

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 7/2015

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 16. júní 2015 hefur Síminn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 14/2015 frá 22. maí 2015, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að þann 18. febrúar 2015 heimilaði Samkeppniseftirlitið Fjaraskiptum hf. (hér eftir Vodafone) og Nova ehf. (hér eftir Nova) að hafa með sér samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Forsenda samstarfsins er að aðilar féllust á að hlíta skilyrðum sem vinna eiga gegn því að samstarf félaganna um rekstur dreifikerfisins raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölustigi og smásölustigi. Undirrituðu samstarfsaðilar sátt þar að lútandi og er hún bindandi fyrir þá frá undirritun. Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir forsendum framangreinds og fjallað um atriði sem ekki þótti ástæða til að fella undir sáttina.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun „verði felld úr gildi og áfrýjunarnefndin ákveði, en að öðrum kosti leggi fyrir SKE, að binda undanþágu vegna samstarfs Fjaraskipta hf. (Vodafone) og Nova ehf. um rekstur dreifikerfis frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum að því er varðar samnýtingu félaganna á tíðniheimildum sínum, svo sem að samnýting tíðniheimilda sé háð því að Símanum verði úthlutað frekari tíðniheimildum frá því sem nú er, bæði til skemmri og lengri tíma, og settar séu tímabundnar takmarkanir á heimildir til samnýtingar Fjaraskipta hf. (Vodafone) og Nova ehf. þangað til, í samræmi við 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.“

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Í erindi til Samkeppniseftirlitsins, dagsettu 19. nóvember 2013, óskuðu Nova og Vodafone eftir undanþágu samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 vegna samstarfs sem félögin töldu nauðsynlegt að ráðast í vegna samstarfsverkefnis. Um er að ræða stofnun sérstaks félags, í jafnri eigu félaganna, um rekstur sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu.

Samkeppniseftirlitið sendi afrit af erindinu til áfrýjanda og fleiri aðila og var þeim gefinn kostur á að koma á framfæri sjónarmiðum í málinu. Einnig var óskað eftir athugasemdum og sjónarmiðum Póst- og fjarskiptastofnunar (hér eftir PFS) um samstarfið. Fljótlega í málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins var Nova og Vodafone gerð grein fyrir því frummati eftirlitsins að samstarfið myndi ekki uppfylla ákvæði 15. gr. samkeppnislaga nema á grundvelli tiltekinna skilyrða. Jafnframt voru þau upplýst um að skilyrði sem félögin hefðu lagt til í upphaflegu erindi sínu væru ekki fullnægjandi. Undir rannsókn málsins fóru fram viðræður um skilyrði sem Samkeppniseftirlitið taldi að til þyrftu að koma ætti samstarfið að vera heimilað.

Þann 18. febrúar 2015 heimilaði Samkeppniseftirlitið félögunum að hafa með sér umrætt samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Forsenda samstarfsins er að aðilar féllust á að hlíta skilyrðum sem vinna eiga gegn því að samstarf félaganna um rekstur dreifikerfisins raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölustigi og smásölustigi. Undirrituðu samstarfsaðilar sátt þar að lútandi.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar, sem felur í sér efni umræddrar sáttar, er svohljóðandi:

„Samkeppniseftirlitið heimilar með skilyrðum samstarf um rekstur rekstrarfélags um dreifikerfi í jafnri eigu Fjarskipta hf. (Vodafone) og Nova ehf. Til að vinna gegn því að samstarfið raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölustigi og smásölustigi þá eru því sett skilyrði. Þá er skilyrðunum einnig ætlað að skapa fleiri valkosti og þar með aukna möguleika fyrir núverandi og nýja þjónustuaðila á markaði fyrir farsímaþjónustu á smásölustigi og stuðla þannig að virkri samkeppni. Á grundvelli þeirra skilyrða sem fram koma í ákvörðun þessari er unnt að veita samstarfi Fjarskipta og Nova undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga, sbr. 2. mgr. 15. gr. laganna.

1. gr.

Aðgangur að heildsölumarkaði

Við heildsölu Fjarskipta og Nova á markaði m.a. fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímakerfum (m.a. fyrir sýndarnetsaðila og endursöluaðila), skulu félögin gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim fjarskiptafyrirtækjum sem óska eftir slíkum aðgangi.

Fjarskiptum og Nova er óheimilt að mismuna viðskiptavinum sínum nema til þess standi sannanlegar málefnalegar ástæður.

Fjarskiptum og Nova er ekki heimilt að hafna óskum um aðgang að fyrrnefndri þjónustu nema til þess standi skýrar málefnalegar ástæður sem felast í tæknilegum ómöguleika eða þegar verulegar vanefndir hafi átt sér stað af hálfu viðskiptavinar. Söluskilmálar skulu vera almennir og byggðir á viðskiptalegum forsendum.

2. gr.

*Uppgjör milli rekstrarfélagsins og Fjarskipta og Nova
Rekstrarfélagið skal koma sér upp sérstöku uppgjörskerfi vegna kostnaðar sem tengist starfsemi rekstrarfélagsins fyrir samstarfsaðila.*

Föstum rekstrarkostnaði skal skipt jafnt milli eigenda rekstrarfélagsins. Skal rekstrarfélagið innheimta fastar þóknanir af samstarfsaðilum fyrir rekstur dreifikerfisins í samræmi við ákvæði í drögum af samstarfssamningi (DRAFT Partnership Agreement), fylgiskjal nr. 2 með erindinu.

Breytilegur kostnaður, þ.e. sá kostnaður sem á uppruna sinn í notkun kerfisins (þeirri afkastagetu sem notuð er hverju sinni) greiðist hlutfallslega samkvæmt notkun hvors samstarfsaðila. Rekstrarfélagið innheimtir þann kostnað hjá hvorum samstarfsaðila eftir þeirri afkastagetu sem hann notar í samræmi við ákvæði í drögum af samstarfssamningi.

Um aðferðafræði við að skilgreina kostnað vísast til 6. kafla í fyrrnefndum samstarfssamningi og ber framkvæmdastjóri rekstrarfélagsins ábyrgð á gerð nauðsynlegra viðskiptasamningasamninga milli rekstrarfélagsins og hvors samstarfsaðila og uppgjöri milli þeirra.

Samstarfsaðilar skulu að minnsta kosti einu sinni á ári, í fyrsta skipti á fyrsta ársfjórðungi 2016, láta endurskoða hvort uppgjörskerfið endurspeglir með réttum hætti hlutföllin milli breytilegs og fasts kostnaðar í samræmi við ákvæði í samstarfssamningi. Breytingar á uppgjörskerfinu krefst fyrirfram samþykkis Samkeppniseftirlitsins.

Við reikningagerð hjá rekstrarfélaginu skal séð til þess að samstarfsaðilar geti ekki greint upplýsingar um sundurliðaðan kostnað eða notkun hvors félags um sig, þar með talið að þeim berist ekki tölfræðiupplýsingar sem sýna hvernig einingafjöldi svo sem notendafjöldi, fjöldi símtala og mínútna, fjöldi og magn tengt gagnasendingum og netnotkun deilist niður milli samstarfsaðila.

