

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Ár 2003, mánudaginn 21. október 2003, er Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 3/2003.

**Landssími Íslands hf.**

**gegn**

**Póst- og fjarskiptastofnun**

Nefndina skipa: Ólafur Garðarsson hrl. formaður og meðnefndarmennirnir Heimir Haraldsson endurskoðandi og Guðjón Kárason verkfræðingur.

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Landssíma Íslands hf. (LÍ), dags. 5. ágúst 2003, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 15. júlí 2003, um útnefningu á Og fjarskiptum hf. (OGF) sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Nánar tiltekið lýtur kæran að 3. mgr. ákvörðunarorða úrskurðar PFS sem hljóðar svo: „Kröfu Landssíma Íslands hf. um að Og fjarskipti hf. verði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði er hafnað”.

Af hálfu LÍ er þess krafist að úrskurðarnefndin felli úr gildi 3. mgr. ákvörðunarorðanna og breyti á þann veg að krafa þess um útnefningu OGF sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði verði tekin til greina. Í greinargerð PFS, dags. 10. september 2003, krefst stofnunin að kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun staðfest. Athugasemdir bárust einnig frá lögmanni OGF, sbr. greinargerð dags. 11. september 2003.

Sú ákvörðun var tekin af nefndinni að aðild að ágreiningsmáli þessu skyldi háttáð þannig að LÍ yrði sóknaraðili en PFS varnaraðili. Var OGF gefin kostur á að koma að sjónarmiðum sínum án þess þó að teljast beinn aðili að málinu. Þann 8. október sl. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættur var fyrir hönd LÍ, Páll Ásgrímsson, hdl., frá PFS Sigurjón Ingvason, Jóhanna Halldórsdóttir og Bjarni Sigurðsson og frá OGF, Ragnar Aðalsteinsson hrl. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær og svöruðu spurningum nefndarmanna. Að loknum málflutningi var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

### **1. Málavextir**

Málavextir eru þeir helstir að Íslandssími hf. (nú OGF eftir samruna Halló! Frjálsra fjarskipta hf., Tals hf. og Íslandssíma hf.) sendi PFS erindi dags. 11. mars 2002 þar sem félagið gerði athugasemdir við það að samtengiverð í GSM net LÍ byggði ekki á kostnaðargrunni eins og áskilið væri í samtengireglugerð Evrópusambandsins nr. 97/33/EC og lögum um fjarskipti nr. 107/1999. Var þess farið á leit að PFS hæfist þegar handa við að skilgreina kostnaðarverð af rekstri farsímanets LÍ og ákvarða skv. því hvert innhringiverð inn í GSM net fyrirtækisins ætti að vera. Við meðferð málsins fyrir PFS gerði LÍ þær kröfur, sbr. greinargerð dags. 18. desember 2002, að stofnunin hafnaði alfarið erindi Íslandssíma hf. en til vara var gerð sú gagnkrafa að stofnunin útnefndi Íslandssíma hf. með umtalsverða markaðshlutdeild, annars vegar á markaði

fyrir rekstur farsímaneta og farsímaþjónustu og hins vegar á samtengingarmarkaðnum, auk þess sem þess var krafist að PFS legði allar sömu kvaðir á Íslandssíma hf. á hinum skilgreinda markaði og stofnunin hafði lagt á eða kynni að leggja á LÍ.

Með ákvörðun PFS, dags. 23. apríl 2003, var aðalkröfu LÍ hafnað. Taldi stofnunin að samtengiverð í GSM net fyrirtækisins byggði ekki á kostnaðargrunni og því tók stofnunin þá ákvörðun að LÍ bæri að lækka verð fyrir lúkningu á símtölum sem enda í GSM farsímaneti. Ekki var hins vegar tekin afstaða til varakröfu fyrirtækisins og þess getið að sú krafa yrði tekin til meðferðar í sérstöku máli innan PFS.

Með bréfi, dags. 23. apríl 2003, hóf PFS skoðun á vara- og gagnkröfu LÍ. Sendi PFS OGF (en samruni fyrrgreindra félaga hafði þá gengið í gegn) og LÍ bréf þar sem tilkynnt var að stofnunin teldi ástæðu til að kanna markaðsstöðu OGF og í framhaldi af því taka ákvörðun um hvort útnefna bæri fyrirtækið með umtalsverða markaðshlutdeild í skilningi laga um fjarskipti. Var þessi ákvörðun tekin í ljósi kröfu LÍ í erindi þess 18. desember 2003. Svarbréf LÍ barst stofnuninni 9. maí 2003 og svarbréf OGF hinn 2. júní sl.

Hinn 15. júlí sl. lá ákvörðun PFS fyrir en skv. henni skyldi OGF teljast fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á markaði fyrir farsímanet og farsímaþjónustu skv. lögum um fjarskipti nr. 107/1999 en hafnað var kröfu LÍ um að OGF yrði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

Með kærú dags. 5. ágúst 2003 kærði LÍ þann hluta ákvörðunar PFS er laut að kröfu þeirra um að OGF yrði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði til úrskurðarnefndar fjarskipta og póstmála. Er hér um að ræða kærú þá sem til skoðunar er í máli þessu.

## **2. Málástæður Landsíma Íslands hf.**

### **2.1 Málavextir og málsmeðferð**

Fyrir nefndinni gerði LÍ athugasemd við málavaxtalýsingu þá sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Telur fyrirtækið að af henni megi ráða að upphaf málsins megi rekja til erindis þess dags. 18. desember 2002 en hið rétta sé að málið hafi hafist með erindi Íslandssíma hf., dags. 11. mars 2002 þar sem gerð hafi verið athugasemd við samtengiverð í farsímanet LÍ. Telur LÍ rétta atvikalýsingu skipta máli, því kröfu þess um útnefningu OGF á samtengimarkaði beri að skoða í samhengi við þá staðreynd að PFS hafi lokið þeim þætti er laut að endagjöldum í farsímanet LÍ með ákvörðun, dags. 23. apríl sl., þar sem fyrirtækinu hafi verið gert að lækka endagjald sitt í 8,92 kr. mínútuna. Hafi PFS með þeirri stjórnvaldsákvörðun með valdboði komið á þeim 50% verðmun, sem stofnunin telji í forsendum fyrir þeirri ákvörðun sem nú sætir kærú „óæskilegan“, sbr. kafla 2.3.4.2 í hinni kærðu ákvörðun.

Þá gerir LÍ athugasemdir við lýsingu í ákvörðun PFS á málástæðum þess í hinni kærðu ákvörðun. Telur fyrirtækið málástæður sínar ekki hafa verið tæmandi taldar í hinni kærðu ákvörðun og það, ásamt þeirri staðreynd að ónákvæmni gæti í lista PFS yfir gögn máls veki „...undrun og efasemdir um að málsmeðferð PFS hafi byggst á lögmatum sjónarmiðum og meginreglum stjórnsýsluréttar um hlutlausa og málefnalega málsmeðferð.“ Telur LÍ að úrskurðarnefndin hafi, þegar af þessari

ástæðu, efni til að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyta í samræmi við kröfugerð sína.

Þá fjallar LÍ sérstaklega um lagaskil í kæru sinni. Heldur fyrirtækið því fram, að við endurskoðun hinnar kærðu ákvörðunar beri að fari eftir þeim lögum sem í gildi voru, við töku hinnar kærðu ákvörðunar, þ.e. lögum nr. 107/1999, en ekki hinum nýju fjarskiptalögum nr. 81/2003. Byggir fyrirtækið í fyrsta lagi á því að það hafi lögvarða hagsmuni af því, að um hina kærðu ákvörðun fari eftir hinum eldri lögum. Eigi sú niðurstaða sér stoð í bráðabirgðaákvæði II með nýju fjarskiptalögum. Heldur fyrirtækið því fram að færi ekki um hina kærðu ákvörðun eftir eldri lögum hagnist OGF á hinni ólögmatu stjórnvaldsákvörðun, á kostnað LÍ, „...þar sem með réttu hefði átt að leggja kvaðir á OGF skv. hinum eldri lögum, sem hefðu haldist við gildistöku nýju laganna. Slík niðurstaða færi gegn almennum lagaskilareglum og eðlilegum stjórnsýsluháttum.” LÍ eigi við málskot til æðra stjórnvalds, rétt á því að fá umrædda ákvörðun PFS, sem byggði á lögum nr. 107/1999, endurskoðaða.

Þá byggir LÍ jafnframt á því, að tilskipanir þær, sem nýju lögum sé ætlað að innleiða, hafi enn ekki verið teknar upp í EES-samningnum. Því gildi samtengitilskipunin nr. 97/33/EB enn, en í 3. mgr. 4. gr. hennar sé mælt fyrir um þá reglu sem birtist í 24. gr. eldri laganna og LÍ byggji á í málinu. Þá færi það gegn reglum EES-réttar og skuldbindingum íslenska ríkisins skv. EES-samningnum að byggja á nýju lögum. Yrði niðurstaðan engu að síður sú að nýju lögin yrðu talin gilda byggði fyrirtækið einnig á því að þau ætti að skýra í samræmi við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993.

Að öðru leyti færir LÍ þessi helstu rök fyrir þeirri kröfu sinni að úrskurðarnefndin felli úr gildi 3. mgr. ákvörðunarorða úrskurðar PFS frá 15. júlí sl. og breytti á þann veg að krafa þess um útnefningu OGF sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði verði tekin til greina:

## 2.2 Að hver og einn farsímarekandi sé ráðandi í eigin neti

LÍ byggir í fyrsta lagi á því að hver og einn farsímarekandi sé ráðandi í eigin neti en þá málsástæðu hafi fyrirtækið haft uppi frá upphafi máls þessa. Bendir fyrirtækið á, að í öllum nýlegum ákvörðunum, sem teknar hafi verið á grundvelli gildandi EES regluverks, sé byggt á reglunni um yfirráð í eigin neti og vísar fyrirtækið í því tilliti til Noregs, Svíþjóðar og Bretlands. Heldur fyrirtækið því fram að þrátt fyrir þau afdráttarlausu og skýru fordæmi sem þar sé að finna hafi PFS kosið að líta fram hjá þessari málsástæðu með því að geta hennar alls ekki í lýsingum á málsástæðum þess.

Telur LÍ, að PFS í umfjöllun sinni um regluna, sbr. kafli 2.3.4.2 í hinni kærðu ákvörðun, hafi misskilið í grundvallaratriðum heimildir sínar, enda geymi gildandi fjarskiptalög engar takmarkanir á heimildum stofnunarinnar til að skilgreina markaðinn með sama hætti og þegar hefði verið gert á grundvelli hliðstæðra lagabálka í Noregi, Svíþjóð og Bretlandi. Hafi LÍ vakið sérstaka athygli á ákvörðun norsku og sænsku stofnananna og ítrekað vitnað til þeirra í öðrum bréfaskiptum. Í kærinni eru síðan raktar ákvarðanir norsku PFS frá 6. maí 2003 um útnefningu Netcom með umtalsverða hlutdeild á samtengingarmarkaði, ákvörðun sænsku PFS, dags. 21. febrúar 2002 um útnefningu Europolitan Vodafone, Tele 2 og Telia og ákvörðun Competition Commission í Bretlandi (OFTEL) frá desember 2002. Telur fyrirtækið, m.a. með hliðsjón af þeim, að það hafi verið verulegan ágalla í málsmeðferð PFS að

fjalla alls ekkert um þessa meginmálsástæðu LÍ allt frá upphafi. Byggir fyrirtækið á því að „...[þ]rátt fyrir að ekki hvíli skylda á stjórnvöldum að fjalla um allar málsástæður sem uppi eru hafðar, verður að gera þá lágmarkskröfu að fjallað sé með viðhlítandi hætti um svo veigamikla málsástæðu sem hér hefur verið rakin. Af hinni kærðu ákvörðun verði með engu móti séð að PFS hafi tekið þessa málsástæðu til rökstuddrar úrlausnar. Skiptir hér einnig miklu að stjórnvöld í Noregi, Svíþjóð og Bretlandi hafa í nýlegum ákvörðunum lagt sjónarmiðið um yferráð í eigin neti til grundvallar.”

