

Föstudagur, 22. maí 2015

Ákvörðun nr. 14/2015

Undanþága Vodafone og Nova vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis

Efnisyfirlit

I. SAMANTEKT	4
II. ERINDI NOVA OG VODAFONE	5
1. Almenn um erindið	5
2. Hvatar að samstarfi aðila	6
3. Umfang fyrirhugaðs samstarfs	9
4. Erlend verkefni um samrekstur farsímadreifikerfa	10
4.1 Framkvæmdastjórn ESB	11
4.2 Svíþjóð	12
4.3 Danmörk	12
5. Markaðir málsins að mati Vodafone og Nova	13
5.1 Aðilar á markaði og staða þeirra	14
5.1.1 Markaður fyrir farsímaþjónustu - heildsölu- og smásölustig	15
5.1.2 Gagnaflutningsmarkaður	15
5.1.3 Markaður fyrir leigulínur	16
5.1.4 Markaður fyrir ljósleiðara og aðgang að símsstöðvum	16
5.1.5 Markaður fyrir hýsingu og aðstöðu	17
6. Samkeppnisleg áhrif samstarfsins að mati Vodafone of Nova	17
6.1 Almenn	18
6.2 Styrking samkeppnisumhverfis	18
6.3 Samstarfið muni ekki valda þegjandi samhæfingu á heildsölumarkaði	19
6.4 Kostnaðaruppbygging samstarfsaðila dragi ekki úr hvata til samkeppni	20
6.5 Ekki sé hætta á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum	21
6.6 Samstarfið muni ekki valda útilokunaráhrifum vegna fækkunar sendistaða	23
7. Aðilar telja unnt að veita undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga	23
II. MÁLSMEÐFERÐ	27
1. Umsögn Símans	27
1.1 Samnýting fjarskiptainniðnaðs	28
1.2 Athugasemdir við skilgreiningu markaða og stöðu aðila á þeim	29
1.2.1 Farsímaþjónusta	29
1.2.2 Gagnaflutningsþjónusta	33

1.3	Samkeppnisleg áhrif samstarfsins	34
1.4	Tillögur Símans	36
2.	Umsögn IP fjarskipta (Tal).....	38
2.1	Skilyrði um fullan stjórnunar- og rekstrarlegan aðskilanað.....	39
2.2	Skilyrði um beinan heildsöluaðgang, sem og hlutlægni og gagnsæi.....	39
2.3	Skilyrði um aðgang á kostnaðarreiknuðu verði.....	40
2.4	Skilyrði sem dragi úr hættu á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum.	40
2.5	Aðrar efnislegar athugasemdir.	40
3.	Umsögn Símafélagsins	40
4.	Umsögn IMC á Íslandi	41
5.	Umsögn Mílu.....	41
6.	Umsögn Póst- og fjarskiptastofnunar	42
7.	Athugasemdir Vodafone og Nova við umsagnir.....	46
7.1	Skilgreining markaða	47
7.1.1	Farsímaþjónusta	47
7.2	Gagnaflutningsþjónusta	49
7.3	Aðrir markaðir	50
7.4	Markaðshlutdeild á farsímamarkaði.....	50
7.5	Samkeppnisleg áhrif samstarfsins	51
7.6	Aðgangur að sameiginlegu dreifikerfi	53
7.7	Athugasemdir við tíðniúthlutanir	53
7.8	Skilyrði um heildsöluaðgang hjá rekstrarfélaginu	54
7.9	Önnur skilyrði	56
8.	Málsmeðferð að öðru leyti – mótun skilyrða.....	57
III.	NIÐURSTAÐA	58
1.	Eðli samstarfsins	58
2.	Skilgreining markaða og staða fyrirtækja á þeim	60
2.1	Markaður fyrir lúkningu símtala.....	61
2.2	Markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum	62
2.3	Markaður fyrir farsímaþjónustu í smásölu	62
2.4	Aðrir markaðir	63
3.	10. gr. samkeppnislaga	63
4.	Mat á samkeppnislegum áhrifum samstarfssins	65
4.1	Kostnaðaruppbygging samstarfsaðila og hvati til samkeppni	67
4.2	Mat á hættu af þegjandi samhæfingu á heildsölumarkaði	69
	Sjónarmið samstarfsaðila	73
4.3	Mat á hættu af þegjandi samhæfingu á smásölumarkaði	74
5.	Undanþáguheimild 15. gr. samkeppnislaga	76
5.1	Helstu sjónarmið samstarfsaðila.....	77
5.2	Helstu sjónarmið umsagnaraðila	79
5.3	Niðurstaða	80
6.	Fyrirmæli	81
7.	Önnur álitamál tengd samstarfinu.....	87
7.1	Samningur Vodafone og Nova frá 2007	88
7.2	Tíðniheimildir.....	89
7.3	Krafa um beinan aðgang	100
7.4	Krafa um sölu á búnaði og aðstöðu.....	101

8. Niðurlag	102
IV. Ákvörðunarorð	102

I. SAMANTEKT

Þann 18. febrúar 2015 heimilaði Samkeppniseftirlitið Fjarskipti hf. (hér eftir Vodafone) og Nova ehf. (hér eftir Nova) að hafa með sér tiltekið samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Gerð var grein fyrir þessu í frétt á heimasíðu eftirlitsins sama dag. 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.

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 frekari samkeppni á viðkomandi mörkuðum. Einnig er skapað tækifæri til betri nýtingar á fjárfestingum í undirliggjandi kerfum farsímaþjónustu.

Vodafone og Nova óskuðu eftir því að Samkeppniseftirlitið veitti þeim undanþágu fyrir stofnun sameiginlegs félags í jafnri eigu þeirra beggja um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu heimilt að veita undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga við samráði fyrirtækja, enda sé slíkt samstarf m.a. til þess fallið að stuðla að bættri nýtingu fjármuna og komi neytendum til góða.

Að undangenginni rannsókn taldi Samkeppniseftirlitið forsendur til að heimila samstarfið að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Vodafone og Nova skuldbundu sig til að fara að þeim skilyrðum.

Sáttin felur í sér eftirfarandi meginatriði:

- 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.
- Fyrirmæli um tiltekið óhæði þeirra sem sitja í stjórn rekstrarfélagsins, þar sem girt er fyrir að stjórnendur samstarfsaðila (Vodafone og Nova) geti setið saman í stjórninni og koma í veg fyrir að samstarfið geti orðið uppspretta frekara samstarfs sem skaðaði samkeppni.
- Fyrirmæli um óhæði stjórnenda og lykilstarfsmanna rekstrarfélagsins.
- Fyrirmæli um tilhögun tæknilegs samstarfs, m.a. skipan og umgjörð tímabundins tæknihóps við innleiðingu starfseminnar.
- Ákvæði um eftirfylgni vegna ákvæða sáttarinnar, kynningu o.fl.

Framangreind skilyrði eru byggð á mati á samkeppnisaðstæðum á viðkomandi mörkuðum. Var leitað sjónarmiða hjá fyrirtækjum og stjórnvöldum á fjarskiptamörkuðum. Jafnframt var höfð hliðsjón af sambærilegum erlendum úrlausnum og þróun á fjarskiptamarkaði, einkum tengt samnýtingu innviðakerfa í fjarskiptaþjónustu.

Í ákvörðun þessari er gerð ítarleg grein fyrir fyrrgreindri beiðni um undanþágu og sjónarmiðum aðila á markaði. Þá er tekin afstaða til málsins og gerð grein fyrir þeim skilyrðum sem liggja til grundvallar heimild Samkeppniseftirlitsins til samstarfs Nova og Vodafone um rekstur dreifikerfis í farsímaþjónustu.

II. ERINDI NOVA OG VODAFONE

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

1. Almennt um erindið

Fram kemur í erindinu að markmið samstarfsins sé að ná fram verulegri hagræðingu félaganna í fjárfestingum og rekstri dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu (2G, 3G og 4G). Einnig megi búast við því að þétting og uppbygging kerfisins verði hraðari en annars væri mögulegt.

Þá segir að frá árinu 2007 hafi verið í gildi samstarfssamningur milli Nova og Vodafone um gagnkvæma samnýtingu dreifikerfa sem byggir á 2G og 3G tækni. Samstarfið hafi verið útfært þannig að Vodafone geti boðið viðskiptavinum sínum fulla 3G þjónustu með þeim hætti að Vodafone starfræki miðlægna búnað fyrir 3G en nýti einungis senda Nova. Á móti reiki viðskiptavinir Nova á kerfi Vodafone þegar þeir fari út fyrir útbreiðslusvæði Nova, en fái þar eingöngu 2G þjónustu.

Örar framfarir séu í þróun þráðlausra netkerfa á borð við LTE (hér eftir 4G) og LTE Advanced og séu fyrirtæki víða um heim að þróa og innleiða slík kerfi. Eftir úthlutun tíðna hjá Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) í byrjun árs 2013 hafi bæði Nova og Vodafone nýverið byrjað innleiðingu á farsíma og netþjónustu með 4G tækni hér á landi. Með 4G aukist gagnaflutningshraði verulega auk þess sem tæknin auki til muna möguleika í þjónustuframboði fyrir neytendur.

Þá hafi mikil og hröð tækniþróun átt sér stað undanfarið ár fyrir samrekstur sendabúnaðar með nýrri tækni á borð við RAN share, MOGN (e. Multi Operator Core Networks) og Single RAN (e. Radio Access Network). Víða í nágrannalöndunum hafi samnýting og samrekstur slíkra kerfa reynst vel. Með þetta að leiðarljósi og vegna þeirrar góðu reynslu sem félögin hafi haft af ofangreindu samstarfsverkefni byggt á 2G og 3G tækni, þá hafi Nova og Vodafone undirritað viljayfirlýsingu í ágúst 2013 þess efnis að stofnað yrði sameiginlegt félag í jafnri eigu beggja aðila um uppbyggingu og rekstur sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu á landsvísu. Í samræmi við þessar fyrirætlanir hafi Nova og Vodafone þann 18. nóvember 2013, undirritað rammasamkomulag um samstarfsverkefni. Markmið rammasamkomulagsins sé að koma skipulagi á samskipti og samstarf aðila á meðan aðilar komi fyrirætlunum sínum á framfæri við viðeigandi stjórnvöld og sækji um þau samþykki og undanþágu sem aðilar telji þörf á vegna samstarfsverkefnisins.

Rammasamkomulaginu sé ætlað að gilda þar til tilskilin leyfi eða undanþága fáist fyrir verkefninu og aðilar hafi orðið ásáttir um stofnun rekstrarfélagsins. Þá hafi aðilar komið sér saman um leiðbeiningarreglur til þess að tryggja að samstarf aðila sé í samræmi við ákvæði samkeppnislaga á gildistíma rammasamkomulagsins.

Samhliða rammasamkomulaginu hafi Nova og Vodafone útbúið ýmis skjöl, m.a. hluthafasamning um stofnun rekstrarfélagsins, samning um rekstur og samskipti félagsins við hluthafa, samning um kaup á eignum og samkomulag um áætlanagerð. Sé þeim skjölum ætlað að leggja grundvöll að samstarfsverkefni aðila að loknum gildistíma rammasamkomulagsins.