3. gr.

Stjórnarskipan í rekstrarfélaginu

Stjórnarmenn í rekstrarfélaginu skulu vera óháðir Fjarskiptum og Nova. Þó má á hverjum tíma einn stjórnarmaður rekstrarfélagsins vera háður annað hvort Fjarskiptum eða Nova. Skal hann þó ekki vera stjórnarmaður hjá öðru hvoru félaginu, ekki vera í framkvæmdastjórn annars hvors félagsins eða hafa verulega eigendahagsmuni af viðkomandi félögum. Þá má hann ekki vera starfsmaður hjá öðru hvoru félaginu sem sinnir sölustarfi, markaðsstarfi, tengslum við viðskiptavini eða þróun á þjónustu á markaði fyrir heildsölusölu eða smásölu.

Þeir skulu teljast óháðir skv. 1. mgr. ef þeir eru ekki starfsmenn eða stjórnarmenn hjá eiganda eða fyrirtæki þar sem eigandi eða dótturfélag hans á ekki meira en 15% eignarhlut, eru ekki makar stjórnarmanns eða framkvæmdastjóra/forstjóra hjá framangreindum aðilum eða skyldir þeim í beinan legg. Einnig telst stjórnarmaður óháður ef hann er ekki verulega háður Fjarskiptum eða Nova eða tengdum félögum í störfum sínum. Þeir sem t.d. sinna reglubundið hagsmunagæslu og/eða ráðgjafarstörfum fyrir framangreinda aðila og hafa meirihluta tekna sinna af viðskiptum við þá uppfylla ekki þetta skilyrði.

Við lok 18 mánaða innleiðingartímabils, sbr. 2. mgr. 7. gr., og að fenginni reynslu af starfsemi rekstrarfélagsins, er Fjarskiptum og Nova heimilt að óska eftir endurskoðun á 2. ml. 1. mgr. þessarar greinar. Í tengslum við slíkt erindi skulu aðilar afla álits óháðs kunnáttumanns skv. 8. gr.

4. gr.

Starfsmenn rekstrarfélagsins

Framkvæmdastjóri rekstrarfélagsins og lykilstarfsmenn skulu vera óháðir eigendum. Þeir teljast óháðir ef þeir eru ekki stjórnarmenn hjá eiganda eða fyrirtæki þar sem eigandi eða dótturfélag hans á ekki meira en 15% eignarhlut, eru ekki makar stjórnarmanns eða lykilstarfsmenn hjá framangreindum aðilum eða skyldir þeim í beinan legg.

Lykilstarfsmaður vísar til einstaklings í stjórnunarstarfi sem hefur umboð til að taka ákvarðanir sem geta haft áhrif á framtíðarþróun og afkomu þess fyrirtækis sem hann starfar fyrir.

5. gr.

Fjarskiptum og Nova er óheimilt að eiga aðild að beinni eða óbeinni samræmingu skilmála og verðs og viðskiptakjara viðskiptavina, hverju nafni sem nefnist, sín á milli eða með öðrum rekstraraðilum á markaði fyrir fjarskiptaþjónustu nema slíkt leiði óhjákvæmilega af ákvæðum laga eða ákvörðunum Póst- og fjarskiptastofnunar.

6. gr.

Miðlun upplýsinga

Rekstrarfélaginu og starfsmönnum þess, hér með talin framkvæmdastjórn félagsins og stjórn, er óheimilt að miðla trúnaðarupplýsingum um annan samstarfsaðilann til stjórnarmanns og/eða starfsmanns hins samstarfsaðilans eða til annarra aðila.

Starfsmanni eða stjórnarmanni hjá Fjarskiptum eða Nova er óheimilt að óska eftir og/eða taka við trúnaðarupplýsingum frá rekstrarfélaginu um hinn samstarfsaðilann.

Hér undir falla m.a. viðkvæmar upplýsingar um keppinaut, sem eru m.a. allar tölfærðilegar upplýsingar um starfsemi og viðskipti Fjarskipta og Nova við rekstrarfélagið, sbr. 6. mgr. 2. gr. þessara skilyrða.

7. gr.

Tæknilegt samstarf

Komi til þess að tæknivinnu fyrir rekstrarfélagið verði útviðað til eigenda félagsins skal það gert með tvíhliða samningum milli rekstrarfélagsins annars vegar og hvors eigenda fyrir sig hins vegar. Að því leyti sem tæknimenn Fjarskipta og Nova þurfa að eiga samskipti sín á milli við framkvæmd slíkra skilgreindra verkefna sem þeim eru falin af hálfu rekstrarfélagsins skal slíkt tæknilegt samstarf vera samþýðanlegt skilyrðum fyrir undanþágu þessari enda varði það eingöngu atriði sem ekki á nokkurn hátt varða samkeppni á heildsölu eða smásölumarkaði á milli eigendanna. Á hverjum tíma skal rekstrarfélagið vera upplýst um samskipti tæknimanna og vera annað hvort beinn þátttakandi í samskiptunum eða hafa afrit allra tölvupósta, minnisblaða, fundargerða og sambærilegra gagna varðandi samskiptin milli Fjarskipta og Nova skv. þessari málsgrein. Skulu viðkomandi tæknimenn undirrita yfirlýsingu þar sem þeir skuldbinda sig til þess að virða framangreint.

Í 18 mánuði eftir að rekstrarfélagið er stofnað formlega skal einnig heimilt að starfrækja sérstakan tæknihóp (tímabundinn innleiðingarhóp) með aðild tæknistjóra Fjarskipta og Nova. Tilgangur og markmið tæknihóps er að tryggja rekstrarfélaginu í upphafi aðgang að nauðsynlegri tæknibekkingu innan Fjarskipta og Nova þannig að markmið rekstrarfélagsins um hagkvæmni í uppbyggingu og rekstri dreifikerfis fyrir Fjarskipti og Nova nái fram að ganga. Tæknihópurinn skal skipaður 1-2 fulltrúum frá Fjarskiptum, 1-2 fulltrúum frá Nova og 1 fulltrúa frá rekstrarfélaginu. Tæknihópur getur komið saman þegar þurfa þykir en halda skal nákvæma fundargerðir yfir þau atriði sem tekin eru fyrir á fundum hópsins og skal óháður kunnáttumaður skv. 8. gr. hafa aðgang að þeim eins og hann óskar. Fundargerðir tæknihópsins skulu vera undirritaðar af öllum fundarmönnum og skal undirritunin fela það í sér að viðkomandi staðfesti að engin önnur atriði hafi verið tekin til umfjöllunar en þau sem tilgreind eru í viðkomandi fundargerð.

Á meðal þeirra verkefna sem tæknihópur getur látið til sín taka eru:

- innleiðing fyrstu almennra framkvæmdaáætlana fyrir rekstrarfélagið, breytingar á gildandi áætlunum og útteiling ábyrgðar verkefna frá rekstrarfélaginu til eigenda þess;

- atriði tengd gæðum og rekstri, tæknilegri afkastagetu RAN kerfisins, tillögur um skiptingu ábyrgðar á verkefnum milli eigenda rekstrarfélagsins m.t.t. úrbóta í gæðamálum o.fl.
- önnur mál sem beinlínis varða tæknilega frammistöðu dreifikerfisins í upphafi.