Telur LÍ að um formannmarka sé að ræða sem leiða eigi til niðurfellingar og breytingar á hinum kærða hluta ákvörðunarinnar. Yrði hins vegar ekki fallist á það væri það mat LÍ að í ákvörðuninni fælist einnig verulegur efnisannmarki sem felist, „...í röngu mati stjórnvaldsins á möguleika félags, sem er einrátt í eigin neti, til að hafa áhrif á markaðsaðstæður.”

Þá heldur LÍ því fram að ekkert í lögum um PFS eða starfsemi úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála takmarki heimildir nefndarinnar til að bæta úr ofangreindum ágöllum með því að taka afstöðu til málsástæðunnar um yferráð í eigin neti og byggja efnisákvörðun á því í málinu.

Byggir LÍ á því að taki úrskurðarnefndin þessa málsástæðu þess til greina, þýði það í raun að hver og einn farsímarekandi hafi 100% markaðshlutdeild á þeim markaði sem máli skipti. Þegar þannig standi á, og af þeirri ástæðu einni og sér, bresti með öllu lagaskilyrði fyrir því að nefndin líti til undantekningarreglu 3. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999 og meti aðra þætti sem máli geta skipt.

### 2.3 Að undantekningareglur í lögum beri að skýra þröngt

Í öðru lagi byggir LÍ á því að í 2. mgr. 24. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 sé að finna afdráttarlausu meginreglu þess efnis að fyrirtæki teljist hafa umtalsverða markaðshlutdeild þegar það hefur að jafnaði meira en 25% hlutdeild ákveðins hluta fjarskiptamarkaðarins. Því séu fyrirfram yfirgnæfandi löglíkur fyrir að markaðshlutdeild félags sem er yfir viðmiðunarmörkunum teljist umtalsverð.

Telur LÍ ágreiningslaust, að undantekningar frá slíkum meginreglum laga beri að skýra þröngt og bendir á, að PFS hafi komist að þeirri niðurstöðu að markaðshlutdeild OGF á samtengingarmarkaði í apríl 2003 hafi verið á bilinu 32-36%, en ef miðað er við tólf mánaða tímabil á bilinu 30-34%. Þrátt fyrir þetta sé fullyrt í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar (2.3.4.8) að ekki sé hægt að fullyrða með vissu að hlutdeild hins sameinaða félags sé langt yfir viðmiðunarmörkunum.

Telur LÍ þessa forsendu haldna verulegum annmarka þar sem skv. almennri málvitund séu vikmörk 2-3% til hækkunar eða lækkunar, sbr. t.d. aðferðarfræði PFS við útreikninginn sjálfan. Þegar hlutdeild sé hins vegar komin 8-11% yfir vikmörk ætti að vera óumdeilt að hlutdeildin sé komin langt yfir viðmiðunarmörk. Telur LÍ að á að á grundvelli þessarar efnislega röngu forsendu, og reyndar fleiri, sé í ákvörðuninni dregin sú óheimila ályktun að nauðsyn hafi borið til að meta hvort undantekningarregla laganna gæti átt við.

Telur LÍ því markaðshlutdeild OGF það hátt yfir 25% viðmiðunarmörkum 2. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999, að lagaskilyrði og málefnaleg sjónarmið hafi með öllu skort fyrir því að ástæða var talin til að meta hvort þau atriði sem upp eru talin í undantekningarákvæði 3. mgr. 24. gr. væru til staðar.

Telur LÍ jafnframt að þær forsendur sem finna má í rökstuðningi ákvörðunarinnar fyrir því að ástæða væri til að meta atriði þau sem upp eru talin í undantekningarákvæði 3. mgr. 24. gr., séu efnislega rangar.

Telur LÍ að þetta hafi átt að leiða til þess að beita hefði átt sama skýringarkosti og varðandi markaðinn fyrir farsímaþjónustu og farsímanet, þ.e. vísa til þess, að þar sem markshlutdeildin hafi verið sannanlega langt yfir 25% viðmiðunarmörkunum og hafi verið líkleg til að haldast nálægt 50% yfir viðmiðunarmörkum laganna (þ.e. nálægt 38% hlutdeild) í nánustu framtíð, ætti ekki að koma til álita að beita undantekningarákvæði laganna.

Þá rekur LÍ að telji úrskurðarnefndin, þrátt fyrir ofangreindar málsástæður, að efni hafi staðið til að skoða undantekningaratriði 3. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999, að PFS hafi komist að efnislega rangri niðurstöðu við mat sitt á þeim þáttum sem líta beri til. Rökstyður LÍ það því næst lið fyrir lið:

#### 2.4 Möguleikar til að hafa áhrif á markaðsaðstæður á samtengingarmarkaði

LÍ byggir á því að niðurstaða PFS varðandi möguleika til að hafa áhrif á markaðsaðstæður hafi verið efnislega röng og byggð á röngum forsendum. Ákvörðunin beri einnig með sér að ekki hafi verið rannsökuð nægilega þróun samtengiverða á íslenska markaðnum og síðan dregnar rangar ályktanir af þeim takmörkuðu staðreyndum sem virðast hafa verið lagðar til grundvallar.

Rekur LÍ þróun samtengiverða þar sem það telur að skort hafi á að tæmandi hafi verið greint frá staðreyndum í hinni kærðu ákvörðun. Rekur fyrirtækið að framan af hafi ráð verið fyrir því gert í öllum samtengisamningum að full gagnkvæmni skyldi ríkja við verðlagningu endagjalda. Samtengigjöld inn í farsímanet LÍ hafi síðan verið lækkuð í tvígang en frá og með 1. desember 2001 hafi hins vegar endagjöld í farsímaneti Íslandssíma hækkað um 13%. Þá hafi Tal einnig hækkað gjöld í farsímanet sitt í janúar 2002. Heldur LÍ því fram að fram að ákvörðun PFS frá 23. apríl sl., sem tók gildi 1. júní sl., hafi verið um 20% munur á endagjöldum LÍ og keppinautanna. Með ákvörðun sinni hafi þessi verðmunur verið aukinn með valdboði í 50%, en frá þeim tíma hafi endagjöld LÍ verið kr. 8,92 án vsk. samanborið við endagjöld OGF upp á kr. 13,50 án vsk.

Þá telur LÍ rökstuðning í hinni kærðu ákvörðun ófullnægjandi með tilliti til þeirra ríku hagsmuna sem fyrirtækið og íslenskir neytendur hafi í málinu. PFS nálgist málið út frá möguleika OGF til að hækka verð á meðan systurstofnanirnar á Norðurlöndum og Bretlandi, dragi fram þá staðreynd að farsímafyrirtækin, önnur en þau sem hafi verið útnefnd sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild, hafi ekki lækkað verð eða eingöngu lækkað þau óverulega miðað við aukningu á umferð til þeirra. Þannig sé háum verðum haldið uppi samanborið við verð keppinautarins. Þetta sé staðfesting á að hlutaðeigandi fyrirtæki hafi áhrif á markaðsaðstæður á samtengimarkaði sem hafi fjölmargar neikvæðar afleiðingar í för með sér.

Telur LÍ að í hinni kærðu ákvörðun sé lagður matskenndur mælikvarði á mögulegar aðstæður í framtíðinni í stað þess að litið sé til reynslunnar. Sagt er að ekki sé sennilegt að OGF hafi möguleika til að hafa áhrif á markaðsaðstæður þrátt fyrir að gögn málsins staðfesti að OGF hafi þegar nýtt sér slíka möguleika í ríkum mæli. Sú hækkun sem þegar hafi átt sér stað bæði í krónum talið og hlutfallslega staðfesti að OGF hafi í verki þegar haft áhrif á markaðsaðstæður á samtengimarkaði.

Þá telur LÍ að sumar forsendur PFS séu í algerrí mótstögn við niðurstöðu og ályktanir í hinni kærðu ákvörðun að öðru leyti.

Loks rekur LÍ að í ákvörðun PFS sé þess ekki getið að verðmun þann er PFS kallar „óæskilegan“ í ákvörðun sinni megi að hluta til rekja til rekja til ákvörðunar stofnunarinnar sjálf frá 23. apríl sl. Hafi það í för með sér að neytendur eigi ekki einasta erfitt með að meta kostnað af notkun, heldur leiði há endagjöld OGF óhjákvæmilega og eðli málsins skv. til hárra smásöluverða. Þar með spillist endanlegt markmið um innleiðingu á frjálsri samkeppni og hagsmunir neytenda séu fyrir borð bornir. Þessi háí verðmunur leiði einnig til ýmiss konar annarar röskunar.

Með vísan til alls ofangreinds telur LÍ hina kærðu ákvörðun haldna verulegum efnisannmarka hvað varðar möguleika OGF til að hafa áhrif á markaðsaðstæður. Niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar sé efnislega röng og standist hvorki viðurkenndar hagfræðilegar nálganir né samanburð við ítarlega rökstuddar sambærilegar erlendar ákvarðanir. Úrskurðarnefnd beri að byggja á reynslutölum um hækkunir OGF og draga af þeirri reynslu hliðstæðar ályktanir og gert hefur verið í Noregi, Svíþjóð og Bretlandi um að skortur á lækunum svo máli skipti staðfesti möguleika hlutaðeigandi fyrirtækis til að hafa áhrif á markaðsaðstæður. Vekur LÍ athygli á nánast fullkominni hliðstæðu í verðþróun samtengigjalda á Íslandi og í Noregi, þ.e. í fyrstu 20% verðmunur sem síðar jókst í 50%.

Skv. ofansögðu telur LÍ möguleika OGF til að hafa áhrif á markaðsaðstæður mæla með útnefningu þess sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði eða í það minnsta ekki gegn.

### 2.5 Velta í hlutfalli við stærð markaðar

LÍ rekur að í hinni kærðu ákvörðun sé horft fram hjá þeirri skýru þróun að velta fyrirtækisins á heildarfjarskiptamarkaðnum hefur lækkað á sama tíma og velta OGF hefur hækkað. Þess í stað sé velta LÍ af heildarmarkaðnum dregin fram og horft til annarra þátta, svo sem þess að OGF sé háð LÍ varðandi ýmiss konar heildsöluþjónustu, svo sem samtengingþjónustu. Telur LÍ að þarna hafi PFS yfirsést að samtengiskylda er gagnkvæm á grundvelli fjarskiptalaga. LÍ er því ekkert síður skylt að veita OGF samtengingþjónustu við þeim einokunarverðum, sem mál þetta fjalli í grunninn um.

Þá rekur LÍ það að ekkert hafi verið fjallað um það sjónarmið hans, að stór hluti veltu félagsins er að finna á óarðbærum mörkuðum, þar sem félaginu er skylt að starfa, til að mynda vegna alþjónustukvaða og skyldureikis.

