverð gætu aðeins samrýmt skilyrðum nýrra fjarskiptareglna EES, ef sá mismunur er réttlættur með undirliggjandi mismun á hagkvæmum framleiðslukostnaði.<sup>25</sup> Að mati PFS uppfyllir munurinn á núverandi lúkningarverði félaganna ekki þetta skilyrði þar sem PFS telur að kostnaður félagana eigi að vera sambærilegur eins fram kemur hér fram. Mismunur á lúkningargjöldum verður því eingöngu rökstuddur með því að kostnaðarútreikningar byggðir LRAIC réttlæti slíkan mun.*

*Í ljósi þess að hvorki samkeppni né kaupendastyrkur er til staðar til að skapa áhrif til lækkunar á lúkningarverði telur PFS nauðsynlegt að grípa inn í og leggja skyldur á félögin um að lækka lúkningarverð í eigin GSM farsímaneti. Reynslan erlendis frá sýnir að samkeppni hefur ekki nægt til að lækka lúkningarverð til samræmis við raunverulegan kostnað við að veita lúkningu og allar fjarskiptaeftirlitsstofnanir á EES-svæðinu sem greint hafa markað 16, hafa lagt á kvaðir til lækkunar á lúkningarverðum. Samkvæmt athugun PFS hafa 27 lönd greint markað 16 (að Íslandi meðtöldu) og í öllum tilfellum hafa verið lagðar á farsímafélögin kvaðir um verðstýringum. Í mörgum tilfellum er framkvæmd kostnaðargreiningar ekki lokið en af þeim gögnum sem PFS hefur aðgang að hefur verið mælt fyrir um samræmd lúkningarverð hjá tveim stærstu farsímafélögunum í Austríki, Kýpur, Danmörku, Eistlandi, Grikklandi, Ítalíu, Litháen, Lúxemborg og Belgíu. Að mati PFS er Ísland engin undantekning og alveg sama nauðsyn til staðar hér á landi til að leggja kvöð á tvö stærstu farsímafélögin um að lækka lúkningarverð sín og bjóða samræmd lúkningarverð.*

*Það hvílir skylda á Símanum og Og Vodafone skv. eldri fjarskiptalögum að bjóða samtengiverð sem byggja á kostnaði við stofnun og rekstur nets, auk hæfilegrar ávöxtunar fjármagns á grundvelli kostnaðarbókhalds sem haldið skal. PFS hefur skóðað GSM lúkningarverð hjá Símanum og Og Vodafone og á grundvelli upplýsinga úr bókhaldi fyrirtækjanna um sögulegan kostnað hefur farið fram kostnaðargreining á lúkningarverði. Með ákvörðun PFS, dags. 23. apríl 2003, var Símanum gert að lækka mínútuverð á lúkningu símtala í eigið GSM farsímanet úr 12 kr./mín. á*

<sup>25</sup> Sjá meðfylgjandi athugasemdir ESA við greiningu og ákvörðun NPT um kvaðir á markaði 16, dags. 6. september 2005



dagtaxta og 10 kr./mín á kvöld- og helgartaxta í 8,92 kr. án vsk. frá og með 1. júní 2003, auk 0,68 kr. tengigjalds.<sup>26</sup> Með þessari ákvörðun varð mínútuverð Símans það sama hvort sem símtali væri lokið á degi eða nóttu, það var sami taxti.

Og Vodafone var útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði skv. eldri fjarskiptalögum með úrskurði Úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála þann 21. október 2003.<sup>27</sup> Frumkostnaðargreining Og Vodafone barst PFS í júní 2004 ásamt rökstuðningi fyrir þeim gjöldum sem fyrirtækið tekur fyrir lúkningu símtala í farsímaneti sínu. PFS gerði athugasemdir við frumdrög þessi sem Og Vodafone féllst á. Athugasemdirnar lutu einkum að því að samræma aðferðafræði sem mest við þá útreikninga sem Síminn hafði skilað inn til stofnunarinnar ári áður. Þess má geta þess að þeir útreikningar sem félagið skilaði til stofnunarinnar leiddu til nokkuð hærra lúkningarverðs en samkvæmt gjaldskrá þess. Það var svo niðurstaða PFS að Og Vodafone hefði sýnt fram á að sá sögulegi kostnaðargrunnur, sem gjaldskrá fyrirtækisins var miðuð við á þeim tíma, gæti staðist að teknu tilliti til þeirrar aðferðafræði sem notuð var við að greina kostnaðinn.<sup>28</sup> Farsímarekstur Og Vodafone var hins vegar ekki aðgreindur frá öðrum rekstri og þær tölur sem framangreindur útreikningur byggði á var því háður mati félagsins á skiptingu kostnaðarins. Stofnunin gerði ekki athugasemdir við gjaldskrá fyrirtækisins á þeim tíma en áskildi sér rétt til þess að endurskoða ákvörðun sína í kjölfar niðurstöðu markaðsgreiningar sem nú liggur fyrir og leggja á nýjar kvaðir, eða ákveða aðrar kostnaðargreiningaraðferðir við mat á samtengigjöldum.

PFS er þeirrar skoðunar að ýmsar vísbendingar séu um það að lúkningarverð séu töluvert umfram kostnað fyrirtækjanna í dag. Og Vodafone hefur ekki mótmælt þeirri ályktun PFS að lúkningarverð félagsins séu of há heldur einungis hvernig PFS kemst að þeirri niðurstöðu. PFS lítur ekki svo á að framangreindar frumkostnaðargreiningar bindi hendur stofnunarinnar til að komast að þeirri niðurstöðu nú að lúkningarverð séu of há og nauðsynlegt sé að lækka lúkningarverð. Þá er rétt að minna á að þegar frumkostnaðargreining var gerð á lúkningarverðum félaganna þá var það gert á grundvelli útnefningar þeirra með umtalsverða markaðshlutdeild skv. eldri fjarskiptalögum nr. 107/1999 sem veittu PFS ekki jafn víðtækar heimildir til að ákvarða um lúkningarverð og stofnunin hefur skv. núgildandi fjarskiptalögum.

PFS hefur áður sagt að eftir að hafa skoðað aftur þá útreikninga sem lagðir voru fram af Símanum þegar lúkningarverð félagsins var kostnaðargreint þá var það mat stofnunarinnar að ef felldir eru niður liðir eins og viðskiptavild sé hægt að lækka lúkningarverð félagsins töluvert. Skoðun á þessu og öðrum þáttum bendir til þess að lúkningarverð hjá hagkvæmt reknu fyrirtæki á Íslandi sé því töluvert undir núgildandi verði Símans. Síminn hefur gert athugasemdir við þetta, nefnir sérstaklega viðskiptavild og segir að félagið hafi borið réttmætar væntingar til þess að áfram yrði tekið tillit til hlutdeildar í viðskiptavild þegar reiknaður er út kostnaður við rekstur farsímanetsins. Af þessu tilefni við PFS benda á að í 7. gr. reglugerðar nr. 960/2001 um bókhaldslega og fjárhagslega aðgreiningu í rekstri fjarskiptafyrirtækja segir að jafnaði skal ekki reikna viðskiptavild til eigna sem þarf til að veita fjarskiptaþjónustu.

<sup>26</sup> Sjá ákvörðun PFS frá 23. apríl 2003 um samtengiverð Símans (www.pfs.is).

<sup>27</sup> Sjá ákvörðun Úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála, dags. 21. október 2003 (www.pfs.is).