Meginmarkmið samstarfsverkefnis aðila sé að:

1. Vinna sameiginlega að innleiðingu á 4G dreifikerfi á landsvísu, á grundvelli svokallaðrar MOGN og Single RAN tækni.
2. Beita hinni nýju tækni til þess að ná fram umtalsverðri hagræðingu í fjárfestingar- og rekstrarliðum til framþróunar og reksturs á 2G og 3G dreifikerfum.
3. Til verði eitt heilsteypt dreifikerfi fyrir 2G, 3G og 4G farsíma- og netþjónustu (3GPP stöðluð farsímataekni) um land allt. Fyrirhugað sé að þetta dreifikerfi verði rekið fyrir tilstilli rekstrarfélagsins.

Þá segir að fjarskiptakerfi séu sett saman af mörgum þáttum, þ.e. kjarnanet (e. core network) og dreifikerfishluta (e. RAN network) sem samanstendur af loftnetum og sendabúnaði sem vinni með úthlutuðum tíðniheimildum. Auk þess séu ýmiskonar fjarskiptalagnir og tækjabúnaður sem tengi kerfi og einingar saman. Fyrirhugaður samrekstur á dreifikerfum aðila nái eingöngu til dreifikerfishluta en ekki til kjarnanets. Samningsáform aðila miði við að dreifikerfishlutinn verði rekinn af félagi í jafnri eigu beggja aðila. Hið sameiginlega félag muni sjá um að veita RAN útbreiðslu og afkastagetu sem Nova og Vodafone muni í sitt hvoru lagi selja aðgang að á heildsölustigi og smásölustigi.

Bæði Nova og Vodafone starfi aðskilin á neytendamarkaði og heildsölumarkaði og hafi hvort félag með höndum rekstur eigin dreifikerfis. Með sameiginlegu dreifikerfi sem veiti bættu RAN útbreiðslu og afkastagetu muni Nova og Vodafone hafa verulega aukna burði til þess að veita neytendum farsímaþjónustu sem standist öll nútímaviðmið um tæknilega getu og landfræðilega útbreiðslu. Þá sé það ljóst að með tilkomu hins nýja dreifikerfis á heildsölustigi skapist aðstæður sem auki samkeppni á heildsölustigi og smásölustigi við dreifikerfi Skipta og smásölukerfi Símans hf. (hér eftir Síminn). Muni þetta verða til mikilla hagsbóta fyrir fjarskiptamarkaðinn, neytendur og samfélagið í heild sinni og muni verkefnið stuðla frekar að nýbreytni og framþróun fjarskiptaneta á farsímamarkaði hér á landi og heilbrigðara samkeppnisumhverfi. Nova og Vodafone muni áfram starfa sem virkir keppinautar á heildsölumarkaði og neytendamarkaði og muni sala, markaðssetning og stjórn félaganna á heildsölustigi og smásölustigi áfram haldast aðskilin.

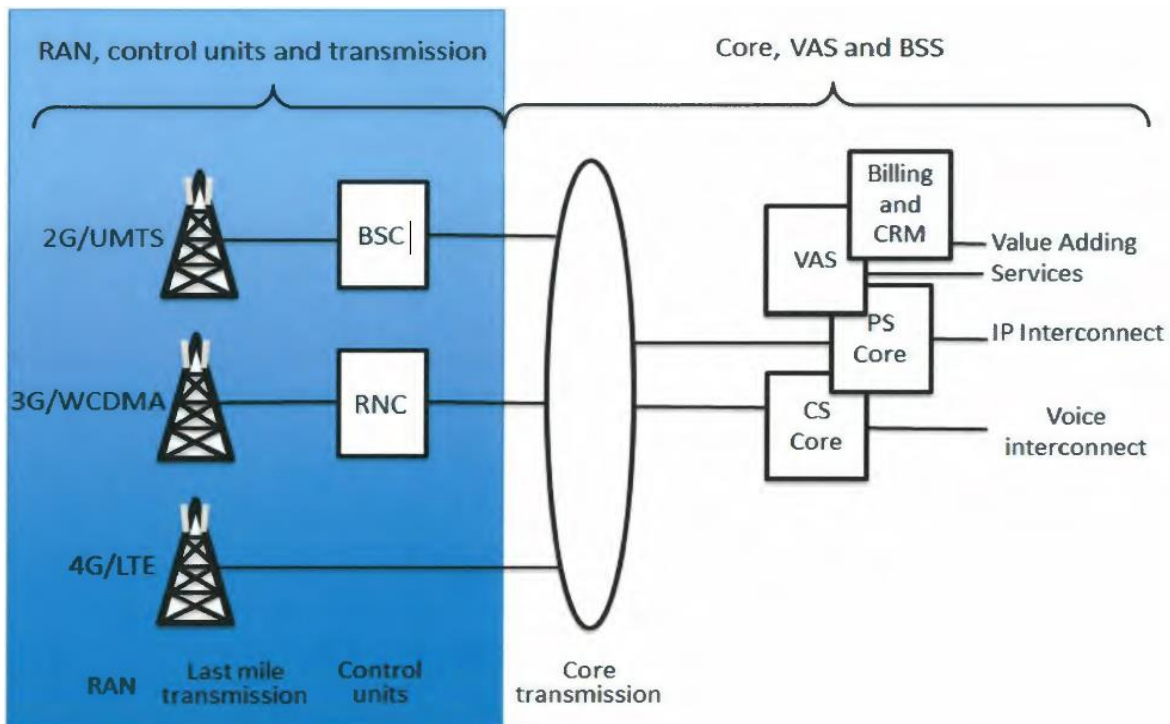
Nova og Vodafone séu meðvituð um að ýmsir þættir samstarfsverkefnis kunni að teljast til þess fallnir að hafa neikvæð samkeppnisleg áhrif, sbr. ákvæði 10. gr. samkeppnislaga, ýmist á heildsölumarkaði eða smásölumörkuðum fjarskiptamarkaðar. Með vísan til þess sé erindi þetta sent Samkeppniseftirlitinu.

2. Hvatar að samstarfi aðila

Með örri þróun fjarskiptatækni blasir við nýr veruleiki á fjarskiptamarkaði segir í erindi Nova og Vodafone. Fjarskiptafyrirtæki þurfi að anna síaukinni eftirspurn eftir farsíma- og gagnaflutningsþjónustu bæði frá neytendum og öðrum fjarskiptafyrirtækjum á smásölumarkaði. Það krefjist umfangsmikilla fjárfestinga að anna þessari auknu eftirspurn bæði að því er varði dreifikerfi, þ.e. fjarskiptavirki og annan tækjabúnað, og vegna kostnaðar varðandi tíðniheimildir. Fjarskiptafyrirtæki á íslenska markaðnum hafi nú þegar fjárfest umtalsvert í slíkum innviðum og sé útséð að frekari fjárfestingar og útgjöld séu kostnaðarsöm, sérstaklega hvað varði minni og nýrri fyrirtæki á fjarskiptamarkaði. Þá hafi fjármálakreppan aukið kröfur um skilvirkni í rekstri og eigi það ekki síst við á fjarskiptamarkaði.

Fjarskiptafyrirtæki víða um heim séu í auknum mæli farin að horfa til þess að samrekstur á RAN dreifikerfum hafi í för með sér ýmsa kosti að því er varði skipulag og hagkvæmni tæknireksturs. Tækniframfarir á undangengnum árum hafi að mörgu leyti miðað að því að einfalda fjarskiptabúnað og gera hann hæfari til samreksturs þannig að fleiri en einn netrekandi geti á raunhæfan hátt nýtt búnaðinn og þær tíðnir sem búnaðurinn vinni með. Samnýting tíðna spili afar stórt hlutverk þegar markmiðið sé að reka dreifikerfi með sem hagkvæmustum hætti.

Uppbygging farsímakerfis sé eins og sýnt er hér fyrir neðan. RAN kerfið sé sýnt innan bláa rammans og sé það sá hluti sem samstarfið taki til.



Mögulegt sé að samnýta RAN kerfi með tvennum hætti, þ.e. með eða án samnýtingar á tíðniheimildum. Með nýrri tækni, svonefndri MOCN tækni geti fleiri en einn netrekandi rekið sameiginlegt dreifikerfi sem samnýti ekki eingöngu vélbúnað heldur einnig tíðnir. MOCN tæknin geri það mun hagkvæmara fyrir fjarskiptafyrirtæki að reka dreifikerfi þar sem hún veiti bestu hugsanlegu samnýtingu tíðna og þar með dreifikerfa, sem völ sé á í dag. Með

MOCN tækni geti fjarskiptafyrirtæki því sparað sér miklar fjárfestingar í sendibúnaði og öðrum tengdum búnaði, neytendum til hagsbóta. Þá kunni samnýting á tíðnum að leiða til þess að svigrúm skapist til nýtingar annarra aðila á hluta tíðnisviðs. Þess megi geta að PFS hafi almennt séð litið með jákvæðum hætti á hugsanlega samnýtingu tíðna. Með samrekstri af þessu tagi sé mögulegt að deila bæði fjármagnskostnaði og rekstrarkostnaði vegna dreifikerfa fyrir gagnaflutning og farsímaþjónustu. Hvatinn að samstarfi samstarfsaðila, Nova og Vodafone, sé því að dregið verði úr þeim mikla kostnaði sem annars falli til vegna uppbyggingar og reksturs dreifikerfa.

Með þessu móti sé unnt að ná fram ýmsum jákvæðum áhrifum á borð við hagræðingu í rekstri, stærðarhagkvæmni, auknu svigrúm fyrir þróun og rannsóknir, minnkun aðfangakostnaðar, aukna framleiðni og möguleika til að einfalda rekstrarskipulag. Þetta eigi sérstaklega við á mettuðum markaði með mikla eiginfjárförf, þar sem viðvarandi þrýstingur sé í átt til uppbyggingar og útgjalda vegna hraðrar þróunar í tækni. Aðilar á fjarskiptamarkaði þurfi að hafa mikla tæknilega þekkingu, mikið af fjármagni og þurfi að geta þróað og aðlagð tækni að þörfum viðskiptavina og markaðsaðstæðum tiltölulega hratt. Einnig þurfi þeir að geta boðið mikla afkastagetu samhliða því að bjóða upp á hóflegt verð og viðunandi gæði. Samrekstur dreifikerfa geri samstarfsaðilum einnig kleift að auka stærðarhagkvæmni og samlegðaráhrif sem auki skilvirkni í rekstri og tryggi frekari arðsemi rekstursins og háværkun hagnaðar. Samreksturinn verði þannig til þess að samstarfsaðilarnir verði skilvirkari keppinautar á samkeppnismarkaði.

Heildsölumarkaður fyrir farsímadreifikerfi einkennist einnig af ósjálfstæði, þar sem keppinautar reiði sig á aðgang að dreifikerfi keppinauta í því skyni að bjóða þjónustu á smásölumarkaði. Þetta ósjálfstæði skapi óneitanlega óvissu í áætlanagerð. Samrekstur á RAN dreifikerfi sé ein leið til þess að minnka þessa óvissu. Þannig skapist bætt skilyrði til áætlanagerðar, þ.e. að því gefnu að ekki sé um að ræða samkeppnishamlandi upplýsingaskipti á rekstrarleyndarmálum eða öðrum óopinberum upplýsingum sem leynt eigi að fara.