Tæknihópur skal ekki hafa til umfjöllunar nein sértæk málefni Fjarskipta annars vegar og Nova hins vegar gagnvart rekstrarfélaginu né nein málefni Fjarskipta annars vegar og Nova hins vegar gagnvart viðskiptavinum þeirra.

Við lok 18 mánaða innleiðingartímabils, sbr. 2. mgr. þessarar greinar, skal Fjarskiptum og Nova heimilt að óska eftir því við Samkeppniseftirlitið að heimild til að starfrækja tæknihóp verði framlengd umfram þá 18 mánuði sem að framan greinir. Í umsókn um slíkt skulu aðilar afla álits óháðs kunnáttumanns skv. 8. gr.

8. gr.

Óháður kunnáttumaður

Samstarfsaðilarnir, Fjarskipti og Nova, skulu sameiginlega tilnefna óháðan kunnáttumann til að hafa eftirlit með að því að skilyrðum í ákvörðun þessari sé fylgt eftir. Rekstrarfélagið ber allan kostnað af starfi kunnáttumanns. Samkeppniseftirlitið skal samþykka tilnefningu hans innan tveggja mánaða og skal kunnáttumaðurinn skipaður til tveggja ára í senn.

Kunnáttumaður telst óháður ef hann eru ekki starfsmaður eða stjórnarmaður hjá rekstrarfélaginu eða Fjarskiptum eða Nova eða tengdum aðilum, er ekki maki stjórnarmanns eða framkvæmdastjóra/forstjóra hjá framangreindum aðilum eða skyldur þeim í beinan legg. Einnig telst kunnáttumaður óháður ef hann er ekki verulega háður framangreindum aðilum í störfum sínum. Þeir sem t.d. sinna reglubundið hagsmunagæslu og/eða ráðgjafarstörfum fyrir framangreinda aðila og hafa meirihluta tekna sinna af viðskiptum við þá uppfylla ekki þetta skilyrði.

Í megindráttum er hlutverk kunnáttumanns eftirfarandi:

1. Hafa eftirlit með því að einstök fyrirmæli skilyrðanna séu virt.
2. Leggja mat á hvort Fjarskipti, Nova og rekstrarfélagið hafi gripið til fullnægjandi ráðstafana í því skyni að tryggja í heild sinni að markmið og skilyrði þessi ná fram að ganga.
3. Hafa eftirlit með því að ákvæðum um aðgang að þjónustu Fjarskipta og Nova á heildsölustigi sé í samræmi við ákvæði 1. gr. skilyrða þessa.
4. Leggja sérstaklega mat á hvort samningsgerð, uppgjörskerfi og reikningagerð rekstrarfélagsins uppfylli markmið 2. gr. skilyrðanna.
5. Leggja sérstaklega mat á hvort tæknilegt samstarf í tæknihópi sé í samræmi við ákvæði 7. gr.
6. Leggja sérstaklega mat á hvort samningar milli samstarfsaðila og milli hvors þeirra og rekstrarfélagsins uppfylli skilyrði 10. gr.
7. Greina Samkeppniseftirlitinu frá því ef hann verður var við að skilyrði þessarar ákvörðunar kunni að hafa verið brotin eða vísbendingar séu um að markmið hennar séu ekki að ná fram að ganga. Kunnáttumaður skal að eigin frumkvæði og með reglubundnum hætti hafa eftirlit með því að skilyrðum þessum sé framfylgt og upplýsa Samkeppniseftirlitið um eftirlit sitt einu sinni á ári, fyrst í september 2015.

Kunnáttumaður skal við upphaf starfs síns greina Samkeppniseftirlitinu frá því með hvaða hætti hann muni sinna hinu reglubundna eftirliti. Skal hann í því skyni setja sér verkátun og endurskoða hana í tengslum við reglubundna upplýsingagjöf sína til Samkeppniseftirlitsins.

Fjarskipti, Nova og rekstrarfélagið skulu veita kunnáttumanni þær upplýsingar sem hann óskar eftir og varða framangreint eftirlit hans. Kunnáttumaður skal undirrita yfirlýsingu um að hann muni gæta trúnaðar um viðkvæmar upplýsingar sem honum eru láttnar í té. Trúnaðarskyldan tekur ekki til upplýsingagjafar kunnáttumanns til Samkeppniseftirlitsins.

9. gr.

Samstarf Fjarskipta og Nova fram að stofnun rekstrarfélagsins

Fram að formlegri stofnun rekstrarfélagsins er Fjarskiptum og Nova heimilt að hafa með sér samstarf um að ljúka nauðsynlegri vinnu og gerð skjala til að stofna megi félagið. Felst í þeirri vinnu:

1. Almenn skjalagerð, svo sem lúkning draga að helstu samningum, samþykktir og stofnskrár félagsins.
2. Fjármálaleg tilfærsla eigna frá Fjarskiptum og Nova inn í félagið, undirbúningur, verðmöt og skjölun.
3. Tæknilegur undirbúningur með gerð áætlana til allt að 36 mánaða. Til að ljúka tæknilegum undirbúningi er Fjarskiptum og Nova eftirfarandi heimilt:
 - a. Tæknisérfræðingar eigenda hittast reglulega og vinna áætlanir um meginmarkmið fyrir sameiningu dreifikerfanna. Skulu samskipti vera að öllu leyti samþýðanleg skilyrðum þessum fyrir undanþágunni og þess gætt að málefni sem snerta eða eru til þess fallin að snerta með einhverjum hætti samkeppni Fjarskipta og Nova á mörkuðum tengist ekki samskiptum eigenda.
 - b. Tæknisérfræðingar leggja fram tillögur um skiptingu verkefna, þ.e. hver þjónustuverkefni hvors eigenda fyrir sig verða fyrir samrekstarfélagið, sbr. 1. mgr. 7. gr. Á grundvelli tillagna tæknisérfræðinganna skulu gerðir samningar milli hvors eiganda fyrir sig og samrekstrarfélagsins.

Tæknisérfræðingar fela þriðja aðila/ráðgjafa að annast samningagerð við helstu birgja. Umræddur þriðji aðili skal hafa aðgang að helstu gildandi samningum Fjarskipta annars vegar og Nova hins vegar við umrædda birgja og skal hann bundinn trúnaði um efni þeirra og skal hann gæta þess að upplýsingar um efni samninganna berist ekki milli Fjarskipta og Nova. Aðilinn mun upplýsa tæknisérfræðinga um framgang og niðurstöðu samningagerðar.

10. gr.

Önnur ákvæði

Allir samningar milli samstarfsaðila, Fjarskipta og Nova, sem og samningar milli hvors samstarfsaðila og rekstrarfélagsins um viðskipti, umfram þá sem leiða af þeim atriðum sem nefnd eru í 7. og 9. gr. skilyrða þessara, skulu vera á markaðslegum forsendum og eins og um óskylda aðila væri að ræða (samkvæmt hefðbundnum reikningslegum armslengdar sjónarmiðum). Bera skal alla slíka samninga undir kunnáttumann.