Að síðustu viku LÍ að erlendri framkvæmd og rekur að Vodafone í Svíþjóð, sem sé einungis með 9% hlutdeild á fjarskiptamarkaði í heild og 25% af farsímamarkaði, sé talið hafa hlutfallslega háa veltu samanborið við heildarmarkaðinn. Litið sé til þess að

velta þess á farsímamarkaði sé um 25% og að næsti keppinautur hafi einungis 1% hlutdeild á heildarmarkaði. Á Íslandi teljist hins vegar 25% hlutdeild á heildarmarkaði fjarskipta, 30-36% hlutdeild á samtengimarkaði og 38-42% hlutdeild á farsímaþjónustumarkaði ekki til veltu sem máli skiptir að mati PFS. Þá sé ekkert lítið til annarra staðreynda sem máli eiga að skipta, svo sem veltu OGF samanborið við aðra aðila en LÍ.

Telur LÍ PFS enn á ný hafa komist að efnislega rangri niðurstöðu. Þær staðreyndir sem það hafi rakið tali einfaldlega sínu máli. Augljóslega veiti veltutölur OGF þeim slíkan styrk, að það mæli með útnefningu eða í það minnsta ekki gegn.

#### 2.6 Aðgengi að fjármagni

Undir þessum lið heldur LÍ því fram að svo virðist sem PFS komist að þeirri niðurstöðu að ætla megi að OGF hafi nægilegt aðgengi að fjármagni. Telur LÍ að þar með ættu lagaskilyrði að vera uppfyllt til að mæla með útnefningu á grundvelli þessa þáttar en ekki gegn, enda sé engin heimild í undantekningarákvæði 3. mgr. 24. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 til þess að bæta við skilyrðum eða skilyrða niðurstöðuna með einhverjum hætti. Niðurstaðan sé hins vegar skilyrt með órökstuddri og ólögmati fullyrðingu um að aðgengi félagsins teljist þó ekki svo auðvelt að það veiti félaginu sérstakan styrk í samkeppninni.

Telur LÍ þennan lið í forsendum ákvörðunarinnar vera haldinn verulegum efnisannmarka, sem felist því að rökstuðningurinn uppfylli ekki það lágmarks skilyrði íþyngjandi stjórnvaldsákvæðana að vera skiljanlegur og óvissa sé um niðurstöðu málsins. Þá sé gripið til ólögmatra sjónarmiða í röksemdafærslunni, sem enga lagastoð eiga í undantekningarákvæðinu.

Telur LÍ að úrskurðarnefndinni beri að bæta úr þessum efnisannmarka með því að taka af allan vafa um að auðvelt aðgengi OGF að fjármagni mæli með útnefningu eða í það minnsta ekki gegn.

#### 2.7. Stjórn á aðgangi að notendum

LÍ telur PFS vera í villu um úrlausnarefnið hvað varðar stjórn á aðgangi að notendum í niðurstöðu sinni, en stofnunin telur að LÍ hafi yfirburðarstöðu varðandi aðgang að notendum þegar lítið er til símaþjónustu í heild og að sú staða mæli gegn því að OGF teljist hafa umtalsverða hlutdeild á samtengingarmarkaði. Úrlausnarefnið lúti að því að meta aðgang OGF að notendum á samtengimarkaði eða markaði fyrir farsímaþjónustu en ekki aðgang LÍ að notendum á fjarskiptamarkaði almennt.

Telur LÍ að PFS hafi skilgreint hugtakið „stjórn að aðgengi að markaði“ mjög rúmt. LÍ telur þessa rúmu túlkun leiða til efnislega rangrar niðurstöðu. Meint yfirburðastaða varðandi aðgang að notendum í fastasímhluta samtengimarkaðarins og í símaþjónustu í heild eigi einfaldlega ekki að skipta máli við matið. Auk þess breyti sú staða engu um aðgang til og frá notendum að farsímakerfum vegna skyldunnar til samtengingar á grundvelli ákvæða í fjarskiptalögum. Þá tryggi reikiákvæði fjarskiptalaga aðgang að neytendum í hinum dreifðari byggðum þar sem farsímaneti OGF sleppi. Auk þess ryðji ákvæði laganna um heimtaugaleigu og fast forval öllum aðgangshindrunum til og frá notendum úr vegi. Ennfremur staðfesti jöfn og þétt aukning markaðshlutdeildar OGF og fyrirrennara þess greiðan aðgang félagsins að notendum.

Telur LÍ ákvörðunina því enn haldna efnisannmarka. Veltutölur OGF á þeim mörkuðum sem skipti raunverulegu máli og stjórn félagsins að notendum í eigin neti eigi með réttu að mæla með útnefningu eða í það minnsta ekki gegn.

### 2.8 Reynsla af markaðsfærslu vöru og þjónustu

LÍ telur varðandi þetta atriði að enn sé „...beitt óhefðbundnum og rúmum túlkunar- aðferðum til að komast hjá því að gefa OGF það „kredit“ sem fyrirtækið á þó skilið.“ Rekur LÍ að það sé t.d. almenn skoðun fagmanna í markaðsmálum, að markaðsfærsla Tals hf., sem nú er runnið inn í OGF, hafi verið ákaflega vel heppnuð. Hafi fagsamtök m.a. veitt félaginu og stjórnendum þess sérstakar viðurkenningar fyrir framúrskarandi árangur á þessu sviði. Það skjóti því skökku við þegar PFS álykti að reynsla OGF af markaðsfærslu vöru og þjónustu verði ekki álitin svo veruleg að það mæli með því að fyrirtækið verði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingar- markaðnum.

Þá rekur LÍ að reynsla fyrirtækisins í fjarskiptarekstri gagnist fyrirtækinu ekki umfram önnur fjarskiptafyrirtæki þegar kemur að markaðsfærslu vöru og þjónustu. LÍ hafi lengst af haft lögbundinn einkarétt til starfseminnar og hafi því eðli málsins skv. einfaldlega ekki þurft að markaðsfæra vöru sína og þjónustu. Það hafi ekki verið fyrr en samkeppni var innleidd sem þörf hafi verið á markaðsfærslu. Telur fyrirtækið sig því alls ekki hafa forskot yfir keppinautinn hvað þetta varðar.

LÍ gagnrýnir þá fullyrðingu PFS að of snemmt sé að taka tillit til þess hvaða áhrif samningurinn við Vodafone hafi á þennan þátt og að líta beri á reynslu OGF eins og hún sé í dag. Samningurinn hafi t.d. þegar þau áhrif að OGF sé að nýta sér við markaðsfærslu þjónustu sinnar fullframleiddar sjónvarpsauglýsingar undir merkjum Vodafone, stærsta farsímafyrirtækis heims, sem kosti milljónatugi. Þá megi þess geta að skv. nýlegri frétt Mbl. er móðurfélag Vodafone tólfta verðmætasta félag heims miðað við markaðsvirði.

Þá rekur LÍ að fyrirtækinu hafi, eftir að hin kærða ákvörðun var tekin, borist í hendur gagn sem stafi frá OGF, sem sé notað í markaðsskyni til sannfæra viðskiptavini LÍ um að færa sig yfir til OGF. Þar séu á þremur blaðsíðum borin saman verð og gæði á þjónustu LÍ og OGF. Telur LÍ af þessum gögnum megi ráða að OGF notfæri sér nú þegar samstarfssamninginn við Vodafone í markaðslegum tilgangi.

Að síðustu getur LÍ þess að sænska PFS hafi talið að sterk alþjóðlega tengsl Eupólitán Vodafone við þessa sömu stærstu farsímasamsteypu heims hafi skipt verulegu máli við útnefningu félagsins með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði þrátt fyrir einungis rösklega 13% hlutdeild.

Telur LÍ ákvörðunina með vísan til ofangreinds, haldna enn einum efnisannmarkanum. Í hinni kærðu ákvörðun sé ekki litið til umtalsverðs árangurs félaga sem urðu að OGF við markaðsfærslu vöru og þjónustu. Þá sé samstarfssamningurinn við Vodafone ljóslega þegar farinn að hafa áhrif. Það sanni bæði opinber og leynd markaðsfærsla OGF

LÍ telur því að reynsla Tals og síðar OGF af markaðsfærslu vöru og þjónustu, nú með liðsinni markaðsstuðnings frá stærsta farsímafélagi heims, Vodafone, eigi með réttu að mæla með útnefningu eða í það minnsta ekki gegn.



## 2.9. Tilgangur fjarskiptalaga

Þá vísar LÍ að því að með aðild að EES samningnum hafi íslenska ríkið skuldbundið sig til að taka inn í landsrétt ýmsar gerðir ESB er varðar fjarskiptamál, sbr. 7. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið. Undirliggjandi markmið þessara gerða sé að einkaréttur ríkisfyrirtækja á rekstri fjarskiptaneta og þjónustu skyldi afnuminn. Í fjarskiptalögum nr. 143/1996 hafi verið stigið fyrsta skrefið í innleiðingu þessara reglna og með gildandi fjarskiptalögum hafi verið tekið annað skref. Á síðasta vorþingi hafi síðan verið samþykkt enn ein heildarlög, nr. 81/2003, sem gildi hafi tekið 25. júlí 2003.

Rekur LÍ að enginn vafi leiki á að eitt meginmarkmið fjarskiptalaga hafi verið og sé að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði, neytendum til hagsbóta. Þetta sé í samræmi við þau markmið sem er að finna í samkeppnisrétti, enda geymi fjarskiptalögin að stórum hluta samkeppnisreglur sem færðar hafi verið inn í sérlög. Almenn samkeppnislög séu síðan þessum sérlögum til skýringar og fyllingar. Skýringarsjónarmið úr samkeppnisrétti vegi af þessum sökum þungt við skýringu og túlkun fjarskiptalaga, þ.m.t. markmiði þeirra.

Því næst rekur LÍ mat PFS á tilgangi fjarskiptalaga eins og það kemur fram í hinni kærðu ákvörðun, ber það saman við mat norsku PFS á tilgangi sömu laga og rekur loks sín eigin sjónarmið.

Telur LÍ þannig varhugavert m.t.t. hefðbundinna sjónarmiða við lögskýringu að beita markmiðstúlkun við túlkun á ákvæðum íslensks réttar, hvað þá við túlkun á undantekningarákvæðum laga.

Þá rekur LÍ að í hinni kærðu ákvörðun virðist vera litið svo á, að eina markmið samkeppnisreglna fjarskiptaréttarins sé að auðvelda og ekki spilla fyrir aðgangi nýrra fyrirtækja á markaði. Horft sé alfarið framhjá þeim veigamiklu hagsmunum sem íslenskir farsímaneytendur hafa af niðurstöðu málsins. Talið sé í hinni kærðu ákvörðun, án nokkurs rökstuðnings, að túlka verði allan vafa OGF, fyrirtækis sem velta mun 6 milljörðum á þessu ári skv. tekjuáætlun, í hag. Hvergi sé minnst á eða rökstutt hvers vegna neytendur fái ekki að njóta þess vafa sem uppi sé í málinu að mati PFS.

Rekur LÍ að PFS virðist telja það hlutverk sitt í málinu að vernda OGF fremur en virka samkeppni á markaði. Telur fyrirtækið að framkvæmd EB samkeppnisréttar hafi í sumum tilvikum verið sama marki brennd og þetta hafi fræðimenn gagnrýnt, en þeir telji sig nú merkja breytta framkvæmd í Evrópu. Að sama skapi hafa fræðimenn varað við að byggt sé á mati á afkomutölum félaga við mat á markaðslegum styrk þeirra. Dómafordæmi EB dómstólsins bendi einnig eindregið til þess að fordast beri að leggja upp úr afkomutölum félaga á hverjum tíma. Í svokölluðu United Brands máli hafi dómstóllinn talið að tap til margra ára ekki skipta máli við mat á markaðsyfirráðum viðkomandi félags, enda væri unnt að skýra tapið með utanaðkomandi þáttum. Dómstóllinn hafi tekið sömu afstöðu í svokölluðu Irish Sugar máli.