Ljóst sé einnig að aðgangshindranir séu á fjarskiptamarkaði, m.a. vegna mikillar fjárfestingarþarfar og kostnaðar við uppsetningu og rekstur dreifikerfa og takmarkaðrar úthlutunar tíðniheimilda. Fjárfesting í tíðniheimildum sé kostnaðarsamur liður í starfsemi fjarskiptafyrirtækja. Með því að auka hagkvæmni í rekstri þeirra dreifikerfa og tíðniheimilda sem þegar séu til staðar á markaði geti minni aðilar með þessu móti yfirstigið þær aðgangshindranir sem til staðar séu á fjarskiptamarkaðnum. Þau áhrif sem náist með samrekstri dreifikerfa séu þó ekki eingöngu til þess að auka arðsemi, stærðarhagkvæmni eða samlegðaráhrif. Til að mynda aukist vaxtarmöguleikar innan fjarskiptamarkaðarins. Þannig sé fyrirséð að samstarf af því tagi sem hér um ræði auki fjárfestingar og framleiðni á fjarskiptamarkaði. Í því tilliti megi einkum hafa í huga hraða innleiðingu á nýrri tækni 4G og bætt 2G og 3G þjónustu.

Ofangreint skapi einnig aukið svigrúm fyrir aðila til þess að einbeita sér frekar að þróun nýrra vöru- og þjónustumarkaða og stuðli þannig að hagvexti og tæknilegum framförum. Mikilvægt sé að hafa í huga að nýsköpun snúist ekki einvörðungu um innleiðingu eða þróun á nýrri tækni heldur einnig um tilkomu nýrra aðferða við rekstur slíkrar tækni.

Þá sé vöruframboð á farsíma- og gagnaflutningsmarkaði síbreytilegt og kvíkt á meðan eftirspurn aukist stöðugt. Samstarf af þessu tagi skili sér í auknum gæðum vöru og þjónustu sem auki almenna velferð og hagsæld í samfélaginu.

Áform aðila verði einnig að athuga í samhengi við útbreiðslu og uppbyggingarkröfur sem PFS hafi gert í skilmálum frá 17. desember 2012, vegna uppboðs á tíðniréttindum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum (4G tíðniheimildum). Nova og Vodafone hafi fengið úthlutað tíðniheimildum sem fylgi þær kvaðir að 93,5% lögheimila og vinnustaða á landinu skuli standa til boða tilteknir gagnaflutningshraðar fyrir árslok 2016 og 2020. Gert sé ráð fyrir að hraði tenginga aukist þannig jafnt og þétt. Ljóst sé að þetta kalli á hraða uppbyggingu af hálfu samstarfsaðila. Aðilar telji að samstarfið stuðli að útbreiðslu á 4G dreifikerfi á skemmri tíma en ella yrði. Þar með sé það til þess fallið að tryggja enn frekar að kröfur PFS að þessu leyti verði uppfylltar með viðunandi hraða.

Fyrirsjáanlegt sé að dreifikerfi sem rekið sé með hagkvæmari hætti en ella eigi auðveldara með að veita stórum, fjárhagslega sterkum keppinautum sem fyrir séu á markaðnum aukna samkeppni, þ. á m. í samkeppni um viðskipti sýndarnets- og endursöluaðila. Þannig skapist jarðvegur fyrir viðvarandi heilbrigða samkeppni á fjarskiptamarkaði.

3. Umfang fyrirhugaðs samstarfs

Fram kemur að rekstrarfélagið muni eignast þann fjarskiptabúnað sem tengist dreifikerfi aðila (RAN kerfi), þ.e. BSC/RNC, senda, loftnet, varaafli og annan sérhæfðan tækjabúnað. Þannig muni verða unnt að reka RAN kerfi Nova og Vodafone sem eitt sameiginlegt RAN kerfi. Samrekstur á RAN kerfi krefjist meiri samþættingar á tækjabúnaði en hefðbundin deiling á möstrum eða með hefðbundnum reikisamningum. Þannig krefjist samrekstur RAN kerfis samnýtingar á fjarskiptavirkjum, þ. m. t. sendum og loftnetum, tíðniheimildum og öðrum tækjabúnaði sem tengist beint RAN kerfinu.

Rekstrarfélagið muni annast rekstur, uppbyggingu, þróun og viðhald á 3GPP fjarskiptabúnaði (þ.e. 2G, 3G, 4G og seinni tíma 3GPP tækni) sem muni vera í eigu félagsins vegna reksturs á RAN kerfinu. Rekstrarfélagið muni veita eigendum félagsins útbreiðslu/þekjun og afkastagetu sem og útvega þeim aðgang að nauðsynlegum fjarskiptatengingum til að tengja saman kjarnakerfi viðkomandi eiganda við RAN dreifikerfið. Rekstrarfélaginu verði eingöngu heimilt að selja þjónustu til eigenda sinna. Samstarfsaðilar muni hvor fyrir sig nota útbreiðslu og afkastagetu rekstrarfélagsins til þess að bjóða þjónustu til neytenda og fyrirtækja á smásölustigi. Samstarfsaðilar muni einnig hvor með sínum hætti sjá um og keppa um að áframselja farsímaþjónustu í heildsölu til fyrirtækja sem skilgreind séu sem fjarskiptafyrirtæki samkvæmt lögum um fjarskipti nr. 81/2003 á heildsölumarkaði.

Rekstrarfélagið muni ekki hafa aðgang að kjarnanetum Nova og Vodafone. Kjarnanet sé sá hluti fjarskiptakerfis sem veiti virðisaukandi þjónustu og ýmsa nauðsynlega grunnþjónustu, svo sem samtengingarþjónustu í heildsölu, sem geri viðskiptavinum eins rekstraraðila kleift að hafa samskipti við viðskiptavinini sama eða annars rekstraraðila eða njóta þjónustu annars rekstraraðila. Kjarnanet skrái einnig upplýsingar um notkun viðskiptavina, t.d. einingafjölda, mínútur, gerð símtala, gerð áskrifta, sem og margvíslegar

þjónustuskilgreiningar notenda. Nova og Vodafone muni halda áfram að reka kjarnanet sín með aðskildum hætti.

Með því sé tryggt að Nova og Vodafone geti ekki aflað sér upplýsinga um notkun hvors aðila á afköstum RAN kerfisins. Rekstrarfélagið muni samnýta þær tíðniheimildir sem úthlutað hafi verið til Nova og Vodafone í samræmi við kröfur fjarskiptalaga og möguleg skilyrði sem PFS kunnir að setja samnýtingu tíðniheimilda aðila. Samnýtingin muni byggja á MOCN tækni og nái til allrar tækni sem byggir á 3GPP staðli, þ.e. 2G, 3G og 4G, ásamt þeirri tækni sem muni þróast í náninni framtíð.

Þá segir að samstarfsaðilum verði áfram heimil öll frekari uppbygging og rekstur á fjarskiptanetum sínum sem ekki taki til þeirrar starfsemi sem rekstrarfélagið hafi með höndum. Með þessum hætti sé tryggt að öðrum samstarfsaðilanum verði ekki kleift að koma í veg fyrir uppbyggingu fjarskiptanets hins samstarfsaðilans. Tryggt sé með samningi aðila að uppbygging rekstrarfélagsins verði ekki skilyrðislaust háð samþykki beggja aðila. Þannig geti annar aðili óskað eftir sérþækri uppbyggingu með þeim skilyrðum sem kveðið sé á um í hluthafasamningi aðila.

Tilgangur rekstrarfélagsins sé þannig fyrst og fremst að tryggja aðilum þá hagkvæmni sem felist í því að nýta hina nýju RAN tækni til samreksturs. Rekstur félagsins muni vera fjármagnaður með mánaðarlegum greiðslum frá eigendum. Greiðslurnar byggir annars vegar á föstum kostnaði og hins vegar breytilegum kostnaði. Föstum kostnaði verði skipt jafnt milli eigenda. Muni rekstrarfélagið innheimta fasta, jafnháa þóknun af báðum aðilum fyrir fastan kostnað við rekstur dreifikerfisins. Breytilegan kostnað greiði aðilar hlutfallslega í samræmi við notkun sína. Rekstrarfélagið geri sérstaka þjónustusamninga við aðila vegna þjónustu þeirra við rekstrarfélagið líkt og um óskylda aðila sé að ræða. Greiði félagið fyrir þá þjónustu samkvæmt útgefnum reikningum.

Rekstrarfélagið muni hafa framkvæmdastjóra og þrjú starfsmenn sem tryggja eigi framkvæmd uppbyggingar RAN dreifikerfisins og að daglegum rekstri sé sinnt til jafnra hagsbóta beggja aðila. Stjórn rekstrarfélagsins verði skipuð fjórum stjórnarmönnum, tveimur tilnefndum af hvorum samstarfsaðila fyrir sig. Stjórnarmanni í Nova og Vodafone verði ekki heimilt að sitja í stjórn rekstrarfélagsins. Þá skuli stjórnarmenn rekstrarfélagsins ekki starfa beint fyrir Nova og Vodafone við sölu eða markaðssetningu.

Samningur samstarfsaðila sé til tíu ára. Jafnframt sé kveðið á um gagnkvæma uppsagnarheimild í samningnum og tilgreint með hvaða hætti ljúka skuli samstarfinu komi til þess að bundinn verði endir á það.

4. Erlend verkefni um samrekstur farsímadreifikerfa

Í erindinu kemur fram að samrekstur farsímadreifikerfa sé ekki nýtt fyrirbæri í Evrópu. Finna megi fjölmörg dæmi frá nágrennalöndum Íslands um um slík verkefni þar sem fjarskiptafyrirtæki hafi unnið sameiginlega að rekstri á dreifikerfum hvors annars með góðum árangri án þess að hindra samkeppni.

4.1 Framkvæmdastjórn ESB

Aðilar telji að stofnanir Evrópusambandsins líti almennt jákvæðum augum á samstarfsverkefni um dreifikerfisrekstur á fjarskiptamarkaði. Í greinargerð frá framkvæmdastjórn Evrópusambandsins árið 2011 í tengslum við fyrirhugaða innleiðingu á 3G farsímatækni í löndum Evrópusambandsins komi fram að almenn afstaða framkvæmdastjórnarinnar gagnvart samrekstri dreifikerfa sé jákvæð, að því gefnu að reglur samkeppnisréttar séu virtar, þar sem slíkur samrekstur kunni að hafa jákvæð efnahagsleg áhrif. Komi fram í 23. mgr. formála tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og þjónustu að samnýting á innviðum geti verið til góða að því er líti að bæjarskipulagi, almannaheilsu og umhverfisáhrifum og að æskilegt sé að innlend yfirvöld hvetji til slíkra verkefna á grundvelli samninga.

Samrekstur dreifikerfa hafi nokkrum sinnum komið til úrlausnar hjá framkvæmdastjórn Evrópusambandsins. Hér beri sérstaklega að nefna tvær úrlausnir framkvæmdastjórnarinnar varðandi samrekstur innviða (MORAN) og reiki fyrir þriðju kynslóð farsíma (UMTS/3G) milli annars vegar T-Mobile Deutschland/02 Germany og hins vegar 02 UK/T-Mobile UK5 á heimamörkuðum.

Fyrra málið varði samnýtingu á innviðum (e. site sharing) fyrir 2G, 2.5G og 3G tækni og reikisamning milli samstarfsaðila án samnýtingar á grunnneti, öðrum tækjabúnaði eða tíðnum. Samningurinn hafi einnig falið í sér samnýtingu á fjarskiptavirkjum aðila. Framkvæmdastjórnin hafi lagt áherslu á að aðilar hefðu áfram haft sjálfstæða stjórn á eigin farsímaneti, þ.e. grunnneti, og hafi getað boðið hvort sína þjónustu á smásölustigi. Þá hafi kostnaður aðila vegna verkefnisins ekki verið hátt hlutfall af sameiginlegum kostnaði þeirra. Framkvæmdastjórnin hafi tekið fram að samningur aðila gæti haft hamlandi áhrif á samkeppni aðila um úbreiðslu þjónustusvæðis, gæði þjónustu og hraða tenginga. Aftur á móti hafi framkvæmdastjórnin litið svo á að öll skilyrði 3. mgr. 101. gr. SFE hafi verið uppfyllt, meðal annars vegna aukinnar skilvirkni og ávinnings fyrir neytendur og vísbendinga um aukna samkeppni milli aðila á fjarskiptamarkaði. Því hafi aðilum verið veitt undanþága fyrir samstarfinu.