Skilyrði þessi taka gildi frá birtingu þessarar ákvörðunar og gilda ótímabundið. Skilyrðin falla úr gildi ef samstarfinu er að öllu leyti slitid.

11. gr.

Endurskoðun.

Samstarfsaðilum skal ávallt vera heimilt að óska eftir því að skilyrði þau sem hér er fjallað um verði felld niður vegna breyttra forsenda, sbr. 24. gr. stjórnýslulaga nr. 37/1993.

12. gr.

Kynning o.fl.

Þau fyrirsmáli sem felast í skilyrðum þessum skulu vera kynnt fyrir starfsmönnum Fjarskipta, Nova og rekstrarfélagsins og stjórnarmönnum þeirra. Skulu framkvæmdastjórar/forstjórar allra félaganna, lykilstarfsmenn og stjórnarmenn þeirra undirrita yfirlýsingar um að þeir hafi kynnt sér skilyrði þessi og skuldbindi sig til þess að framfylgja þeim. Gildir það sama um tæknisérfræðinga sem falla undir 3. tl. 9. gr. skilyrða þessara. Þar skal jafnframt koma fram almenn lýsing á því hvernig skyldum stjórnarmanna verði fylgt.

Lykilstarfsmaður vísar til einstaklings í stjórnunarstarfi sem hefur umboð til að taka ákvarðanir sem geta haft áhrif á framtíðarþróun og afkomu þess fyrirtækis sem hann starfar fyrir.

Fyrir 1. júlí 2015 skulu Fjarskipti, Nova og rekstrarfélagið upplýsa kunnáttumann skv. 8. gr. um allar ráðstafanir sem þessir aðilar hafa gripið til í því skyni að tryggja að markmið og skilyrði þessarar ákvörðunar nái fram að ganga.

Brot á þeim fyrirætlum sem fram koma í ákvörðun þessari varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga. Einnig geta brot leitt til afturköllunar eða breytinga á skilyrðum hennar, sbr. 3. mgr. 15. gr. samkeppnislaga.“

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 3. júlí 2015. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 24. júlí 2015 og svör Samkeppniseftirlitsins við þeim 29. sama mánaðar. Áfrýjandi sendi áfrýjunarnefndinni bréf dagsett 4. ágúst 2015 með stuttum athugasemdum.

Vodafone og Nova var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu sem umsagnaraðilar og bárust þær 24. júlí 2015. Þá var Póst- og fjarskiptastofnun einnig gefið tækifæri á að koma að athugasemdum í málinu sem umsagnaraðili og bárust þær 6. ágúst 2015.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna sumarleyfa nefndarmanna. Þá var nefndin ekki fullskipuð fyrr en 2. júlí sl., en með bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins þann dag var Eggert Óskarsson, fyrrverandi héraðsdómari, skipaður í nefndina um stundarsakir til að fjalla um fram komna kæru.

IV

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjenda

Áfrýjandi vísar til allra sjónarmiða sinna á hinu lægra stjórnarsýslustigi.

Áfrýjandi bendir á að kæra sín beinist fyrst og fremst að þeim hluta hinnar kærðu ákvörðunar sem snúi að samnýtingu Vodafone og Nova á tíðniheimildum sínum innan vébanda rekstrarfélagsins. Telur áfrýjandi að sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, að binda þá samnýtingu engum skilyrðum, sé andstæð lögum. Bendir hann á að samnýting fjarskiptakerfa annars vegar og samnýting tíðniheimilda hins vegar séu ekki órjúfanlega tengdar og þurfi ekki að fara saman. Þá bendir áfrýjandi á að tíðnisvið flokkast sem mikilvæg og takmörkuð náttúruleg auðlind sem geri kleift að flytja hljóð, myndir eða aðrar upplýsingar allt frá örfáum metrum upp í þúsundir kílómetra. Það sé PFS sem sjái um að stjórna og úthluta tíðnum hér á landi.

Áfrýjandi bendir á að samnýting tíðna feli í sér að viðskiptavinum Nova og Vodafone sé veittur aðgangur að samanlagðri bandvidd tíðniúthlutana beggja aðila sem geri þeim um leið kleift að bjóða meiri þjónustugæði, þ.m.t. hámarks- og meðalhraða, samanborið við sjálfstætt kerfi. Af þessu leiði að samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir fjarskiptaþjónustu, sem feli enn fremur í sér samnýtingu tíðniheimilda, svo sem ráðgert sé, skapi, og sé a.m.k. til þess fallið að skapa, Vodafone og Nova, samkeppnisforskot gagnvart áfrýjanda.

Áfrýjandi tekur fram að svo fremi að þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem leitt geta af samnýtingu tíðniheimilda, óbreyttum, séu takmörkuð, þá geri hann ekki athugasemdir við niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að öðru leyti. Því sé umfjöllun kæru hans fyrst og fremst takmörkuð við þann þátt hinnar kærðu ákvörðunar. Sé ekki fallist á málatilbúnað áfrýjanda hér að lútandi telji hann að þá verði að ganga lengra í að setja samstarfinu skilyrði, en gert hafi verið með hinni kærðu ákvörðun. Vísar hann í því sambandi til málsástæðna og sjónarmiða við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjandi byggir á því að túlka beri 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum og vísar m.a. til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um þau sjónarmið sem styðja eigi túlkun ákvæðisins við.

Áfrýjandi telur að hin kærða ákvörðun, og þá sér í lagi sá þáttur hennar sem lúti að samnýtingu tíðniheimilda, hafi skaðleg samkeppnisleg áhrif og samrýmist ekki gildandi lagasjónarmiðum í málinu. Ekki sé leitast nægilega við að takmarka þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem samstarfið hafi í för með sér, eða sé a.m.k. til þess fallið að hafa.

Hin kærða ákvörðun feli í sér að Vodafone og Nova, í gegnum rekstrarfélagið, hafa að samanlögðu meiri tíðniheimildir til ráðstöfunar og nýtingar heldur en áfrýjandinn (og aðrir keppinautar), sem veiti Vodafone og Nova færi á að veita hraðari og afkastameiri farsíma- og netþjónustu en ella væri. Að ákvörðunin hafi í för með sér óeðlilegt samkeppnisforskot á markaðnum fyrir 4G(LTE) farsíma- og netþjónustu, þótt áhrifa gæti einnig á hinum mörkuðunum. Áfrýjandi bendir á að þjónustugæði, þ.á m. hámarks- og meðalhraði, fari eftir því hversu stóran hluta hvers tíðnisviðs (bandbreidd) hver þjónustuveitandi hafi til umráða, auk þess sem bandbreiddin ráði því hversu margir viðskiptamenn geta nýtt fjarskiptakerfið.

Áfrýjandi telur að hugleiðingar Samkeppniseftirlitsins, í þá veru að aðstöðumunur vegna mismunandi tíðniheimilda muni ekki hafa áhrif fyrr en að nokkrum tíma liðnum, séu rangar. Í dag hafi Vodafone og Nova nægilegt magn af tíðniheimildum til þess að bjóða hátt í 412 Mb/s. Nú þegar séu mörg fjarskiptafyrirtæki að bjóða 300 Mb/s og nokkur farin að huga að enn meiri hraða um sín kerfi hafi þau til þess tíðniheimildir. Áfrýjandi geti það ekki eins og sakir standa og í millitíðinni, þ.e. þegar og ef til frekari tíðniúthlutunar komi til áfrýjanda,

munu Vodafone og Nova gegnum hina sameiginlegu nýtingu standa áfrýjanda mun frammar að þessu leyti, sem augljóslega hafi áhrif á það hvert viðskiptamenn snúi sér.