Þá er það rakið að LÍ hafi þegar bent á, að þættir á borð við ómarkvissa fjárfestingarstefnu skýri að miklu leyti þá fjárhagsstöðu sem OGF nú sé í. Með afstöðu sinni sé PFS að stuðla að því að nýir aðilar geti komist hjá útnefningu á

samtengimarkaði með óskilvirkni í rekstri. Slíkt fari þvert gegn tilgangi samkeppnisréttar, sem sé að greiða fyrir skilvirkri innkomu á markað.

Telur LÍ með vísan til alls ofangreinds að markmiðstúlkun, að því leyti sem hún eigi rétt á sér, sem taki mið af hagsmunum neytenda og nýlegum viðhorfum í samkeppnis- og fjarskiptarétti, mæli með útnefningu OGF á samtengimarkaði eða í það minnsta ekki gegn.

#### 2.10 Fordæmalaus ákvörðun

Þá rekur LÍ að fyrirtækið hafi undir rekstri málsins bent á þá staðreynd, að engin fordæmi séu fyrir því í gervalli Evrópu, að fyrirtæki með hærri markaðshlutdeild en 25% á samtengingarmarkaði, hafi með sérstakri stjórnvaldsákvörðun engu að síður ekki verið útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild á þeim markaði. Öll frávik frá 25% reglunni hafi verið á þann veg, að fyrirtæki með lægri hlutdeild en 25% séu engu að síður útnefnd, sbr. dæmi frá Svíþjóð þar sem Vodafone var útnefnt með einungis 13,4% hlutdeild á þeim markaði sem máli skiptir.

Telur LÍ að fullyrðing PFS um að dæmi finnist um aðra framkvæmd, t.d. í Þýskalandi, efnislega ranga. Hafi stofnunin byggt umfjöllun sína á 8. innleiðingarskýrslu framkvæmdastjórnar ESB þar sem vísað sé til dæma frá Þýskalandi og Austurríki sem eigi við um markaðinn fyrir rekstur farsímapjónustu en ekki samtengimarkaðinn, sbr. umfjöllun LÍ um 8. innleiðingarskýrsluna í bréfi LÍ, dags. 28. janúar 2003.

Í hinni kærðu ákvörðun sé þess heldur ekki getið að kaupendastyrkur neytenda var í umræddri skýrslu sögð ástæða þess viðkomandi fyrirtæki hafi ekki verið útnefnd þrátt fyrir háa hlutdeild á markaði fyrir farsímapjónustu. Einnig sé þess ekki getið, að í Þýskalandi og Austurríki hafi alls ekkert fyrirtæki verið útnefnt á markaði fyrir farsímapjónustu; hvorki gömlu einkaréttarhafarnir né nýrri fyrirtæki.

Fordæmin frá Þýskalandi og Austurríki séu þannig alls engin fordæmi hvað varðar samtengimarkaðinn, enda sé ekki um hliðstæða markaði að ræða. Því til stuðnings bendir LÍ á, að kaupendastyrkur, sem sagður var réttlæta að gripið var til undantekningarákvæðisins í Þýskalandi, sé eðli máls samkvæmt ekki til staðar á samtengimarkaði, sem sé heildsölumarkaður fjarskiptafyrirtækja. Ástæðan sé sú að á þeim markaði sé lagaskylda og réttur til samtengingar. Svo dæmi sé tekið af stöðunni hér á landi getur fyrirtækið af þessum sökum ekki í krafti kaupendastyrks krafist lægri endagjalda í farsímanet og hafnað viðskiptum ella.

Heldur LÍ því fram að í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB frá 1. mars 1999, sem gefnar hafi verið út í þeim tilgangi að samræma framkvæmd í Evrópuríkjum á ákvæðum um umtalsverða markaðshlutdeild og sagt sé í forsendum ákvörðunarinnar (kafla 2.1.) að hafðar hafi verið til hliðsjónar, komi fram á bls. 2, að stefnt skuli að samkvæmni í niðurstöðu milli einstakra ríkja. Fyrirtæki í sambærilegri stöðu eigi því að fá sambærilega meðferð í öllum aðildarríkjum.

Þá sé ógetið meginmarkmiðs samningsins um Evrópskt efnahagssvæði um einsleitni, sbr. 1. gr. samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, sem miði að því að fyrirtæki búi við sömu samkeppniskilyrði á EES svæðinu.

Rekur LÍ að OGF hafi eitt farsímafyrirtækja í gervallri Evrópu fengið þá meðferð bærs stjórnvalds að komast hjá útnefningu á samtengimarkaði þrátt fyrir 30-36% hlutdeild á þeim markaði. Úrlausn PFS fari því ekki einasta gegn meginreglu 2. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999 og leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar heldur einnig gegn gildandi reglum EES-samningsins, sbr. umfjöllun að framan.

Þetta síðasta dæmi um frjállega meðferð á staðreyndum staðfesti að mati LÍ endanlega að ekki hafi verið lagðar málefnalegar, lögmætar og efnislega réttar forsendur til grundvallar hinni kærðu ákvörðun um að útnefna ekki OGF með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði. Því beri að fella ákvörðunina úr gildi og taka kröfu LÍ um útnefningu OGF sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði til greina.

### **3. Málsástæður Póst- og fjarskiptastofnunar**

Í upphafi greinargerðar sinnar gerir PFS að umfjöllunarefni sínu mat það sem fram fór á umtalsverðri markaðshlutdeild skv. lögum um fjarskipti nr. 107/1999. Heldur stofnunin því fram að lög um fjarskipti nr. 107/1999 hafi haft að geyma reglur þar sem ákveðnar skyldur hafi verið bundnar við það að fyrirtæki væri skilgreint af stofnuninni sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild. Meðal þeirra skyldna sem hafi hvílt á slíkum fyrirtækjum væri að bjóða verð fyrir samtengingu byggð á kostnaði. Umtalsverð markaðshlutdeild samkvæmt lögum nr. 107/1999 væri ekki það sama og markaðsráðandi staða í skilningi samkeppnisréttar. Í 2. og 3. mgr. 24. gr. laganna komi fram við hvað skyldi miðað. Þar segi að fyrirtæki teljist hafa umtalsverða markaðshlutdeild ef það hafi að jafnaði yfir 25% hlutdeild á viðkomandi markaði. PFS geti ákveðið að víkja frá 25% viðmiðinu og sé sú heimild stofnunarinnar ekki takmörkuð á neinn hátt í 3. mgr. 24. gr. Aðeins séu talin upp þau atriði sem taka bæri mið af ef stofnunin kjósi að fara þessa leið.

Í flestum tilvikum beri að meta hlutdeild viðkomandi félags á markaði sem innihaldi eina tegund þjónustu, s.s. markaði fyrir almenna talsímaþjónustu, markaði fyrir leigulínur og markaði fyrir farsímaþjónustu. Þegar komi að því að skera úr um skyldu farsímanetrekanda til þess að bjóða samtengigjöld á kostnaðartengdu verði kveði lögina svo á í 1. tl. 1. mgr. 26. gr. að skoða skuli hlutdeild á samtengingarmarkaðnum, en þar er átt við markað allra samtenginga á landsvísu hvort sem þær séu í farsímanetum eða fastlínunetum. Þessi skilningur komi einnig fram í 2. mgr. 7. gr. tilskipunar nr. 97/33/EC og í ONP COM 99-03 leiðbeiningarriti framkvæmdastjórnar ESB sem gefið sé út til útskýringar á markaðsgreiningarreglum tilskipunarinnar og hafi verið lagt til grundvallar við mat stofnunarinnar. Þarna sé vikið frá hefðbundnum markaðsskilgreiningaraðferðum samkeppnisréttar og öllum samtengingum steypst saman í einn markað, án tillits til þess hvort um sambærilega þjónustu sé að ræða. Rekur PFS að það sé rétt að hafa í huga að löggjafinn hafi með þessu ákveðið að ofangreindar aðferðir skyldi viðhafa við skilgreiningu á þessum markaði og við mat á umtalsverði markaðshlutdeild á markaðnum. Það sé því haldlítið að vísa til almennra reglna og kenninga í samkeppnisrétti þegar þær séu ekki í samræmi við sett lagaákvæði í fjarskiptalögum.

Þá kemur fram af hálfu stofnunarinnar að Evrópusambandið hafi ákveðið í nýrri löggjöf sinni að færa fjarskiptalöggjöfina nær samkeppnisrétti bæði hvað varðar mat á markaðsráðandi stöðu og skilgreiningu markaða. Í tilmælum um skilgreiningu markaða 2003/311/EC komi fram að framvegis verði litið á lúkningu símtala í hverju

farsímaneti fyrir sig sem sérstakan markað. Lög um fjarskipti nr. 81/2003 sem innleiði rammann utan um þessar nýju reglur hafi hins vegar ekki tekið gildi fyrir en eftir að hin kærða ákvörðun hafði verið birt og hinar nýju fjarskiptatilskipanir ESB og aðrar gerðir sem þeim fylgja hafi ekki enn verið teknar inn í viðauka EES samningsins. PFS hafi því ekki verið heimilt á þeim tíma sem ákvörðunin var birt að taka mið af þeim sjónarmiðum sem nú hafi verið lögfest innan Evrópusambandsins.

Þá kemur fram í greinargerðinni að komið hafi fram í gögnum málsins að staðið hafi yfir meðferð á máli Íslandssíma hf. gegn LÍ vegna samtengigjalda, þegar LÍ hafi sett fram kröfu sína um að markaðshlutdeild Íslandssíma (nú OGF) yrði könnuð og félagið yrði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild. Mat á markaðsstöðu OGF hafi ekki verið háð því hvaða niðurstaða fengist í deilumáli um samtengiverð í farsímaneti LÍ og hafi því PFS ákveðið að þarna væri um sjálfstætt mál að ræða og hafi aðilum verið kynnt það með bréfum dags. 23. apríl sl. Aðilar hafi engar athugasemdir gert við þessa tilhögun. Nú bregði hins vegar svo við að LÍ haldi því fram að það sé formgalli að ekki skyldu hafa verið raktir málavextir fyrra málsins og talin upp öll skjöl í því máli þegar ákvörðun hafi verið tekin varðandi markaðshlutdeild OGF. Af því tilefni vilji stofnunin benda á það að aðilum hafi verið kynnt að mál þetta yrði tekið fyrir sem sérstakt mál án þess að athugasemdir bærust. Aðilum hafi einnig verið gefinn kostur á að koma að öllum sínum sjónarmiðum eftir að meðferð málsins hófst. Það hafi því engin ástæða verið fyrir PFS að rekja málsástæður úr deilu um samtengigjöld LÍ þegar tekin var ákvörðun um markaðshlutdeild OGF. Aðilar hafi haft gögn úr hinu fyrra máli og hafi getað vísað til þeirra í hinu síðara ef þeim sýndist svo en PFS hafi ekki séð ástæðu til þess að telja upp gögn sem ekki hafi verið lögð fram sérstaklega vegna mats á markaðshlutdeild OGF.