Seinna málið hafi varðað svipaða samnýtingu en hafi ekki tekið til samnýtingar á loftnetum. Framkvæmdastjórnin hafi líkt og í fyrra málinu lagt áherslu á að aðilar hefðu áfram sjálfstæða stjórn á eigin grunnneti og gætu boðið hvor sína þjónustu á smásölustigi. Þá hafi sameiginlegur kostnaður aðila vegna verkefnisins ekki verið hár. Ljóst sé af niðurstöðum ofangreindra mála að samrekstur dreifikerfa geti hæglega leitt til jákvæðra efnahagslegra áhrifa, skilað sér til neytenda í bættu þjónustuframboði og aukið heilbrigða samkeppni. Draga megi saman þau sjónarmið um hagræðingu og gæði sem litið hafi verið til í ofangreindum málum þegar áhrif á samkeppni og skilyrði hugsanlegrar undanþágu, skv. 3. mgr. 101. gr. SFE hafi verið metin:

1. Lækkun fjárfestingarútgjalda vegna stjórnunar, framleiðslu og uppsetningar innviða í kjölfar sameiginlegrar notkunar og þróunar.
2. Þróun tækni, þjónustu og vöru/þjónustuframboðs, þ. m. t. vegna hraðari nýsköpunar og þróunar á farsímatækni, ekki síst með 3G/UMTS tækni (og á endanum 4G tækni).

3. Stærra umfang þjónustusvæðis með auknu og bættu framboði á afkastagetu dreifikerfa.
4. Betra dreifikerfi vegna uppbyggingar innviða og tækjakosts.
5. Meiri skilvirkni og hagkvæmari verðmætaráðstöfun sem leiði af sér að fyrirtæki hafi aukið svigrúm til viðhalds, þróunar nýrrar tækni og nýsköpunar, t.d. með 3G/UMTS tækni og 4G tækni.

4.2 Svíþjóð

Frá árinu 2001 hafi sænska samkeppniseftirlitið (Konkurrensverket) samtals fjórum sinnum tekið afstöðu til samstarfsverkefna vegna tækniþróunar á sviði dreifikerfa, ýmist fyrir farsíma, tölvur eða snjallsíma og hafi verkefnin jafnan hlotið samþykki eftirlitsins eða þau verið samþykkt með skilyrðum.

Á sænskum fjarskiptamarkaði séu í dag rekin þrjú sameiginleg dreifikerfi sem framleiði afkastagetu fyrir samstarfsaðila, þ.e. *Svenska UMTS-Nat* (TeliaSonera/Telenor), *Net4Mobility* (Tele2/Telenor) og *3G/S* (Telenor/3).

Rétt þygi að greina frá nýjustu ákvörðun sænska samkeppniseftirlitsins frá 8. september 2010 í máli *Telenor Sverige/Tele2 Sverige/Net4Mobility* og því verkefni sem þar hafi verið tekin afstaða til. Málið hafi varðað samstarfsverkefni sænsku fjarskiptafyrirtækjanna Tele2 og Telenor um þróun, rekstur og viðhald sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsíma og breiðband á heildsölumarkaði. Verkefnið hafi spannað meðal annars þróun á sameiginlegu 4G dreifikerfi og þróun og stækkun á fyrirliggjandi sameiginlegu 2G dreifikerfi aðila.

Í málinu komi fram að sænska samkeppniseftirlitið líti almennt séð jákvætt á samstarf um aðgang og nýtingu dreifikerfa fyrir Internetþjónustu, að því gefnu að samstarf leiði til efnahagslegra framfara, hraðari þróunar Internetsins og aukins framboðs þjónustu til neytenda. Hafi sænska samkeppniseftirlitið meðal annars lagt til grundvallar að kostnaður vegna verkefnisins hafi falið í sér lágt hlutfall af heildarkostnaði aðila við að veita farsíma og breiðbandsþjónustu. Einnig hafi tækniþróun verið hröð á markaði fyrir farsíma og breiðband, þá sérstaklega varðandi 4G tækni og hafi það gert fyrirtækjum erfitt fyrir að viðhafa og viðhalda samkeppnishamlandi samráði. Þá hafi samstarfið ekki varðað markaðssetningu á smásölumarkaði og miðað við forsendur þess hafi verið talið ólíklegt að samstarfið myndi hafa áhrif á þeim markaði. Þá hafi stærsti keppinauturinn á markaðnum ekki verið aðili að samstarfinu og búast mætti við samkeppni af hans hálfu. Taldi sænska samkeppniseftirlitið að fyrirséð væri að samstarfið myndi ekki hafa í för með sér neikvæðar samkeppnislegar afleiðingar á heildsölumarkaði farsímadreifikerfa.

Niðurstaða sænska samkeppniseftirlitsins hafi verið á þá leið ekki hafi verið tilefni til þess að athuga frekar hvort í samstarfinu hafi falist brot gegn ákvæðum sænsku samkeppnislaganna um samkeppnishamlandi samráð eða gegn ákvæðum 101 gr. sáttmála um framkvæmd Evrópusambandsins (SFE).

4.3 Danmörk

Í Danmörku hafi sambærilegt samstarfsverkefni og verkefni Nova og Vodafone komið til umfjöllunar danska samkeppnis- og neytendaráðsins (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen), vegna undanþágubeiðni frá bannákvæðum 6. gr. dönsku

samkeppnislaganna um samkeppnishamlandi samráð. Málinu hafi lokið með ákvörðun ráðsins, þann 29. febrúar 2012 í máli *Telia/Telenor/Newco*.

Málið hafi varðað láréttan samstarfssamning milli Telenor A/S og Telia Denmark um innleiðingu á dreifikerfi og samrekstur dreifikerfa í gegnum fyrirtæki í sameiginlegri eigu beggja félaga, Newco. Newco skyldi eiga, reka og þróa RAN kerfi til afhendingar á afkastagetu í dreifingu fyrir félögin. Samningurinn hafi falið í sér að félögin deildu með sér RAN innviðum (möstrum og loftnetum) og tíðniheimildum. Verkefnið hafi spannað alla fyrirbyggjandi tækni í dreifikerfum fyrirtækjanna, þar með talið 2G, 3G og 4G tækni og 4G tækni sem fyrirséð væri að síðar kunni að þróast. Markmið aðila með samstarfinu hafi verið að ná fram hagræðingu í rekstri með því að auka skilvirkni, draga úr útgjöldum og bæta dreifikerfi m.t.t. umfangs þjónustusvæðis og tækni. Í samstarfinu hafi falist að aðilar deildu ekki grunnneti sínu. Að öllu öðru leyti skyldu aðilar starfa algerlega sjálfstætt sem keppinautar á heildsölumarkaði og smásölumarkaði.

Í ákvörðun sinni hafi danska samkeppnis- og neytendaráðið lagt m.a. til grundvallar að verkefnið hafi ekki falið í sér samstarf sem hafi að markmiði að raska samkeppni í skilningi 6. gr. dönsku samkeppnislaganna. Þó hafi vissir þættir samstarfsins gefið til kynna að samstarfið gæti haft hamlandi áhrif á samkeppni á bæði heildsölumarkaði og smásölumarkaði fyrir gagnaflytning og farsímanotkun og einnig á markaði fyrir tíðniheimildir.

Þegar aftur á móti hafi verið litið til útfærslu verkefnisins og þeirra skilyrða sem aðilar hafi sett sér sjálfir, rekstrarfélaginu og einstökum þáttum samstarfsverkefnisins sjálfs, hafi ekki verið talið tilefni til þess að líta svo á að verkefnið hefði samkeppnishamlandi áhrif. Umrædd skilyrði hafi varðað meðal annars aðgang að heildsölumarkaði með tilteknum hætti, uppgjörskerfi rekstrarfélagsins, uppboð á tíðnum, aðgang að möstrum og öðrum senditækjum og upplýsingaskipti starfsmanna aðila og rekstrarfélagsins.

Að lokum hafi danska samkeppnis- og neytendaráðið talið að öll skilyrði undanþáguheimildar 8. gr. dönsku samkeppnislaganna hafi verið uppfyllt, þar sem um hafi verið að ræða frekari útbreiðslu 2G og 4G kerfa á landsvísu ásamt aukinni hagræðingu og skilvirkni þjónustuaðilanna sem myndi skila sér til neytenda. Aukin útbreiðsla þýddi betri aðgang aðila á heildsölumarkaði og neytenda. Tæknileg nauðsyn hafi borið til þess að framkvæma samrekstur kerfanna á þennan tiltekna hátt og samstarfið hafi ekki gefið tilefni til útilokunar keppinauta hvorki á heildsölumarkaði né neytendamarkaði. Hafi því ekki staðið tilefni til annars en að samþykkja undanþágubeiðni Telia og Telenor.

5. Markaðir málsins að mati Vodafone og Nova

Að mati samstarfsaðila er landfræðilegur markaður málsins landið allt. Fjarskiptaneti samstarfsaðilanna sé ætlað að ná sem mestri útbreiðslu á landinu og telji þeir landfræðilegan markað því ótvírætt ná til alls landsins. Sé það í samræmi við ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins og áfrýjunarnefndar samkeppnismála í nýlegum málum, sbr. ákvörðun nr. 1/2012. Að því er varðar einstaka þjónustumarkaði þá sé það mat samstarfsaðila að mögulegra áhrifa af fyrirhuguðu samstarfi þeirra kunni að gæta á eftirfarandi mörkuðum:

1. Markaði fyrir farsímaþjónustu - heildsölu- og smásölustig
2. Markaði fyrir gagnaflutningsþjónustu
3. Markaði fyrir leigulínur
4. Markaði fyrir ljósleiðara
5. Markaði fyrir hýsingu og aðstöðu

5.1 Aðilar á markaði og staða þeirra

Skipti hf. (Skipti), og forverar samstæðunnar, hafa að mati aðila samstarfsins um árabíl haft lögbundið einkaleyfi til að veita fjarskiptaþjónustu á Íslandi eða allt til 1. janúar 1998. Skipti og dótturfyrirtækin Síminn og Míla hafi þá sérstöðu að þau veiti alhliða fjarskiptaþjónustu og eigi grunnfjarskiptakerfi landsins sem öll önnur fjarskiptafyrirtæki þurfi að tengjast. Skiptasamstæðan hafi því bæði tæknilega yfirburði og útbreiðsluyfirburði.

Samkvæmt skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2011, *Samkeppnin eftir hrun*, sé markaðshlutdeild á heildarfjarskiptamarkaði þannig að dótturfélög Skipta hafi um 60-65% markaðshlutdeild, Vodafone sé með 25-30% markaðshlutdeild og aðrir, til að mynda Nova og Tal með 10-15% markaðshlutdeild. Þá hafi sterk staða Símans og tengdra aðila nýlega verið staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 þar sem fram komi að Síminn og tengdir aðilar hafi mun sterkari stöðu en Nova og Vodafone á fjarskiptamarkaði í heild sinni og á þýðingarmiklum undirmörkuðum svo sem á markaði fyrir gagnaflutningsþjónustu og farsímaþjónustu. Síminn hafi í fyrri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins verið skilgreindur sem markaðsráðandi á markaði fyrir gagnaflutningsþjónustu og farsímaþjónustu. Skipti hafi jafnframt nýlega lokið fjárhagslegri endurskipulagningu félagsins. Hafi forstjóri félagsins sagt við það tækifæri að endurskipulagningin myndi gjörbreyta rekstri félagsins og styrkja hann.

