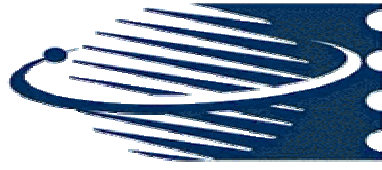


Viðauki D



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

**Svör PFS við athugasemdum vegna samráðs um
lokadrög að ákvörðun um markað fyrir aðgang og
upphaf símtala í almenn farsímanet (markaður 15)**

5. febrúar 2007

EFNISYFIRLIT

| | | |
|----|---|----|
| A. | <i>Athugasemdir Símans hf.</i> | 3 |
| 1. | Aukið brottfall síðustu þrjá mánuði..... | 4 |
| 2. | Samstarfssamningur Og fjarskipta við Vodafone Group Plc..... | 5 |
| 3. | Dóma- og stjórnsluframkvæmd um sameiginleg markaðsyfirráð..... | 6 |
| a. | Gagnsæi..... | 8 |
| b. | Einsleitni..... | 11 |
| c. | Sambærileg kostnaðaruppbygging..... | 11 |
| d. | Markaðshlutdeild..... | 12 |
| e. | Hvati fyrir samhæfða markaðsstefnu og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt (e. retaliation)..... | 13 |
| f. | Samantekt um sameiginleg markaðsyfirráð..... | 15 |
| 4. | Um 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2005..... | 15 |
| B. | <i>Athugasemdir IP fjarskipta ehf.</i> | 17 |
| 1. | Alþjóðlegt reiki..... | 17 |
| 2. | Hreinn MVNO með eigið dreifinet samanborið við innanlandsreiki..... | 17 |
| 3. | Sameiginleg markaðsyfirráð..... | 18 |
| 4. | Aðgangshindranir og refsikerfi..... | 19 |

Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) lagði lokadrög að ákvörðun um markað fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markað 15) fram að nýju til samráðs fyrir fjarskiptafyrirtæki, með bréfi, dags. 9. nóvember 2006. Síminn hf. og IP fjarskipti ehf. sendu inn athugasemdir og eru þær að finna á heimasíðu PFS.¹ Það var mat PFS að athugasemdirnar gæfu ekki tilefni til að breyta framgreindum lokadrögum að ákvörðun um markað 15 og verður þeim því svarað sérstaklega í skjali þessu. Byrjað verður að svara athugasemdum Símans, er þeim svarað í þeirri röð sem þær voru gerðar í bréfi félagsins, og svo verður athugasemdum IP fjarskipta svarað.

A. Athugasemdir Símans hf.

Síminn byrjar á því að vísa til fyrri bréfaskrifta vegna markaðar 15, þ.m.t. kröfunnar um að forstjóri PFS og allt hans starfsfólk víki sæti í málinu, auk bréfs Símans með sömu kröfu sem sent var um leið og athugasemdirnar, dags. 22. desember 2006. Síminn segir að það sé enn skoðun félagsins að forstjóri PFS sé fyrirfram búinn að gera upp hug sinn til málsins og því þýðingarlítið að koma á framfæri ítarlegri sjónarmiðum um huglæga afstöðu Símans hf. en fram hafa komið.

Afstaða PFS

Vegna kröfu Símans um að forstjóri PFS og allt hans starfsfólk eigi að víkja sæti í málinu og tilvísunar til fyrri bréfaskrifta telur PFS rétt að gera grein fyrir þessu máli hér. Með bréfi Símans, dags. 13. október 2006, var þess krafist að forstjóri Póst- og fjarskiptastofnunar víki sæti við frekari meðferð máls er varðar drög að ákvörðun um markað 15 fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum. Krafa Símans byggði á, að uppi væru aðstæður, sem væru til þess fallnar að draga óhlutdrægni forstjóra PFS í efa, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993. Fram kom í bréfinu að Síminn teldi að forstjóri PFS hafi orðið vanhæfur til frekari meðferðar málsins með ummælum sínum sem birtust m.a. í fréttatilkynningu PFS í tilefni af birtingu á samnorrænni skýrslu um farsímamarkaðinn.

Þann 3. nóvember 2006 svaraði PFS bréfi Símans, dags. 13. október 2006, og sagði m.a. að ekki væri fallist á það mat Símans að forstjóri PFS væri vanhæfur til frekari meðferðar málsins vegna umræddra ummæla. Í bréfi PFS sagði m.a. eftirfarandi:

Drög að ákvörðun um markað 15 byggja á niðurstöðum sem PFS hefur núna lagt tvísvar sinnum fram til samráðs fyrir fjarskiptafyrirtæki. Það hefur legið ljóst fyrir frá því að frumdrög að greiningu um markað 15 voru birt að niðurstöður markaðsgreiningar bentu til að Síminn væri með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 og af því tilefni var gerð tillaga um að útnefna félagið með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á það nýjar kvaðir til að tryggja að félagið verði við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að farsímanetum og -þjónustu. Þetta kom m.a. fram í fréttatilkynningu PFS, dags. 12. júlí 2005, þegar frumdrög að greiningu um markað 15 voru birt og einnig í fréttatilkynningum, dags. 28. ágúst og 8. september 2006. Umrædd ummæli forstjóra PFS endurspeglar því aðeins þær niðurstöður sem PFS hafði komist að á markaði 15 á þeim tíma sem þau birtust og höfðu þá þegar verið kynntar fjarskiptafyrirtækjum og ESA og voru aðgengilegar á heimasíðu PFS. Það er því ekki hægt að líta svo á að forstjóri PFS hafi látið í ljós skoðun sína á málinu áður en rannsókn á því fór fram eða án þess að Síminn hafi

¹ <http://www.pfs.is/>, undir fjarskipti, markaðsgreining og samráð við markaðsaðila.

fengið tækifæri til að tjá sig um það. Ýtarleg rannsókn á stöðu farsímafyrirtækja á markaði 15 hafði farið fram á grundvelli hins gagnsæja og opna samráðsferils og Síminn eins og önnur fjarskiptafyrirtæki hafði haft tækifæri til að koma á framfæri athugasemdum sem tekið hafði verið tillit til og svarað sérstaklega. PFS hefur unnið greiningu á markaði 15 í samræmi við fjarskiptalög, fjarskiptatilskipanir ESB og tilmæli ESA um viðkomandi markaði og leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu. Þrátt fyrir að ákvörðun um markað 15 sé matskennd ákvörðun þá byggir hún á fyrirfram ákveðnu ferli sem er gagnsætt og til þess fallið að tryggja hagsmuni fjarskiptafyrirtækja og neytenda. Með hliðsjón af framangreindu og í ljósi þess að PFS hafði birt lokadrög að ákvörðun um markað 15 verður að telja að svigrúm forstjóra PFS til að láta ómálefnaleg sjónarmið hafa áhrif á frekari meðferð málsins sé nánast ekkert.

Síminn vísaði í bréfi sínu til þriggja dóma kröfu sinni til stuðnings. Rétt er að benda á að þessir dómur varða mál á sviði réttarfars þar sem dómari eða sambærilegur aðili hafði tjáð sig ótvírætt um afstöðu sína til máls áður en rannsókn hafði farið fram eða málflytningur. Að því leyti eru þessi mál ekki sambærileg því máli sem hér er til skoðunar. Auk þess ber að hafa í huga að stjórnarsýslulög eru byggð á því viðhorfi að ekki beri að gera jafnströng hæfisskilyrði til starfsmanna stjórnarsýslunnar eins og dómara. Það verður því að telja að þeir dómur sem Síminn vísar til séu ekki fordæmisgefandi varðandi það mál sem hér er til skoðunar. Eins og segir í 2. mgr. 1. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun er PFS sjálfstæð stofnun en undir yfirstjórn samgönguráðherra. Hlutverk PFS skv. fjarskiptalögum er að hafa umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og hafa eftirlit með framkvæmd laganna. Það verður því að telja að hlutverk PFS sé vissulega frábrugðið hlutverki dómstóla. PFS fellur með réttu undir stjórnarsýslulög og í því sambandi er rétt að benda á að engir dómur eða álit eru til þar sem starfsmaður stjórnarsýslunnar var talinn vanhæfur af þeirri ástæðu einni að hann hafði tjáð sig opinberlega um mál. Á hinn bóginn eru til dómur og álit þar sem starfsmaður var ekki talinn vanhæfur enda þótt hann hefði tjáð sig um málið og jafnvel niðurstöðu þess. Í því sambandi má benda á Hrd. 1989:828. Í því máli krafðist ákærði í málinu þess að meðferð málsins yrði ómerkt frá upphafi þar sem saksóknari væri vanhæfur eftir að hafa tjáð sig um málið við fjölmiðla á óviðurkvæmilegan hátt. Í niðurstöðu héraðsdóms sem staðfest var í Hæstarétti voru ummælin ekki talin valda vanhæfi, þar sem ekki var séð að saksóknari hefði tekið frekari afstöðu til málsins með viðtalinu en með því að gefa út ákærana skv. stöðuumboði sínu. Ummæli ákærvaldsins eftir útgáfu ákæru utan dóms voru á engan hátt talin umfram það sem þegar lá fyrir við útgáfu ákæru um viðhorf þess til sakargifta.