Þá gerir PFS ekki athugasemdir við að úrskurður úrskurðarnefndarinnar í máli þessu byggi á lögum nr. 107/1999, enda hafi hin kærða ákvörðun verið birt í gildistíð þeirra laga.

PFS leggur hins vegar áherslu á að fá efnislega niðurstöðu í málinu. Stofnunin sé nú að hefja vinnu við greiningu markaða í samræmi við ný fjarskiptalög með það fyrir augum að geta lokið því verkefni sem fyrst eftir að búið er að ganga frá inntöku nýju ESB gerðanna í viðauka EES samningsins. Það væri óæskilegt ástand ef málinu yrði vísað til frekari meðferðar stofnunarinnar á grundvelli eldri laga á sama tíma og stofnunin vinni að greiningu samkvæmt nýjum lögum.

Því næst gerir stofnunin grein fyrir athugasemdum sínum við kærðu LÍ.

### 3.1. Yfirlit í eigin neti

Í greinargerð PFS kemur fram að stofnunin telji LÍ leggja í kærinni ofuráherslu á þá kenningu að hvert farsímafyrirtæki sé markaðsráðandi í eigin neti. Þessi kenning byggi á því að hvert net sé einn markaður þar sem ekki sé möguleiki á staðgöngu þ.e.a.s. að ekki sé hægt að nota þjónustu annars þjónustuveitanda til þess að ná sambandi við notanda í netinu. Telur stofnunin þessa markaðsskilgreiningu e.t.v. rökrétta og tekur undir að hún hafi fengið hljómgrunn í nýjum tilmælum framkvæmdastjórnar ESB en heldur því jafnframt fram að hún sé hins vegar í algerri andstöðu við þau lög sem í gildi hafi verið á Íslandi og öðrum EES ríkjum fyrir 25. júlí sl. Í þágildandi fjarskiptalögum verið kveðið skýrt á um að skoða ætti allan samtengingarmarkaðinn sem eina heild.

Telur PFS að það sé í raun óskiljanlegt hversu mikil áhersla sé af hálfu LÍ lögð á að skoða yfirráð farsímafyrirtækja í eigin neti í erlendum ákvörðunum frá Noregi, Svíþjóð og Bretlandi, í ljósi þess að þær hafi verið teknar áður en nýju tilskipanirnar hafi tekið gildi. En þó að þessi ákveðnu erlendu stjórnvöld hafi talið sig hafa heimildir til þess að teygja sig í þessa átt og fara þannig fram úr lagasetningarvaldinu, sé alveg ljóst að erlend fordæmi breyta ekki gildandi lögum á Íslandi.

Þá beri einnig að athuga að aðstæður á Íslandi séu ekki þær sömu og í þeim löndum sem LÍ vísar til. Fyrirtækið Netcom í Noregi hafi t.d. starfað á farsímamarkaði frá árinu 1993 og sé í eigu TeliaSonera sem hafi orðið til við sameiningu stærstu fjarskiptafyrirtækja í Svíþjóð og Finnlandi. Netcom sé því hluti af stærstu samstæðu fjarskiptafyrirtækja á Norðurlöndum.

Í Svíþjóð hafi öll farsímafyrirtækin hafið starfsemi árið 1992. Smærri fyrirtækin tvö, sem í raun væru mjög stór á íslenskan mælikvarða, séu í ákvörðuninni sögð hafa góða fjárhagsstöðu. LÍ vísi á einum stað til þess að tengsl Europolitan við Vodafone séu talin styrkja stöðu félagsins og telur að hið sama eigi við hér á landi. Sá reginmunur sé hins vegar á að Europolitan sé í eigu Vodafone Group Plc. Í Bretlandi hafi farsímafyrirtækin hafið starfsemi á árunum 1985-1993.

Þá kemur fram að ofangreindar ákvarðanir um umtalsverða markaðshlutdeild séu allar nýlegar eða nánar tiltekið frá árunum 2002-2003. Það sé því ljóst að í þessum þremur löndum hafi minni og/eða nýrri farsímafyrirtæki fengið alllangan tíma til þess að koma sér fyrir á markaðnum áður en eftirlitsstofnanir hafi skilgreint þau með umtalsverða markaðshlutdeild. Þau hafi að jafnaði verið starfandi í 10 ár áður en þau hafi verið útnefnd. Á Íslandi hafi hin sameinuðu farsímafyrirtæki 3-5 ára rekstrarsögu. Það sé því ekki hægt að segja að aðstæður séu sambærilegar hér og í framangreindum löndum.

Þá greinir PFS frá því að LÍ kvarti undan því hve litla umfjöllun málsástæða hans um markaðsyfirráð í eigin neti hafi fengið í ákvörðun stofnunarinnar. LÍ geti þess réttilega með tilvitnun í fræðirit að ekki sé fortakslaus skylda að fjalla um allar málsástæður sem aðilar bera fram. Stofnunin hafi talið þessa málsástæðu ekki vera í neinum tengslum við gildandi lög á þessum tíma og því vart til þess fallna að hafa áhrif á niðurstöðu málsins. Stofnuninni hafi því ekki þótt ástæða til þess að fjalla að ráði um þessa málsástæðu, en í ákvörðun hennar komi fram að hún byggi einvörðungu á gildandi löggjöf á þeim tíma og að skilgreining hvers farsímanets sem sérstaks markaðs sé regla sem tilheyri komandi regluverki sem ekki hafi tekið gildi. PFS hafi talið sér með öllu óheimilt að líta fram hjá gildandi lögum um skilgreiningu markaða og byggja á nýjum niðurstöðum framkvæmdastjórnar ESB og tiltekinna Evrópskra eftirlitsstofnana, sem ekki hafi verið innleiddar hér á landi.

### 3.2. Undantekningarreglur

Í greinargerð PFS kemur fram að stofnunin sé ekki sammála því mati LÍ að meginregla 2. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999 sé mjög afdráttarlaus þegar hún sé skoðuð í samhengi við 3. mgr. sömu greinar. Í 3. mgr. sé PFS heimilað að víkja frá 25% viðmiðinu í hvora áttina sem er. Enga sérstaka þrengingu á þeirri heimild sé að finna í ákvæðinu eða í athugasemdum með frumvarpi til laganna. Það sé tíðkað í lagasetningu að bæta við orðum svo sem „ef sérstaklega stendur á”, ef löggjafinn vill stuðla að sparlegri nýtingu undantekningareglna. Ekkert hliðstætt orðalag sé að finna í

3. mgr. 24. gr. Það verður því að ætla að PFS hafi allmikið frelsi varðandi beitingu þessa ákvæðis, sér í lagi ef stofnunin telji það samrýmast markmiðum fjarskiptalaga.

LÍ leggi fram miklar vangaveltur um orðalag hvað varði niðurstöður úr hlutdeildarútreikningum. Hvað sem málvitund líði, sem eflaust sé mjög mismunandi milli manna, sé alveg ljóst að hlutdeild OGF á farsímamarkaði sé hærri en á samtengimarkaði. Það hljóti því að vera meiri ástæða til að skoða undantekningarregluna eftir því sem hlutdeildin er nær 25% viðmiðinu.

PFS telur að vafalaust sé rétt að miða við tölur fyrir 12 mánaða tímabil, enda séu líkur til þess að einhverjar árstíðarsveiflur séu í notkun, auk þess sem það sýni markaðshlutdeild sem félag hefur að jafnaði eins og lögin geri ráð fyrir. Allar tilvísanir LÍ í tölur fyrir einstaka mánuði hafi því takmarkaða þýðingu.

Neðri mörk hlutdeildartalna OGF á farsímamarkaði fyrir heilt ár séu 35%. Neðri mörk hlutdeildar félagsins á samtengimarkaði séu 30%. Sá munur sé einnig á þróuninni á þessum mörkuðum að á farsímamarkaði hafi Tal og síðar OGF haft viðvarandi hlutdeild yfir 25% allt tímabilið sem mælt var, en á samtengingarmarkaði hafi hlutdeild Tals aldrei farið yfir 25% ef miðað sé við neðri óvissumörk og ef miðað sé við meðaltal efri og neðri óvissumarkna hangi hlutdeildin aðeins í 25% í ágúst, september og desember 2002, en ekki samfleytt frá ágúst eins og LÍ haldi fram. Að því virtu að hlutdeildin á samtengingarmarkaðnum sé nær 25% viðmiðinu og hafi ekki farið sannanlega yfir markið fyrr en við samrunann hafi PFS talið fulla ástæðu til þess að athuga beitingu undantekningarreglu 3. mgr. 24. gr.

Fullyrðingar LÍ um líklega 38% hlutdeild OGF byggja ekki á neinum veltutölum sem fyrir hafi legið þegar ákvörðun var tekin, heldur á spám LÍ sem PFS telji ekki vera hægt að leggja til grundvallar.

### 3.3. Möguleikar til að hafa áhrif á markaðsaðstæður

Þá heldur LÍ því fram að OGF hafi í raun hækkað endagjöld sín hlutfallslega með því að lækka þau ekki um leið og fyrirtækið hafi verið knúið til að lækka. Stofnunin telur ekki rétt að skoða endagjöld OGF í beinu samhengi við endagjöld LÍ. Kostnaðargreining hefur ekki farið fram á endagjöldum OGF og því ekki hægt að fullyrða að svo stöddu hvaða svigrúm fyrirtækið hefur til lækkunar. Það er því ekki hægt að tala um ítrekaðar hækkningar eins og LÍ heldur fram, heldur eina 13% hækkun fyrir tæpum 2 árum síðan.

Sú skoðun PFS að mikill munur á endagjöldum sé ekki æskilegur gefi stofnuninni ekki heimild til þess að útnefna fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild. Ákvörðun þess hafi aðeins snúist um að meta styrk OGF. Afskipti af endagjöldum eigi sér ekki stað fyrr en það hefur verið staðfest að fyrirtæki hafi umtalsverða markaðshlutdeild. Útnefning fyrirtækja þurfi þess utan ekki að leiða til þess að munur á endagjöldum hverfi, enda skuli verðákvörðanir byggðar á kostnaði sem geti verið mismunandi milli neta. Það sé að sjálfsögðu æskilegt til lengri tíma litið að öll fyrirtæki nái þeirri hagræðingu að þau geti boðið sambærileg endagjöld. Benda megi á verðlagsákvörðanir PTS í Noregi í kjölfar útnefningar Netcom, þar sem ennþá sé verulegur munur á endagjöldum. Verðlagsákvörðun PTS hljóðar upp á 63 aura Nkr. fyrir Telenor, en 91 aur fyrir Netcom frá og með janúar 2004. Það sé því ekki

sjálfgefið að samhengi sé milli umtalsverðrar markaðshlutdeildar og jöfnunar í endagjöldum.

Erlendar ákvarðanir sem LÍ vísi til einblíni allar á hina nýju nálgun framkvæmdastjórnar ESB sem gangi út á að hvert net sé einn markaður. Þegar búið sé að skilgreina markaðinn svo þröngt sé nánast sjálfgefið hver niðurstaðan er varðandi markaðsyfirráð. Í ákvörðun PFS hafi allur samtengimarkaðurinn verið til skoðunar sbr. þágildandi lög og því verði að skoða styrk fyrirtækis í víðara samhengi.

#### 3.4. Velta í hlutfalli við stærð markaðarins

Þá rekur PFS að LÍ vísi til rekstraráætlana þegar hann beri saman veltu félaganna. Stofnunin telji réttara að miða við ársreikninga og uppgjör þar sem fram komi staðreyndir um rekstur félaganna, frekar en áætlanir sem ekki sé vitað hvort gangi eftir. Það sé rétt að velta OGF hafi verið á uppleið en hún nálgist samt sem áður ekki veltu LÍ.