Þá telja málsaðilar að einnig sé rétt að hafa í huga að niðurstaða um markaðsráðandi stöðu byggji ekki alfarið á upplýsingum um markaðshlutdeild aðila. Í ljósi markaðsgerðar þurfi einnig að hafa í huga almennan efnahagslegan styrkleika fyrirtækja og önnur atriði sem varði sérstaklega markaðsgerðina. Þannig geti m.a. aðgangur að fjármagni, umfram framleiðslugetu, sterk vörumerki á grundvelli viðamikilla auglýsingaherferða, þróað og útbreytt sölunet og víðtækt þjónustuframboð haft þýðingu við mat á stöðu aðila á markaði. Sé í þessu sambandi vísað til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 31/2011.

Fram kemur í erindinu að í rekstri á heildsölumarkaði fyrir gagnaflutningsþjónustu í farsíma og farsímaþjónustu séu þrjú aðilar sem selt geti aðgang að sínum farsímanetum. Hér sé um að ræða Símann, Vodafone og Nova. Þá megi gera ráð fyrir að brátt hefji innreið sína á þennan markað nýr keppinautur, 365 miðlar ehf., en félagið hafi fengið í byrjun árs úthlutað tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðinu (4G tíðniheimildum) frá PFS. Þau net sem þessi fyrirtæki hafi yfir að ráða séu nokkuð mismunandi að gerð og útbreiðslu. Síminn sé eina fyrirtækið sem reki bæði GSM og UMTS net og nái úrbreiðslan nokkurn veginn yfir landið allt og miðin. Vodafone reki GSM net sem hafi einnig útbreiðslu um landið og miðin og Nova reki UMTS net sem einnig hafi nokkra útbreiðslu, en sé þó að mestu leyti bundin við þéttbýli.

5.1.1 Markaður fyrir farsímaþjónustu - heildsölu- og smásölustig

Í erindinu segir að í ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins hafi almennt verið miðað við að hér á landi sé einn heildarmarkaður fyrir farsímaþjónustu sem aðskilinn sé frá markaði fyrir talsímaþjónustu. Þá hafi Samkeppniseftirlitið litið svo á að farsímaþjónusta á smásölu markaði, hvort sem hún sé greidd fyrir fram eða eftir á, falli undir sama þjónustumarkað. Í ljósi þess að GSM þjónusta með áskrift eða fyrirframgreiddum kortum fyrir tal (innanlandssímtöl, millilandasímtöl og reikþjónusta), SMS, MMS og önnur gagnaflutningsþjónusta um GPRS eða EDGE sé venjulega seld saman í einum pakka til notenda, hafi það verið mat Samkeppniseftirlitsins að viðkomandi smásölu markaður innihaldi einnig SMS, MMS, reikþjónustu innanlands sem og millilandasímtöl og aðra gagnaflutningsþjónustu. Benda megi í þessu sambandi á leiðbeiningu ESA um markaðsgreiningu og mat á markaðsráðandi stöðu fyrir fjarskiptanet og þjónustu, sbr. viðauka XI við Samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES).

Í erindinu er fjallað um markaðshlutdeild á farsíma markaði eftir tekjum á heildsölu- og smásölustigi frá árinu 2010, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 31/2011. Í þessu samhengi, segir í erindinu, verði hins vegar að benda á að langstærstur hluti heildsöluviðskipta Vodafone og Nova sé við eigin smásöluvið. Á markaði fyrir veitingu heildsöluþjónustu til sýndarnets- og endursöluaðila sé Síminn með yfirburðastöðu en ekki liggja fyrir nákvæmar hlutdeildartölur um það. Í úrskurði í máli nr. 10/2011 hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði í heild og á þýðingarmiklum undirmörkuðum. Sú niðurstaða nefndarinnar hafi verið áréttuð í úrskurði hennar í máli nr. 1/2012.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, nr. 1/2012, hafi verið vikið að því að markaðsráðandi staða geti verið fyrir hendi þótt lífleg samkeppni sé á viðkomandi markaði. Við mat á lágmarks markaðshlutdeild skipti máli hversu öflugir keppinautarnir séu og hvernig þeir dreifist. Aðgangshindranir skipti og máli, sbr. nánari umfjöllun áfrýjunarnefndarinnar í úrskurði í máli nr. 10/2011, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í síðastgreindum úrskurði hafi jafnframt verið komist að þeirri niðurstöðu, varðandi Símann, að af fyrirliggjandi greiningu á fjarskiptamarkaðinum og helstu undirmörkuðum, mætti ráða að Síminn og tengdir aðilar hafi verið með mun sterkari markaðsstöðu en keppinautarnir. Hafi þetta sérstaklega átt við um fjarskiptamarkaðinn í heild sinni og undirmarkað með farsímaþjónustu. Í því máli hafi jafnframt verið fallist á að sá almenni styrkur Símans sem m.a. felist í umfangsmeira sölu- og markaðskerfi, auk viðameira dreifikerfis, hafi enn frekar stutt þá niðurstöðu að Síminn teldist hafa verið í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum.

Frá því að framangreindar ákvarðanir hafi verið teknar og markaðsgreiningar gerðar hafi breytingar á fjarskiptamarkaðnum ekki verið með þeim hætti að haggi markaðsráðandi stöðu Símans. Þvert á móti bendi flest til þess að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu.

5.1.2 Gagnaflutningsmarkaður

Málsaðilar segja að líkt og vikið hafi verið að í ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins sé markaður fyrir Internettengingar um farsímanet og 3G netlykla aðskilinn frá markaði fyrir fastar Internettengingar. Hafi eftirlitið talið að ekki væri staðganga milli þráðlauss gagnaflutnings um farsímanet og hefðbundinna fastra Internettenginga. Það hafi hins vegar verið mat Samkeppniseftirlitsins að umræddir markaðir séu tengdir þar sem þjónusta

á hvorum markaði fyrir sig sé stuðningsþjónusta hinnar og með kaupum á báðum þjónustum sé náð fram fullnægjandi og ítrustu virkni. Komi þetta mat meðal annars fram í ákvörðun Samkeppniseftirlitisins nr. 31/2011. Í þeirri ákvörðun hafi verið fjallað um markað með 3G gagnaflutningsþjónustu. Hafi verið talið að um örsmáan undirmarkað hafi verið að ræða þegar mið hafi verið tekið af tekjum af þeirri þjónustu sem hlutfalli af heildartekjum á fjarskiptamarkaði. Ljóst hafi hins vegar verið að um vaxandi markað hafi verið að ræða. Samkvæmt skýrslu PFS um íslenska fjarskiptamarkaðinn árið 2012 hafi fjöldi áskrifenda í áskrift á nettengingum í gegnum farsímanet nánast tvöfaldast. Á árunum 2010-2012 hafi Síminn bætt við sig flestum viðskiptavinum á meðan fjölgun hjá Nova og Vodafone hafi verið jafnari.

Megin forsenda markaðshlutdeildar í samkeppnisrétti séu tekjur aðila á skilgreindum markaði yfir ákveðið tímabil. Einn af grundvallarþáttum í starfsemi markaðsaðila til þess að meta markaðsstyrk og mögulega getu til aðgerða á markaði sé tekjuvelta aðila á viðkomandi markaði og tengdum mörkuðum. Líkt og fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitisins nr. 31/2011 sé tekjuvelta og almennur efnahagslegur styrkleiki líklegur til að vera helsti og besti mælikvarði á getu hvers fyrirtækis til aðgerða á markaði og mögulegs úthalds þeim tengdum.

Hafi þetta sjónarmið verið rakið enn frekar í ákvörðun Samkeppniseftirlitisins nr. 30/2011 þar sem staða Símans á heildarfjarskiptamarkaði hafi verið talin leiða til þess að félagið hafi verið talið í markaðsráðandi stöðu á markaði með 3G netlykla. Við mat á markaðsstyrk fyrirtækjanna á einstaka undirmarkaði fjarskiptaþjónustu hafi Samkeppniseftirlitið litið svo á að jafnframt sé nauðsynlegt, eins og fyrr segi, að líta til skipulags, þróunar og stöðu á tengdum mörkuðum og efnahagslegs styrkleika. Sé það í fullu samræmi við það sem fram komi í þeim úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

5.1.3 Markaður fyrir leigulínur

Leigulínur, segir í erindinu, eins og þær hafi verið skilgreindar af PFS, séu fjarskiptaaðstaða sem gefi kost á gagnsærri flutningsgetu milli nettengipunkta og innifeli ekki samnýtingu sambanda. Flutningsmiðlar fyrir leigulínur geti ýmist verið koparstengir, ljósleiðarar eða radíósambönd í aðgangsnetum eða rásir í fjölrásakerfum á stofnlínum. Leigulínur geti síðan annað hvort verið hliðrænar eða stafrænar. Aðilar málsins telji að áhrifa geti gætt á markaði fyrir leigulínur.

Samkvæmt markaðsgreiningum PFS sé Síminn skilgreindur með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir lágmarksframboð á leigulínum. Segi í greiningunni að Síminn hafi einn og sér þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni og geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Þá sé sömu sögu að segja á markaði fyrir lúkningsarhluta leigulína og stofnlínuhluta leigulína. Viðskipti með leigulínur heyri nú undir Mílu og verði ekki annað séð, sbr. markaðsgreiningu PFS, en að Míla sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir leigulínur.

5.1.4 Markaður fyrir ljósleiðara og aðgang að sírstöðvum

Mat samstarfsaðila er að markaður fyrir ljósleiðara sé einnig markaður þar sem áhrifa kunni að gæta. Einn ljósleiðari sé hringinn í kringum landið og sé meirihluti þeirra þráða sem í honum séu í eigu eða í umráðum Mílu. Í umræddum ljósleiðara liggi samtals átta þræðir. Fimm þeirra séu í afnotum eða eigu Mílu, einn sé nýttur af Ratsjárstofnun og tveir séu í

umráðum íslenska ríkisins f.h. NATO. Vodafone hafi leigt einn þessara þráða af þáverandi Varnarmálastofnun Íslands á árinu 2010. Míla sé í ljósi framangreinds í mjög sterkri stöðu á ljósleiðaramarkaði enda hafi félagið yfir að ráða miklum meirihluta þeirra þráða sem séu á markaði, þ.e. fimm af þeim sex sem séu í boði á almennum markaði. Til að eiga möguleika á að nýta sér umræddan þráð þurfi Vodafone aðgang að þeim símsstöðvum sem ljóðsleiðarinn liggja í gegnum. Líta megi svo á að aðgangurinn að símsstöðvunum sem þráðurinn liggja um sem sérstakan markað í skilningi samkeppnisréttar enda sé ekki um neina staðgönguvöru eða þjónustu að ræða. Ljóst sé að Míla njóti einokunaraðstöðu á umræddum markaði sem umræðaaðili símsstöðvanna. Afnot af ljóðsleiðaraþræði séu nauðsynleg til þess að geta veitt fjarskiptaþjónustu um landið allt og telji stamstarfsaðilar því einsýnt að ekki sé um neina staðgönguvöru að ræða. Hið nýja félag muni þurfa afnot af ljóðsleiðaraþræði þegar það hefji starfsemi sína. Líkt og komið hafi verið að hér að framan muni það leita til þess aðila sem bjóði upp á hagstæðasta verð hvort sem það verði Vodafone, Míla eða aðrir aðilar á markaðnum.