Í framangreindu bréfi PFS var jafnframt upplýst um að stofnunin hefði ákveðið að hefja nýtt samráðferli um lokadrög að ákvörðun um markað 15 með tilliti til athugasemda ESA og að Símanum myndi á næstu dögum berast bréf þar sem tilkynnt væri um nýtt samráð um lokadrög að ákvörðun um markað 15.

1. Aukið brottfall síðustu þrjá mánuði

Síminn heldur því fram að niðurstöður um markaðshlutdeild í lokadrögum að ákvörðun um markað 15 séu rangar og byggja á úreltum upplýsingum. Þessu til stuðnings bendir Síminn á línurit sem sýnir aukin flutning á númerum frá Símanum á

síðustu þremur mánuðum. Auk þess bendir Síminn á niðurstöður úr könnun sem Capacent gerði fyrir Símann daganna 8.-19. nóvember 2006.

Afstaða PFS

PFS vísar framangreindum fullyrðingum Símans á bug. Niðurstöður PFS um markaðshlutdeild byggja á tölum sem stofnunin fær frá farsímafélagnum sjálfum, sem telja verður áreiðanlegustu upplýsingarnar sem hægt er að byggja á, en ekki á tölum úr neytendakönnunum sem stofnunin eða aðrir hafa látið gera. Þetta er í samræmi við aðferðir annarra fjarskiptaeftirlitsstofnana á Evrópska efnahagssvæðinu (EES) við mat á markaðshlutdeild og er venjulega miðað við tölur frá síðustu árslokum þegar þær liggja fyrir. PFS safnar tvisvar sinnum á ári tölfraðiupplýsingum frá fjarskipta fyrirtækjunum, í janúar og júlí ár hvert. Það tekur hins vegar tíma að fá þessar upplýsingar frá fyrirtækjunum og því liggja þessar tölur ekki fyrir fyrr en í fyrsta lagi rúmlega mánuði eftir að óskað er eftir þeim. Það er því alveg óraunhæft að gera þá kröfu að jafnvíðamikil greining og hér um ræðir sé uppfærð í hverjum mánuði. Að auki bendir PFS á að ef niðurstöður stofnunarinnar hefðu byggt á úreltum upplýsingum þá hefði Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) án efa gert athugasemdir við það. Í bréfi sínu til PFS, dags. 11. desember 2006, gerði ESA engar athugasemdir við lokadrög að ákvörðun PFS um markað 15.

Þegar lokadrög að ákvörðun um markað 15 ásamt viðaukum voru fyrst birt í ágúst 2006 var miðað við tölur frá árslokum 2005, sem voru nýjustu og áreiðanlegustu tölur er lágu fyrir. Tölur frá 30. júní 2006 liggja nú fyrir og þær sýna ekki mikla breytingu frá árslokum 2005. Síminn var með 65,0% markaðshlutdeild í fjölda GSM viðskiptavina í lok árs 2005 en 64,3% markaðshlutdeild í 30. júní 2006. PFS telur ekki tilefni til að bregðast við þessari litlu breytingu á markaðshlutdeild þar sem hún er í samræmi við þá hreyfingu á markaðshlutdeild sem hefur verið á síðustu 3-4 árum. Þrátt fyrir að einhver munur sé á markaðshlutdeild farsímafyrirtækja á höfuðborgarsvæðinu annars vegar og á landsbyggðinni hins vegar þá telur PFS eðlilegt að landfræðileg afmörkun á viðkomandi þjónustumarkaði sé landið allt. Samkeppnisskilyrði á farsíma markaði eru í grundvallaratriðum þau sömu fyrir allt landið og smásölu- og heildsöluverð það sama fyrir allt landið. Bæði Síminn og Vodafone bjóða farsímaþjónustu um allt land, sem og SKO. Um frekari rökstuðning þá vísar PFS til þess sem fram kemur um þetta í viðauka A og C með ákvörðun um markað 15.

2. Samstarfssamningur Og fjarskipta við Vodafone Group Plc.

Síminn heldur því fram að afar virk samkeppni sé á farsíma markaði og að þar ríki í raun tvíkeppni, þar sem hvorugt farsímafélagið geti starfað án þess að taka tillit til viðskiptavina og keppninauta. Þessu til stuðnings bendir Síminn á nýlegan samning Og fjarskipta ehf. við Vodafone Group Plc. um nánara samstarf og opnun á nýrri verslun Vodafone, sem sögð er stærsta Vodafone verslun í heimi. Þá telur Síminn að niðurstaðan á markaði 15 í Lúxemborg sé mikilvægt fordæmi sem ekki er hægt líta framhjá.

Afstaða PFS

Eins og fram kemur í kafla 6.2.1 í viðauka A þá er það mat PFS að viðkomandi markaður sé í raun tvíkeppnismarkaður sem einkennist af verulegum aðgangshindrunum. PFS hafnar hins vegar þeirri skoðun Símans að samkeppni á

farsímamarkaði sé afar virk enda benda niðurstöður um markaðshlutdeild og úr verðsamanburði ekki til þess. Að mati PFS benda niðurstöður markaðsgreiningar til þess að samkeppni á viðkomandi markaði sé ekki nægilega virk og það sama á við um smásölustigið. Eins og fram kemur í greiningu PFS á viðkomandi markaði þá virðist sem farsímafyrirtækin tvö keppi fyrst og fremst í því að bjóða eigin viðskiptavinum hlunnindi á borð við fríar mínútur og frí SMS en ekki í verðum. Að mati PFS benda flestar niðurstöður greiningar á markaði 15 til þess að Síminn sé með umtalsverðan markaðsstyrk og PFS telur að ekkert hafi komið fram sem breytir því mati. Greining á markaði 15 inniheldur að sjálfsögðu ekki upplýsingar um nýlegan samstarfsamning Og fjarskipta ehf. við Vodafone samstæðuna né heldur upplýsingar um opnun á nýrri verslun Vodafone enda er um að ræða viðburði sem gerðust á nýliðnum mánuðum. Í þessu sambandi bendir PFS á að mat á umtalsverðum markaðsstyrk byggir að miklum hluta á tölfræðilegum niðurstöðum og þau áhrif sem nýlegur samstarfsamningur hefur á stöðu Vodafone á viðkomandi markaði eru væntanlega ekki mælanleg enn og því ekki tímabært að draga miklar ályktanir af honum. PFS vill hins vegar minna á að í greiningu á markaði 15 var tekið tillit til fyrri samnings Og fjarskipta ehf. við Vodafone samstæðuna og var hann talinn styrkja félagið. Á sama hátt mun þessi nýi samstarfsamningur væntanlega styrkja stöðu Vodafone á markaði en hins vegar er ekki hægt að byggja niðurstöður markaðsgreiningar á framtíðaráætlunum og væntingum af ávinningi af samstarfi við Vodafone samstæðuna. Um frekari rökstuðning vísar PFS til viðauka A.

Það er mat PFS að ekki sé hægt að líta á Lúxemborg sem mikilvægt fordæmi. PFS telur að staðan á farsímamarkaðinum í Lúxemborg sé mjög ólík stöðunni á íslenska farsímamarkaðinum og því engan veginn hægt að taka mið af niðurstöðum fjarskiptaeftirlitsins í Lúxemborg (ILR) á markaði 15. Í því sambandi er hægt að nefna að í Lúxemborg eru þrír farsímanetsrekendur og á smásöllumarkaði eru auk þess þrír þjónustuveitendur. Stærstu farsímanetsrekendurnir, EPT og Tango, eiga farsímanet sem nær um allt landið og eru með sambærilega markaðshlutdeild (53% og 40%). Þriðji farsímanetsrekandinn, Voxmobile er með 7% markaðshlutdeild og samning um innanlandsreiði við EPT. Bara þessar staðreyndir sýna greinilega að staðan á farsímamarkaðinum í Lúxemborg og á Íslandi er á engan hátt sambærileg.