Áfrýjandi telur að það leiði þannig af sjálfu sér, bæði hvað varði 4G(LTE) farsíma- og netþjónustu en einnig 2G(GSM) og 3G, að samnýting tíðna, án frekari skilyrða/kvaða eða úthlutunar frekari tíðniheimilda til áfrýjanda, veiti Vodafone og Nova ótvírætt samkeppnisforskot gagnvart áfrýjanda, bæði með tilliti til núverandi þjónustu sem og þróunar og uppbyggingar framtíðarþjónustu.

Til stuðnings sjónarmiðum sínum vísar áfrýjandi m.a. til úrlausna og viðhorfa erlendra yfirvalda sem fram koma í gögnum málsins. Vísar áfrýjandi sérstaklega til ákvörðunar danska samkeppnis- og neytendaráðsins, frá 29. febrúar 2012, í máli Telia/Telenor/Newco, í því sambandi.

Áfrýjandi byggir einnig á því að hin kærða ákvörðun brjóti gegn meðalhófssjónarmiðum en við mat á því hvort skilyrðum 15. gr. um undanþágu sé fullnægt beri að líta til þeirra. Hann bendir á að ákvæði c-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, rétt lögskýrt, og til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum, feli í sér það skilyrði fyrir undanþágu að ekki sé unnt að ná fram markmiðum samstarfsins með vægari úrræðum, þ.e. úrræðum sem feli í sér minni samkeppnishömlur.

Áfrýjandi telur að þeim sjónarmiðum sem hann hafi vísað til við meðferð málsins, þ.m.t. EES-réttar, sé lítill gaumur gefinn í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar. Þvert á móti láti Samkeppniseftirlitið við sitja að álykta að „[ekki verði] séð að t.d. Síminn, sem er með um þriðjung úthlutaðra tíðna (nokkuð jafna blöndu af bæði lægri og hærri tíðnisviðum), sé í ómögulegri stöðu til að keppa á markaðnum til framtíðar“. Það hvort samstarfið setji áfrýjanda í „ómögulega stöðu“ geti ekki talist haldbær viðmiðun við mat á skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga, heldur beri Samkeppniseftirlitinu að líta til þess hvort samstarfið raski samkeppni almennt og þá rannsaka sérstaklega hvort til séu aðrar leiðir að settu marki sem séu síður samkeppnishamlandi, sbr. sjónarmið EES-réttar.

Þá ítrekar áfrýjandi að samnýting fjarskiptakerfis og tíðniheimilda sé ekki órjúfanlega tengd. Með samnýtingu tíðniheimilda sé RAN-samnýting tekin skrefinu lengra. Áfrýjandi vísar til þess sem fram kemur í undanþágubeiðni Vodafone og Nova til Samkeppniseftirlitsins og telur ljóst að ætlunin sé ekki eingöngu að auka hagkvæmni í rekstri dreifikerfis, s.s. með aukinni arðsemi og samlegðaráhrifum, heldur sé verið að ganga skrefinu lengra og styrkja samkeppnishæfni á grundvelli samnýtingar tíðniheimilda.

Þá byggir áfrýjandi á því að hin kærða ákvörðun brjóti í bága við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og bendir á að ekki verði séð að lagt hafi verið mat á og rannsakað á fullnægjandi hátt, hvort samrekstur fjarskiptakerfis gæti verið án samnýtingar tíðna.

Varðandi það sem fram kemur í hinn kærðu ákvörðun um hvers vegna áfrýjandi hafi ekki sóst eftir úthlutun í 800 MHz tíðnisviðinu í fyrra uppboði PFS á 4G tíðniheimildum árið 2013 bendir áfrýjandi á að í fyrsta lagi hafi það enga þýðingu við mat á skilyrðum undanþágu samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga, þ.m.t. samkeppnishamlandi áhrifum á viðeigandi mörkuðum almennt, hvaða ákvarðanir áfrýjandi kunni að hafa tekið í fortíðinni. Í öðru lagi hafi það verið mat áfrýjanda að þau skilyrði, sem PFS setti fyrir úthlutun tíðniheimilda á 800 MHz tíðnisviðinu, þ.m.t. hvað varðaði uppbyggingu réttthafa og tengd atriði, svo sem um útbreiðslu og bitahraða, hefðu verið óaðgengileg. Því hafi áfrýjandi ekki boðið í 800 MHz í það sinn. Í þriðja lagi hafi samkvæmt skilmálum uppboðsins, aðeins hver og einn bjóðandi getað boðið í og fengið úthlutað tíðniheimildum upp að tilteknu hámarki hver. Samkvæmt skilmálunum hafi því áfrýjandi aðeins getað boðið í 800 MHz tíðnisviðið upp að 2x5 MHz, án þess að slíkt skerti úthlutun á 1800 MHz tíðnisviðinu. Á sama tíma, og þótt áfrýjandi hefði aðeins fengið 2x5 MHz úthlutað á 800 MHz, hefði hann eftir sem áður þurft að uppfylla verulega íþyngjandi kvaðir, sem fylgdu úthlutun tíðna á 800 MHz tíðnisviðinu, og hefði kostnaður af þeim farið langt fram úr mögulegu hagræði af jafn lítilli úthlutun á 800 MHz tíðnum (2x5 MHz). Í fjórða lagi sé samnýting Vodafone og Nova á tíðniheimildum, sem heimiluð sé með hinni kærðu ákvörðun, ekki einskorðuð við tíðniheimildir sem félögunum hafi verið úthlutað í uppboði PFS árið 2013 vegna 4G, heldur nái samnýtingin þvert á móti einnig til eldri tíðniheimilda félaganna, þ.m.t. á tíðnisviðinu 1800 MHz sem úthlutað hafi verið nokkru fyrir að hluta til.

2. Málástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið gerir athugasemdir við kröfugerð áfrýjanda og þá einkum þann hluta hennar sem varðar kröfu um að honum verði úthlutað tilteknum tíðniheimildum vegna fjarskipta. Að mati Samkeppniseftirlitsins fellur það utan valdsviðs samkeppnisyfirvalda að úthluta tilteknum tíðniheimildum vegna fjarskipta til fyrirtækja á fjarskiptamarkaði. Samkvæmt lögum nr. 69/2003 sé það PFS sem hafi umsjón með leyfisveitingum, úthlutun tíðniheimilda og eftirlit með notkun þeirra, sbr. reglugerð nr. 1047/2011 um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að í 10. gr. samkeppnislaga sé lagt bann við hvers konar samkeppnishamlandi samstarfi keppinauta. Samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga geti Samkeppniseftirlitið veitt undanþágu frá banni 10. gr. laganna að uppfylltum þeim skilyrðum sem tilgreind séu í a-d liðum í 1. mgr. 15. laganna. Hvílir sönnunarbyrðin um að þau skilyrði

séu uppfyllt á viðkomandi fyrirtækjum. Samkvæmt 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett skilyrði fyrir undanþágu. Brot á slíkum skilyrðum varði viðurlögum samkvæmt. d. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga og geta leitt til þess að undanþága sé felld úr gildi eða skilyrðum hennar breytt, sbr. 3. mgr. 15. gr. laganna.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi markaðir málsins verið skilgreindir og mat lagt á stöðu viðkomandi fyrirtækja á þeim og á samkeppnisleg áhrif hins fyrirhugaða samstarfsverkefnis. Talið hafi verið að samstarfið gæti raskað samkeppni og ekki væri unnt að veita undanþágu nema með setningu skilyrða. Sé þessum skilyrðum ætlað að vinna gegn því að samstarfsverkefnið raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölu- og smásölustigi. Þá sé skilyrðunum einnig ætlað að skapa fleiri valkosti og þar með aukna möguleika fyrir núverandi og nýja keppinauta á markaði fyrir farsímaþjónustu á smásölustigi og stuðla þannig að frekari samkeppni á viðkomandi mörkuðum. Einnig sé með skilyrðunum skapað tækifæri til betri nýtingar á fjárfestingum í undirliggjandi kerfum farsímaþjónustu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að hin kærða ákvörðun byggi á vandaðri málsmeðferð og ítarlegri rannsókn málsins hjá eftirlitinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í byrjun árs 2013 hafi farið fram af hálfu PFS uppboð á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðum til uppbyggingar á 4G/LTE farnetsþjónustu. Skilmálar uppboðsins hafi verið birtir í desember 2012 að undangengnu samráði við hagsmunaaðila, þ.m.t. áfrýjanda. Í ljósi mikils kostnaðar við uppbyggingu fjarskiptainniða og þeirra tækniframfara sem hafi orðið tók PFS fram í skilmálum uppboðsins að mögulega væri unnt að heimila samstarf fjarskiptafyrirtækja varðandi hvort tveggja uppbyggingu kerfa og samnýtingu tíðna en að slík samnýting væri háð heimild PFS og samþykki Samkeppniseftirlitsins. Með framangreindu ákvæði skilmála uppboðsins hafi það verið ætlun PFS að hvetja til hagkvæmrar uppbyggingar og skilvirkari nýtingu tíðnirófsins með mögulegri samnýtingu tíðna. Þessi forsenda uppboðsins hafi þannig legið fyrir áður en uppboðið fór fram. Þann 19. nóvember 2013 óskuðu Nova og Vodafone eftir heimild PFS til að samnýta tíðniheimildir sem stofnunin hafði gefið út þeim til handa. Með ákvörðun frá 2. júlí 2014, nr. 14/2014, veitti PFS heimild til umbeðinnar samnýtingar tíðna.

Samkeppniseftirlitið bendir á að athugasemdir áfrýjanda lúti fyrst og fremst að samnýtingu Nova og Vodafone á tíðniheimildum sínum innan vébanda samstarfsverkefnisins og að samnýtingin skapi fyrirtækjunum samkeppnisforskot gagnvart honum og það fari gegn 15. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur að undanþága samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga verði aldrei felld úr gildi á þeim grunni einum að hún skapi þeim sem hennar njóta samkeppnisforskot gagnvart keppinautum. Eðli málsins samkvæmt geti margvíslegir

samstarfssamningar (t.d. rannsókn- og þróunarsamningar, framleiðslusamningar og innkaupasamningar) skapað hagræði og forskot fyrir samningsaðila gagnvart keppinautum sem ekki séu aðilar að viðkomandi samningi. Verði slíkir samstarfssamningar ekki ólögmatir við það að keppinautar séu ósáttir eða telji að sér vegið heldur ráðist lögmatið eingöngu af því hvort skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt. Ef skilyrðin séu uppfyllt sé það í samræmi við almannahagsmuni að undanþága sé veitt.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun um rökin fyrir því að rétt sé að veita Nova og Vodafone skilyrta undanþágu vegna samstarfsverkefnisins, m.a. þess að samstarfsverkefnið geti eft samkeppni almenningi til hagsbóta.

Samkeppniseftirlitið telur að túlka beri ákvæði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga til samræmis við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum og bendir á að ákvæði 15. gr. samkeppnislaga séu efnislega samhljóða 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Samkeppniseftirlitið hafi við meðferð málsins bæði haft hliðsjón af leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA frá 2007 um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins og leiðbeinandi reglum ESA frá 2013 „um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum.“ Þar sem umdeilt samstarfsverkefni falli undir gildissvið EES-samningsins og hafi Samkeppniseftirlitið tilkynnt ESA um hina kærðu ákvörðun og hafi ESA enga athugasemd gert við hana.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að í d. lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga sé skilyrði undanþágu að viðkomandi fyrirtæki hafi ekki „færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða.“ Í fyrrgreindum leiðbeiningum ESA frá 2007 segir að tilgangur þessa skilyrðis sé að vernda „samkeppnisferlið“ og þegar „komið er í veg fyrir samkeppni stöðvast samkeppnisferlið.“ Í leiðbeiningunum komi síðan fram til hvaða atriða eigi að horfa en þar skipti m.a. máli að horfa til stöðu keppinauta sem standa fyrir utan samstarfið og möguleika þeirra til að veita samkeppnislegt aðhald. Samkeppniseftirlitið byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun hafi farið fram mat á öllum viðeigandi þáttum. Varðandi hið samkeppnislega aðhald beri að hafa í huga að skilyrðum eftirlitsins sé ætlað að tryggja fulla samkeppni milli Nova og Vodafone um alla aðra þætti en beinlínis falla undir hin afmörkuðu verkefni rekstrarfélagsins. Þá hafi verið höfð hliðsjón af því samkeppnislega aðhaldi sem áfrýjandi geti veitt.

Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að áfrýjandi hafi verið í yfirburðastöðu á öllum sviðum fjarskipta hér á landi og vísar til fjölmargra úrskurða áfrýjunarnefnda samkeppnismála í því sambandi. Sá markaður sem kæra áfrýjanda lúti helst að sé farsímamarkaður á smásölustigi og þá helst gagnaflutningur í farnetskerfum í framtíðinni. Samkeppniseftirlitið bendir á að staðan á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu á árinu 2013 sé sú að áfrýjandi hafi verið með