5.1.5 Markaður fyrir hýsingu og aðstöðu

Þá kemur fram í erindinu að markaður fyrir hýsingu og aðstöðu komi einnig til skoðunar. Með hinu nýja rekstrarfélagi muni tekjur hýsingaraðila fyrir leigu á hýsingu/aðstöðu lækka sem nemi þeirri hagræðingu sem rekstrarfélagið nái fram gagnvart þeim rekstrarþætti. Markaður fyrir hýsingu og aðstöðu sé hér skilgreindur sem aðgangur að sértækri fjarskiptaaðstöðu sem aðilar á fjarskiptamarkaði veiti. Þar undir falli ekki hýsingar eða aðstaða sem almennir eigendur fasteigna á almennum fasteignamarkaði kunni að leigja til félaganna eða annarra aðila á fjarskiptamarkaði. Við samnýtingu á búnaði þurfi félagin ekki að leigja aðstöðu í sitthvoru lagi heldur samnýti þau búnað og lækki þar með kostnað fyrir aðstöðuleigu á viðkomandi stað.

6. **Samkeppnisleg áhrif samstarfsins að mati Vodafone of Nova**

Í erindinu kemur fram að samstarfsaðilar séu meðvitaðir um að láréttir samsstarfssamningar af því tagi sem hér um ræði kunni almennt séð að vera til þess fallnir að hamla samkeppni. Það ráðist þó af nokkrum þáttum hvort neikvæð áhrif samstarfsins séu líkleg, þar á meðal af markaðsgerð þeirra markaða sem samstarfið varði og eðli og efni samstarfsins.

Þar sem aðilar stefni að sameiginlegri framleiðslu og rekstri á útbreiðslu og afkastagetu til sölu á heildsölu og smásölu markaði, telji þeir ljóst að um framleiðslusamning (e. production agreement) sé að ræða. Þessu til stuðnings vísist til fyrrgreindra úrlausna danskra og sænskra samkeppnisyrivalda sem hafi varðað keimlík samstarfsverkefni og til úrlausnar sé í þessu máli. Í báðum úrlausnum hafi verið komist að því að um lárétta framleiðslusamninga hafi verið að ræða. Sé það mat Samkeppniseftirlitsins að áhrif sem af samstarfinu stafi séu samkeppnishamlandi og brjóti gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga þá telji samstarfsaðilar engu að síður að þær tillögur að skilyrðum samstarfsins sem aðilar hafi sammælt um að gera, auk útfærslu verkefnisins að öðru leyti, girði fyrir slík áhrif. Aðilar telji þannig að eðli og efnisþáttum samstarfsins sé svo háttáð að það sé ekki til þess fallið að hafa skaðleg áhrif á samkeppni, hvort heldur sem er á heildsölustigi eða smásölustigi fjarskiptamarkaðar.

6.1 Almennt

Síðari tíma tækniþróun hafi markast mikið af þeirri forsendu að samnýting innviða eigi að vera möguleg. Eins og fram hafi komið sé það í raun tæknileg forsenda 4G tækninnar að fjarskiptainnviðir séu samnýttir. Þá sé rétt að benda á að Síminn hafi nýlega lýst því yfir að fyrirtækið muni áfram beina sjónum sínum að því að styrkja 3G kerfi sitt sem þegar sé í notkun. Samstarf Nova og Vodafone sé þess vegna grundvallarforsenda fyrir innleiðingu 4G tækni á landsvísu á íslenska fjarskiptamarkaðnum sem að öðrum kosti muni ekki njóta við. Með samstarfsverkefninu muni báðir aðilar verða öflugir heildsöluaðilar fyrir farsímaþjónustu um land allt, en ekki takmarkaðir við ákveðna tækni eins og verið hafi hingað til. Samstarfið muni því hafa í för með sér innreið nýrra og mikilvægra möguleika í vöru- og þjónustuframboði á fjarskiptamarkaði, bæði á heildsölustigi og smásölustigi.

Eins og að framan greini snúi samstarf Nova og Vodafone einvörðungu að framleiðslu á afkastagetu úr RAN dreifikerfi. Félögin muni áfram starfa aðskilin og sem keppinautar á öllum öðrum sviðum, þ.m.t. við markaðssetningu á heildsölu- og smásölustigi. Því sé ljóst að eðli samstarfsins að þessu leyti feli í sér mun minni áhættu á skaðlegum samkeppnislegum áhrifum en ella.

Þá telja aðilar að ekki sé hægt að spá fyrir um það með góðu móti hvernig sá jarðvegur sem skapist með innleiðingu 4G tækninnar muni hafa áhrif á þjónustumöguleika á fjarskiptamarkaði. Fyrirsjáanlegt sé að markaðurinn muni á næstu árum einkennast af síbreytileika, vexti og mikilli nýsköpun. Framleiðslusamningur á slíkum markaði þar sem keppinautar þurfi í sífellu að laga vörur sínar og þjónustu að breyttum aðstæðum sé að mati aðila síður til þess fallinn að valda samkeppnishamlandi áhrifum.

6.2 Styrking samkeppnisumhverfis

Að mati samstarfsaðila eru fjarskiptamarkaðir tæknilega flóknir og aðgangur að ýmis konar ómissandi aðstöðu sé nauðsynlegur til þess að samkeppni geti ríkt á þeim mörkuðum. Þetta eigi sérstaklega við í ljósi hraðrar tækniþróunar sem sífellt kalli á að fyrirtæki aðlagi sig að breyttum tæknilegum aðstæðum. Reynsla Nova og Vodafone af því að komast inn á fjarskiptamarkað á Íslandi hafi litast af erfiðleikum, ekki síst vegna aðgangshindrana sem meðal annars hafi tengst miklum tilkostnaði við uppbyggingu fjarskiptakerfa. Þá séu ótaldar hindranir aðila sem fyrir séu á fjarskiptamarkaði í formi markaðsaðgerða sem ekki hafi byggt á forsendum eðlilegrar samkeppni. Hafi þetta verið staðfest hjá Samkeppniseftirlitinu og áfrýjunarnefnd samkeppnismála í fjölda mála. Eins og fyrr greini hafi Síminn og tengd félög yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði og vel flestum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar.

Hvað varði háhraða gagnaflutningskerfi um farsíma (3G/4G tækni) sé þjónustusvæði gagnaflutningskerfa Nova og Vodafone ekki jafn víðtækt og gagnaflutningakerfi aðalkeppinautarins Símans og eigi þetta sérstaklega við í dreifðari byggðum landsins. Nova og Vodafone telji að samstarf þeirra um samrekstur dreifikerfa muni stuðla að bættu samkeppnisumhverfi. Með tilkomu hins nýja rekstrarfélags sé ótvírætt að betri aðstæður muni skapast fyrir aukna samkeppni bæði á heildsölumarkaði og neytendamarkaði. Eigi þetta sérstaklega við á nýjum og tengdum mörkuðum fjarskipta sem séu í þróun, til að mynda með 4G gagnaflutningakerfi. Að því sem varði heildsölumarkað sérstaklega þá sé rétt að benda á að mörg smærri fjarskiptafyrirtæki séu háð stóru aðilunum á þessum markaði, þ.e. Skiptum og Mílu, um ýmsa þjónustu og aðgang að flutnings- og dreifikerfum.

Með samstarfi Nova og Vodafone skapist aðstæður sem auki samkeppni um viðskipti slíkra sýndarnets- og endursöluaðila. Mikilvægt sé að áréttu að með tilkomu hins nýja rekstrarfélags verði til tveir raunhæfir keppinautar Símans um alla farsímaþjónustu á heildsölumarkaði. Þetta muni í grundvallaratriðum þýða að heildsölumarkaður fyrir aðgang að farsímanetum stefni í átt til mun virkari samkeppni um viðskipti sýndarnets- og endursöluaðila en áður hafi þekkt hér á landi sem muni að endingu skila sér í lægra verði til neytenda.

6.3 Samstarfið muni ekki valda þegjandi samhæfingu á heildsölumarkaði

Fram kemur í erindinu að ákveðin forbundin tengsl myndist óhjákvæmilega milli samstarfsaðila með stofnun rekstrarfélagsins. Markaðsaðstæður á heildsölumarkaði kunni að gefa tilefni til þess að líta svo á að hætta sé á þegjandi samhæfingu eða útilokunaráhrifum að því er varðar viðskiptavinum á heildsölumarkaði. Þá geti samstarfið að óbreyttu óneitanlega skapað jarðveg fyrir upplýsingaskipti.

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um beitingu 101. gr. sáttmála um framkvæmd ESB (SFE) vegna láréttra samstarfssamninga sé að finna leiðsögn um þau sjónarmið sem sérstöku máli skipti við mat á samhæfingaráhrifum þegar um sé að ræða lárétta framleiðslusamstarfssamninga. Í fyrsta lagi skipti þar markaðsgerð og markaðshlutdeild máli eins og endranær. Í öðru lagi sé mikilvægt að líta annars vegar til hlutfalls sameiginlegs kostnaðar aðila vegna framleiðslunnar af heildar breytilegum kostnaði aðila og hins vegar hvernig upplýsingaskiptum vegna framleiðslunnar sé háttað.

Samstarfsaðilar benda á að töluverður munur sé á markaðshlutdeild annars vegar Skipta og dótturfélaga og hins vegar Nova og Vodafone á öllum mörkuðum málsins. Samkvæmt viðteknum kenningum samkeppnisréttar dragi svo mikill munur á markaðshlutdeild úr hvata til samhæfingar þar sem fyrirtæki með lægri markaðshlutdeild hafi mikinn hvata til þess að víkja frá samhæfðri hegðun í því skyni að efla stöðu sína á markaðnum. Hafa beri hugfast að samstarf aðila feli ekki í sér samruna heldur sé einungis um að ræða takmarkað samstarf um framleiðslu á afkastagetu dreifikerfis. Allar forsendur og útfærsla samstarfsins gangi einmitt út á að tryggja áfram skýran aðskilnað milli rekstrarfélagsins og samstarfsaðilanna Nova og Vodafone bæði á heildsölu- og smásölustigi. Samstarfsaðilar muni þannig starfa algerlega sjálfstætt á farsíma- og gagnaflutningamarkaði. Sé litið til markaðshlutdeildar Nova og Vodafone sé auðsýnt að hvati til samhæfingar sé ekki til staðar.

Samstarfsaðilar benda einnig á að sú verðsamkeppni sem hljótist af framboði rekstrarfélagsins á heildsölumarkaði sé til þess fallin að auka hreyfanleika sýndarnets- og endursöluaðila milli dreifikerfa keppinauta. Þá benda samstarfsaðilar á þau samlegðaráhrif innan dreifikerfa aðila sem fylgi auknum fjölda viðskiptavina. Því fleiri viðskiptavinir sem kaupi aðgang að dreifikerfum samstarfsaðila því lægri verði kostnaðurinn við að veita þjónustuna. Þar með verði ekki séð að kerfið kunni að „mettast“ þannig að hvati myndist til þess að hækka verð eða skipta með sér viðskiptavinum þannig að valdi útilokunaáhrifum minni sýndarnets- og endursöluaðila. Útilokunaráhrif muni þvert á móti leiða til þess að viðskiptavinir slíkra sýndarnets- og endursöluaðila (neytendur) væru líklegir til þess að skipta við hin stærra félög á markaðnum, þ.e. Símann, Vodafone og Nova í samræmi við markaðshlutdeild þeirra. Með öðrum orðum þá myndu samstarfsaðilar tapa meiri tekjum af heildsölu en þeir myndu vinna með nýjum viðskiptavinum á smásölustigi.

Að ofangreindu virtu telja aðilar að ekki séu líkur á þegjandi samhæfingu á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu og gagnaflutninga. Sé það aftur á móti mat Samkeppniseftirlitsins að hætta sé á þegjandi samhæfingu á milli samstarfsaðila og af henni leiði möguleg útilokunaráhrif á heildsölumarkaði leggi samstarfsaðilar til að samstarfsverkefni þeirra hlýti eftirtöldum skilyrðum:

1. Við heildsölu hvors samstarfsaðila fyrir sig á aðgangi að þeirri þjónustu sem felst í vöruframboði sem stafi frá rekstrarfélaginu, þar með talið farsímaþjónustu og gagnaflutningsþjónustu, muni aðilar gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim fjarskiptafyrirtækjum sem óski eftir slíkum aðgangi.
2. Söluskilmálar heildsölu verði almennir og byggðir á viðskiptalegum forsendum.
3. Hvor samstarfsaðili um sig geti þó neitað að selja fjarskiptafyrirtæki aðgang að þjónustu í þeim tilfellum þegar slíkt sé ekki tæknilega mögulegt eða þegar verulegar vanefndir hafi átt sér stað af hálfu viðskiptavinar.

6.4 Kostnaðaruppbygging samstarfsaðila dragi ekki úr hvata til samkeppni.

Í erindinu segir að almennt séð kunni framleiðslusamstarfssamningar milli keppinauta að valda því að kostnaðaruppbygging þeirra verði einsleitari. Þetta geti haft þær afleiðingar að jarðvegur fyrir samhæfða hegðun aukist, t.d. með því að fyrirtæki samhæfi verðlagningu sína á markaðnum. Á sama hátt geti það aukið líkur á samhæfðri hegðun ef kostnaður aðilanna sé þegar að stórum hluta sameiginlegur. Ástæða þess að sambærileg kostnaðaruppbygging geti haft áhrif á jarðveg fyrir samhæfða hegðun sé fyrst og síðast sú að þau fyrirtæki sem um ræði hafi þá hugsanlega áþekka hvata og áþekka getu til að lækka verð í samkeppni um viðskiptavini og standi því hvert og eitt frammi fyrir því að keppinautar þess geti auðveldlega leikið eftir ákvarðanir um verðlækkanir. Við þær aðstæður sé sambærileg kostnaðaruppbygging talin stuðla að gagnsæi og aukinni einsleitni. Að sama skapi sé jarðvegur fyrir samhæfða hegðun milli keppinauta minni eftir því sem kostnaðaruppbygging þeirra eða skilvirkni í rekstri sé ólíkari.

Þá leiði það óhjákvæmilega af samstarfssamningi Nova og Vodafone að kostnaður aðila sem snúi að framleiðslu á RAN afkastagetu verði að einhverju leyti sameiginlegur. Að óbreyttu muni þetta leiða til þess að kostnaðaruppbygging aðila verði einsleitari og að forsendur aðila fyrir ákvörðunum um verð og magn muni verða gagnsærri sem gæti mögulega dregið úr hvata til þess að keppa áfram á grundvelli verðs. Í þessu ljósi telji samstarfsaðilar mikilvægt að tryggja að uppgjörskerfi aðila vegna þess kostnaðar sem þeir standi straum af vegna rekstrarfélagsins endurspegli raunverulega og óbreytta kostnaðaruppbyggingu þeirra. Með því móti sé unnt að stuðla að því að Nova og Vodafone hafi áfram ólíka hvata og burði til þess að keppa á grundvelli verðs.

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um beitingu 101. gr. sáttmála um framkvæmd ESB (SFE) vegna láréttra samstarfssamninga sé lögð áhersla á að það sé breytilegur kostnaður sem mestu máli skipti þegar áhrif framleiðslusamninga á samkeppni séu metin. Ástæða þess sé fyrst og fremst sú að það sé breytilegur kostnaður sem ráði því hvernig fyrirtæki geti verðlagt þjónustu sína og keppt við önnur fyrirtæki um verð. Eins og fram komi í „Partnership Agreement“ sé sameiginlegur kostnaður Nova og Vodafone að stórum

hluta fastur kostnaður (fastur rekstrarkostnaður) en einnig að hluta til breytilegur kostnaður, þ.e. vegna notkunar í dreifikerfinu.

Það séu í meginatriðum tvær aðferðir mögulegar við kostnaðaruppgjör vegna greiðslna til rekstrarfélagsins. Annars vegar sé mögulegt að allur kostnaður aðila verði reiknaður sem breytilegur og fari þannig hlutfallslega eftir notkun aðila á dreifikerfinu. Slík aðferð myndi þó hafa í för með sér að hvati til þess að hefja viðskipti við nýja viðskiptavini minnki þar sem kostnaður muni aukast í kjölfarið. Hins vegar sé mögulegt að við kostnaðaruppgjör deili aðilar öllum kostnaði jafnt, þ.e. óháð notkun. Með þeim hætti sé tryggt að hvati verði til nýrra viðskipta þar sem fleiri viðskiptamenn þýði aukna stærðarhagkvæmni. Aftur á móti sé þannig hættu á að aðilar fái fulla innsýn inn í kostnað hvors annars við rekstur rekstrarfélagsins.

Til þess að koma í veg fyrir ofangreind samkeppnishamlandi áhrif muni samstarfsaðilar greiða rekstrarfélaginu fyrir aðgang að RAN afkastagetu í samræmi við uppgjörskerfi sem kveðið sé á um í „Partnership Agreement“ sem endurspegli raunverulega kostnaðaruppbyggingu vegna reksturs RAN dreifikerfisins.

1. Samstarfsaðilar komi sér upp sérstöku uppgjörskerfi vegna kostnaðar sem tengist rekstrarfélaginu.
2. Föstum rekstrarkostnaði (e. fixed costs) sé skipt jafnt milli eigenda rekstrarfélagsins. Skuli rekstrarfélagið innheimta fastar þóknanir af samstarfsaðilum fyrir rekstur dreifikerfisins í samræmi við ákvæði í „Partnership Agreement“.
3. Breytilegur kostnaður (e. variable costs), þ.e. sá kostnaður sem eigi uppruna sinn í noktun (þeirri afkastagetu sem notuð sé) kerfisins greiðist hlutfallslega samkvæmt notkun hvors samstarfsaðila. Rekstrarfélagið innheimti þann kostnað hjá hvorum samstarfsaðila eftir þeirri afkastagetu sem hann noti í samræmi við ákvæði í „Partnership Agreement“.
4. Um aðferðafræði við að greina kostnað vísist til „Partnership Agreement“.
5. Samstarfsaðilar skuli að minnsta kosti einu sinni á ári, í fyrsta skipti á fyrsta ársfjórðungi 2015, endurskoða hvort uppgjörskerfið endurspegli með réttum hætti breytilegan kostnað í samræmi við ákvæði í „Partnership Agreement“.
6. Við reikningagerð rekstrarfélagsins skuli séð til þess að aðilar geti ekki greint upplýsingar um kostnað hvors félags um sig eða notkun, þar með talið hvernig tölfraediupplýsingar um einingafjölda, mínútur og netnotkun deilist niður.

6.5 Ekki sé hættu á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum

Að því sem varði möguleg samkeppnishamlandi upplýsingaskipti þá sé almennt litið svo á að skipti á trúnaðarupplýsingum sem tengjast rekstri fyrirtækja kunni að minnka óvissu á markaði og auka líkur á ólögumætri samræmingu á markaðsfærslu keppinauta. Einnig kunni upplýsingaskipti að auka líkur á útilokunaráhrifum í garð keppinauta. Með samstarfssamningi Nova og Vodafone myndist óhjákvæmilega vettvangur fyrir upplýsingaskipti og samvinnu vegna þeirra formbundnu tengsla sem myndist milli aðila í gegnum rekstrarfélagið. Því kunni að vera unnt að líta svo á að tengsl aðila og upplýsingaskipti sem leiði af samstarfi af því tagi sem hér um ræði geti skapað hættu á að

samkeppni verði raskað. Samskipti stjórnarmanna og annarra starfsmanna rekstrarfélagsins og samstarfsaðila verði aftur á móti að geta farið fram óhindrað að því marki sem nauðsynlegt sé til þess að markmið verkefnisins náist.

Með ofangreint í huga hafi aðilar sett skilyrði í hluthafasamning sem séu að þeirra mati vel til þess fallin að girða fyrir hættu á skaðlegum upplýsingaskiptum. Skilyrðunum sé annars vegar ætlað að koma í veg fyrir að Nova og Vodafone skiptist á trúnaðarupplýsingum tengdum rekstri hins samstarfsaðilans og hins vegar til þess að koma í veg fyrir að aðilar geti áttað sig á netnotkun eða kostnaði hvors félags vegna kaupa á afkastagetu úr dreifikerfi rekstrarfélagsins.

Kveðið sé á um það í ákvæðum 4. og 5. kafla hluthafasamningsins að:

1. Stjórnarmönnum sem skipaðir séu af aðilum þessa samnings sé óheimilt að taka við, veita eða á annan hátt skiptast á trúnaðarupplýsingum við stjórnarmenn og starfsmenn hluthafa rekstrarfélagsins.
2. Stjórnarmanni í stjórn hluthafa (Nova og Vodafone) sé ekki heimilt að sitja í stjórn rekstrarfélagsins. Stjórnarmenn rekstrarfélagsins skuli ekki starfa beint fyrir hluthafa við sölu og markaðssetningu, hvorki á heildsölustigi eða á smásölustigi.
3. Framkvæmdastjóra sé óheimilt að deila trúnaðarupplýsingum til starfsmanna eða stjórnarmanna hluthafa rekstrarfélagsins.
4. Til trúnaðarupplýsinga teljist rekstrar- og atvinnuleyndarmál ásamt öðrum óopinberum upplýsingum sem þýðingu geti haft fyrir samkeppni eða markaðsfærslu aðila á hvaða markaði sem sé, hvort sem þeir teljist raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar. Allar upplýsingar sem lúti að þeim lausnum sem sniðnar séu að viðskiptavinum auk upplýsinga um kostnaðaruppgjör Nova, Vodafone eða rekstrarfélagsins og allar upplýsingar um fjarskiptakerfi sem ekki tengist með beinum hætti starfsemi félagsins teljist einnig til trúnaðarupplýsinga.

Þá sé hér einnig lagt til að skilyrði um trúnaðarupplýsingar muni einnig gilda um starfsmenn rekstrarfélagsins. Starfsmönnum félagsins öðrum en stjórnarmönnum muni þannig óheimilt að deila trúnaðarupplýsingum annars aðilans með starfsmönnum eða fyrirsvarsmönnum hins aðilans eða með stjórnarmönnum og framkvæmdastjóra rekstrarfélagsins.