Telur PFS það liggja í augum uppi að OGF þurfi á mun meiri heildsöluþjónustu að halda frá LÍ en öfugt. LÍ bendi á að samtengingar neta séu gagnkvæmar og fyrirtækið þurfi að greiða sinn skerf af því. Hins vegar sé ekki getið um heimtaugaleigu, línuleigu, reiki, hýsingu ofl. sem OGF þurfi á að halda frá því.

Þá rekur stofnunin að LÍ vísi til umfjöllunar sænsku eftirlitsstofnunarinnar um hlutfall af heildarmarkaðnum. PFS telji hins vegar ekki rétt að miða við sömu hlutfallstölur hér og í Svíþjóð, enda sé veltan á bak við hvert prósent af markaðshlutdeild þar margföld á við hér á landi. Hér á landi þurfi hærri markaðshlutdeild til þess að standa undir umfangsmiklum fjárfestingum og rekstri.

#### 3.5. Aðgengi að fjármagni

Þá rekur PFS að LÍ kveðist ekki skilja niðurstöðu stofnunarinnar varðandi þennan þátt. Stofnunin telji hins vegar að þarna geri fyrirtækið ekki greinarmun á aðgengi að fjármagni sem dugi til þess að halda rekstri gangandi og því að hafa ótakmarkaðan aðgang. Félag hljóti t.d. að eiga hægara um vik í samkeppni ef það geti gengið í eigin sjóði eða útvegað lánsfé með lítilli fyrirhöfn og á góðum kjörum, heldur en félag sem þarf að auka hlutfé sitt til þess að afla fjár. PFS geti ekki séð annað en að niðurstöður varðandi þennan þátt séu auðskiljanlegar.

#### 3.6. Stjórn á aðgangi að notendum

Þá greinir PFS frá því að LÍ haldi því fram að í þessu sambandi beri aðeins að líta á farsímanotendur. Það standist hins vegar ekki þegar verið er að meta hlutdeild á heildarsamtengingarmarkaðnum sem nái til allra endanotenda og því eigi að sjálfsögðu að taka inn í matið stjórn á aðgangi að öllum notendum. Auk þess sé það mat stofnunarinnar eins og fram komi í ákvörðuninni að viðskiptasamband við meirihluta heimila í landinu komi LÍ tvímælalaust til góða við markaðsfærslu á farsímaþjónustu sinni.

LÍ hafi yfirburðastöðu hvað varðar aðgang að notendum almennt og breyti engu um það þó keppinautar geti keypt sér aðgang að ákveðnum hlutum í netum fyrirtækisins, enda hafi keppinautar ekki náð verulegri markaðshlutdeild eftir þeim leiðum.

### 3.7. Reynolds af markaðsfærslu

Þá heldur PFS því fram að reynsla OGF sé ekki löng miðað við fyrirtæki sem ákvarðanir í Noregi, Svíþjóð og Bretlandi snúi að sbr. upplýsingar hér á undan. Tal hafi haft fimm ára reynslu sem að líkindum nýtist ekki að fullu þar sem skipt hafi verið um vörumerki og starfsfólk að einhverju leyti. Íslandssími hafi haft þriggja ára reynslu, sem ekki geti talist löng.

Þá haldi LÍ því fram að hann hafi ekki þurft að markaðssetja þjónustu sína fyrir en eftir að einkarétti lauk. Telur stofnunin að markaðssetning felist hins vegar ekki eingöngu í auglýsingum heldur almennt að setja þjónustu á markað, jafnvel þó um einokunarmarkað sé að ræða. LÍ hafi að auki stundað virka markaðsfærslu um langt skeið eða amk. frá því að farsímaþjónusta var tekin upp. Markaðsdeild fyrirtækisins hafi verið stofnuð snemma á tíunda áratug síðustu aldar.

Þá telji LÍ að samningur við Vodafone styrki markaðsfærslu OGF í framtíðinni og telur PFS að fallast megi á að verulegar líkur séu á því. Það sé hins vegar ekki hægt að tala um reynslu OGF í þessu sambandi stuttu eftir að samningur um not á vörumerkinu hafi verið gerður. Samlíking við ákvörðun frá Svíþjóð eigi ekki við í þessu sambandi enda hafi þar verið um að ræða eignatengsl við Vodafone Group.

### 3.8. Markmið laganna

Þá gerir PFS athugasemd við það að LÍ vilji einblína á það markmið laganna að tryggja hag neytenda og að það verði best gert með því að hefja þegar í stað afskipti af endagjöldum OGF. Stofnunin bendir hins vegar á að markmið laganna er einnig að tryggja virka samkeppni og sé það almennt trú manna að virk samkeppni komi að lokum neytendum til góða. Þetta sé sígild spurning um skammtíma og langtíma hagsmuni neytenda. Það sé álit stofnunarinnar að það verði á endanum neytendum til hagsbóta að samkeppni geti þrífist og á það beri að leggja megin áherslu.

Greinir stofnunin frá því að LÍ vísi til fræðimanna á sviði samkeppnisréttar þar sem m.a. sé varað við því að byggja á afkomutölum félaga. Afkomutölur hafi hins vegar bein og óbein áhrif á lögboðin matsatriði 3. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999 og telji PFS fulla ástæðu til þess að líta til þeirra, enda sé hér ekki verið að fjalla um mál á grundvelli hreinræктаðs samkeppnisréttar, heldur sérlaga þar sem umtalsverð afbrigði séu frá almennum samkeppnisréttarreglum og beri því að taka allar tilvísanir í þá fræðigrein með fyrirvara en einbeita sér frekar að þeim settu lögum sem gilda um fjarskiptamál.

### 3.9. Erlend fordæmi

Þá greinir PFS frá því að LÍ telji ákvörðun PFS vera fordæmalausa miðað við framkvæmdina í öðrum Evrópulöndum. Rekur stofnunin hins vegar að hún sé ekki bundin af ákvörðunum erlendra stofnana og minnr á að aðstæður séu ekki að öllu leyti sambærilegar þar sem styttri tími sé síðan samkeppni hófst hér á landi heldur en í meirihluta aðildarríkja ESB. Að auki sé það ekki rétt að allar ákvarðanir séu á sama veg. LÍ gagnrýnir að PFS skuli nefna dæmi frá Þýskalandi sem greint sé frá í 8. innleiðingarskýrslu framkvæmdastjórnar ESB. Vissulega varða dæmi sem þar eru nefnd frá Þýskalandi og Austurríki mat á farsímaþjónustu en ekki samtengimarkaði, en matið fari eftir sama ákvæði samtengitilskipunarinnar 97/33/EC sem samsvarar 2. og 3. mgr. 24. laga 107/1999, sama hver markaðurinn er og sýna þessi dæmi að undantekningin frá 25% viðmiðinu getur virkað í báðar áttir.



Þá heldur PFS því fram að þrátt fyrir að nokkur ríki hafi farið þá leið að teygja sig langt í átt að nýja regluverkinu áður en það hafi tekið gildi, þá hafi það engin áhrif á skyldur stofnunarinnar sem hafi fylgt gildandi tilskipunum og leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB sem giltu þegar hin kærða ákvörðun var birt.

Að auki bendir stofnunin á töflu framkvæmdastjórnar ESB yfir útnefningar fyrirtækja með umtalsverða markaðshlutdeild en á henni sjáist að á síðari hluta síðasta árs hafði minnihluti aðildarríkja útnefnt fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaðnum og á þeim tíma hafði Belgía og Noregur aðeins útnefnt eitt fyrirtæki á samtengingarmarkaðnum.

#### **4. Sjónarmið Og fjarskipta hf.**

Úrskurðarnefnd gaf OGF tækifæri til þess að koma að sínum sjónarmiðum, bæði skriflega og í málflutningi fyrir nefndinni. Fór fyrirtækið nokkrum orðum um ágreiningsefnið en vísaði það þó að mestu til ítarlegrar greinargerðar sinnar til PFS og sjónarmiða stofnunarinnar sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun. Vegna aðilastöðu fyrirtækisins eru sjónarmið þess ekki rakin sérstaklega hér.

#### **5. Niðurstaða**

##### 5.1 Lagaskil

Með ákvörðun hinn 15. júlí 2003 hafnaði PFS því að útnefna OGF með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Var ákvörðunin tekin á grundvelli þágildandi fjarskiptalaga nr. 107/1999, sbr. einkum 2. og 3. mgr. 24. gr. Þegar kæra LÍ barst hins vegar úrskurðarnefnd hinn 5. ágúst 2003 höfðu tekið gildi ný lög um fjarskipti nr. 81/2003 en skv. 75. gr. þeirra skyldu lögin taka gildi 25. júlí 2003. Í máli þessu er því sú staða uppi að ákvörðun PFS og öll málsmeðferð stofnunarinnar átti sér stað í gildistíð eldri fjarskiptalaga, en þegar málið kemur til úrskurðarnefndar hafa ný fjarskiptalög tekið gildi. Vaknar þá sú spurning undir hvor lögin ágreiningur þessi heyrir, en nýju fjarskiptalögin nr. 81/2003 hafa ekki að geyma fyrirmæli sem taka af öll tvímæli í þessu tilliti.

Í 2. gr. reglugerðar nr. 378/1999 um Úrskurðarnefnd fjarskipta og póstmála er hlutverk nefndarinnar skilgreint á þann hátt að nefndin taki „...til úrskurðar að kröfu þess sem verulegra hagsmuna á að gæta úrskurði og ákvarðanir Póst- og fjarskiptastofnunar, hvort heldur sem kæra lítur að málsmeðferð eða efni hinnar kærðu ákvörðunar“. Með hliðsjón af ákvæði þessu telur úrskurðarnefnd að hlutverk sitt sé að endurskoða úrskurði og ákvarðanir PFS, og að slíkt verði ekki gert nema á sama grundvelli og þeir úrskurðir eða þær ákvarðanir voru teknar. Af þessu leiðir að úrskurðarnefnd getur ekki endurskoðað hina kærðu ákvörðun á grundvelli nýju fjarskiptalaganna nr. 81/2003, enda skilyrði þau sem lögin mæla fyrir um útnefningu fyrirtækja með umtalsverða markaðshlutdeild mjög frábrugðin skilyrðum eldri laga nr. 107/1999. Þessari niðurstöðu til stuðnings koma almennar lagaskilareglur sem mæla fyrir um að lögum skuli ekki beitt afturvirktt nema slíkt sé sérstaklega heimilað auk þess sem báðir málsaðilar, LÍ og PFS, gera þá kröfu að eftir hinum eldri lögum nr. 107/1999 skuli fara um ágreining þennan.

Úrskurðarnefnd telur því með hliðsjón af hlutverki nefndarinnar sbr. reglugerð nr. 378/1999, almennum lagaskilareglum og afstöðu málsaðila, nauðsynlegt að um ágreining þennan fari eftir eldri lögum um fjarskipti nr. 107/1999.

## 5.2 Yfirráð í eigin neti

LÍ heldur því fram í kærnu sinni að málsmeðferð og niðurstaða PFS hvað varði þessa málsástæðu fyrirtækisins, þ.e. að hver og einn farsímarekandi sé ráðandi í eigin neti, hafi verið haldin verulegum ágöllum. Telur fyrirtækið ákvörðunina hvað þetta varðar í fyrsta lagi haldna formannmarka sem felist í því að stofnunin fjallaði ekkert um þessa „meginmálsástæðu“ þess allt frá upphafi. Eigi annmarki þessi einn og sér að leiða til niðurfellingar og breytingar á hinum kærða hluta ákvörðunarinnar. Í öðru lagi telur LÍ að ákvörðunin sé haldin verulegum efnisannmarka sem felist í röngu mati stjórnvaldsins á möguleika fyrirtækis, sem er einrátt í eigin neti til að hafa áhrif á markaðsaðstæður. Telur fyrirtækið að komist úrskurðarnefnd að því að hver og einn farsímarekandi sé ráðandi í eigin neti, þýði það í raun að hver farsímarekandi hafi 100% markaðshlutdeild á þeim markaði sem máli skipti og þegar þannig standi á bresti með öllu lagaskilyrði fyrir því að úrskurðarnefnd líti til undantekningarreglu 3. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999.

PFS heldur því hins vegar fram að í fjarskiptalögum nr. 107/1999 hafi skýrt verið kveðið á um að skoða ætti allan samtengingarmarkaðinn sem eina heild, fremur en að líta bæri á hvern og einn farsímarekanda sem ráðandi í eigin neti. Vísar stofnunin til 1. tl. 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 þar sem vísað er til samtengingarmarkaðarins, en með því sé átt við „...markað allra samtenginga á landsvísu hvort sem þær eru í farsímanetum eða fastlínunetum.“ Þessi skilningur komi einnig fram í 2. mgr. 7. gr. samtengitilskipunar 97/33/EC og í leiðbeiningarriti framkvæmdastjórnar ESB (ONP COM 99-03). Heldur PFS þess vegna því fram að íslensk lög hafi ekki heimilað að líta svo á að hver farsímarekandi sé ráðandi í eigin neti.

Þegar ákvæði 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laganna og 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar eru skoðaðar kemur í ljós að ákvæðin vísa eingöngu til samtengingarmarkaðarins almennt án þess að skilgreint sé nánar hvað átt sé við. Greinargerð með fjarskiptalögnum bætir ekki úr þessu. Í ofangreindum leiðbeiningarreglum, sbr. kafli 5.5, segir hins vegar:

*„The national market for interconnection should include all calls that terminate on networks in the territory of a Member State, ... , regardless of whether the networks in question are fixed or mobile networks.“*

Þar kemur einnig fram að samtengingarmarkaðurinn samanstandi af tekjum af endasímtölum í öllum fastlínukerfum, leigulínukerfum og farsímakerfum.

Af þessu verður ekki annað ráðið en að skilja beri ofangreind ákvæði á þann hátt að um sé að ræða markað allra samtenginga á landsvísu, hvort sem þær eru í farsímanetum eða fastlínunetum. Því telur úrskurðarnefndin að fjarskiptalög nr. 107/1999 hafi byggt á því að til skoðunar væri heildar samtengingarmarkaðurinn en ekki hvert og eitt net einstakra farsímarekanda. Ekki verður því talið að ákvörðun PFS hafi verið haldin efnisannmarka að þessu leyti.

Þá telur úrskurðarnefnd, með hliðsjón af skýringum stofnunarinnar þess efnis að stofnunin teldi þessa málsástæðu ekki vera í þeim tengslum við gildandi lög á þessum tíma að hún væri til þess fallin að hafa áhrif á niðurstöðu málsins, að ekki sé um slíkan formannmarka að ræða, að hann geti einn og sér leitt til niðurfellingar ákvörðunarinnar eða breytingar á henni.

### 5.3 Undantekningarreglur

Þá byggir LÍ á því að markaðshlutdeild OGF sé það hátt yfir 25% viðmiðunarmörkum 2. mgr. 24. gr. eldri fjarskiptalaga nr. 107/1999 að lagaskilyrði og málefnaleg sjónarmið hafi með öllu skort fyrir því að ástæða var talin til að meta hvort þau atriði sem upp eru talin í undantekningarákvæði 3. mgr. 24. gr. væru til staðar. Þá telur LÍ jafnframt að þær forsendur sem finna má í rökstuðningi ákvörðunarinnar fyrir því að ástæða væri til að meta atriði þau sem upp eru talin í undantekningaákvæði 3. mgr. 24. gr. séu efnislega rangar.

Af orðalagi 2. og 3. mgr. 24. gr. fjarskiptalaga verður ekki séð að heimild PFS til að kanna skilyrði 3. mgr. sé takmörkuð á neinn hátt, annan en þann sem leiðir af meginreglum stjórnisýsluréttar. Athugasemdir þær sem fylgdu frumvarpi til laganna breyta ekki þessum skilningi. Þá verður ekki séð að sjónarmið þau sem stofnunin lagði til grundvallar séu ómálefnaleg eða röng. Telur úrskurðarnefnd því að stofnuninni hafi verið rétt að meta hvort þau atriði sem upp eru talin í ákvæði 3. mgr. 24. gr. gætu réttlætt ákvörðun þess efnis að OGF teldist ekki hafa umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

### 5.4 Ákvæði 2. og 3. mgr. 24. gr.

Í 2. og 3. mgr. 24. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 segir nánar:

*„Fyrirtæki telst hafa umtalsverða markaðshlutdeild þegar það hefur að jafnaði meira en 25% hlutdeild ákveðins hluta fjarskiptamarkaðar á því landsvæði þar sem því er heimilt að starfa.*

*PFS er heimilt að úrskurða að fyrirtæki með minni markaðshlutdeild en 25% hafi umtalsverða markaðshlutdeild. Hún getur einnig úrskurðað að fyrirtæki með markaðshlutdeild hærri en 25% á ákveðnum markaði teljist ekki hafa umtalsverða markaðshlutdeild. Í slíkum tilfellum ber að taka tillit til möguleika fyrirtækisins til að hafa áhrif á markaðsaðstæður, veltu þess í hlutfalli við stærð markaðarins, stjórnar þess á aðgangi að notendum, aðgengis þess að fjármagni og reynslu þess af markaðsfærslu vöru og þjónustu.”*

Að mati nefndarinnar ber að túlka ákvæði 2. og 3. mgr. 24. gr. á þann hátt að það sé meginregla, og fyrir því séu löglíkur, að fyrirtæki sem sýnt er að hafi 25% markaðshlutdeild eða meira á viðkomandi markaði teljist vera fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild. Þau atriði sem að 3. mgr. 24. gr. hefur að geyma verða því sérstaklega að mæla gegn útnefningu fyrirtækis sem sýnt er að hafi meira en 25% markaðshlutdeild, rétt eins og þau verða að mæla sérstaklega með því að fyrirtæki sem sýnt er að hafi minna en 25% markaðshlutdeild sé útnefnt fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild.

Hér liggur fyrir að markaðshlutdeild OGF á samtengingarmarkaði er a.m.k. 30-34% miðað við 12 mánaða tímabil frá maí 2002 til apríl 2003, sbr. tafla 4 í hinni kærðu ákvörðun. Því verða ofangreind atriði 3. mgr. að mæla sérstaklega gegn útnefningu þess sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Hér á eftir verður vikið að hverju og einu atriði sérstaklega:

#### 5.4.1 Möguleikar til að hafa áhrif á markaðsaðstæður

Í hinni kærðu ákvörðun PFS kemur fram að stofnunin líti svo á að möguleikar fyrirtækis til að hafa áhrif á markaðsaðstæður felist að stórum hluta í því að geta verðlagt þjónustu sína án þess að taka tillit til keppinauta og neytenda. Leggur úrskurðarnefnd þennan skilning til grundvallar enda byggðu aðilar málatilbúnað sinn fyrir nefndinni á sama grundvelli.

Þegar litið er til verðþróunar síðastliðin ár kemur í ljós að OGF, þá Íslandssími hf., hefur einu sinni á síðustu tveimur árum hækkað endagjöld sín, en í árslok 2001 hækkaði fyrirtækið þau um 13%. Þá lækkaði fyrirtækið ekki endagjöld sín eftir að LÍ var gert að lækka sín gjöld með ákvörðun PFS hinn 23. apríl sl. Telur úrskurðarnefnd þetta benda til þess að OGF telji að verðlagning endagjalda ráði ekki miklu um val neytenda á fjarskiptafyrirtæki og að aukinn verðmunur á endagjöldum hafi ekki umtalsverð áhrif á markaðinn.

Úrskurðarnefnd telur að hér verði einnig að hafa í huga séreðli samtengingar-markaðarins sem felst í því að fjarskiptafyrirtæki sem kaupir samtengingu hjá öðru fyrirtæki getur að öllu jöfnu ekki valið við hvern það skiptir þar sem það er símnotandi sem stjórnar því í hvaða net símtali er beint. Þó svo að ekki sé loku fyrir það skotið að upplýstir neytendur geti haft einhver áhrif á verðlagningu eins og PFS bendir á í ákvörðun sinni, telur úrskurðarnefnd að ofangreindar staðreyndir um raunverulega og hlutfallslega hækkun á endagjöldum OGF, auk vaxandi markaðshlutdeildar fyrirtækisins á samtengingar- og farsímamarkaðnum undanfarin ár, bendi til þess að þau áhrif séu ekki veruleg.

Þá bendir úrskurðarnefnd á að aðhald upplýstra neytenda er háð því að gjaldskrár fjarskiptafyrirtækja séu gagnsæjar. Mikill munur á endagjöldum fyrirtækja dregur hins vegar úr gagnsæi þeirra og gerir neytendum erfitt fyrir að meta kostnað af notkun og aðhald þeirra verður því minna en ella. Þá tekur úrskurðarnefnd undir það sjónarmið PFS að númeraflutningur geri neytendum enn erfiðara að gera sér grein fyrir kostnaði við símtöl ef mikill munur er á endagjöldum, þar sem símanúmer eru ekki lengur bundin við ákveðin net.

Þegar þetta er haft í huga, telur úrskurðarnefnd möguleika OGF til að hafa áhrif á markaðsaðstæður, nú og í fyrirsjáanlegri framtíð, ekki svo takmarkaða að það mæli sérstaklega gegn útnefningu fyrirtækisins sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

#### 5.4.2 Velta í hlutfalli við stærð markaðar

PFS kemst að þeirri niðurstöðu varðandi þennan lið að velta OGF í hlutfalli við stærð heildarmarkaðs fyrir fjarskiptaþjónustu sé á bilinu 20-25% og sú markaðshlutdeild veiti fyrirtækinu ekki þann styrk að það mæli með útnefningu þess sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

Í kæru sinni bendir LÍ á velta OGF sé líklega hærri en stofnunin áætlar. Þannig sé í tölum stofnunarinnar ekki tekið tillit til þess að hluti af veltu LÍ er að finna á óarðbærum mörkuðum þar sem fyrirtækinu er skylt að starfa á auk þess sem velta þess fer minnkandi hjá því á sama tíma og hún fer hækkandi hjá OGF.

Með þetta í huga telur úrskurðarnefnd að fyrirtæki með a.m.k. 20-25% markaðshlutdeild, eða hugsanlega meiri hlutdeild, teljist hafa verulegan skerf af heildarmarkaðnum. Í þessu sambandi hefur nefndin hliðsjón af ákvæði 2. mgr. 24. gr. laga nr. 107/1999 þar sem fyrirtæki með 25% markaðshlutdeild á tilteknum markaði telst fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild. Telur nefndin að á ekki sé hægt að líta fram hjá því að fyrirtækið hafi verulega markaðshlutdeild í hlutfalli við heildarmarkaðinn, þrátt fyrir að markaðshlutdeild helsta samkeppnisaðilans sé sannanlega mun meiri. Einnig beri að líta til þess að markaðshlutdeild OGF er umtalsvert meiri en hlutdeild minni fyrirtækja á markaðnum. Telur úrskurðarnefnd því ekki rétt að bera saman veltu OGF og LÍ með þeim hætti sem PFS gerir.

Samkvæmt þessu er það niðurstaða nefndarinnar að velta OGF í hlutfalli við heildarmarkaðinn teljist svo veruleg að það geti á ekki mælt sérstaklega gegn útnefningu þess sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

#### 5.4.3 Aðgengi að fjármagni

Í hinna kærðu ákvörðun kemur fram að ætla megi að OGF hafi nægjanlegt aðgengi að fjármagni en að aðgengi fyrirtækisins teljist þó ekki svo auðvelt að það veiti fyrirtækinu sérstakan styrk í samkeppni. Úrskurðarnefnd telur hins vegar, með hliðsjón af því hvernig nefndin telur rétt að túlka ákvæði 3. mgr., að ekki sé rétt að horfa til þess hvort að aðgengi fyrirtækisins sé það auðvelt að það veiti því sérstakan styrk í samkeppni, heldur beri að horfa til þess hvort að aðgengi fyrirtækisins að fjármagni sé svo lítið eða erfitt, að það mæli sérstaklega gegn útnefningu OGF sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Við þessa skoðun telur úrskurðarnefnd rétt að horfa til eftirfarandi atriða:

Hlutabréf í OGF, og áður Íslandssíma hf., hafa verið skráð á verðbréfamarkaði um nokkurt skeið og hefur gengi bréfanna hækkað nokkuð síðari hluta árs 2002 og farið hækkað á árinu 2003. Hafa viðskipti með bréfin verið allmikil í samanburði við mörg önnur fyrirtæki. Gefur það tilefni til að ætla að vaxandi áhugi hafi verið á fyrirtækinu sem fjárfestingarkosti og að væntingar um arðsemi fyrirtækisins í framtíðinni hafi vaxið.

Þá hefur OGF (og forverar þess) á undanförunum árum staðið fyrir hlutafjárútbodum sem ávallt hafa gengið vel. Þannig var um það bil 40% umframeftirspurn í hlutafjárútbóði Íslandssíma sem fram fór í desember 2001 og þá gekk hlutafjárútbóð fyrirtækisins í desember 2002 í kjölfar sameiningar Íslandssíma og Tals hf. einnig vel. Telur úrskurðarnefnd þetta sýna tiltrú fjárfesta á fyrirtækinu sem að síður en svo hefur dvínað eins og nýafstaðið hlutafjárútbóð OGF gefur glögglega til kynna, en skv. tilkynningu til Kauphallar Íslands dags. 22. september sl. var bóðið út hlutafé að nafnverði kr. 384.615.385 á genginu 2,60 eða alls kr. 1.000.000.000 og var umframeftirspurn eftir hlutafé þrátt fyrir að fjórir stærstu hluthafar þess hafi framselt forgangsrétt sinn til hlutafjárukningarinnar. Þá stóð fyrirtækið einnig fyrir sölu skuldabréfa nýlega að markaðsvirði kr. 1.000.000.000 og seldust öll bréfin.

Þá telur úrskurðarnefnd rétt að horfa til þess að að baki fyrirtækinu standa öflugir aðilar í íslensku viðskiptalífi, en í hluthafahópi þess er að finna aðila eins og CVC á Íslandi ehf., Landsbanka Íslands hf., Búnaðarbanka Íslands hf., Frumkvöðul ehf. og

nú, eftir nýlega afstaðið hlutafjárútboð, nokkra af stærstu lífeyrissjóðum landsins, t.d. Lífeyrissjóð verslunarmanna, Lífeyrissjóð sjómanna o.fl.

Loks tekur úrskurðarnefnd undir þá skoðun PFS að nýlegur samningur við Vodafone frá því í apríl á þessu ári geti hugsanlega auðveldað fyrirtækinu aðgengi að fjármagni, en með samningnum munu fyrirtækin hafa með sér samstarf m.a. í sölu- og markaðsmálum og þjónustu- og tæknimálum. Telur úrskurðarnefnd ljóst, þrátt fyrir að margt sé óljóst um áhrif þessa samstarfssamnings á rekstur OGF, að samningur þessi geti á engan hátt skaðað aðgang fyrirtækisins að fjármagni, nema síður sé.

Með hliðsjón af ofangreindu telur úrskurðarnefnd að ekki sé tilefni til að ætla að aðgangur OGF að fjármagni mæli sérstaklega gegn því að fyrirtækið verði útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

#### 5.4.4 Stjórn á aðgangi að notendum

Úrskurðarnefnd er að meginstefnu til sammála sjónarmiðum þeim sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun varðandi stjórn á aðgangi að notendum. Horfir nefndin þá til þess að LÍ hefur lagt heimtaugar inn á langflest heimili og vinnustaði í landinu og hefur miklu mun fleiri notendur en OGF, hvort sem litið er til farsíma- eða fastasímapjónustu. Þá þarf OGF oft að notast við tengingar í eigu LÍ til að fá aðgang að viðskiptavinum sínum.

Með þetta í huga er úrskurðarnefnd sammála því að LÍ hafi mun betri stöðu varðandi aðgang að notendum sem mælir gegn því að OGF verði útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

#### 5.4.5 Reynsla af markaðsfærslu vöru og þjónustu

Í hinum kærðu úrskurði segir m.a. varðandi reynslu OGF af markaðsfærslu vöru og þjónustu að gera megi ráð fyrir að fyrirtækið hafi á undanförunum 3-5 árum öðlast einhverja reynslu af markaðsfærslu vöru og þjónustu, sérstaklega á farsíma-markaðnum. Sú reynsla sé þó að miklum mun minni en sú reynsla sem LÍ hafi yfir að ráða. Lýkur PFS umfjöllun sinni á þeim orðum að reynsla OGF í þessum efnum verði ekki á þessum tímapunkti, þegar ákvörðunin var tekin í júlí sl., álitin svo veruleg að það mæli með því að fyrirtækið verði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaðnum.

Úrskurðarnefnd vill nálgast viðfangsefnið á annan hátt. Þar sem OGF hafi a.m.k. 30-34% markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði verði reynsla fyrirtækisins af markaðsfærslu vöru og þjónustu að vera hátt að þannig, að hún mæli sérstaklega gegn útnefningu þess sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

Telur úrskurðarnefnd að við mat á reynslu af markaðsfærslu vöru og þjónustu megi ekki eingöngu líta til reynslu OGF og LÍ, mælda í tíma, heldur verði einnig að líta til árangurs af markaðsfærslunni, en OGF getur í þeim efnum státað af góðum árangri. Verður þá sérstaklega að líta á farsíma-markaðinn, en sívaxandi markaðshlutdeild fyrirtækisins á þeim markaði gefur glögglega til kynna góðan árangur fyrirtækisins. Þá er rétt að benda á að innlendir farsíma- og samtengimarkaður er tiltölulega nýr markaður þar sem örar breytingar hafa átt sér stað á tiltölulega skömmum tíma og því telur úrskurðarnefnd vafasamt að leggja mikið upp úr árafjölda þegar reynsla er metin.

Þá telur úrskurðarnefnd mjög líklegt að samningurinn við Vodafone hafi styrkt og komi til með að styrkja fyrirtækið í markaðsfærslu sinni í framtíðinni. Þannig hefur fyrirtækið þegar hafið nýtingu á fullframleiddum sjónvarpsauglýsingum undir merkjum Vodafone auk þess sem það nýtir sér kosti samstarfsins við stærsta farsímafélag heims í auglýsingabæklingum og öðrum auglýsingum sínum.

Loks telur úrskurðarnefnd að líta verði til þess, þegar borin er saman reynsla OGF og LÍ, að reynsla þess síðarnefnda af markaðsfærslu hefur fyrirtækið aflað sér við allt aðrar markaðsaðstæður en nú eru uppi, enda hafði LÍ lengst af lögbundinn einkarétt til fjarskiptastarfsemi. Telur úrskurðarnefnd að sú reynsla gagnist fyrirtækinu takmarkað í núverandi umhverfi fjarskiptamála.

Með ofangreint í huga telur úrskurðarnefnd að reynsla OGF sé ekki háttáð þannig að hún mæli sérstaklega gegn útnefningu þess sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

#### 5.5 Tilgangur fjarskiptalaga

Í hinni kærðu ákvörðun er vikið nokkrum orðum að tilgangi fjarskiptalaga. Þar kemur fram að skv. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 107/1999 er markmið laganna að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla samkeppni á fjarskiptamarkaði. Rekur PFS að tilgangur með setningu ákvæða í fjarskiptalög sem mæltu fyrir um sérstök úrræði til að efla samkeppni hafi verið að tryggja að yfirburðastaða LÍ í kjölfar áratugalangrar einokunar á fjarskiptamarkaðnum hamlaði ekki samkeppni og að nýjum fyrirtækjum væri gert kleift að komast á legg og veita fyrirtækinu samkeppni. Þá rekur stofnunin að ný fyrirtæki geti á endanum náð þeim styrkleika að þau geti sjálf hamlað samkeppni með aðgerðum sínum. Það geti hins vegar gengið gegn tilgangi laganna að grípa of snemma inn í starfsemi þeirra og leggja á þau kvaðir sem gera þeim erfitt fyrir í samkeppni.

Úrskurðarnefnd tekur að meginstefnu undir þessi orð PFS. Telur nefndin að ágreiningur þessi snúist mestmegnis um hvort tímabært sé að útnefna OGF sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Við það mat komi einkum til skoðunar staða fyrirtækisins á markaði á þeim tíma er ákvörðun PFS var tekin sbr. ákvæði 2. og 3. mgr. 24. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999.

#### 5.6 Niðurstaða

Er það mat úrskurðarnefndar, þegar staða OGF er metin heildstætt eins og hún hefur verið rakin hér á undan (kaflar 5.4.1-5.4.5), að staða þess gefi fullt tilefni til þess að fyrirtækið verði útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Er þá tekið mið af því að fyrirtækið er með markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði töluvert yfir 25% viðmiði 2. mgr. 24. gr. og þau atriði sem 3. mgr. 24. gr. tiltekur mæla flest ekki sérstaklega gegn útnefningu fyrirtækisins sem fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Telur úrskurðarnefnd þessa ákvörðun vera til þess fallna að efla virka samkeppni og þjóna hagsmunum neytenda enda fylgi útnefningu kvöð um kostnaðartengd endagjöld.

Af ofangreindu leiðir að úrskurðarnefnd telur að Póst- og fjarskiptastofnun hefði verið rétt að útnefna Og fjarskipti hf. sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði í ákvörðun sinni frá 15. júlí sl. Því tekur úrskurðarnefnd kröfu Landsíma Íslands hf., þess efnis að 3. mgr. ákvörðunarorða Póst- og

fjarskiptastofnunar frá 15. júlí 2003 verði felld úr gildi og Og fjarskipti hf. teljist fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði, til greina.

#### **6. Úrskurðarorð**

Ákvæði 3. mgr. ákvörðunarorða ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar frá 15. júlí 2003 er felld úr gildi. Og fjarskipti hf. skal teljast fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

Úrskurð þennan þarf að bera undir dómstóla innan sex mánaða frá því að aðilar fengu vitnesku um hann.

Reykjavík, 21. október 2003

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.