45-50% markaðshlutdeild, Vodafone með 20-25%, Nova með 20-25% og Tal með 5-10% og aðrir minna. Þá sé markaðsstaða áfrýjanda enn sterkari á öðrum undirmörkuðum í fjarskiptapjónustu sem tengjast fastlínukerfum. Telja verði að hin sterka alhliða staða áfrýjanda muni til frambúðar gera honum kleift að veita þróttmikla samkeppni á fjarskiptamarkaði. Áréttar Samkeppniseftirlitið að staða áfrýjanda varðandi tíðniheimildir sé ekki slæm og að á allra næstu misserum og árum verði umtalsvert magn af tíðnisviðum til ráðstöfunar á vegum PFS sem hafi heimildir að lögum til að ráðstafa þeim með hliðsjón af aðstæðum á hverjum tíma. Með hliðsjón af núverandi stöðu aðila og möguleika áfrýjanda til að öðlast frekari tíðniheimildir og því að 4G(LTE) tækni sé í uppbyggingu hér á landi verði ekki fallist á röksemdir áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það skipti máli að Nova og Vodafone framselji rekstrarfélaginu ekki tíðniheimildir sínar enda sé þeim það ekki heimilt. Félögin sjálf verði áfram handhafar þeirra. Með því fyrirkomulagi séu umráð yfir tíðniheimildunum skýrari m.a. ef komi til slita á rekstrarfélaginu. Ekki sé um samruna að ræða þannig að keppinautum fækki með tilheyrandi samþjöppun á bæði heildsölu- og smásöllumarkaði fyrir farsímapjónustu. Að mati Samkeppniseftirlitsins styðji þetta við það, sem sé eitt af grundvallarforsendum í hinni kærðu ákvörðun, að Nova og Vodafone verði í virkri samkeppni á báðum sölustigum farsímapjónustu. Með sama hætti sé ljóst að tíðniheimildir sem áfrýjandi hafi yfir að ráða gefi félaginu færi á því að þróa 4G(LTE) tækni.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að það komi skýrt fram í hinni kærðu ákvörðun að með samnýtingunni hafi Nova og Vodafone umfangsmeiri tíðniheimildir en helsti keppinautur þeirra, áfrýjandi, hafi yfir að ráða. Við þessu hafi verið brugðist með skilyrðinu í hinni kærðu ákvörðun um opinn aðgang að heildsölu Nova og Vodafone hvors fyrir sig sbr. 1. gr. sáttarinnar. Þá gefi þau tíðniréttindi sem áfrýjandi sé rétt hafi að á 1800 MHz tíðnisviðinu honum jafnframt tækifæri á að þróa 4G(LTE) tækni. Einnig hafi áfrýjandi umtalsverðar tíðniheimildir til að veita GSM og 3G þjónustu.

Varðandi vísun áfrýjanda til niðurstöðu danskra samkeppnisyfirlalda frá árinu 2012 (mál Telenor og Telia) bendir Samkeppniseftirlitið á að ekki verði séð að það skipti í sjálfu sér meginmáli um möguleg áhrif hver aðilanna innan samstarfsins (Vodafone, Nova, rekstrarfélagið eða öll saman) fari með hvaða hluta tíðniheimilda þar sem áhrifin og möguleiki til þróunar á þjónustunni sé sá sami vegna samnýtingar. Sé það mat Samkeppniseftirlitsins að það að setja umræddu samstarfi slíkt skilyrði myndi ekki endilega vera til hagsbóta og styrkingar á samkeppni til lengdar á skilgreindum markaði. Felist það mat m.a. í því að á næstu árum, 2016-2018, verði verulega miklar tíðniheimildir fyrir háhraða farnetsþjónustu til ráðstöfunar á vegum PFS.

Hvað varðar möguleg samkeppnisleg áhrif af samstarfinu, og þá þátt tíðniheimilda aðila eins og hann sé, hafi Samkeppniseftirlitið lagt mat á hvort gera þyrfti mun á áhrifum til skemmri eða lengri tíma. Hafi eftirlitið talið að svo væri ekki og að staða þessarar þróunar hér á landi árið 2014-2015 hafi verið með þeim hætti að sérstakt skilyrði væri ekki nauðsynlegt.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að það væri ekki málefnalegt eða samkeppni á skilgreindum markaði til framdráttar að setja sérstakt skilyrði fyrir fyrirkomulagi á tilboðum í tíðniheimildir í framtíðinni, hvorki til skamms eða langs tíma. Við það mat hafi verið haft til hliðsjónar ákvæði d-liðar 15. gr. samkeppnislaga sem og annarra ákvæða sömu greinar.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að ákvörðunin brjóti gegn meðalhöfssjónarmiðum og að ekki hafi verið litið til ákvæðis c-liðar 15. gr. samkeppnislaga með réttum hætti. Einnig hafnar Samkeppniseftirlitið því að brotið hafi verið í bága við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnáráðslulaga og bendir á að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin að undangenginni vandaðri rannsókn.

V

Niðurstaða

1

Í máli þessu er deilt um samnýtingu Vodafone og Nova á tíðniheimildum vegna farsímaþjónustu, þ.e. vegna svonefndrar 4G/LTE farnetsþjónustu. Samkvæmt kröfugerð áfrýjanda og röksemdum hans hér fyrir áfrýjunarnefndinni vefengir hann í sjálfu sér ekki að Samkeppniseftirlitinu hafi verið heimilt að veita félögunum undanþágu frá ákvæðum 15. gr. samkeppnislaga en hann telur hins vegar að Samkeppniseftirlitið hefði átt að ganga lengra í setningu skilyrða og á það fyrst og fremst við skilyrði sem tengjast samnýtingu Vodafone og Nova á tíðniheimildum. Sem dæmi um slík skilyrði nefnir áfrýjandi að samnýting tíðniheimilda yrðu háð því að honum verði úthlutað frekari tíðniheimildum frá því sem nú er, bæði til skemmri og lengri tíma, og settar yrðu tímabundnar takmarkanir á heimildir til samnýtingar Vodafone og Nova þangað til.

2

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að félögin Vodafone og Nova óskuðu eftir því í erindi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. nóvember 2013, að fá undanþágu með heimild í 15. gr. samkeppnislaga frá banni 10. gr. samkeppnislaga, vegna samstarfsverkefnis þeirra. Um var að ræða stofnun sérstaks félags í jafnri eigu félaganna um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Samkeppniseftirlitið heimilaði samstarfið 18. febrúar 2015 að tilteknum skilyrðum uppfylltum sem félögin skuldbundu sig til að hlíta. Þessum skilyrðum er ætlað að

vinna gegn því að samstarf félaganna um rekstur dreifikerfisins raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölustigi og smásölustigi. Samstarfsaðilar undirrituðu sátt þar að lútandi og í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir þeim skilyrðum sem Samkeppniseftirlitið setti samstarfi félaganna um rekstrarfélag þeirra.

3

Póst og fjarskiptastofnun fer með leyfisveitingar, úthlutun tíðniheimilda og eftirlit samkvæmt lögum nr. 69/2003, sbr. einnig reglugerð nr. 1047/2011 um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum. Þann 19. nóvember 2013 óskuðu Vodafone og Nova eftir heimild PFS til að samnýta tíðniheimildir sem stofnunin hafði gefið út þeim til handa. Var í því sambandi vísað til þess að fyrirtækin hefðu óskað eftir því við Samkeppniseftirlitið að fá undanþágu samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga. Með ákvörðun PFS frá 2. júlí 2014 veitti stofnunin heimild til umbeðinnar samnýtingar. Í umsögn PFS, sem rakin er í hinni kærðu ákvörðun, er vísað til þess að hlutverk stofnunarinnar sé m.a. að ýta undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra. Fram kemur í málinu að í byrjun árs 2013 hafi PFS staðið að uppboði á tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðum til uppbyggingar á 4G/LTE farnetsþjónustu. Hafi þar verið sett fram ákveðin skilyrði fyrir útbreiðslu og gæðum þjónustunnar sem hvort tveggja Vodafone og Nova hafi undirgengist þegar þau buðu í og hlutu tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu. Hafi þar einnig verið opnað fyrir möguleika á samnýtingu tíðna, eða fyrir annars konar samstarf um tíðnir, sem aðilar hafi nýtingarrétt að, en samkvæmt skilmálum uppboðsins hafi aðilar, sem fengu úthlutað tíðniheimildum á grundvelli uppboðsins, getað sótt um slíkt til PFS.