3. Dóma- og stjórnarsýsluframkvæmd um sameiginleg markaðsyfíráð

Síminn vekur athygli á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 þar sem ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 var staðfest. Síminn telur að þau rök sem koma fram í kafla 3.2 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins geti átt við um farsímamarkaðinn að breyttu breytanda. Að sama skapi er það mat Símans að rökstuðningur PFS í ákvörðun 15 standist ekki skoðun og sé í ósamræmi við þær mælistikur sem Samkeppniseftirlitið setur fyrir skilgreiningu á sameiginlegum markaðsyfíráðum. Þessu til viðbótar vísar Síminn til dóms undirréttar ESB í svokölluðu Impala máli² og gerir grein fyrir helstu vísireglum sem þessi fordæmi gefa og ber þær saman við umfjöllun í ákvörðun PFS.

Afstaða PFS

Að mati PFS er málatilbúnaður Símans í máli þessu mjög mótsagnarkenndur. Í athugasemdum við frumgreiningu á markaði 15 kom fram sú skoðun Símans að PFS

² Mál T-464/04.

bæri að útnefna bæði Símann og Vodafone með sameiginleg markaðsyfíráð á viðkomandi markaði. Í athugasemdum sínum núna heldur Síminn annars vegar fram að afar virk samkeppni sé á farsímamarkaði og hins vegar að útnefna eigi bæði Símann og Vodafone með sameiginleg markaðsyfíráð. Að mati PFS þá fara þessi tvö sjónarmið ekki saman. Ef tvö eða fleiri fyrirtæki hafa sameiginlega markaðsyfíráð er gert ráð fyrir því að milli fyrirtækjanna sé ekki virk samkeppni.³ PFS telur það jafnframt einkennilegt að Síminn sé að krefjast þess að útnefna eigi félagið sameiginlega markaðsráðandi með öðru félagi sem jafngildir því að Síminn fallist á það að hafa með öðru félagi þegjandi fyrirkomulag um að samræma hegðun sína til að koma í veg fyrir virka samkeppni í þeim tilgangi að hámarka sameiginlegan hagnað. Áhrif af sameiginlega markaðsráðandi stöðu eru neikvæð með svipuðum hætti og áhrif af markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis. Samkeppni verður takmörkuð og samkeppnislegur þrýstingur minnkar eða er takmarkaður sem leiðir til þess að viðkomandi fyrirtæki geta hækkað verð sín verulega, umfram samkeppnisverð.

Nýlegur dómur undirréttar ESB í svokölluðu Impala máli og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 gefa vísbendingar um að dregið hafi verið úr sönnunarkröfum sem leggja þarf til grundvallar þegar sýna á fram á sameiginleg markaðsyfíráð í samrunamálum. PFS vill hins vegar benda á að enn á eftir að koma í ljós hvernig dómur í Impala málinu verður túlkaður og hvaða áhrif hann mun hafa við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Þá vill PFS einnig benda á að ekki er hægt að yfirfæra ákvæðanir, dóma eða úrskurði í samrunamálum með einföldum hætti á greiningu á fjarskiptamörkuðum skv. fjarskiptatilskipunum ESB, þar sem m.a. tilefni og eðli þessara mála eru ólík. Hins vegar eiga fjarskiptaeftirlitsstofnanir að hafa hliðsjón af ákvörðunum framkvæmdastjórnar á grundvelli samrunareglugerðar og dómum dómstóla ESB í sömu málum, þegar þau beita hugtakinu sameiginleg markaðsyfíráð eins og PFS gerði í greiningu á markaði 15. Svo verður einnig að hafa í huga að þær forsendur sem þurfa að vera til staðar til að þess að sameiginleg markaðsráðanda staða sé fyrir hendi hafa mismikið vægi eftir því um hvaða markað er ræða hverju sinni og nauðsynlegt er að meta þetta heildstætt í hvert sinn.

Umræddur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála fjallar um samruna á lyfjamarkaðinum, sbr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, og var með honum staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006. Við mat á samruna ber að meta hvort samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist, sbr. 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Í viðkomandi ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið m.a. að þeirri niðurstöðu að Lyfja annars vegar og Lyf og heilsa hins vegar séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðinum fyrir smásölu lyfja og að samruni DAC, sem er í eigu Lyfja og heilsu, og Lyfjavers styrki þá stöðu. Að mati PFS er markaður fyrir smásölu lyfja og farsímamarkaðurinn á Íslandi mjög ólíkir og vill PFS í því sambandi benda á það sem helst greinir þar á milli. Íslenskur lyfjamarkaður, þ.á.m. markaður fyrir smásölu lyfja, lýtur í veigamiklum atriðum opinberum reglum. Stjórnvöld ákveða hámarksverð lyfja bæði í heildsölu og smásölu, greiðsluþátttöku almannatrygginga og verðbreytingar á lyfseðilsskyldum lyfjum. Ákvörðun um hámarksverð lyfja í smásölu er því ekki í höndum smásöluaðila sjálfra heldur í höndum lyfjagreiðslunefndar. Vegna þessa er markaður fyrir smásölu lyfja að þessu leyti mjög gagnsær. Eftirspurn notenda lyfja

³ Sjá kafla 3.1.2 í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsgreiningu.

eftir lyfjum er óteygin, sem merkir að lyfsala mun hvorki minnka marktækt ef verð hækkar né aukast ef það lækkar. Staða Lyfju og Lyfja og Heilsu er mjög áþekk á markaðinum, Lyfja er með 35-40% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu og Lyf og heilsa með 40-45%. Auk þess eru sex minni lyfjaverslanir starfandi á höfuðborgarsvæðinu og er Lyfjaver þar á meðal. Markaðshlutdeild lyfjakeðjanna tveggja hefur vaxið með svipuðum hætti á síðastliðnum árum með kaupum þeirra á einkareknum apótekum. Sama þróun hefur átt sér stað út á landi og aðeins sex lyfjaverslanir starfa þar sem ekki eru í eigu Lyfju og Lyfja og heilsu. Þá er ljóst að til staðar er tilhneiging hjá lyfjakeðjunum að staðsetja lyfjaverslanir sínar á höfuðborgarsvæðinu fremur í nálægð við einkarekin apótek sem starfa utan keðjanna en í nálægð við apótek hvorrar annarrar. Á landsbyggðinni einkennist dreifing lyfjaverslana að meginstefnu að því að aðeins eru starfræktar lyfjaverslanir á vegum annarra hvorrar lyfjakeðjunnar í hverjum landsfjórðungi og draga má þá ályktun að keðjurnar telji það ekki samræmast hagsmunum sínum að staðsetja lyfjaverslanir sínar nálægt verslunum hvorrar annarrar á landsbyggðinni. Að mati PFS er ljóst af framangreindu að markaður fyrir smásölu lyfja er í mörgum mikilvægum þáttum mjög ólíkur íslenskum farsímamarkaði og því engan veginn hægt að komast að þeirri niðurstöðu að þau rök sem koma fram í kafla 3.2 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins geti átt við um farsímamarkaðinn að breyttu breytanda.

Í ljósi þess að Síminn styðst í athugasemdum sínum við framangreinda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 28/2006 þá vill PFS benda á að staðfest hefur verið af samkeppnisyfirlöðum að Síminn sé með markaðsráðandi stöðu á GSM farsímamarkaði sbr. m.a. ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 40/2003 og nr. 21/2005. Í seinna málinu féllst Samkeppnisráð ekki á þá kröfu Símans að félagið væri sameiginlega með Vodafone með markaðsráðandi stöðu en krafa Símans byggði einkum á sjónarmiðum um stöðu Símans á fákeppnismarkaði. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006 frá 31. mars 2006 komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að aðstæður á farsímamarkaði hefðu ekki breyst með þeim hætti að Síminn teldist ekki enn með markaðsráðandi stöðu. Þó svo að PFS sé ekki bundin af ákvörðunum samkeppnisyfirlvalda við greiningu á fjarskiptamörkuðum þá eru þær aðferðir sem PFS á að beita við skilgreiningu á markaði og mat á umtalsverðum markaðsstyrk byggðar á meginreglum samkeppnisréttar. Þá vill PFS einnig benda á að Síminn getur ekki verið með umtalsverðan markaðsstyrk bæði einn og sér og sameiginlega með öðrum.

a. Gagnsæi

Að mati Símans fjallar rökstuðningur PFS í niðurstöðu um markað 15, um meintan skort á gagnsæi alls ekki um aðalatriði máls, þ.e. hvort fyrirtæki geti fylgst með því hvort önnur fyrirtæki bregði út af samhæfðri hegðun. Síminn telur að kröfu um rannsókn hafi ekki verið fullnægt og niðurstaða um að markaðurinn sé ekki nægilega gagnsær, sé ekki byggð á neins konar greiningu á tölulegum gögnum sem máli geta skipt. Þá telur Síminn að alfarið skorti greiningu á samræmdri verðhegðun farsímafyrirtækjanna.

Afstæða PFS

Að mati PFS er rökstuðningur um gagnsæi í greiningu á markaði 15 í viðauka A fullnægjandi og í fullu samræmi við dómafordæmi dómstóla ESB. Eins og segir í

svokölluðu Airtours máli⁴ þá er gagnsæi markaðar ein af forsendum þess að tvö eða fleiri fyrirtæki geti talist hafa saman markaðsyfirlit á fákeppnismarkaði. Til þess að fyrirtæki séu í aðstöðu til að geta haft með sér þegjandi fyrirkomulag (e. tacit coordination) þá þurfa markaðsskilyrði að vera nægjanlega gagnsæ þannig að fyrirtæki geti með hæfilegri nákvæmni og hraða fylgt hvort öðru og greint hvort verið sé að brjóta fyrirkomulagið.

Eins og segir í greiningu PFS á markaði 15 þá eiga farsímafyrirtækin auðveldara með að fylgjast með hreyfingum hvors annars í ljósi þess að Ísland er lítið og fá fyrirtæki á farsímamarkaði. Farsímafyrirtæki á smásölumarkaði birta gjaldskrár sínar og eru þær því opinberar og aðgengilegar öllum m.a. á heimasíðum þeirra. Þetta eru fyrst og fremst gjaldskrár fyrir einstaklinga en önnur lög má gilda fyrir fyrirtæki þar sem þau geta samið sérstaklega við farsímafyrirtæki um kjör sín og eru þeir samningar ekki birtir opinberlega. Þó má gera ráð fyrir að farsímafélögin hafi einhverjar vísbendingar um hvaða kjör keppninautar eru að bjóða á fyrirtækjamarkaði vegna þess hve markaðurinn er lítil. Á einstaklingsmarkaði eru öll verð opinber eins og áður segir en hins vegar telur PFS að þau verð séu ekki gagnsæ að því leyti að erfitt er að greina hvernig þau eru upp byggð og hvað felst að baki þeim. Það er mat PFS að erfitt geti verið að bera saman áskriftarleiðir og átta sig á hver er að bjóða hagstæðari áskrift þar sem innifaldar frímínútur og frí SMS er ekki mjög gagnsætt fyrirkomulag.

Þá er það mat PFS að sú staðreynd að innkoma SKO á farsímamarkað hafi ekki verið kunnug Símanum fyrr en hún varð öllum opinber bendi til þess að markaðurinn sé ekki það gagnsær að fyrirtækin geti með hæfilegri nákvæmni og hraða fylgt hvort öðru. Að mati PFS var Síminn ekki í aðstöðu til að bregðast strax við innkomu SKO eins og búast hefði mátt við hefði Síminn vitað fyrr af þessari nýju samkeppni.

Með vísan til umfjöllunar í kafla 6.2.1.1 í viðauka A og framangreindrar umfjöllunar þá er það mat PFS að margt bendi til þess að viðkomandi markaður sé ekki nægjanlega gagnsær til að hægt sé að komast að þeirri niðurstöðu að félögin séu sameiginlega með markaðsyfirlit.

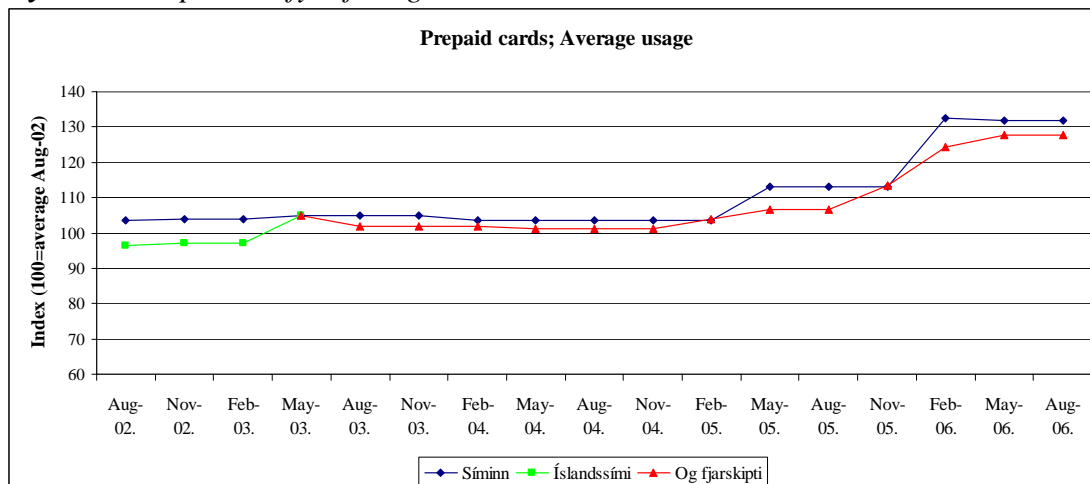
Þrátt fyrir að undirréttur ESB hafi í svokölluðu Impala máli talið að skort hafi greiningu á tölulegum gögnum þá er ekki þar með sagt að hægt sé að yfirfæra þá niðurstöðu á greiningu á markaði 15. Um er að ræða mjög ólíka markaði. Í þessu sambandi vill PFS benda á að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um gagnsæi í framangreindu samrunamáli byggði ekki á greiningu á tölulegum gögnum.

Hvað varðar athugasemd Símans um að alfarið hafi skort greiningu á samræmdri verðhegðun farsímafyrirtækjanna þá bendir PFS á að þetta er alrangt. Stofnunin hefur rannsakað verðstefnu Símans og Vodafone á farsímamarkaði á árunum 2002 til 2005 eins og sjá má í kafla 5.3.3. í viðauka A og viðauka B með ákvörðun um markað 15 og vísar til þess sem fram kemur þar. PFS ákvað að þessu tilefni að skoða hvernig verðþróunin hefur verið frá 2005 miðað við meðalnotkun, annars vegar á fyrirframgreiddum kortum og hins vegar á eftirágreiddum áskriftum. Þessi samanburður er byggður á sömu forsendum og gert var í viðauka B. Eins og sjá má á

⁴ Mál nr. T-342/99 Airtours v. Commission frá 6. júní 2002.

mynd 1 hefur kostnaður fyrir meðalnotkun á fyrirframgreiddum kortum hækkað frá því í ágúst 2002 til nóvember 2006 um 27,4% hjá Símanum en um 32,6% hjá Vodafone. Sjá má að bæði farsímafélögin hafa hækkað sín verð frá því í ágúst 2005 en Vodafone er þó enn aðeins lægra en Síminn.

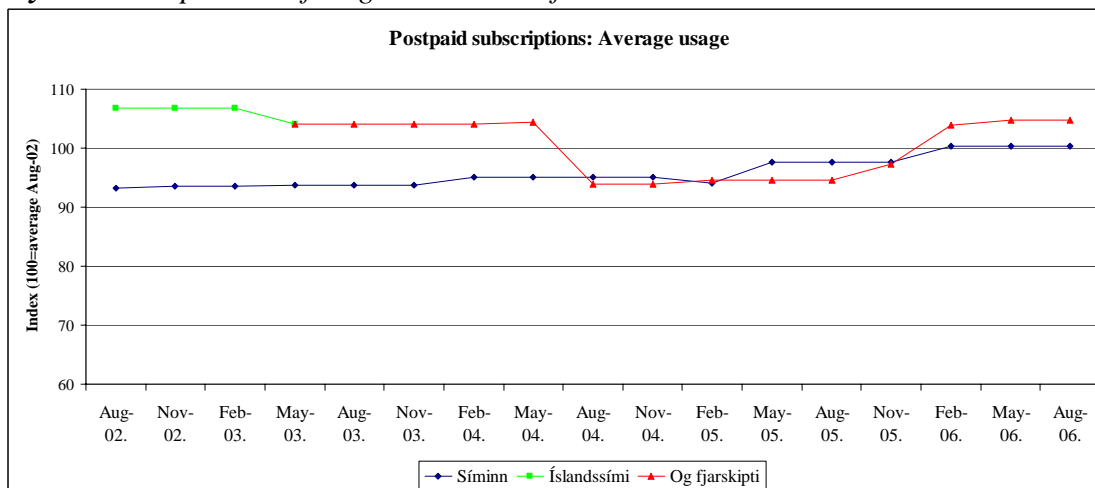
Mynd 1. Verðþróun á fyrirframgreiddum kortum miðað við meðalnotkun



Heimild: Teligen. **Skýring:** Vísitölupróun á árlegum kostnaði fyrir meðalnotkun. Lægsti kostnaður valinn á hverjum tíma.

Kostnaður fyrir meðalnotkun á eftirágreiddum áskriftum hefur hækkað frá því í ágúst 2002 til nóvember 2006 um 7,8% hjá Símanum en lækkað um 1,2% hjá Vodafone eins og sjá má á mynd 2. Hér má sjá að Vodafone hefur hækkað töluvert frá því í ágúst 2005. Síminn hefur einnig hækkað lítillega en er þó lægra en Vodafone.

Mynd 2. Verðþróun á eftirágreiddum áskriftum miðað við meðalnotkun



Heimild: Teligen. **Skýring:** Vísitölupróun á árlegum kostnaði fyrir meðalnotkun. Lægsti kostnaður valinn á hverjum tíma.

Framgreindar myndir sýna að verðið hér á landi virðist hafa hækkað frá því í ágúst 2005 sem miðað var við í viðauka B. Þó farsímafélögin tvö séu ekki alveg samstíga í hækkunum sínum þá virðast þau enn elta hvort annað. Að mati PFS er þetta ekki góð þróun, æskilegt er að félögin keppi meira í verðum og að þróun sýni lækkun en ekki hækkun. Það er hins vegar ekki hægt að líta svo á að verð farsímafélaganna hafi verið alveg stöðug eins og gera má ráð fyrir þegar fyrirtæki eru með samræmda

verðhegðun, sem bendir til þess að Síminn og Vodafone séu ekki með þegjandi fyrirkomulag um að keppa ekki í verðum.

b. Einsleitni

Síminn telur að mótsögn sé í ákvörðun PFS, þar sem viðurkennt sé að á smásölustigi sé farsímaþjónusta einsleit vara en jafnframt sagt að sú einsleitni þurfi ekki að hafa áhrif á heildsölustigi. Síminn telur þetta vera í fullkominni mótsögn við þá alhæfingu PFS að nauðsynlegt sé að skilgreina heildsölumarkaðinn út frá smásölustiginu, þar sem enginn heildsölumarkaður um aðgang og upphaf símtala sé til staðar.

Afstaða PFS

Eins og fram kemur í kafla 5.1 í greiningu á markaði 15 í viðauka A er enginn raunverulegur heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti til staðar hér á landi og því er nauðsynlegt að byggja greiningu á viðkomandi markaði á þeim forsendum að eftirspurn á heildsölustigi eigi rætur sínar að rekja til eftirspurnar á smásölustigi. Þar af leiðandi þarf að greina viðkomandi heildsölumarkað á grundvelli þeirra samkeppnisskilyrða sem eru ríkjandi á smásölustigi. Það er nákvæmlega það sem PFS hefur gert í greiningu á markaði 15. Þetta kemur þó ekki í veg fyrir að hægt sé að skoða mögulegan heildsölumarkað og draga ályktanir af honum. Það má ekki gleyma því að það er heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala sem hefur verið skilgreindur fyrirfram í tilmælum ESA og PFS er skylt að greina. Að mati PFS er bæði eðlilegt og nauðsynlegt að skoða hvernig möguleg skilyrði til viðskipta eru á heildsölustigi þrátt fyrir að þau eigi sér ekki stað í dag, því viðskipti á smásölustigi og heildsölustigi eru ólík og byggja á ólíkum samningum. Mögulegir samningar á heildsölustigi fara eftir því hvernig aðgangur er keyptur og hversu mikill, þ.e. hvort um er að ræða reiknaaðgang, sýndarnetsaðgang eða endursölu á mínútum. Í ljósi þess telur PFS að ekki sé hægt að segja að þjónusta á heildsölustigi sé einsleit. Að öðru leyti vísar PFS til umfjöllunar í kafla 6.2.1.1 í viðauka A.

c. Sambærileg kostnaðaruppbygging

Síminn vill meina að niðurstaða PFS á markaði 15, um að kostnaðaruppbygging Símans og Vodafone séu ekki sambærilegar, sé allt önnur en sú niðurstaða sem PFS komst að í ákvörðun sinni um markað 16. Þá vísar Síminn í greinargerð PFS, dags. 15. september 2006, sem lögð var fram vegna kæru Vodafone og Símans á ákvörðun PFS um markað 16 þar sem fram kom m.a. að ekki sé verulegur munur á rekstrarkostnaði GSM nets Vodafone og Símans sem gerir það að verkum að kerfin séu vel samanburðarhæf. Síminn telur að PFS komist að sitt hvorri niðurstöðunni eftir því hvort fjallað er um markað 15 eða 16, þrátt fyrir að í báðum tilvikum sé fjallað um sama farsímanetið.

Afstaða PFS

PFS vísar því á bug að þessi niðurstaða á markaði 15 sé í ósamræmi við ákvörðun á markaði 16. PFS vill benda á að þrátt fyrir að um sama farsímanetið sé að ræða í hvorri greiningu fyrir sig þá er aðgangur og upphaf símtala annars vegar og lúkning símtals hins vegar ekki sami hluturinn enda hefur framkvæmdastjórn ESB og ESA talið nauðsynlegt sé að aðskilja þarna á milli og skilgreint þetta sem aðskilda markaði. Heildsöluaðgangur að farsímaneti getur verið margvíslegur eins fram kemur í greiningu á markaði 15 og því er flókið að reikna út verð á honum, á meðan lúkning símtala er einföld þjónusta á ákveðnu verði.

Í greiningu á markaði 15 kom fram það mat PFS að kostnaðaruppbygging Símans og Vodafone væri ekki sambærileg og var það mat byggt m.a. á þeirri staðreynd að Vodafone er yngra fyrirtæki en Síminn. En auk þess má nefna að Síminn var byggður upp í skjóli einkaleyfis, félagið á stærra farsímanet og ræður yfir meirihluta leigulína. Þá vekur PFS athygli á því að í umfjöllun í kafla 6.2.1.1 í greiningu á markaði 15 kemur einnig fram að PFS sé á þeirri skoðun að sambærileg kostnaðaruppbygging varðandi lúkningarverð sé hjá Símanum og Vodafone til lengri tíma litið og að bæði félögin eigi möguleika á góðri arðsemi. Einnig er rétt að benda á í umfjöllun á markaði 15 er horft aðeins lengra í kostnaðarbyggingunni heldur en á markaði 16. Munurinn felst m.a. í því að á markaði 15 geta aðilar verið að fá mun meiri aðgang en á markaði 16, t.d. aðgang að ýmsum stoð- og upplýsingakerfum. Þá hefur Síminn betri aðgang að heimilum landsins vegna sterkrar stöðu sinnar á fastlínumarkaði þar sem um 85% landsmanna eru í áskrift hjá Símanum, en Síminn notar innheimtukerfi sitt fyrir fastlínusíma til að kynna viðskiptavinum sínum helstu tilboð og þjónustumöguleika á öðrum fjarskiptasviðum. Þessi kerfi gefa Símanum ákveðna yfirburði á viðkomandi markaði en hafa hins vegar ekki áhrif við mat á kostnaði við að veita lúkningu.

Í viðauka 2 með ákvörðun um markað 16 kemur fram í kafla 4.0 að PFS hafi talið eðlilegt að taka tillit til þess hversu lengi félögin hafa starfað á farsímamarkaði og í ljósi þess hafi PFS talið rétt að gera félögunum kleift að lækka lúkningarverð sín í þrepum innan ákveðins aðlögunartíma. PFS bendir á að þessi aðlögunartími var einmitt hugsaður til þess að taka tillit til að kostnaður Vodafone er hærri núna en hjá Símanum en gert er hins vegar ráð fyrir að hann verði sá sami í lok aðlögunartímans.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat PFS að framangreindar niðurstöður fari saman. Þá er PFS enn á þeirri skoðun að kostnaðaruppbygging félaganna sé ekki sambærileg en telur hins vegar að kostnaður félaganna við rekstur GSM-nets komi til með að verða sambærilegur til lengri tíma litið.

d. Markaðshlutdeild

Hér er Síminn aftur með athugasemd um að þörf sé á greiningu á markaðshlutdeild sem byggji á nýjustu upplýsingum og vísar til liðar 1 sem svarað er hér að framan. Þá heldur Síminn fram að mótsagnarkenndar ályktanir af markaðshlutdeild séu dregnar, annars vegar í ákvörðun um markað 15 og hins vegar í greinargerð vegna kæru á ákvörðun um markað 16. Þá segir Síminn að einboðið sé, að á tvíkeppnismarkaði þar sem tvö félög hafa nær 100% hlutdeild og eitt annað félag hverfandi hlutdeild, hljóta enn skýrari vísbendingar, nánast fullkomnar löglíkur, að vera fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði hér á landi. Síminn segir þó að þetta sé að sjálfsögðu með fyrirvara um megin sjónarmið Símans um virka samkeppni á tvíkeppnismarkaði.

Afstaða PFS

Ein af forsendum þess að til staðar sé aðstaða sem hvetji til samræmdrar hegðunar er að viðkomandi fyrirtæki séu með sambærilega markaðshlutdeild. Samkeppnishamlandi hegðun, í formi samræmdra aðferða, er líklegri til að eiga sér stað þegar markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækja er svipuð eða sambærileg. Mikil munur á markaðshlutdeild milli fyrirtækja dregur hins vegar úr líkum á sameiginlegum markaðsyfirráðum. Eins og fram kemur í lið 1 hér að framan þá var Síminn með 65% markaðshlutdeild og Vodafone með 35%, þegar horft er til fjölda

viðskiptavina í GSM farsímaþjónustu, miðað við árslok 2005. Í lok júní 2006 var markaðshlutdeild Símans 64,3%. Munurinn á markaðshlutdeild Símans og Vodafone hefur því verið 29-30 prósentustig, sem að mati PFS er talsverður munur og bendir til þess að skilyrði um sambærilega markaðshlutdeild sé ekki fullnægt. Síminn vísar í athugasemdum sínum til dóms undirréttar í svokölluðu Gencor máli⁵ þar sem dómstólinn taldi að 60-70% markaðshlutdeild á tvíkeppnismarkaði væri skýr vísbending um sameiginlega markaðsráðandi stöðu ef önnur atriði leiddu ekki til annarrar niðurstöðu. PFS vekur athygli á því eins og segir í dómnum að önnur atriði verða líka að benda til sameiginlegra markaðsyfíráða, það nægir ekki að sýna eingöngu fram á mikla samþjöppun. Auk þess bendir PFS á að í Gencor málinu voru umrædd fyrirtæki með sambærilega markaðshlutdeild, 30-35% hvort. Varðandi frekari rökstuðning þá vísar PFS til umfjöllunar í kafla 6.2.1.1 í viðauka A.

PFS hafnar því enn og aftur að niðurstöður á markaði 15 séu í mótsögn við niðurstöður á markaði 16. Í niðurstöðum úr greiningu á markaði 15 kemur fram að Vodafone sé með ágæta stöðu á farsíamarkaði, félagið býr við stærðarhagkvæmni og hefur yfir að ráða traustri og góðri reynslu á farsímasviði. Markaðshlutdeild Vodafone á farsíamarkaði sýnir einnig að félagið er með sterka stöðu sem skapar vissulega aðgangshindranir fyrir aðra til að koma inn á hann, þar sem markaðurinn er bæði lítill og töluvert mettur. Hins vegar er ekki hægt að horfa framhjá því að Síminn er með mun sterkari stöðu á farsíamarkaði en Vodafone, eins og niðurstöður á markaði 15 sýna, og því verður ekki hjá því komist að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15.

Eins og ljóst er af athugasemdum Símans þá er skoðun félagsins að flest sé mótsagnarkennt í greiningu og ákvörðun PFS á markaði 15. PFS telur hins vegar að það séu fyrst og fremst meginsjónarmiðar Símans sem séu mótsagnarkennd, um sameiginleg markaðsyfíráð annars vegar og virka samkeppni hins vegar, þar sem þau fara engan veginn saman eins og rökstutt er í lið 3 hér að framan. Varðandi greiningu á nýjustu upplýsingum um markaðshlutdeild þá er því einnig svarað hér að framan í lið 1.

e. Hvati fyrir samhæfða markaðsstefnu og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt (e. retaliation)

Síminn gerir athugasemdir við þá niðurstöðu PFS að ekki séu fullnægjandi sannanir fyrir því að til staðar sé trúverðugt refsikerfi. Síminn segir að dóma- og stjórnisýsluframkvæmd um sameiginleg markaðsyfíráð geri ekki kröfur um að fullsannað sé að ávallt hafi verið svarað í sömu mynt. Síminn segir að þvert á móti dugi að hvati til að samhæfa markaðsstefnu sé til staðar og líkur séu á að samkeppni verði svarað í sömu mynt. Þá segir Síminn að PFS hafi, líkt og framkvæmdastjórnin í Impala málinu, einfaldlega ekki rannsakað hvort dæmi séu um að vikið sé frá samhæfðri verðstefnu án þess að því sé mætt.

Afstaða PFS

Eitt af þeim skilyrðum sem þurfa að vera til staðar svo að tvö eða fleiri fyrirtæki teljist saman hafa markaðsyfíráð á fákeppnismarkaði er að til sé einhvers konar refsikerfi sem hvetur viðkomandi fyrirtæki til að viðhalda og víkja ekki frá hinu þegjandi

⁵ Mál T-102/96: Gencor Ltd. v. Commission.

fyrirkomulagi. Í því felst að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geri sér grein fyrir því að allar aðgerðir af þess hálfu í því skyni að auka markaðshlutdeild munu aðeins leiða til hliðstæðra aðgerða keppinauta og ekkert fyrirtæki hafi þess vegna hag af slíkum aðgerðum. Þar sem þetta er eitt megin skilyrði fyrir því að sameiginleg markaðsyfirlit séu fyrir hendi þá hefur framkvæmdastjórnin og dómstólar ESB hingað til gert töluverðar kröfur um sönnun þess að til staðar sé einhvers konar refsikerfi. Það er því fyrst með dómi undirréttar ESB í svokölluðu Impala máli að svo virðist sem verið sé að slaka á þessum sönnunarkröfum. Þess vegna eru athugasemdir Símans um að PFS hafi misskilið þetta algjörlega ekki við hæfi þar sem dómur í Impala málinu var kveðinn upp 13. júlí 2006 og ekki lá fyrir strax hvort dóminum yrði áfrýjað til Evrópudómsstólsins og enn er óljóst hvaða áhrif hann muni hafa við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Hins vegar er það mat PFS að hvorki dómur í Impala málinu né úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 breyti einhverju um þær niðurstöður sem stofnunin hefur komist að í greiningu á markaði 15.

Vegna athugasemda Símans um skort á rannsókn á samhæfðri verðstefnu, þá bendir PFS enn og aftur á kafla 5.3.3. í viðauka A og viðauka B með ákvörðun um markað 15. Auk þess bendir PFS á umfjöllun um verðþróun frá ágúst 2005 í undirlit a hér að framan. Það er ljóst að enn er ákveðin samræming í verðum, þó að félögin séu ekki með nákvæmlega sömu verð, og verð hafa farið hækkandi. Þetta bendir til þess að ekki ríki mikil verðsamkeppni milli farsímafélaganna. Lítil verðsamkeppni eða sambærileg verð geta bent til samræmdra aðgerða af hálfu félaganna. Á móti kemur að töluverð samkeppni á sér stað um ímynd fyrirtækjanna, áskriftarleiðir og frímínútur. Það er mat PFS að félögin tvö keppi fyrst og fremst í því að bjóða eigin viðskiptavinum hlunnindi á borð við fríar mínútur og frí SMS í eigin neti en verðsamanburðurinn getur ekki tekið tillit til slíkra hlunninda.

PFS telur að hafa verði í huga þá aðstöðu sem skapast vegna smæðar farsíma markaðsins og fámennis íslensku þjóðarinnar. Í ljósi þess að það eru fyrst og fremst tvö farsímafélög starfandi á íslenskum markaði er ekki óeðlilegt að félögin fylgi hvort öðru í verðum þótt PFS telji það ekki æskilegt. PFS telur að með hliðsjón af aðstæðum á markaði sé ekki hægt að ganga út frá því að lítil verðsamkeppni stafi eingöngu af einhvers konar refsikerfi. Í þessu sambandi bendir PFS á að hótun um mikla verðsamkeppni ef vikið er frá samhæfðri verðstefnu er ekki eina dæmið um refsikerfi. Frávik frá samræmdri hegðun getur einnig falist í því að reyna auka markaðshlutdeild sína með öðrum hætti. Eins og fram kemur í dómi undirréttar í svokölluðu Impala máli þá eru tvær forsendur sem þurfa að vera til staðar til að skilyrði um refsikerfi sé ekki fullnægt, í fyrsta lagi sönnun um frávik frá samræmdri hegðun og í öðru lagi raunveruleg sönnun fyrir skorti á refsikerfi.⁶ Að mati PFS verður að telja að innkoma SKO á farsíma markað í apríl 2006 bendi til þess að Vodafone sé að reyna að auka markaðshlutdeild sína á farsíma markaði, þar sem bæði félögin eru í eigu Teymis ehf. og SKO endurselur farsímaþjónustu frá Vodafone. PFS telur þetta ekki bera vott um samræmda hegðun heldur frekar frávik frá samræmdri

⁶ Málgrein 469: “Two cumulative elements must be satisfied in order for the fact that no retaliatory measures have been employed to be taken to mean that the condition relating to retaliation is not satisfied, namely proof of deviation from the common course of conduct, without which there is no need to consider the use of retaliatory measures, and then actual proof of the absence of retaliatory measures.”

hegðun. Þá getur PFS ekki séð að þessu hafi verið svarað af hálfu Símans með þeim hætti að vísbending sé um að virkt refsikerfi sé til staðar.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat PFS að ekki sé til staðar fullnægjandi sönnun fyrir einhvers konar refsikerfi á farsímamarkaðinum. Að öðru leyti vísar PFS til umfjöllunar um þetta í kafla 6.2.1.1 í viðauka A.

f. Samantekt um sameiginleg markaðsyfirráð

Það er niðurstaða Símans að umfjöllun þess um nýlega dóma- og stjórnisýsluframkvæmd staðfesti með óyggjandi hætti að ályktanir PFS, sem dregnar eru saman í mgr. 281 í viðauka A, byggja ekki á viðhlítandi grunni og standast engan veginn skoðun. Þá segir Síminn að eftir standi, að verði ekki fallist á að virk samkeppni sé til staðar á farsímamarkaði og nauðsyn sé á að útnefna félag með umtalsverðan markaðsstyrk, gangi ekki upp að Síminn hafi slíka stöðu einn og sér heldur verði hún í versta falli sameiginleg með Vodafone.

Afstaða PFS

Eins og PFS hefur sýnt fram á í framangreindri afstöðu sinni er ekki hægt að fallast á niðurstöðu Símans, hvorki um virka samkeppni né sameiginleg markaðsyfirráð með Vodafone. Það er mat PFS að Síminn sé einn með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanetum og vísar í því sambandi til framangreindrar umfjöllunar og niðurstaðna í greiningu á markaði 15 í viðauka A. PFS telur að staða Símans sé með þeim hætti að félagið þurfi ekki á þegjandi fyrirkomulagi við Vodafone að halda til að takmarka samkeppni á farsímamarkaði.

4. Um 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2005

Síminn gerir athugasemdir við breytta túlkun PFS á ákvæði 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga. Síminn telur að fyrir liggja afdráttarlaus vilji íslenska löggjafans til að tryggja tveggja ára biðtíma frá því að farsímastöð er sett upp þar til PFS geti kveðið á um skyldu til samninga um reiki. Síminn segir að PFS geti ekki að óbreyttum lögum ákveðið að íslensk lög þýði eitthvað allt annað en í þeim stendur. Síminn vísar til þess sem leiðir af kenningu um tvíeðli landsréttar og þjóðarréttar, að komi til þess að ákvæði þjóðarréttar og landsréttar rekist á, ber í fyrstu að beita þeirri viðurkenndu skýringarreglu, að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðarrétt, sé þess nokkur kostur, sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska Efnahagssvæðið. Síminn segir að PFS geti ekki skipt um skoðun og tekið sér í hendur löggjafarvald vegna þess eins að ESA lýsir áhyggjum af samþýðanleika 35. gr. fjarskiptalaga við EES-rétt.

Afstaða PFS

Nýtt ákvæði bættist við 35. gr. fjarskiptalaga um reikisamninga með breytingalögum nr. 78/2005. Skv. þessu ákvæði verður ákvörðun um reikisamning skv. 3. mgr. ekki beitt til aðgangs að GSM-farsímastöð sem sett er upp til viðbótar útbreiðslu farsímanets fyrir en tveimur árum eftir að hún er tekin í notkun. Í þeim lokadrögum að ákvörðun um markað 15 sem PFS lagði fram til samráðs með bréfi, dags. 8.

september 2006, og tilkynnti til ESA með bréfi, dags. 24. ágúst 2006, kom fram það mat PFS að þetta nýja ákvæði gildi einnig við álagningu skyldu til að bjóða reiki skv. e. lið 2. mgr. 28. gr. Í svarbréfi ESA, dags. 28. september 2006, við lokadrögum PFS að ákvörðun um markað 15 gerði ESA athugasemdir við 35. gr. fjarskiptalaga og fyrirhugaðar áætlanir PFS að beita 4. mgr. 35. gr. sömu laga. ESA hefur áhyggjur af því hvort 35. gr. samræmist EES-rétti. ESA lítur svo á að PFS túlki 4. mgr. 35. gr. svo að hún takmarki heimildir stofnunarinnar til að leggja á mest viðeigandi skyldu um aðgang fyrir innanlandsreiki í viðkomandi máli. Nánar tiltekið, ESA lítur svo á að PFS túlki 4. mgr. 35. gr. svo að hún takmarki heimildir stofnunarinnar til leggja á fulla skyldu um innanlandsreiki skv. 28. gr. fjarskiptalaga. PFS ákvað í kjölfar athugasemda ESA að endurskoða framangreint mat sitt á 4. mgr. 35. gr. og tilkynna breytt lokadrög að ákvörðun um markað 15 til ESA ásamt því að leggja þau að nýju fyrir öll skráð fjarskiptafyrirtæki með bréfi, dags. 9. nóvember 2006.

Eins og fram kemur í umfjöllun PFS um innanlandsreiki í kafla 7.4.1.1 í viðauka A þá eru forsendur fyrir þeim skyldum sem felast í 28. gr. annars vegar og 35. gr. hins vegar mjög ólíkar. Skyldur skv. 28. gr. fjarskiptalaga eru einungis lagðar á fyrirtæki sem útnefnd eru með umtalsverðan markaðsstyrk í kjölfar markaðsgreiningar, í þeim tilgangi að auka samkeppni á markaði til hagsbóta fyrir neytendur. Með 28. gr. fjarskiptalaga hefur íslenska ríkið innleitt 12. gr. aðgangstilskipunar ESB sem heimilar eftirlitsstofnun, í samræmi við ákvæði í 8. gr., að leggja skyldur á netrekendur um að verða við réttmætum beiðnum um aðgang að og notkun á sérstökum neteiningum og tilheyrandi aðstöðu, m.a. við aðstæður þar sem eftirlitsstofnun telur að synjun um aðgang eða óréttmætir skilmálar og skilyrði, sem hafa svipuð áhrif, muni hamla því að til verði sjálfbær samkeppnismarkaður á smásölustigi eða verði ekki til hagsbóta fyrir endanlega notendur.

Skyldan í 35. gr. er hins vegar almenn og hvílir á öllum farsímafyrirtækjum sem eiga net, burtséð frá því hvort fyrirtækin séu með umtalsverðan markaðsstyrk eða ekki, auk þess er ekki gerð krafa um að fram þurfi að fara mat á samkeppni eins og skylt er að gera skv. 28. gr. Í fjarskiptatilskipunum ESB er ekki að finna hliðstætt ákvæði við 35. gr. enda er gert ráð fyrir í 8. gr. aðgangstilskipunar að kvaðir séu einungis lagðar á fyrirtæki sem í kjölfar markaðsgreiningar eru útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk. Í aðgangstilskipuninni er auk þess ekki gert ráð fyrir að takmarkanir séu á aðgangi fyrir reiki eins og felst í 4. mgr. 35. gr.

Þá er einnig mikilvægt í þessu sambandi að 35. gr. vísar ekki í 28. gr. á neinn hátt. Í 4. mgr. 35. gr. er einungis vísað til 3. mgr. sömu greinar. Að mati PFS hefði verið einfalt fyrir löggjafann að vísa einnig til 28. gr. hefði það verið vilji hans að láta þessa takmörkun í 4. mgr. 35. gr. einnig gilda við álagningu á skyldu skv. e. lið 2. mgr. 28. gr. Eins og Síminn bendir réttilega á þá ber að skýra lög og reglur, að svo miklu leyti, sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993. Það er nákvæmlega það sem PFS hefur leitast við að gera í framangreindri túlkun sinni á 28. gr. og 35. gr. fjarskiptalaga. PFS hafnar því að stofnunin sé á nokkurn hátt að taka sér í hendur löggjafarvald. Sú skylda sem PFS hyggst leggja á Símann um að veita aðgang fyrir innanlandsreiki byggir á e. lið 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga eingöngu en ekki á 35. gr. s.l. Í ljósi þess er að mati PFS framangreind túlkun á 28. gr. og 4. mgr. 35. gr. rétt og eðlileg og samræmi við þær skyldur sem hvíla á íslenska ríkinu skv. 3. gr. laga nr. 2/1993. Varðandi frekari rökstuðning um þetta þá vísar PFS til umfjöllunar í kafla 7.4.1.1 í viðauka A.

Að lokum ber að geta þess að stofnaður hefur verið fjarskiptasjóður sem ætlað er að hrinda í framkvæmd verkefnum fjarskiptaáætlunar. Eitt af þeim verkefnum er að þétta GSM farsímanetið út á landi og ljúka við uppbyggingu GSM netsins á Hringveginum. Eftir að haldið var lokað útboð um þetta árið 2006 hefur nýlega verið gert samkomulag við Símann um taka þetta verkefni að sér. Eitt af skilmálum útboðsins var að önnur farsímafyrirtæki fái reikjaðgang að þessum nýju sendum sem byggðir verða upp á vegum fjarskiptasjóðs. Í ljósi þess væri einnig óeðlilegt að takmarka kvöð um aðgang fyrir innanlandsreiki með þeim hætti sem gert er í 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga.

B. Athugasemdir IP fjarskipta ehf.

1. Alþjóðlegt reiki

Það er mat IP fjarskipta að aðgengiskrafa um alþjóðlegt reiki sé nauðsynlegur og órjúfanlegur þáttur fyrir fyrirtæki sem nýta sér aðgengiskröfu á þann hátt að endurselja farsímaþjónustu (e. minimum MVNO). IP fjarskipti gerir af þeim sökum athugasemdir við skilgreiningu PFS um samsetningu viðkomandi þjónustumarkaðs og telur að gera verði kröfu um að aðgengi að alþjóðlegu reiki verði innifalið.

Afstaða PFS

Framkvæmdastjórn ESB og ESA hafa skilgreint alþjóðlegt reiki sem sér markað og er það markaður 17, heildsölumarkaður innanlands fyrir alþjóðlegt reiki.⁷ Í ljósi þess nær skilgreining PFS á markaði 15 ekki yfir alþjóðlegt reiki. PFS gerir hins vegar ráð fyrir að aðgengi að alþjóðlegu reiki sé hluti af sýndarnetsaðgangi og bendir á í því sambandi að í kafla 7.4.1.3 um kvöð um gagnsæi í greiningu á markaði 15 í viðauka A er gert ráð fyrir að alþjóðlegt reiki sé hluti af því viðmiðunartilboði sem Símanum ber að birta.

2. Hreinn MVNO með eigið dreifinet samanborið við innanlandsreiki

IP fjarskipti bendir á að PFS beri að gæta þess við innleiðingu kvaða um aðgang og upphaf símtala í farsímanetum að samræmi sé á milli þeirra kvaða er lúta að MVNO og þeirra sem lúta að innanlandsreiki. IP fjarskipti telur að þær kvaðir sem PFS hyggst leggja á Símann taki ekki til innanlandsreikis né þess hvernig sýndarnetsrekandi geti þróað sig úr því að vera hreinn sýndarnetsrekandi yfir í blandaðan rekstur sem byggir á eigin neti og sýndarneti. IP fjarskipti telur brýna nauðsyn til að PFS endurskoði álagningu kvaða hvað þetta varðar og tryggi að sömu kröfur gildi í viðmiðunartilboði fyrir sambærilega þjónustu hvað varðar aðgengi, jafnræði og verð hvora leiðina sem fjarskiptanetsrekandi kýs að fara.

Afstaða PFS

Eins og fram kemur í kafla 7.4.1.1 í greiningu á markaði 15 í viðauka A þá telur PFS nauðsynlegt að leggja kvöð á Símann sem felur í sér að Síminn skuli ganga að sanngjörnum beiðnum um heildsöluaðgang að GSM farsímaneti sínu skv. 28. gr. fjarskiptalaga. Í 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga eru taldar upp nokkrar tegundir aðgangs

⁷ Sjá viðauka við tilmæli ESA um viðkomandi markaði.

sem heimilt er að krefjast af fjarskiptafyrirtækjum með umtalsverðan markaðsstyrk. Þessar tegundir aðgangs eru ekki tæmandi taldar og nýjar tegundir gætu komið fram t.d. vegna tækniþróunar, innkomu nýrrar þjónustu eða uppbyggingar þriðjukungslóðar farsímanets. Ýmis form af heildsöluaðgangi að farsímanetum eru möguleg og í ljósi þess taldi PFS ekki rétt að takmarka aðgangskvöðina við eitt eða nokkur ákveðin form af aðgangi. Að mati PFS hefði það dregið úr áhrifum aðgangskvaðarinnar. Í ljósi margbreytileika farsímamarkaðarins og mismunandi þarfa þeirra aðila sem mögulega koma til með að leita eftir aðgangi taldi PFS að ekki væri tímabært að skilgreina um of hvernig og hvaða aðgang skuli veita. Öll form heildsöluaðgangs sem sanngjarnt er að veita og eflt geta samkeppni á farsímamarkaði falla undir þá aðgangskvöð sem PFS hyggst leggja á Símann á viðkomandi markaði.

Að mati PFS þá eru þær kvaðir sem PFS hyggst leggja á Símann á markaði 15 fullnægjandi til þess að gera sýndarnetsrekanda kleift að byggja upp net sitt í skrefum. PFS telur ekki skynsamlegt að skilgreina aðgangskvöðina frekar en gert er og bendir á að þær tegundir aðgangs sem fjallað er um í kafla 7.4.1.1. í greiningu á markaði 15 eru eingöngu algengustu dæmin og ekki ber að líta á það sem einu tegundirnar sem hægt er að óska eftir. PFS gengur út frá því að Síminn og þeir aðilar sem koma til með að óska eftir heildsöluaðgangi að GSM farsímaneti Símans byrji á því að reyna að semja sjálfir sín á milli. Komi hins vegar til þess að samningaviðræður um aðgang gangi ekki upp þá er hægt að vísa slíku ágreiningsmáli til PFS. PFS mun skoða hvert mál fyrir sig þegar þau koma upp.

3. Sameiginleg markaðsyfirlit

IP fjarskipti bendir á að Síminn hafi ítrekað í athugasemdum sínum um markað 15 og 16 haldið því fram að Síminn og Vodafone hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Það er skoðun IP fjarskipta að PFS verði að taka tillit til fullyrðinga Símans þar eð þær eru ígildi þess að Síminn sé að játa þá skaðlegu hegðun að haga sér gagnvart Vodafone eins og um sameiginlega markaðsráðandi stöðu fyrirtækjanna sé að ræða. Hvað Vodafone varðar, þá telur IP fjarskipti að kvaðir sem PFS kann að leggja á til að fyrirbyggja sameiginleg markaðsyfirlit þýði ekki sjálfkrafa kröfu um aðgang og upphaf símtala í GSM neti Vodafone. Það er skoðun IP fjarskipta að ef Vodafone býður á annað borð slíkan aðgang, beri félaginu að gæta jafnræðis og bjóða sambærileg kjör til annarra fjarskiptarekanda í formi opins viðmiðunartilboðs. Án slíkrar kvaðar er ekkert sem hindrar Símann og Vodafone að stofna eigin dóttur- eða hlutdeildarfélög sem MVNO í þeim tilgangi að viðhalda sameiginlegum markaðsyfirlitum á markaðinum á þann hátt að beita umræddum félögum gegn sjálfstæðum rekstraraðilum sem hyggjast koma inn á MVNO markaðinn.

Afstaða PFS

Hvað varðar athugasemdir IP fjarskipta um Símann þá vísar PFS til umfjöllunar í svörum við athugasemdum Símans í kafla A, lið 3. Hvað varðar Vodafone þá er ljóst af niðurstöðum úr greiningu á markaði 15 að félagið sé ekki með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 hvorki eitt og sér né sameiginlega með Símanum. Í ljósi þess verða ekki lagðar neinar kvaðir á Vodafone á markaði 15 þar sem fjarskiptalögin og fjarskiptatilskipanir ESB gera ráð fyrir að kvaðir séu einungis lagðar á fyrirtæki sem eru útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk.

4. Aðgangshindranir og refsikerfi

IP fjarskipti telur það óhjákvæmilegt að PFS innleiði refsíákvæði er taki til þess ef óeðlilegar tafir verða á því að hálfu Símans að ganga til samninga um MVNO aðgengi. Að mati IP fjarskipta verður að setja strangan tímaramma á samningaviðræður í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að Síminn geti hagnast á því að draga lappirnar og þannig tefja framgang samkeppni eða valda þeim aðilum sem leita eftir MVNO aðgengi fjarhagslegu tjóni.

Afstaða PFS

PFS er sammála IP fjarskiptum um að það sé mikilvægt að samningaviðræður um aðgengi gangi snurðulaust fyrir sig. Það verður hins vegar að hafa í huga að gæta verður hófs við álagningu kvaða og ekki ganga lengra en nauðsynlegt er, sbr. meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Eins og fram kemur í svari PFS í kafla 2 hér að framan þá er hægt að vísa ágreiningsmálum sem og öðrum kvörtunum um aðgangssamninga til PFS og eru þau mál skoðuð hvert fyrir sig. PFS telur að þær kvaðir sem stofnunin hyggst leggja á Símann á markaði 15 og þær heimildir sem stofnunin hefur til að grípa til aðgerða ef upp kemur ágreiningur, eigi að vera fullnægjandi til að ná þeim tilgangi að auðvelda nýjum aðilum að koma inn á farsímamarkað.