<sup>28</sup> Sjá ákvörðun PFS frá 15. júlí 2004 um frumkostnaðargreiningu í fjarskiptanetum Og fjarskipta (www.pfs.is)

Það var því um að ræða undantekningu þegar Símanum var heimilt að taka tillit viðskiptavildar og því telur PFS óraunhæft að Síminn hafi getað borið réttmætar væntingar til þess að það yrði gert áfram auk þess sem Símanum ætti líka að vera ljóst að ekki er hægt afskrifa viðskiptavildina endalaust. PFS minnir einnig á að ekki er tekið tillit til viðskiptavildar á slíkan hátt í öðrum kostnaðarútreikningum sem Síminn hefur lagt til grundvallar í fastagjaldi, heimtaugarleigu og leigulínum auk þess sem almennt á að taka á tillit viðskiptavildar á smásölustigi en ekki á heildsölustigi og því ekki við útreikning á lúkningarverðum eins og hér um ræðir.

Varðandi Og Vodafone þá telur PFS ekki rétt að styðjast við þá útreikninga sem lagðir voru til grundvallar við kostnaðargreiningu á lúkningarverði félagsins þar sem félagið var ekki og er ekki enn með aðskilið bókhald. Auk þess bendir PFS á að í útreikningum Og Vodafone var einnig tekið tillit til sambærilegra liða og gert var hjá Símanum sem eðlilegt væri að fella niður, auk þess sem tekið var tillit til samrunakostnaðar félagsins.

Ýmsar aðferðir eru tíðkaðar hjá fjarskiptaeftirlitsstofnunum á EES svæðinu við ákvörðun verðs fyrir lúkningu símtala. Skv. 3. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga getur PFS krafist þess að fjarskipta fyrirtæki geri kostnaðarlíkan til útreiknings á verði. Við útreikning verðs getur PFS einnig tekið mið af rekstri sambærilegrar þjónustu sem telst hagkvæmlega rekin, tekið mið af gjaldskrá á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar aðferðum viðkomandi fjarskipta fyrirtækis, sbr. 4. mgr. 32. gr. Við val á aðferð taldi PFS rétt að leggja áherslu á að aðferðin gefi kost á að niðurstaða fengist á tiltölulega skömmum tíma, að hún leiddi til niðurstöðu sem væri eðlileg og sanngjörn á báða bóga og verðlagningar sem ekki væri langt umfram raunverulegan kostnað, en tryggji jafnframt eðlilegan arð af fjárfestingum.

Kostnaðargreining sem byggir á LRAIC er viðurkennd aðferð m.a. af framkvæmdastjórn ESB.<sup>29</sup> Aðferðin tryggir gagnsæi og eftirlitsaðili er ekki háður upplýsingum úr bókhaldi fjarskipta fyrirtækis. Aðferðin er hins vegar kostnaðarsöm og tímafrek og því hefur PFS talið rétt að reyna fyrst aðrar og einfaldari aðferðir. Áætlaður kostnaður fyrir LRIC módel er 1 eða 2 milljónir evra eða 90-180 milljónir króna.<sup>30</sup>

Í maí 2004 hélt PFS kynningarfund um LRAIC kostnaðarmódel fyrir fjarskiptamarkaðinn og var viðfangsefnið sérstaklega LRIC í farsímanetum. Að kynningunni stóð Analysys sem er þekktasta fyrirtækið í gerð LRAIC módelna í farsímakerfum. PFS hefur því metið ítarlega kosti og galla LRAIC fyrir farsímanetin á Íslandi. Til að slík módel endurspegli vel íslenskan kostnað er nauðsynlegt að hafa aðgang að góðum bókhaldsupplýsingum. Grunnurinn fyrir slíkt kostnaðarmódel er alltaf kostnaðartölur frá farsímafélögunum og því er nauðsynlegt að þau viðhafi aðskilið bókhald þannig að réttar kostnaðartölur séu settar inn í módelið. Í því sambandi má benda á að með ákvörðun sinni um markað 16, dags. 20. júlí 2006, lagði PFS einnig á farsímafélögin kvöð um aðskilið bókhald með ýmsum skilyrðum.

<sup>29</sup> Aðferðafræðin er mismunandi en erlendis gera oft farsímafyrirtækin svokölluð top down - LRAIC módel en eftirlitsstofnanir gera bottom up - LRAIC. Módelin eru síðan sett saman í svokölluð hybrid - LRIC módel sem eftirlitsstofnunin sér um og skilar niðurstöðunni.

<sup>30</sup> Heimild: Skýrsla Ovum og Indepen sem fylgdi kærnu Símans, bls 23

Félögin munu þurfa fyrir árið 2007 að halda aðskilið bókahald og því ættu tölur fyrir kostnaðarmódel að verða tilbúnar árið 2008.

Framangreindar frumkostnaðargreiningar Og Vodafone og Símans byggja á sögulegum kostnaði sem er önnur leið til að ákvarða verð. Í ljósi þess að framkvæmdastjórn ESB hefur mælt með því að stuðst sé við LRIC kostnaðarlíkan á markaði 16 en ekki sögulega kostnaðargreiningu þá telur PFS að ekki komi til greina að styðjast við sögulega kostnaðargreiningu. Auk þess sem farsímarekstur Og Vodafone þyrfti að vera aðgreindur frá öðrum rekstri bókhaldslega til að hægt væri að fá viðunandi niðurstöðu byggða á sögulegum kostnaði. PFS telur því að verðsamanburður sé aðferð sem geti gefið góða hugmynd um hæfilegt verð auk þess sem aðferðin er tiltölulega fljótleg í framkvæmd miðað við flestar aðrar aðferðir og lagaheimild er fyrir henni skv. 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga. Framkvæmd aðferðarinnar hefur ekki í för með sé mikinn aukakostnað fyrir þau fyrirtæki sem sæta henni, enda þurfa þau hvorki að vinna upplýsingar úr bókhaldi sínu né að gera kostnaðarlíkan. Athugasemdum við aðferðafræðina verður svarað sérstaklega hér á eftir.

Og Vodafone bendir á að NPT hafi ákvarðað mismunandi verðþak á lúkningargjöld Telenor annars vegar og NetCom hins vegar og að norska samgönguráðuneytið hafi samþykkt þetta. Og Vodafone getur þess hins vegar ekki að ESA gerði einmitt alvarlegar athugasemdir við þessa niðurstöðu NPT eins og áður hefur komið fram hér. Í þessu sambandi má geta þess að norska samgönguráðuneytið breytti ákvörðun NPT á þann hátt að munurinn á milli lúkningarverða Telenor og NetCom var meiri. Í framhaldi af því ákvað NPT að kaupa aðstoð frá breska ráðgjafarfyrirtækið, Analysys, til að ljúka sem fyrst vinnu á LRAIC kostnaðarmódeli sem þegar var hafinn. Skv. upplýsingum frá NPT liggja niðurstöður úr kostnaðarmódelinu nú fyrir en hafa ekki verið gerðar opinberar.