4

Samkvæmt framansögðu er það hlutverk PFS að úthluta tíðniheimildum og hafa eftirlit með notkun þeirra. Stofnunin tekur hins vegar ekki afstöðu til þeirra samkeppnislegu áhrifa sem samstarf Vodafone og Nova hefur eða kann að hafa á fjarskiptamarkaðinn þar sem slíkt mat er á valdsviði Samkeppniseftirlitsins. Við það mat reynir m.a. á undanþáguheimildir 15. gr. samkeppnislaga frá 10. gr. þeirra laga eins og síðar verður rakið.

5

Í 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við öllum samkeppnishamlandi samningum, samþykktum og samstilltum aðgerðum milli fyrirtækja og er ákvæðið í samræmi við 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Óumdeilt er að samstarf Vodafone og Nova um rekstur á sameiginlegu rekstrarfélagi um dreifikerfi falli undir 10. gr. samkeppnislaga. Þá liggur það fyrir samkvæmt mati Samkeppniseftirlitsins að þetta samstarf félaganna geti verið til þess fallið að valda samkeppnislegri röskun á skilgreindum farsímamörkuðum á heildsölumarkaði

sem sé þar að auki fákeppnismarkaður. Einnig er tekið fram að samstarfið geti haft áhrif á aðra markaði svo og smásöllumarkað fyrir farsímaþjónustu. Í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar er síðan að finna álit Samkeppniseftirlitsins á skilgreindum mörkuðum máls þessa og stöðu fyrirtækja á þeim sem hér verður lagt til grundvallar.

6

Samkvæmt 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið veitt undanþágu frá ákvæðum 10. gr. laganna. Forsenda slíkrar undanþágu eru að samningar, samþykktir, samstilltar aðgerðir eða ákvarðanir samkvæmt 10. gr. uppfylli eftirtalin skilyrði:

- a. stuðli að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir,
- b. veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi sem af þeim hlýst,
- c. leggi ekki höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf eru til að settum markmiðum verði náð og
- d. veiti fyrirtækjunum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða.

Uppfylla verður öll skilyrði ákvæðisins svo til álita komi að veita undanþágu frá bannákvæðum 10. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 2. mgr. 15. gr. er hægt að setja skilyrði fyrir undanþágu og í því tilviki er hér um ræðir taldi Samkeppniseftirlitið að ekki væri unnt að veita undanþágu nema með setningu skilyrða. Nauðsynlegt væri að setja strangari skilyrði en Nova og Vodafone höfðu lagt upp með.

7

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir þeim tíðniheimildum sem úthlutað hefur verið til fyrirtækja í farnetsþjónustu. Þar kemur síðan fram að það sé mat Samkeppniseftirlitsins að samstarf þessara aðila og útfærsla þess uppfylli skilyrði a-c liða 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, en undanþága aðila frá banni 10. gr. samkeppnislaga var bundin frekari skilyrðum. Er í því sambandi vísað til 2. mgr. 15. gr. laganna, eins og kemur fram í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Þá kemur fram að fyrirhugað samstarf gefi tilefni til þess að meta hvort umrædd staða samstarfsaðila hvað varðar tíðniheimildir sé til þess fallin að raska samkeppni með verulegum hætti, þ.e. komi í veg fyrir samkeppni í skilningi d-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga.

8

Tekið skal strax fram að undanþága frá ákvæðum samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga tekur ekki mið af því hvort hún skapi þeim aðilum sem hennar njóta hugsanlegt samkeppnislegt forskot fram yfir keppinauta. Á hinn bóginn verða undanþágurnar að standast þau skilyrði sem fram eru sett í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, eftir atvikum með þeim viðbótarskilyrðum sem sett eru í samræmi við 2. mgr. laganna. Í því sambandi skiptir mestu máli að samstarfið efli efnahagslegar framfarir án þess að samkeppni sé verulega skert og að hagsmunum neytenda sé borgið þannig að þeir fái sanngjarna hlutdeild í þeim ávinningi sem af hlýst, sbr. einnig 1. gr. samkeppnislaga.

9

Við mat á því hvort samnýting Vodafone og Nova á tíðniheimildum, innan sameiginlegs rekstrarfélags þeirra, komi í veg fyrir samkeppni í skilningi d-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, er til nokkurra atriða að líta. Horfa verður til stöðu keppinauta sem standa fyrir utan samstarfið og möguleika þeirra til að veita samkeppnislegt aðhald. Einnig verður að hafa í huga að skilyrðum eftirlitsins er ætlað að tryggja fulla samkeppni milli Vodafone og Nova um alla aðra þætti en þá sem beinlínis falla undir hin afmörkuðu verkefni rekstrarfélagsins. Þá þarf að hafa hliðsjón af þeirri stöðu sem áfrýjandi er í á fjarskiptamarkaði og hvort hann geti veitt þróttmikla samkeppni. Einnig skiptir máli að Vodafone og Nova er óheimilt að framselja rekstrarfélaginu tíðniheimildir sínar og félögin verða sjálf áfram handhafar þeirra. Hafa verður í huga að ekki er um samruna að ræða þannig að keppinautum fækki með tilheyrandi samþjöppun á bæði heildsölu- og smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu.

10

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á með vísan til þeirra forsendna sem fram koma í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar, einkum tölulíðum 4-5, að samstarf Vodafone og Nova varðandi samnýtingu tíðniheimilda raski ekki samkeppni með þeim hætti að andstætt sé d-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga og fullnægi að öðru leyti öðrum ákvæðum 1. mgr. 15. gr. laganna. Hefur þá verið tekið tillit til þeirra skilyrða sem Samkeppniseftirlitið hefur sett vegna samstarfs Vodafone og Nova og félögunum var gert að hlíta m.a. um samnýtingu þeirra á tíðniheimildum. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að ekki sé ástæða til að setja samnýtingu tíðniheimilda frekari skilyrði eða takmarkanir en gert var.

11

Það leiðir af því sem segir í kafla 9 og 10 að hvorki verður talið að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins brjóti gegn meðalhófssjónarmiðum né rannsóknarreglu 10. gr.

stjórnsýslulaga, enda liggur fyrir að hin kærða ákvörðun var tekin að undangenginni rannsókn sem telja má fullnægjandi.

12

Samkvæmt framansögðu ber að staðfesta ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015 frá 22. maí 2015 um undanþágu Vodafone og Nova vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis.

Úrskurðarorð:

Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015 frá 22. maí 2015 er staðfest.

Reykjavík, 14. september 2015

Eggert Óskarsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson