

**Úrskurður**  
**úrskurðarnefndar póst- og fjarskiptamála**  
**í máli nr. 1/2009**  
**Síminn hf.**  
**gegn**  
**Póst- og fjarskiptastofnun**

**I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með bréfi, dags. 30. desember 2008, sem barst nýskipaðri úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála þann 2. mars 2009, hefur Síminn hf. (Síminn) kært þann hluta ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 29/2008 sem lýtur að útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir flutning símtala í föstum almennum talsímanetum (markaði 10 samkvæmt tilmælum Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2004). Í hinni kærðu ákvörðun útnefndi PFS Símann sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumörkuðum fyrir upphaf, lúkningu og flutning símtala í föstum almennum talsímanetum (mörkuðum 8-10) og lagði nánar tilgreindar kvaðir á fyrirtækið vegna starfsemi þess á þessum mörkuðum í samræmi við heimildir fjarskiptalaga nr. 81/2003. Þá var fyrirtækið Og fjarskipti hf. (Vodafone) útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir lúkningu símtala í föstum almennum talsímanetum (markaði 9) með sömu ákvörðun.

Kærandi krefst þess að sá hluti ákvörðunar PFS nr. 29/2008, sem fjallar um útnefningu Símans með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 10, og kvaðir á þeim markaði verði úr gildi felldur.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun staðfest.

## II. Helstu málavextir

Þann 4. desember 2008 tók PFS ákvörðun nr. 29/2008 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði umtalsverðan markaðsstyrk m.a. á heildsölumarkaði fyrir flutning símtala í föstum almennum talsímanetum (markaður 10). Ákvörðunin er byggð á lögum um fjarskipti nr. 81/2003 þar sem fram kemur að eitt af verkefnum PFS sé að skilgreina fjarskiptamarkaði eftir þjónustu og landsvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Með lögnum voru innleiddar fjórar tilskipanir EB um fjarskipti. Ein af þeim er tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og –þjónustu (rammatilskipun). Í tilskipuninni kemur m.a. fram að grundvallaratriði sé að eftirlitsskyldur sem lagðar séu á fyrirfram skuli einungis leggja á ef ekki sé um virka samkeppni að ræða. Því sé nauðsynlegt að framkvæmdastjórnin setji viðmiðunarreglur á vettvangi bandalagsins í samræmi við meginreglur samkeppnislöggjafar sem innlent stjórnvald fari eftir við mat á því hvort samkeppni sé virk á tilteknum markaði og við mat á verulegum markaðsstyrk. Eru þær viðmiðunarreglur settar fram í svokölluðum tilmælum (e. recommendation). Í tilmælunum skal, í samræmi við I. viðauka við tilskipunina, tilgreina þá vöru- og þjónustumarkaði innan rafræna fjarskiptageirans, sem hafa þau einkenni sem kunna að réttlæta að lagðar séu á eftirlitsskyldur, sbr. 27. lið inngangsorða og 15. gr. tilskipunarinnar. Í viðauka I við tilskipunina eru síðan taldir upp þeir markaðir sem tilgreindir skulu vera í upphaflegum tilmælum framkvæmdastjórnarinnar um viðkomandi vöru- og þjónustumarkað sem um geti í 15. gr. Einn af þeim mörkuðum er umflutningsþjónusta í fasta almenna talsímanetinu (transit services in the fixed public telephone network (market 10)).

Framkvæmdastjórnin gaf út upprunaleg tilmæli árið 2003 og gaf Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) út efnislega samhljóða tilmæli þann 14. júlí 2004, nr. 194/04/COL, um viðkomandi vöru- og þjónustumarkaði á sviði fjarskipta sem ástæða kann að vera til að fella undir fyrirframkvæðir í samræmi við tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og –þjónustu. Í þeim tilmælum er markaður 10 tilgreindur. Innlent stjórnvald skal, að teknu ýtrasta tilliti til tilmælanna og viðmiðunarreglnanna, skilgreina viðkomandi markaði, eftir því sem við á, miðað við innlendar aðstæður, sbr. 3. mgr. 15. gr. tilskipunarinnar.

Að sögn PFS hóf stofnunin greiningu á umræddum markaði með gagnaöflun og úrvinnslu gagna á árinu 2004. Þann 31. október 2008 voru drög að ákvörðun varðandi umræddan markað send ESA til samþykktar í samræmi við ákvæði 7. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun. Nokkrum dögum síðar, eða þann 5. nóvember 2008, gaf ESA út ný tilmæli um viðkomandi þjónustumarkaði og eru þau efnislega

samhljóða nýjum tilmælum framkvæmdastjórnarinnar frá 2007 nr. 2997/879/EC. Í þeim tilmælum var markaður 10 ekki meðal þeirra markaða sem mælt er til að fjarskiptaeftirlitsstofnanir greini. Í athugasemdum ESA við drög PFS að hinni kærðu ákvörðun er tekið fram, að þar sem hin fyrirhugaða ákvörðun PFS hafi verið send ESA áður en hin nýrri tilmæli ESA voru gefin út, miði ESA yfirferð sína yfir drögin við hin eldri tilmæli, tilmælin frá 2004. ESA gerði ekki athugasemdir við fyrirhugaða ákvörðun PFS hvað varðaði markað 10, en eins og áður sagði var sá markaður ekki meðal þeirra markaða sem taldir voru upp í hinum nýrri tilmælum. PFS tók síðan hina kærðu ákvörðun þann 4. desember 2008, þar sem Síminn var útnefndur með verulegan markaðsstyrk á markaði 10 sem fyrr segir, og nánar tilgreindar kvaðir lagðar á fyrirtækið hvað þann markað varðar.

Aðilar deila nú um hvort PFS hafi verið heimilt að miða við tilmælin frá 2004 í ákvörðun sinni frá 4. desember 2008 og þá eftir atvikum hvort stofnuninni hafi verið heimilt að greina markað 10 með þeim hætti sem gert var í ákvörðuninni.

### III. Helstu málsástæður kæranda

Kærandi reisir kröfur sínar aðallega á því, að PFS hafi byggt hina kærðu ákvörðun, að því er varðar markað 10, á tilmælum ESA, sem hafi verið úr gildi fallin er ákvörðunin var tekin hinn 4. desember sl. Hin nýju tilmæli hafi verið gefin út 5. nóvember sama ár. Í hinum nýju tilmælum sé markaður 10 ekki lengur meðal þeirra fyrirfram skilgreindu markaða sem fjarskiptaeftirlitsstofnunum á EES-svæðinu beri að greina, komast að því hvort eitt fyrirtæki eða fleiri séu með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á kvaðir ef svo ber undir. Íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun verði ekki byggð á lögum eða reglum sem hafi verið felldar úr gildi við töku ákvörðunar.

Fjarskiptaeftirlitsstofnunum sé ekki bannað að framkvæma markaðsgreiningu á öðrum mörkuðum en þeim sjö sem um ræðir í nýju tilmælunum. Hins vegar gildi strangari málsmeðferðarreglur þegar skilgreina á aðra markaði en þessa sjö. Þannig verði kvaðir einungis lagðar á aðra markaði, að uppfylltum eftirfarandi þremur skilyrðum: (1) Hindranir séu á því að komast inn á viðkomandi markað, (2) markaðurinn hafi ekki eiginleika til að þar sé virk samkeppni og (3) almennar samkeppnisreglur dugi ekki til að afnema hindranir eða efla samkeppni. Kærandi byggir á því að PFS hafi ekki fært rök fyrir því að umrædd þrjú skilyrði hafi verið fyrir hendi á markaði 10 áður en hann var greindur og kvaðir lagðar á kæranda. Slíka framkvæmd telur kærandi vera í ósamræmi við grundvallarreglur íslensks stjórnsluréttar, svo sem lögmætisreglu, regluna um val á leið til úrlausnar máls (procedurefordrejning) o.fl. Auk þess fari aðgerð PFS gegn meginreglum EES-réttar

um einsleitann innri markað, þar sem stuðst sé við tilmæli sem gildi ekki á hinum innri markaði.

Kærandi telur álit ESA á því hvort styðjast eigi við hin eldri eða yngri tilmæli ekki standast skoðun að íslenskum rétti. ESA hafi ekki lögsögu í málinu á Íslandi þar sem um sé að ræða stjórnvaldsákvörðun íslensks stjórnvalds. Þá sé álit ESA ekki byggt á þekkingu á íslenskri réttarskipan þar sem sú grundvallarregla gildi að íþyngjandi ráðstafanir verði að byggja á gildandi rétti hverju sinni.

Kærandi bendir jafnframt á að þegar ESA hafi lokið yfirferð sinni hafi nýju tilmælin tekið gildi og þau eldri verið felld úr gildi. PFS hafi því á þeim tímapunkti átt að framkvæma rannsókn sína með hliðsjón af hinum nýju tilmælum. Í 3. gr. tilmælanna segi: „This Recommendation is without prejudice to market definitions, results of market analyses and regulatory obligations **adopted** by national regulatory authorities in accordance with Articles 15(3) and 16 of the Act ....“ Kærandi telur ótvírætt að með orðinu „adopted“ sé vísað til endanlegra formlegra ákvarðana sem teknar hafi verið en ekki til draga að ákvörðun, líkt og PFS og ESA byggja á.

Þá séu hin nýju tilmæli „applicable immediately“ samkvæmt fréttatilkynningu frá ESA með birtingu nýju tilmælanna.

Tilmælin hafi ekki verið innleidd í landsrétt með formlegum hætti, hvorki þau eldri né yngri. Um sé að ræða gerðir sem PFS beri að líta til svo skilgreining og framkvæmd markaðsgreininga á fjarskiptamörkuðum samræmist skuldbindingum samkvæmt EES-samningnum. Málalíbúnaður PFS, um að birting í EES-viðbæti allt að tveimur árum frá útgáfu þeirra ráði úrslitum í málinu, fái því ekki staðist.

Með vísan til alls þessa telur kærandi að fella eigi hina kærðu ákvörðun úr gildi.

#### **IV. Helstu málsástæður PFS**

Af hálfu PFS er á því byggt að samkvæmt 16. og 17. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 skuli stofnunin skilgreina markaði og framkvæma markaðsgreiningar í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Við hina kærðu markaðsgreiningu, sem hafi hafist á árinu 2004 og lokið 31. október 2008, hafi PFS stuðst við meginreglur samkeppnisréttar og þær leiðbeiningar og tilmæli ESA sem í gildi hafi verið á vinnslutíma greiningarinnar. Tilmæli ESA frá 2004 um viðkomandi markaði hafi gert ráð fyrir að PFS skilgreindi alla átján markaðina í

fyrstu umferð og hafi markaður 10 verið meðal þeirra síðustu í röðinni sem PFS lauk við greiningar á um mánaðamótin október/nóvember 2008.

Samkvæmt 7. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun skuli PFS hafa samráð við ESA og aðrar eftirlitsstofnanir á EES-svæðinu áður en ákvörðun er tekin um skilgreiningu fjarskiptamarkaða, greiningu þeirra og álagningu kvaða. Það hafi PFS gert með því að senda drög að umræddri ákvörðun til ESA og hafi álit ESA borist með bréfi, dags. 1. desember 2008. Í því álit komi fram að ESA gerði engar efnislegar athugasemdir við markaðsgreiningu PFS, auk þess sem tekið sé skýrt fram í álitinu að það væru hin eldri tilmæli frá 2004 sem giltu um framkvæmd umræddrar markaðsgreiningar. ESA hafi því heimilað PFS að taka ákvörðun sem væri byggð á umræddum ákvarðanadrögum. Hefði ESA hins vegar talið að PFS þyrfti að framkvæma hið þríþætta mat, þ.e. kanna hvort fyrrnefnd þrjú skilyrði væru fyrir hendi á mörkuðum 8-10, hefði ESA borið að beina slíkum tilmælum til PFS.

PFS telur ótvírætt að hin eldri tilmæli hafi gilt þegar hinni eiginlegu málsmeðferð PFS lauk varðandi umrædda markaðsgreiningu. Ákvörðun PFS nr. 29/2008 sé því gilt og því beri að staðfesta hana en hafna kröfum kæranda.

Þá bendir stofnunin á að með hinum nýju tilmælum hafi mörkuðum sem öll aðildarríki EES þurfi ávallt að framkvæma markaðsgreiningar á verið fækkað úr átján í sjö. Í skýringum framkvæmdastjórnar ESB með sambærilegum nýjum tilmælum sambandsins komi m.a. fram að fjarskiptaeftirlitsstofnanir eigi að framkvæma nýjar markaðsgreiningar til að viðhalda, breyta eða fella niður áður álagðar kvaðir burtséð frá því hvort viðkomandi markaður er meðal hinna sjö markaða í nýju tilmælunum eða ekki. Því sé ljóst að greina þurfi að nýju þá markaði sem ekki séu á meðal hinna umræddu sjö markaða, ef ætlunin sé að fella niður kvaðir á þeim mörkuðum. Ef slík markaðsgreining leiði í ljós að virk samkeppni ríki á viðkomandi markaði eða umrætt þriggja skilyrða mat er ekki uppfyllt, beri að fella niður áðurgildandi kvaðir með formlegri ákvörðun.

Í fyrrnefndum skýringum með nýjum tilmælum framkvæmdastjórnarinnar frá 2007 sé jafnframt fjallað um skilin milli yngri og eldri tilmæla. Þegar ný tilmæli taki gildi sé búið að ljúka greiningu á mörkuðum sem var að finna í eldri tilmælunum. Ef fjarskiptaeftirlitsstofnun hafi áður komist að þeirri niðurstöðu að virk samkeppni ríki á einhverjum markaði sem ekki sé í nýju tilmælunum, eða að sá markaður uppfylli ekki skilyrðin þrjú miðað við aðstæður í viðkomandi landi, þá verði sá markaður ekki tekinn til greiningar að nýju miðað við óbreyttar aðstæður. Ef niðurstaða markaðsgreiningar hefur hins vegar verið sú að samkeppni sé ekki virk, þá sé nauðsynlegt að greina viðkomandi markað að nýju. Sé hann ekki í nýju tilmælunum

þurfi að framkvæma mat á því hvort markaðurinn uppfylli skilyrðin þrjú. Ekki sé hægt að breyta kvöðum né fella þær niður án þess að ný markaðsgreining fari fram, jafnvel þó að markaður sé ekki lengur í tilmælunum.

Þá tekur PFS fram að þegar stofnunin tók hina kærðu ákvörðun þann 4. desember 2008 hafi hin nýju tilmæli ESA um viðkomandi markaði frá 5. nóvember 2008, ekki verið samþykkt af sameiginlegu EES-nefndinni eða verið birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi ESB að frumkvæði sameiginlegu EES-nefndarinnar, en slík birting teljist jafngild birtingu í C-deild Stjórnartíðinda, sbr. 4. gr. laga nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablaðið.

## V. Niðurstöður

Samkvæmt 16. gr. og 17. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 skal PFS skilgreina markaði og framkvæma markaðsgreiningar í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Slíkri markaðsgreiningu er síðan ætlað að verða grundvöllur ákvörðunar um hvort stofnunin leggur á, viðheldur, breytir eða fellir niður kvaðir á fyrirtæki sem teljast með umtalsverðan markaðsstyrk í skilningi fjarskiptalöggjafarinnar.

Í EB tilskipun 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og þjónustu (rammatilskipunin) er m.a. fjallað um skilgreiningu markaða og markaðsgreiningar. Umrædd tilskipun var felld inn í EES-samninginn með lið 5cl. í viðauka XI. Í 15. gr. tilskipunarinnar er mælt fyrir um að framkvæmdastjórnin skuli samþykkja svokölluð tilmæli (e. recommendation) sem tilgreini þá vöru- og þjónustumarkaði sem skuli greindir. Í I. viðauka við rammatilskipunina er að finna sérstaka skrá, þar sem taldir eru upp þeir markaðir sem „skal vera að finna í upphaflegum tilmælum“ framkvæmdastjórnarinnar. Þar á meðal er sá markaður sem hér er deilt um. Þeir markaðir sem viðaukinn við rammatilskipunina telur upp eru síðan, eins og ætlast var til, taldir upp í upprunalegum tilmælum framkvæmdastjórnarinnar, sem og sambærilegum tilmælum ESA frá 14. júlí 2004. Þar eru taldir upp þeir átján markaðir sem skyldu greindir í fyrstu umferð markaðsgreininga fjarskiptamarkaða.

Framkvæmdastjórnin gaf síðan út ný tilmæli um sama efni í lok árs 2007. Voru aðildarríki EB þá mislangt á veg komin í markaðsgreiningum sínum, en nokkur aðildarríki höfðu ekki enn lokið fyrstu yfirferð yfir markaðina átján. ESA gaf út ný tilmæli um sama efni þann 5. nóvember 2008, þar sem markaður 10 er ekki meðal þeirra markaða sem fjarskiptaeftirlitsstofnanir skulu greina.

PFS lauk markaðsgreiningu sinni í gildistíð eldri tilmæla og voru drög að hinni kærðu ákvörðun send ESA til athugasemda áður en hin nýju tilmæli voru gefin út. Endanleg ákvörðun PFS var hins vegar tekin eftir að hin nýju tilmæli höfðu verið útgefin. Deila aðilar um hvor tilmælin skuli leggja til grundvallar og þar með hvort heimilt hafi verið að greina markað 10 með þeim hætti sem gert var í hinni kærðu ákvörðun.

Af framansögðu má ráða að í upphafi var það ekki eftirlátið tilmælunum að tilgreina þá markaði sem skyldu taldir upp í hinum upphaflegu tilmælum, heldur eru þeir markaðir upptaldir í rammatilskipuninni sjálfri, sem eins og áður segir hefur verið tekin upp í EES samninginn. Þar á meðal er markaður 10 svo sem fyrir greinir. Þannig mælir rammatilskipunin sjálf fyrir um að markaður 10 skuli vera meðal þeirra markaða sem skuli taldir upp í upprunalegum tilmælum og greindur með tilliti til hugsanlegra fyrirframkvaða. Þegar af þessari ástæðu var PFS heimilt að ljúka fyrstu umferð markaðsgreininga markaðanna átján með því að greina markað 10 með þeim hætti sem gert var með hinni kærðu ákvörðun og samkvæmt þeirri málsmeðferð sem eldri tilmælin boðuðu.

Auk þess má benda á, að slík tilmæli sem hér um ræðir hafa ekki bein réttaráhrif heldur hafa þau fyrst og fremst að geyma skyldur fyrir fjarskiptaeftirlitsstofnanir EFTA-ríkjanna gagnvart ESA. ESA hefur sérstaklega lýst því yfir að um skilgreiningu umrædds markaðar skuli fara samkvæmt hinum eldri tilmælum og verður umrædd stjórnsluákvörðun PFS því ekki ógilt með vísan til röksemda kæranda.

Þá eru tilmælin ekki bindandi gerðir. Má í því samhengi benda á sjálf ákvæði tilmæla ESA nr. 194/04/COL frá 14. júlí 2004. Þar segir að „mælt sé til þess“ að þegar eftirlitsyfirkvöld í EFTA ríkjunum skilgreini viðkomandi markaði í samræmi við 3. mgr. 15. gr. gerðarinnar sem um getur í lið 5cl í XI. viðauka við EES-samninginn, með áorðuðum breytingum skv. aðlögunarákvæði í bókun 1 við samninginn og aðlögunarákvæðum vegna einstakra atvinnugreina í XI. viðauka við samninginn, tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu, sé greiningin látin taka til þeirra vöru- og þjónustumarkaða sem tilgreindir eru í viðaukanum.

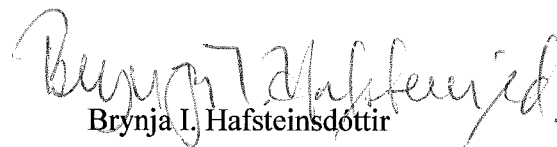
Með vísan til alls framangreinds ber því að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

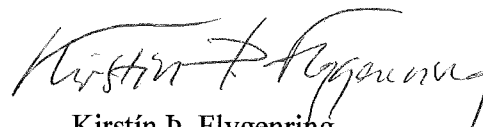
Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2008 um Póst- og fjarskiptastofnun.

## VI. Úrskurðarorð

Ákvörðun PFS nr. 29/2008 er staðfest.

  
Jóna Björk Helgadóttir

  
Brynja I. Hafsteinsdóttir

  
Kirstín Þ. Flygenring