Framkvæmdarstjórn ESB gerði einnig alvarlegar athugasemdir við fyrirætlan belgísku fjarskiptaefirlitsstofnunarinnar (IBPT) um að ákvarða ósamræmd lúkningarverð fyrir tvö stærstu farsímafélögin á markaði 16.<sup>31</sup> IBPT studdist í niðurstöðu sinni við LRAIC kostnaðarmódel með svokallaðri “top down” aðferð, þar sem tekið var tillit til bókfærðs sögulegs kostnaðar hjá hverju fyrirtæki. Í athugasemdum sínum bendir framkvæmdarstjórnin á að lúkningarverð ættu venjulega að vera samræmd, nema í sérstökum undantekningatilvikum sem hægt væri að réttlæta með hlutlægum kostnaðarmun sem væri ekki á forræði viðkomandi fyrirtækis. Hugsanleg réttlæting gæti falist í kostnaðarmun milli reksturs á GSM 900 MHz net annars vegar og DCS 1800 MHz net hins vegar eða með verulegum tímamun á markaðsinngöngu, en þá eingöngu í stuttan tíma. Fram kemur einnig að stöðuleiki hárra lúkningarverða verði ekki réttlættur eftir að viðkomandi fyrirtæki hafi haft nægan tíma til að aðlaðast markaðsskilyrðum og sé orðið skilvirkt og geti jafnvel hindrað minni fyrirtæki í að auka markaðshlutdeild sína. Framkvæmdastjórnin leggur áherslu á að í meirihluta þeirra aðildarríkja sem lögð hefur verið á kvöð um kostnaðargreind lúkningarverð (t.d. Austurríki, Ítalía, Frakkland, Svíþjóð, Bretland og Holland) hafi eftirlitsstofnanirnar mælt fyrir um samræmd lúkningarverð hjá tveim stærstu farsímanetsfyrirtækjunum. IBPT hefur brugðist við athugasemdum

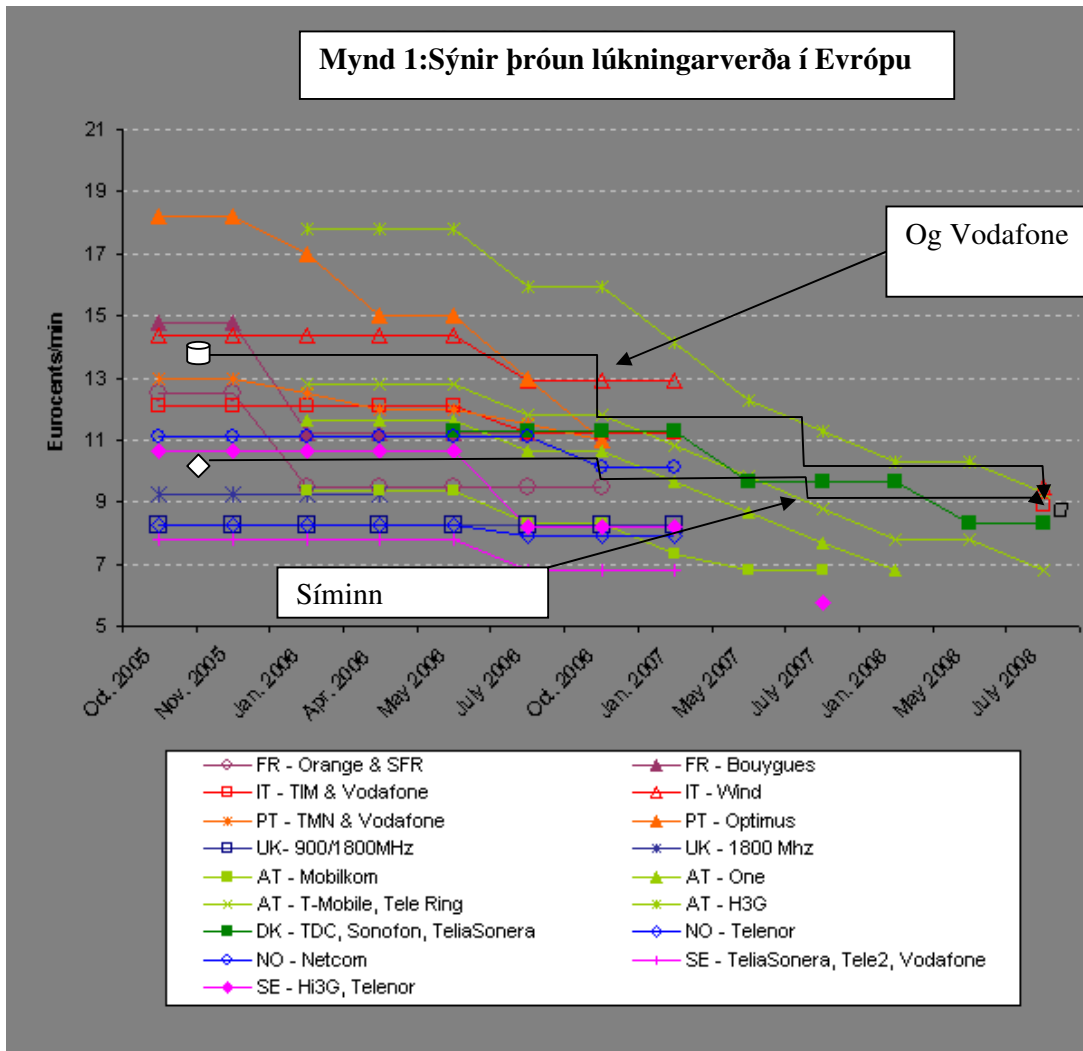
<sup>31</sup> Sjá meðfylgjandi athugasemdir framkvæmdastjórnar ESB við drögum að ákvörðun IBPT um markað 16, dags. 8. september 2006

framkvæmdastjórnarinnar og endurskoðað ákvörðun sína og stefnir að því að færa lúkningarverð tveggja stærstu farsímafyrirtækjanna niður í samræmt verð árið 2008.

Að mati PFS bendir framangreint til þess að mismunandi lúkningargjöld í sambærilegum netum til lengri tíma verði einungis réttlætt ef mismunandi tæki er notuð og LRIC kostnaðargreining sýnir ótvíræðan kostnaðarmun. Af því tilefni vill PFS benda á að GSM net Símans og Og Vodafone eru talin sambærileg og félögin nota sömu tæknina, GSM 900 MHz net og DCS 1800 MHz net. Jafnframt bendir PFS á að mismunandi markaðsinnganga réttlætir eingöngu tímabundin mismun á lúkningarverðum. Eins og fram kemur í viðauka 2 með ákvörðun um markað 16 þá hefur Og Vodafone og forverar þess verið starfandi á farsímamarkaði frá árinu 1998 og hafa innheimt hærri lúkningarverð en Síminn síðan í desember 2001. Í ljósi framangreinds er það mat PFS að eðlilegt sé að leggja sambærilegar kvaðir á fyrirtækin og tímabært að kveða á um samræmd lúkningarverð.

Í kæru sinni vísar Síminn í athugasemdir framkvæmdastjórnar ESB vegna tilkynningar fjarskiptaeftirlitsstofnunarinnar í Lúxemborg (ILR) á drögum að ákvörðun um markað 16. Það sem Síminn vísar til er ekki lokaákvörðun ILR heldur drög að ákvörðun sem framkvæmdarstjórn ESB gerði einmitt athugasemdir við og benti á að þau lúkningarverð sem ILR ætlaði að leggja á farsímafélögin voru yfir meðallúkningarverði innan ESB. Miðað við málflutning Símans virðist sem fyrirtækinu sé ekki kunnugt um lokaákvörðun ILR þar sem hún leiðir til lægri niðurstöðu en PFS komst að í sinni ákvörðun og PFS á bággt með að trúa að Síminn hafi áhuga á að verða lækkaður meira en PFS áætla. Af því tilefni telur PFS rétt að skoða lokaákvörðun ILR á markaði 16 sem þar sem stuðst er við alþjóðlegan samanburð til að ákveða lúkningarverð með vísan til meðallúkningarverðs í ESB. Það virðist sem ILR hafi gert mjög einfaldan verðsamanburð og ákveðið að stilla verðinu rétt undir meðallúkningarverði innan ESB. ILR taldi að gerð kostnaðarmódelis yrði of þungbært og kostnaðarsamt fyrir markaðinn og neytendur í ljósi sérstakra landfræðilegra aðstæðna þar. Samkvæmt lokaákvörðun ILR eiga tvö stærstu farsímafélögin að EPT og Tango að lækka lúkningarverð sín fyrir 1. júlí 2008 í 8.20 eurocent sem er meðalverð og samsvarar 6,98 ISK og þriðja farsímafélagið VoxMobile á að lækka lúkningarverð sitt í 10.5 eurocent sem samsvarar 8,93 ISK. Það skal tekið fram að öll félögin eru með jöfn lúkningarverð í dag. Það meðallúkningarverð sem Síminn bendir á, 12.30 eurocent, er því ekki lengur gildandi meðallúkningarverð, þar sem fleiri lönd hafa greint markað 16 og lagt á kvaðir um lækun lúkningarverða.

Síminn hefur krafist þess að fá að halda óbreyttu lúkningarverði. Í því sambandi vill PFS vekja athygli á þróun lúkningarverða er í Evrópu. Á mynd 1 er sýnt hvernig þróun lúkningarverðs verður í Evrópu til 2008. Við skoðun á myndinni er ljóst að lúkningarverð hér á landi munu dragast langt aftur úr ef þau lækka ekki eins og PFS hefur mælt fyrir um. Á myndinni sést að sumar eftirlitsstofnanir hafa einungis ákveðið verð til ársins 2007 og því er ekki ljóst hvernig þeirra verð munu þróast til ársins 2008. Ef lúkningarverð hér á landi eru borin saman við þau lönd sem birt hafa verðlækkun til ársins 2008 eru lúkningarverð á Íslandi verða með þeim hæstu í Evrópu.



Heimild: Cullen International

Fram hefur komið hjá Og Vodafone og Símanum að verðsamanburður gangi of langt og í því sambandi vill PFS leggja áherslu á að stofnunin notaði núgildandi verð hjá samanburðarfyrirtækjunum en ekki þau verð sem verða í gildi 2008. Í því sambandi má vekja athygli á því að verð TeliaSonera í Svíþjóð sem er í verðsamanburði PFS 7,41 ISK, verður árið 2007 5,5 ISK. Að mati PFS er ljóst að stofnunin hefur gætt fyllsta meðalhófs í álagningu kvaðar um lækkun lúkningarverða. PFS hefur mælt fyrir um að lúkningarverð Og Vodafone og Símans verði 7,49 ISK (8,79 eurocent) þann 1.6.2008 sem verður að telja hátt í evrópskum samanburði sbr. mynd 1.

Í kærri sinni gerir Síminn athugasemdir við þá ákvörðun PFS að afnema tengigjaldið. Tengigjöld eru venjulega notuð til standa straum af kostnaði sem ekki fæst greiddur með mínútagjöldum. Stundum setja eftirlitsstofnanir ákveðið hámarks lúkningarverð en leyfa fjarskiptafyrirtækjunum síðan að velja útfærslu þess t.d með því að vera með bæði mínútu- og tengigjöld. Í samanburði PFS var tengigjald í samanburðarlöndunum umreiknað í mínútuverð og lúkningarverð talið ná yfir allan kostnað við tengingu og lúkningu símtals. Það er mat PFS að hafa eigi sama fyrirkomulag hér. PFS telur að Síminn og Og Vodafone eigi að ná inn fyrir öllum

kostnaði við tengingu og lúkningu símtals með lúkningarverði án þess að þurfa taka sérstakt tengigjald.

Síminn bendir einnig á í kærú sinni að teknu tilliti til fyrirhugaðrar uppbyggingar á þriðju kynslóðar farsímanetum auk endurbóta á núverandi farsímakerfi réttlæti há verð, þá standi að óbreyttu engin rök til að gera Símanum að lækka lúkningarverð niður fyrir gildandi verð. Af þessu má ráða að Síminn áætla að láta farsímanotendur annarra neta og fastanetsnotendur sem hringja í GSM farsímanet Símans greiða fyrir uppbyggingu þriðju kynslóðarnets félagsins. Með því væri Síminn að færa sterka markaðsstöðu sína á GSM farsímamarkaði yfir á þriðju kynslóðar net og fengi með því verulegt forskot á nýja aðila sem vilja byggja upp þriðju kynslóðarnet og yrðu að keppa við niðurgreitt kerfi Símans. PFS gerir alvarlegar athugasemdir við þessa fyrirætlun.

### 3.4.2 Aðferðafræði við ákvörðun lúkningarverðs

Kærendur hafa gert athugasemdir við þá ákvörðun PFS að styðjast við verðsamanburð til að ákveða lúkningarverð á markaði 16. Eins og fram hefur komið hefur PFS skýra lagaheimild til að nota verðsamanburð sbr. 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga. Einnig má geta þess að framkvæmdastjórn ESB hefur fjallað um verðsamanburð og hann hefur einnig verið notaður hjá öðrum fjarskiptaefirlitsstofnunum eins fram kemur í viðauka 1 og 3 með ákvörðun um markað 16. Þá má benda á að Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála féllst á þá aðferð að miða við verðsamanburð í máli nr. 5/2006 um samtengigjöld Símans í fastanetinu.<sup>32</sup> Hvað varðar athugasemd Og Vodafone um þetta í kærú sinni þá er hún ekki rétt. PFS hafnaði því ekki að Síminn styddist við verðsamanburð við ákvörðun gjaldskrár heldur taldi PFS að þau verð sem Síminn vildi taka fyrir þjónustuna væru hærri en samanburðurinn gaf tilefni til. Síðast en ekki síst þá hefur ESA fjallað um þessa aðferðafræði PFS og samþykkt ákvörðun PFS um markað 16.

Eins og áður hefur komið fram ákvað PFS að nota samanburð á lágstu lúkningarverðum á þremur sambærilegum samkeppnismörkuðum til að ákveða lúkningarverð á símtölum í GSM farsímanet Símans og Og Vodafone. Forsenda þess að hægt sé að bera saman lúkningarverð er að viðkomandi net og tæknibúnaður sé samanburðarhæfur og PFS lítur svo á að GSM farsímanet Símans og Og Vodafone séu samanburðarhæf í þessu sambandi. Ekki er tekið tillit til kostnaðar sem myndast vegna ótímabærrar tækni, rangra fjárfestinga, lélegrar nýtni o.fl., heldur er miðað við hagkvæmt rekið fyrirtæki.

PFS taldi rétt að skoða hvort stærð farsímamarkaða ætti að hafa áhrif á samanburðinn og bera ætti Ísland eingöngu saman við lönd með sambærilegan fjölda notenda í GSM farsímanetum. Í því sambandi má benda á að stærð markaðarins á Íslandi hefur ekki staðið í vegi fyrir því að landið hefur margsinnis verið tekið inn í alþjóðlegan samanburð. Verð til neytenda á Íslandi vegna fjarskiptaþjónustu eru yfirleitt í hópi þeirra lægstu í samanburði OECD og smæð íslenska markaðarins virðist síður en svo valda vandamálum í slíkum samanburði. Í því ljósi taldi PFS að stærð íslenska farsímamarkaðarins ætti ekki að hafa áhrif á samanburðinn hér.

<sup>32</sup> Sjá úrskurð Úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála nr. 5/2006 frá 10. apríl 2006.

Síminn hefur í kærú sinni gert óhagkvæmni smæðarinnar að umfjöllunarefni og vitnar í því sambandi í skýrslu Ovum og Indepen. Af því tilefni vill PFS benda á að hafa ber í huga að skýrslan er samín að beiðni CYTA á Kýpur, EPT í Lúxemborg og Maltacom á Möltu en þetta eru allt fyrrum sérleyfishafar í þessum löndum á sama hátt og Síminn hér á landi. PFS vill þó vekja athygli á nokkrum atriðum skýrslunni. Síminn gerir athugasemdir við að enginn tilraun sé gerð til þess að byggja inn í samanburðarmódelið hærra hlutfall fast kostnaðar, lakari innkaupamátt eða lægra nýtingarhlutfall sem Síminn býi við. Á bls. 3 í skýrslunni kemur fram að í smárikjum sé verð almennt lægra og að rekstur fjarskiptafyrirtækja í smárikjum sé hagkvæmari en hjá stórþjóðum. Almennt séu verð í farsímanetum ekki undir kostnaðarverðum því annars er fyrirtækið rekið með tapi og getur ekki staðið sig í samkeppninni. Að mati PFS eiga fullyrðingar um óhagkvæmni smæðarinnar ekki við þennan markað enda benda kostnaðartölur úr frumkostnaðargreiningu á lúkningarverðum Símans ekki til þess.

Við val á sambærilegum samkeppnismörkuðum taldi PFS mikilvægast að afmarka valið við þau lönd sem eru samanburðarhæf við Ísland. IRG (Independent Regulators Group) er óformlegur samstarfsvettvangur evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana þar sem öll lönd innan EES auk nokkurra annarra Evrópulanda taka þátt í mótun og samræmingu aðgerða á sviði fjarskipta. PFS taldi eðlilegt að afmarka val sitt við lönd innan IRG sem hafa innleitt tilskipanir ESB um fjarskipti og greina fjarskiptamarkaði í samræmi við leiðbeiningar og tilmæli framkvæmdastjórnar ESB og ESA um markaðsgreiningu. Að mati PFS er að finna í þessum löndum sambærilega samkeppnismarkaði.

Eftirfarandi forsendur voru lagðar til grundvallar við val á sambærilegum samkeppnismörkuðum:

1. Verg landsframleiðsla á hvern íbúa skal vera samburðarhæf við Ísland og frávik skulu vera innan við 25%.
2. Tækni skal vera sambærileg.
3. Miða skal við þau lönd sem eru með lægstu meðalverð fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanetum.
4. Miða skal við þau farsímafyrirtæki sem bjóða lægstu lúkningarverð á þeim mörkuðum sem taldir eru samanburðarhæfir og eru með lægstu meðalverð.

### Verg landsframleiðsla<sup>33</sup>

Kærendur hafa gert athugasemdir við þessa forsendu og benda á að engin tengsl, hvorki bein né óbein, eru milli vergrar landsframleiðslu á hvern íbúa og kostnaðar vegna lúkningar í farsíma. Eins og fram kom í viðauka 2 með ákvörðun um markað 16 þá er verg landsframleiðsla ekki beint tengd kostnaðarverðum fyrir lúkningu símtala heldur er tilgangurinn með þessari forsendu að sýna ákveðinn mun á milli landa, sem hjálpar við mat á því hvaða lönd eru samanburðarhæf í þessu sambandi. Að mati PFS var nauðsynlegt að útiloka lönd sem eru venjulega ekki borin saman við Ísland þar sem aðstæður þar eru ekki sambærilegar við aðstæður hér á landi. Verg landsframleiðsla á hvern íbúa sýnir ákveðið þróunarstig landa sem gerir það kleift að velja þau lönd þar sem finna má sambærilegar aðstæður og eru á Íslandi. Tilgangur

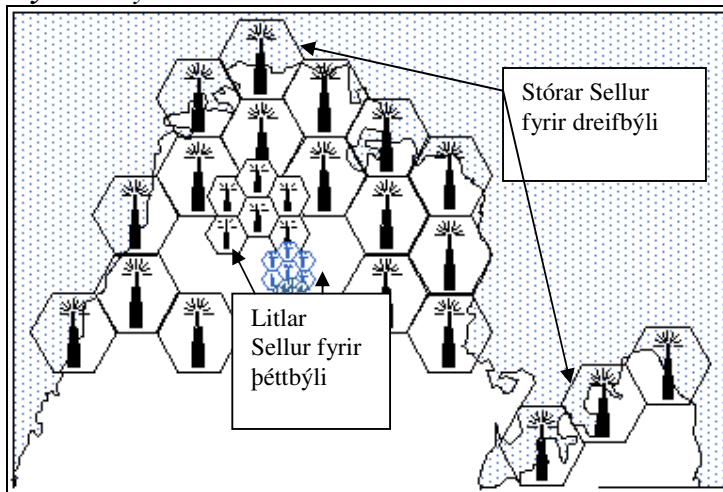
<sup>33</sup> Landsframleiðsla er mælikvarði á það hversu mikið er framleitt af tilbúinni vöru og þjónustu í hagkerfinu. Landsframleiðsla er notuð sem mælikvarði á velferð þjóða og breyting á landsframleiðslu milli ára, mæld í prósentum, kallast hagvöxtur

með þessari forsendu er ekki að gera leiðréttingu á lúkningargjöldum með tilliti til vargrar landsframleiðslu heldur að rökstyðja val á samanburðarhóp.

Það má finna fjölmörg dæmi um að landsframleiðsla sé notuð til að flokka þjóðir t.d. í þeirri skýrslu sem Síminn styðst við í kærnu sinni frá Ovum og Indepen en þar er vitnað í mismunandi landsframleiðslu ríkjanna. Á bls. 12 í skýrslunni kemur fram að þjóðarframleiðsla á íbúa í Lúxemborg sé fjórum sinnum hærra en á Kýpur eða Möltu. Skýrsluhöfundar benda á að þetta valdi m.a vandamálum við samburð á löndunum, Kýpur, Möltu og Lúxemborg. PFS minnir á að ESA viðurkennir að í vali þátta til samburðar hafi PFS reynt að skilgreina viðmiðunarmörk sem best eiga við varðandi lúkningu símtala á íslenskum farsímanetum. Þá vill PFS benda á að þessi forsenda er íviljandi fyrir Símann og Og Vodafone. PFS telur því að fullnægjandi rök séu fyrir því að nota verga landaframleiðslu sem forsendu. PFS getur ekki fallist á það með Símanum að allt eins mætti leggja til grundvallar viðskiptahalla ríkja. Samanburður á viðskiptahalla og þjóðarframleiðslu er ómálefnalegur þar sem viðskiptahalli sýnir annað en þjóðarframleiðsla.

Í kærnu sinni bendir Síminn á að miðað við dekkningu farsímakerfis Símans séu einungis 4,75 númer per km<sup>2</sup> en sé einungis tekið tillit til dekkningu á landi fer hlutfallið upp í 8,4 númer per km<sup>2</sup>. PFS telur að þó mælikvarðinn sé nothæfur í ýmislegt gefur hann ranga mynd ef tekið er mið af raunverulegum lúkningarverðum í þeim löndum sem er í töflunni, þar sem Kýpur er í raun með lágsta lúkningarverðið en samkvæmt mælikvarðanum ætti Malta er vera með langlægsta verðið. Ástæðan fyrir þessu er að lönd með mikinn þéttleika þurfa fleiri senda á sama svæði og því verður rekstrarkostnaður svæðisins hærra, sjá mynd 2. Að mati PFS er fjöldi númera per km<sup>2</sup> sambærilegur hjá Og Vodafone og Símanum.

**Mynd 2:** Sýnir mismunandi sellu stærðir



PFS vill gera athugasemdir við útreikninga Og Vodafone sem fylgdu kærnu félagsins um fjölda mínútna per km<sup>2</sup>, þar sem gengið var út frá því að Og Vodafone sé með 25% markaðshlutdeild og Síminn með 75%, hið rétta er eins og áður hefur komið fram að Og Vodafone er með 35% markaðshlutdeild á farsímamarkaði og Síminn með 65%. Það er mat PFS að Og Vodafone og Síminn séu með samsvarandi mínútuþjölda pr km<sup>2</sup> eins og sjá má af töflu 1 sem byggir á leiðréttum upplýsingum frá



Og Vodafone. Skekkjan er innan við 1% og það bendir til að sambærilegrar kostnaðaruppyggingar hjá fyrirtækjunum.

### **Tafla 1: Mínútur per km<sup>234</sup>**

Eins og áður hefur komið fram er það mat PFS að GSM farsímanet Símans og Og Vodafone séu sambærileg. Í fyrsta lagi eru þau tæknilega sambærileg sem og dreifikerfin sem tengja GSM sendanna. Í öðru lagi nota bæði félögin sambærileg húsnæði og jafnvel deila þeim stundum. Þó Síminn sé með hærri markaðshlutdeild á farsímamarkaði og stærra GSM net þá kemur á móti að félagið er væntanlega með hærri rekstarkostnað. Þá má einnig gera ráð fyrir því að það sé ákveðin hagkvæmni fólgin í því fyrir Og Vodafone að byggja aðeins upp kerfi á þéttbýlissvæðum og kaupa innanlandsreiki af Símanum. Með hliðsjón af framangreindu er það mati PFS að ekki sé verulegur munur á rekstrarkostnaði GSM nets Og Vodafone og Símans sem gerir það að verkum að netin eru vel samanburðarhæf.

Farsímafyrirtæki sem bjóða lægstu lúkningarverðin.

Síminn gerir athugasemdir við að PFS miði við farsímafyrirtæki með lægstu lúkningarverð og bendir á að IRG hafi gefið út meðallúkningarverð í hverju landi sem fundin eru út með því að leggja saman meðallúkningarverð hvers og eins fyrirtækis og margfalda með markaðshlutdeild þeirra og deila í fjölda viðskiptavina í hverju landi. PFS er fullkunnugt um þessa aðferð enda meðlimir í þessum hóp IRG sem gefur áður nefnd meðaltöl út. PFS bendir hinsvegar á að þessi aðferðafræði er almennt ekki notuð til að ákvarða lúkningarverð. Meðan að aðfræðin sem PFS notar er vel þekkt eins og áður hefur komið fram og var m.a. notuð í Danmörku þar sem farsímafyrirtæki í Svíþjóð (TeliaSonera), Noregi (TeleNor) og Finnlandi (TeliaSonera) voru valin til samanburðar til að ákvarða lúkningarverð. Danska eftirlitsstofnunin þrengdi valið við Norðurlöndin sem framkvæmdarstjórnin gerði athugasemdir við. Í tilefni af athugasemdum Símans vill PFS benda á að ef eingöngu væri stuðst við meðallúkningarverð í hverju landi mætti gera ráð fyrir að þar inni væru lúkningarverð farsímafyrirtækis sem ekki gæti talist hagkvæmt rekið fyrirtæki og það gæti þannig skekkt samanburðinn. Að auki vill PFS minna á umfjöllun sína um niðurstöður ILR á markaði 16 í Lúxemborg.

PFS útrekar það að rétt sé að styðjast við verðsamanburð fyrst um sinn. Að mati PFS þá er sú aðferð minnst íþyngjandi fyrir fyrirtækin, einföld og gefur kost á að niðurstaða fáiast á tiltölulega skömmum tíma. LRAIC er bæði kostnaðarsöm og tímafrek aðferð og PFS telur ekki forsvaranlegt að styðjast við LRAIC nema aðrar kostnaðar- og umfangsminni aðferðir séu fullreynðar. Hvað varðar sögulega kostnaðargreiningu þá telur PFS í ljósi þess að framkvæmdastjórn ESB hefur mælt með því að stuðst sé við LRAIC kostnaðarlíkan á markaði 16 en ekki sögulega kostnaðargreiningu að ekki komi til greina að styðjast við sögulega kostnaðargreiningu. PFS er ekki sammála því að það sé algjör óvissa um hvaða aðferð eigi að nota og hvort það eigi að taka upp LRAIC. Að öllu óbreyttu þá kemur væntanlega í ljós á næstu tveim árum hver árangurinn verður af verðsamanburðaraðferðinni. Það breytir hins vegar ekki þeirri skoðun PFS að eðlilegt sé í framtíðinni að stefna að því LRAIC kostnaðargreining verði tekin upp.

<sup>34</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

### 3.5 Kvöð um jafnræði

Og Vodafone gerir þá kröfu að ákvörðun PFS um að leggja á félagið kvöð um jafnræði verði felld úr gildi. Og Vodafone gerir sérstakar athugasemdir við jafnræði í verðlagningu á lúkningu símtala innan sem utan nets.

Skv. 30 gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að það gæti jafnræðis þegar það samþykkir samtengingu eða aðgang. Slíkar kvaðir eiga einkum að tryggja að fjarskiptafyrirtæki setji öðrum félögum sem veita fjarskiptaþjónustu sömu skilmála í sams konar viðskiptum og veiti þjónustu og upplýsingar með sömu skilmálum og sömu gæðum og það veitir eigin þjónustudeildum, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.

Umtalsverður markaðsstyrkur farsímafyrirtækja í lúkningu símtala í eigin neti og skortur á mögulegri staðgönguþjónustu getur leitt til þess að fyrirtækin mismuni aðilum sem þurfa á þjónustunni að halda, ef ekki er lögð á kvöð um jafnræði. Þau gætu sér í lagi haft hvata til að selja óskyldum aðilum lúkningu á hærra verði en sínum eigin deildum. Slíkt hefur í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni og kemur niður á neytendum sem þurfa að greiða of há gjöld fyrir símtöl milli aðskyldra neta. Að mati PFS er þetta staðan á markaði 16.

Fram hefur komið að PFS lítur svo á að mismunandi smásöluverð á símtölum innan og utan farsímanets séu samkeppnislegt vandamál. Og Vodafone hefur jafnframt sagt að mismunur á lúkningarverðum sé einkum samkeppnisvandamál þegar um er að ræða farsímafyrirtæki með mikla markaðshlutdeild enda geri lág innannetsgjöld slíkra fyrirtækja smærri fyrirtækjum erfitt um vik í samkeppni um neytendur. Eins og fram hefur komið þá er PFS á þeirri skoðun að Og Vodafone sé í þeirri stöðu að hafa áhrif á stöðu smærri fyrirtækja og undrast það ef Og Vodafone metur 35% markaðshlutdeild á farsíamarkaði ekki sem mikla markaðshlutdeild. Að mati PFS geta lág smásöluverð fyrir innannets símtöl bæði hjá Og Vodafone og Símanum hindrað nýja aðila í að koma inn á markaðinn, þar sem ekki sé hvati fyrir stóran hluta notenda að skipta við smærra fyrirtæki þegar þeir eiga kost á lágum innannetsgjöldum.

Og Vodafone hefur bent á að norska eftirlitsstofnunin hafi ekki talið nauðsynlegt að leggja á kvöð um jafnræði að því er varðar innri verðlagningu. Í því sambandi vill PFS benda á að af þeim 27 löndum sem hafa greint markað 16 (að Íslandi meðtöldu) hafa 25 lönd lagt á kvöð um jafnræði og mörg þeirra hafa einnig mælt fyrir um jafnræði í verðlagningu bæði innan sem utan nets. Að mati PFS er ástæðan fyrir því að ekki allar eftirlitsstofnanir mæla fyrir um algjört jafnræði í flestum tilvikum eðli markaðarins og hvort misbeiting á markaðsstyrk hafi átt sér stað. Auk þess þar sem lúkningarverð hafa verið kostnaðargreind er oft ekki nauðsynlegt að mæla fyrir um jafnræði í verðum.

Það er staðreynd að innannets símtöl Og Vodafone hafa verið undir lúkningarverðum og því telur PFS mikilvægt að mæla fyrir um jafnræði milli innri verða og utan. PFS leggur áherslu á að ef kvöð um jafnræði gildir ekki um gangvart innri verðum Og Vodafone mun félagið fá samkeppnislegt forskot. Það gæti birst m.a. í því að Og Vodafone hafi mjög ódýr innannets mínútuverð sem letja GSM viðskiptavinum í að færa sig yfir til nýrra fjarskiptafyrirtækja. Einnig gæti félagið gefið öðrum deildum t.d.

fastaneti sínu mun lægri lúkningarverð en önnur fastanet fengju t.d fastnet Símans, IP fjarskipta og Atlássíma. Þetta myndi þýða að fastanet Og Vodafone gæti boðið ódýr símtöl til Og Vodafone GSM og samtvinnað þjónustuna og lokað þannig markaðinum fyrir nýjum fjarskiptafyrirtækjum og gefið eigin deildum samkeppnislegt forskot gagnvart núverandi keppinautum.

Þá má geta þess að PFS telur að kostnaður við lúkningu símtala úr eigin neti sé sá hinn sami og kostnaður við lúkningu símtala úr öðrum netum. Því til stuðnings vill PFS benda á að frumkostnaðargreining Og Vodafone var þannig byggð upp að ekki var gerður greinarmunur á milli kostnaðar á símtölum innan nets og utan nets.

Með hliðsjón af framangreindu telur PFS nauðsynlegt að viðhalda þeirri kvöð á Og Vodafone og Símann að gæta jafnræðis við gerð samninga um lúkningu símtala í GSM farsímaneti sínu og veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu, þ.m.t. eigin deildum, þjónustu með sambærilegum skilmálum, verðum og gæðum. Kvöð um jafnræði hvíldi þegar á Símanum og Og Vodafone á grundvelli útnefningar félaganna með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði skv. eldri fjarskiptalögum. Í ljósi þess má ætla að það sé ekki mjög íþyngjandi fyrir félögin að bera þessa kvöð áfram.

### **3.6 Rökstuðningur ákvörðunar og meginreglur stjórnsýslulaga**

Og Vodafone gerir miklar athugasemdir við hina kærðu ákvörðun PFS og rökstuðning hennar og telur framsetningu óskýra og brjóta í bága við reglur stjórnsýsluréttar. PFS telur í fyrsta lagi að þessar athugasemdir Og Vodafone séu algjörlega órökstuddar og engan veginn réttar. Rökstuðning fyrir ákvörðun um markað 16 er fyrst og fremst að finna í greiningu á markaði 16 sem er í viðauka 1 með ákvörðun. Skýrslan er vissulega viðmikil og það getur að sjálfsögðu vafist fyrir einhverjum að kynna sér hana en PFS er hins vegar á þeirri skoðun að niðurstöðurnar sjálfar liggi ljósar fyrir. Í viðauka 3 er að finna athugasemdir farsímafélaganna og þá fyrst fremst þær sem PFS taldi ekki eðlilegt að taka inn í greiningu á markaði 16 og því var þeim svarað sérstaklega. Svörin eru að einhverju leyti hluti af rökstuðningi PFS en í flestum tilvikum eingöngu svör við ákveðnum athugasemdum sem nauðsynlegt var að svara en áttu ekki heima í greiningunni. PFS lítur svo á að öllum athugasemdum hafi verið svarað á fullnægjandi hátt. PFS hafnar því algjörlega að rannsókn á viðkomandi markaði hafi verið ábótavant og telur að greiningin og aðrir viðaukar með ákvörðun um markað 16 beri vott um það hversu vel og ítarlega PFS rannsakaði þetta. PFS er jafnframt ósammála því að ekki hafi verið gætt meðalhófs við töku umræddrar ákvörðunar og bendir á að reynt var að koma til móts við sjónarmið farsímafélaganna eins og kostur var. Í því sambandi vill PFS benda á framangreinda umfjöllun PFS um athugasemdir í kærnum. Í meginatriðum er einungis verið að viðhalda kvöðum á félaginu þar sem báðar þær kvaðir sem Og Vodafone kvartar undan voru á félaginu á grundvelli útnefningar þess með umtalsverða markaðshlutdeild skv. eldri fjarskiptalögum. PFS telur ljóst að hér er fyrst og fremst um órökstuddar fullyrðingar um brot á stjórnsýslulögum að ræða og því er ekki tilefni til að svara þessu frekar.

## **4. Samantekt**

*Það er mat PFS að aðstæður á markaði 16 séu þess eðlis að þær geti leitt til of hárra lúkningarverða. PFS er jafnframt á þeirri skoðun að lúkningarverð farsímafyrtækjanna séu of há og styðst það fyrst og fremst við það lúkningarverð félagana fyrir símtöl í önnur net eru há í samanburði við verð fyrir innankerfis símtöl. Auk þess sem frumkostnaðargreiningar á lúkningarverði Símans og Og Vodafone innihéldu m.a. óhagræði sem PFS telur ekki eðlilegt að tekið sé tillit til miðað við núverandi lagakröfur um hagkvæman rekstur, sem styður jafnframt þá niðurstöðu að lúkningarverð félaganna séu hærri en kostnaður þeirra bendi til. Með hliðsjón af framangreindu telur PFS það ljóst að nauðsynlegt var að leggja umræddar kvaðir á Og Vodafone og Símann.*

*PFS vill leggja á það áherslu að mikill vinna liggur að baki ákvörðun um markað 16 eins umfang viðauka með ákvörðun ber með sér. PFS hefur lagt sig fram við að taka tillit til sjónarmiða farsímafélaganna eins og kostur er og haft að leiðarljósi meginreglur stjórnisýsluréttarins, sérstaklega meðalhófsregluna. Jafnframt vill PFS leggja áherslu á að ESA hefur heimilað PFS að taka umrædda ákvörðun og hefur með því samþykkt greiningu PFS á markaði 16, niðurstöður og kvaðir.*

*Auk þeirra raka sem koma fram hér að ofan vísar PFS til umfjöllunar og rökstuðnings sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun og þeim viðaukum sem henni fylgdu og útrekar þá kröfu sína að kröfum kæranda verði hafnað og að hin kærða ákvörðun verði staðfest.*

Vísast að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og annarra gagna málsins.

## **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.

Hvað varðar sjónarmið Og fjarskipta ehf. um aðildarstöðu Símans hf. að máli þessu telur nefndin að félagið hafi beina, sértæka og lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og var það auk þess aðili að því fyrir PFS. Kæruheimild Símans hf. er því ótvíræð og er það mat nefndarinnar að kröfugerð félagsins sé þannig úr garði gerð að ekki séu efni til þess að vísa neinum lið hennar frá nefndinni.

Röksemdum Og fjarskipta ehf. og Símans hf. gegn ákvörðun PFS dags. 20. júlí 2006 má skipta upp í röksemdir er varða meint brot á stjórnisýslulögum við töku ákvörðunar annars vegar og röksemdir er varða efnislegan grundvöll hennar hins vegar. Meðal málsástæðna er byggja á meintum brotum á stjórnisýslulögum eru m.a. þær fullyrðingar Og fjarskipta ehf. að rökstuðningur ákvörðuninnar hafi verið ófullnægjandi, að rannsóknarskylda hafi ekki verið virt og að meðalhófs hafi ekki verið gætt við val á aðferð til þess að ná lögumarkmiði né við beitingu þeirrar aðferðar með álagningu kvaða. Telur kærandi Og fjarskipti ehf. þessi brot vera nægileg til þess að ógilda megi ákvörðun PFS.

Ekki verður fallist á það með Og fjarskiptum ehf. að málsmeðferð PFS í máli þessu sé ámælisverð eða að ákvörðunin sé ógildanleg vegna skorts á rökstuðnings eða bresta í rannsókn. Þá verður ekki talið að PFS hafi brotið gegn meðalhófsreglu með álagningu

kvaða á aðila en gert er ráð fyrir aðlögunartíma til þess að starfsemi aðila verði fyrir sem minnstum truflunum.

Hvað varðar aðferðafræði PFS við ákvörðun heilðsöluverðs fyrir lúkningu símtala er ljóst að slíkur samanburður er óhjákvæmilega háður mati að einhverju leyti. Nær óframkvæmanlegt er að komast að niðurstöðu sem allir aðilar telja nákvæmlega rétta og mögulegt er að finna að flestum útreikningum. Ísland nýtur töluverðrar sérstöðu sem fámennt og strjábýlt land og vandfundið það land sem telst nákvæmlega samanburðarhæft við Ísland á fjarskiptamarkaði.

Helstu aðferðir sem stofnunin tiltekur við ákvörðun heilðsöluverðs eru aðferðir sem byggjast á sögulegum kostnaði, aðferðir sem byggja á greiningu langtíma viðbótarkostnaðar, verðsamanburður og aðferð þar sem ákveðið hlutfall er dregið frá smásöluverði. Af ástæðum sem stofnunin hefur áréttað í gögnum málsins telur hún aðferðir sem byggja á greiningu langtíma viðbótarkostnaðar (LRIC) ef til vill vera heppilegastar til langs tíma lítið. En sökum þess að stofnunin telur brýnt að leiðrétta verðlag á lúkningargjöldum hér á landi sem fyrst var hér valin sú leið að beita verðsamanburði eins og nánar er útskýrt í hinni kærðu ákvörðun.

Og fjarskipti ehf. og Síminn hf. hafa bent á ýmsa vankanta við þá aðferð sökum sérstöðu Íslands og telur Og fjarskipti ehf. sérstaklega að útreikningar stofnunarinnar endurspegli alls ekki þann kostnað sem félagið þarf að standa straum af í tengslum við lúkningu símtala. Telur Og fjarskipti ehf. að kostnaður við uppbyggingu og rekstur neta, auk launakostnaðar, sé réttari mælikvarði á sambærilegar aðstæður en sá mælikvarði sem PFS notast við í ákvörðun sinni.

Óumdeilt er raunar meðal málsaðila að verðsamanburður sé erfiður sökum sérstöðu Íslands en PFS hefur bent á að aðrar aðferðir, svo sem LRIC verðlíkön, séu mjög kostnaðar- og tímafrekar og til þess standi veigamikil samkeppnisleg rök að taka á meintu ójafnræði í lúkningargjöldum fyrr en hægt væri með beitingu LRIC aðferðafræði. PFS hafi einfaldlega ekki burði til þess að beita svo umfangsmikilli aðferð áður en fullreyndar eru aðrar leiðir til þess að stuðla að heilbrigðri samkeppni á þessu sviði fjarskipta. Segir PFS verð á lúkningargjöld á markaði 16 vera of hátt hér á landi miðað við verð annarstaðar í Evrópu og standi þróun í Evrópu til þess að það bil breyki ef ekki verði að gert.

Kærendur hafa einnig gagnrýnt notkun gagna um verga landframleiðslu á íbúa við útreikninga með “benchmark” aðferðinni og skal tekið undir með þeim að ekki er sjáanlegt að um beint orsakasamhengi sé þar að ræða. Hins vegar þykir málf lutningur PFS um að nauðsynlegt sé að útiloka frá samanburðinum lönd þar sem lífsskilyrði eru mjög ólík þeim á Íslandi sannfærandi og ljóst að verg landsframleiðsla á íbúa getur gefið einhverja vísbendingu um lífsskilyrði.

Ákvörðun sem byggð er á mati stjórnvalds í svo flóknu og umfangsmiklu máli sem þessu mun alltaf að einhverju leyti vera nálgun við raunverulegar tölur. Æskilegt er að sjálfsögðu að slík nálgun sé sem nákvæmest og eru því mati stjórnvalds í slíkum málum sett nokkuð strangar skorður. Ef nokkur kostur er ber að beita þeirri aðferð sem líklegast er að gefi sem besta mynd af raunverulegum kostnaði aðila. Hafa kærendur haldið því fram að það sé aðferð er byggist á kostanaðarlíkani samkvæmt LRIC aðferðafræði og hefur PFS fyrir sitt leyti fallist á að slík aðferð sé heppilegust

þegar til langs tíma sé litið. Framkvæmdastjórn ESB mælir ennfremur með þeirri aðferð fyrir markað 16.

Er það þó mat PFS að ekki séu efni til þess að bíða þar til slíkur útreikningur hefur farið fram og hefur ekkert komið fram í þessu máli sem hnekkir því mati stofnunarinnar. Verður því talið að í ljósi þeirrar skýlausu lagastöðar sem PFS hefur í 4. mgr. 32. fjarskiptalaga til þess að ákvarða heildsöluverð með verðsamanburði og einnig með tilliti til þeirra samkeppnishagsmuna sem stofnuninni er ætlað að gæta, að sú aðferð sem PFS beitir í ákvörðun sinni uppfylli þær kröfur sem gerðar eru til vandaðrar málsmeðferðar og gæslu meðalhófs.

Kærendur telja einnig að kvöð um jafnræði við gerð samninga um lúkningu símtala í GSM farsímaneti sínu sé ónauðsynleg og óþarflega íþyngjandi. Hún sé ekki studd nægilega miklum rökum og þjóni ekki þeim tilgangi að útrýma mismun á smásöluverði á símtölum innan nets og utan. Beri því nefndinni að ógilda álagningu þeirrar kvaðar.

Nefndin telur að PFS hafi stutt það álit sitt að mismunandi smásöluverð á símtölum innan og utan farsímanets sé samkeppnislegt vandamál með rökum. Einkum og sér í lagi verður það talið samkeppnislegt vandamál þegar um er að ræða farsímafyrirtæki með mikla markaðshlutdeild enda geri lág innannetsgjöld slíkra fyrirtækja smærri fyrirtækjum erfitt um vik í samkeppni um neytendur. Eins og fram kemur í gögnum málsins þá er PFS á þeirri skoðun að bæði Síminn hf. og Og fjarskipti ehf. séu í þeirri stöðu að hafa áhrif á stöðu smærri fyrirtækja. Nefndin er sammála því mati og telur einnig að lág smásöluverð fyrir innannets símtöl bæði hjá Og fjarskiptum ehf. og Símanum hf. geti hindrað nýja aðila í að koma inn á markaðinn, þar sem ekki sé hvati fyrir stóran hluta notenda að skipta við smærra fyrirtæki þegar þeir eiga kost á lágum innannetsgjöldum.

Með þeim rökum telur nefndin að álagning þessarar kvaðar eigi rétt á sér og gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til þess að stefna að því markmiði PFS að útrýma mismun á smásöluverði á símtölum innan nets og utan.

Að virtu öllu því sem fram hefur komið fyrir nefndinni í munnlegum flutningi og gögnum málsins staðfestir nefndin ákvörðun PFS frá því 20. júlí 2006 með vísan til forsendna hennar að svo miklu leyti sem þær samræmast því sem hér fer á undan.

## **6.0 Úrskurðarorð**

**Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 20. júlí 2006 er staðfest með vísun til forsendna hennar.**

**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, 22. desember 2006

---

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

---

Guðjón Kárasón, verkfr.

---

Heimir Haraldsson, endursk.