Nova og Vodafone bendi á mikilvægi þess að í stjórn rekstrarfélagsins sitji aðilar með tæknikunnáttu. Mikill tími fari í skipulag og ráðstafanir varðandi dreifikerfin sem krefjist yfirgripsmikillar tækniþekkingar og reynslu og nauðsynlegt sé að sú vinna fari fram í samræmi við fyrirætlanir aðila. Þannig sé ráðgert í samræmi við framangreind skilyrði að framkvæmdastjórum tæknimála hjá Nova og Vodafone verði unnt að sitja í stjórn rekstrarfélagsins. Tryggt skuli jafnframt að tæknistjórar starfi ekki beint við sölu og markaðssetningu, hvorki á heildsölu- eða smásölustigi. Með ofangreindum skilyrðum telji Nova og Vodafone að komið sé í veg fyrir upplýsingaskipti sem haft geti skaðleg áhrif á samkeppni.

6.6 Samstarfið muni ekki valda útilokunaráhrifum vegna fækkunar sendistaða.

Líkt og fyrr greinir telja samstarfsaðilar að samstarf þeirra feli í sér mikil samlegðaráhrif. Samrekstur dreifikerfanna geri þeim kleift að fækka starfræktum sendistöðum og möstrum í dreifikerfinu. Í dag sé sendar aðila samtals um 700 talsins. Vodafone hafi yfir að ráða um 450 sendum og Nova ráði yfir um 250 sendum. Í sumum tilvikum séu bæði Nova og Vodafone með senda í sömu aðstöðu, þ.e. bæði félög leigi aðstöðu af sama leigusala. Með nýtingu „Single“ RAN tækninnar skapist mikið svigrúm til að samnýta bæði sendaskápa og loftnet þannig að einn og sami sendaskápur og sama loftnet sé notað fyrir t.d. bæði 2G og 3G, eða fyrir 2G og 4G eða fyrir 2G, 3G og 4G. Í heild sé talið og ráðgert að mögulegt sé að fækka sendastaðsetningum í sameiginlegu dreifikerfi niður í um 500 stöðvar.

Þá er bent á að í tilfellum Nova og Vodafone sé að langstærstum hluta að ræða hýsingar eða aðstöðu sem almennir eigendur fasteigna á almennum fasteignamarkaði leigi til félaganna eða annarra aðila á fjarskiptamarkaði og falli því ekki undir markað fyrir hýsingar. Því verði ekki séð að fækkun leigðra staða hafi í för með sér óhagræði eða útilokunaráhrif fyrir aðra aðila á markaði.

7. Aðilar telja unnt að veita undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga

Undanþáguákvæði 15. gr. samkeppnislaga setji það sem skilyrði fyrir veitingu undanþágu frá 10. laganna að sú samkeppnishamlandi starfsemi sem um ræði stuðli m.a. að bættri framleiðslu eða þjónustu, eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir. Þá sé það skilyrði sett að neytendum sé veitt hlutdeild í þeim ávinningi sem af starfseminni hljóttist. Einnig þurfi að vera tryggt að með samstarfinu séu ekki lögð höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem séu umfram það sem nauðsynlegt sé til að ná settu markmiði. Þá megi fyrirtækin ekki hafa færi á því að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um ræði. Verði öll skilyrðin að vera uppfyllt ef veita eigi undanþágu skv. 15. gr. laganna.

Það megi ljóst vera að samrekstur á dreifkerfum aðila muni hafa í för með sér umtalsverðar bætur á gæðum þeirra dreifikerfa fyrir farsímaþjónustu sem nú séu til staðar og muni hraða frekari þróun þeirra. Þá náist fram veruleg hagræðing í rekstri dreifikerfanna sem muni ekki nást verði kerfin byggð upp í sitthvoru lagi. Vodafone hafi að undanfögnu lagt áherslu á landsdekkandi 2G þjónustu á meðan Nova hafi frá upphafi starfsemi sinnar lagt áherslu á uppbyggingu 3G dreifikerfis. Báðir aðilar hafi byrjað að veita staðbundna 4G þjónustu á árinu 2013. Dreifing núverandi kerfa aðila fyrir gagnaflutning sé ekki jafn mikil og dreifing Símans. Sameinuð kerfi muni aftur á móti spanna stærra þjónustusvæði, meiri gagnahraða á hverju svæði og bætt framboð á farsímaþjónustu. Möguleikar Vodafone og Nova á að geta boðið sambærilega samkeppnishæfa dreifingu og Síminn í farsímakerfum felist í því að sameina dreifikerfin og framtíðaruppbyggingu þeirra.

Stærðarhagkvæmnin sem þannig náist skili sér í auknu og betra framboði á farsímaþjónustu og gagnaflutningi með farsímum. Bætt gæði þjónustu hljóti að vera einn af mikilvægustu þáttunum við mat á því hvort skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt.

Þá sé ljóst að aukið úrval þjónustu skili sér í bættri framleiðslu í skilningi ákvæðisins. Í máli framkvæmdastjórnar ESB nr. COMP/38.370 (02/T-mobile) hafi meðal annars verið komist að því að stærra umfang sameinaðs 3G kerfis muni fela í sér bætt gæði í skilningi 3. mgr. 101. gr. SFE. Þá sé til þess að líta að fyrirhuguð efling á 4G dreifikerfi stuðli að verulegum tæknilegum framförum á fjarskiptamarkaði. Þá blasi við að fyrir tilstilli stofnunar rekstrarfélagsins og samreksturs dreifikerfanna muni Nova og Vodafone ná fram töluverðri hagræðingu bæði að því sem varði rekstrarkostnað og fjárfestingaþörf.

Vegna samreksturs kerfanna sé mögulegt að fækka sendum og möstrum í dreifikerfunum. Líkt og fram hafi komið séu sendar aðila í dag um 700 talsins. Í heild sinni sé ráðgert að mögulegt sé að fækka sendistöðvum í sameiginlegu dreifikerfi niður í um 500 stöðvar. Samhliða þessu verði þær stöðvar sem fyrir séu jafnt og þétt uppfærðar yfir í „single“ RAN úfærslu en ráðgert sé að fljótlega verði ríflega helmingur þeirra 500 stöðva sem kerfið þá styðjist við orðnar „single“ RAN stöðvar sem styðji 2G og/eða 4G og UMTS/3G.

Að sama skapi séu öll innkaup á fjarskiptabúnaði sem lúti að þróun og frekari stækkun RAN kerfis og MOCN tækni samhæfð. Þá gerist þess ekki þörf að Nova fjárfesti í möstrum, sendum eða loftnetum á þeim stöðum þar sem Vodafone hafi þegar ráðist í slíkar fjárfestingar og öfugt.

Það gefi auga leið að sú vinna sem fyrirhuguð sé við þéttingu og uppfærslu dreifikerfanna með uppsetningu og uppfærslu mastra, senda og loftneta yrði töluvert kostnaðarsamari ef aðilar ynnu að henni hvor með sínum hætti. Með ofangreindum aðgerðum náist töluverð samlegðaráhrif og stærðarhagkvæmni sem telja verði að skipti miklu máli við mat því hvort skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga teljist uppfyllt.

Ítrekað sé að uppbygging á 4G dreifikerfi verði skilvirkari og þjónustuframboð verði betra með minni tilkostnaði og meiri hraða. Það sama gildi fyrir þróun 2G og 3G. Að mati Nova og Vodafone sé augljóst að skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga um bættu framleiðslu og dreifingu á þjónustu og eflingu tæknilegra og efnahagslegra framfara séu uppfyllt.

Eins og komið hafi fram muni samstarf aðila skila sér í stærra þjónustusvæði og bætту þjónustuframboði með auknum afköstum og gæðum og innleiðingar nýrrar tækni. Viðskiptavinir hvors aðila um sig muni því hafa aðgang að stærra og hraðvirkara RAN dreifikerfi aðila. Það sé beinlínis markmið aðila að neytendur komi til með að hafa gagn af samrekstri dreifikerfanna. Ráðgert sé að um leið og aðilar hafi sameinað kerfi sín muni hið aukna þjónustusvæði standa neytendum til boða. Það sé augljóst að bætt gæði þjónustu séu lykilsjónarmið við túlkun b. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Eins og að framan greini séu ekki líkur á öðru en að Vodafone og Nova haldi áfram samkeppni um þjónustuleiðir, verð og viðskiptavinum á smásölumarkaði gagnvartfyrirtækjum og neytendum. Þá sé ljóst að með tilkomu rekstrarfélagsins verði til burðugur keppinautur á fjarskiptamarkaði. Það muni skila sér í aukinni verðsamkeppni við aðra aðila á markaði svo sem Símann sem skili sér í lægra verði til neytenda. Það sé því engin ástæða til að ætla annað en að neytendum sé veitt sanngjörn hlutdeild í ávinningi sem af samstarfinu hljóttist í skilningi b. liðar 15. gr. samkeppnislaga.

Aðilar fá ekki séð hvernig samstarfsverkefnið verði til þess að setja höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf séu til þess að settum markmiðum verði náð, sbr. c. lið 15. gr. samkeppnislaga. Öll útfærsla verkefnisins sé með þeim hætti að tryggð sé hámarks skilvirkni og hagkvæmni án þess þó að það hafi neikvæð áhrif á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Ekki sé mögulegt að tilætluðum markmiðum um skilvirkni, afköst, gæði og hagkvæmni í rekstri sem að sé stefnt verði náð nema með samrekstri kerfanna á þann hátt sem lýst hafi verið.

Eins og áður greini styðjist aðilar við aðferð sem byggir á samrekstri RAN kerfis aðila og sé stuðst við svonefnda MOCN tækni við uppbyggingu kerfisins þar sem tíðniheimildir aðila séu samnýttar. Vissulega fyrirfinnist aðrar tæknilegar lausnir við samnýtingu dreifikerfa. Sem dæmi megi nefna hefðbundna reikisamninga og svonefnt „site sharing“, þar sem eingöngu sé deilt möstrum og loftnetum. Þær aðferðir séu þó því marki brenndar að markmiðum samstarfsverkefnisins verði ekki náð með notkun þeirra. Ávinningurinn af notkun slíkra aðferða sé með öðrum orðum það lítil að Nova og Vodafone telji þær ekki vera grundvöll fyrir samstarfsverkefni af því tagi sem hér um ræði. Þannig sé útséð að „site sharing“ annað ekki eftirspurn neytenda eftir meiri hraða og meiri gæðum á gagnaflutningamarkaði. Þá sé sú hagræðing sem hljótist af þeirri leið of lítil miðað við þær fjárfestingar sem þörf sé á svo að hreinlega borgi sig að leggja af stað í víðtækt samstarfsverkefni. Síðast en ekki síst sé „site sharing“ ekki raunhæfur valkostur við innleiðingu og frekari þróun á 4G og LTE Advanced tækni. Myndu aðilarnir byggja upp slík kerfi einir síns liðs muni ekki nást þau samlegðaráhrif sem nauðsynleg séu fyrir 4G kerfi. Að því er varði hefðbundna reikisamninga, þar sem aðilar leigi sig inn á kerfi hvors annars, þá sé ljóst að með slíkum samningum náist ekki þau markmið um samlegðaráhrif og stærðarhagkvæmni sem að sé stefnt.

Aðilar telji jafnframt að til þess að tilætluðum markmiðum verði náð þá verði rekstrarfélagið að hafa einhvern varanleika og geti starfað stöðugt í ákveðinn tíma. Þess vegna sé gert ráð fyrir að samstarfsverkefni aðila sé til a.m.k. tíu ára. Þá bendi aðilar á að samið hafi verið um tilteknar aðferðir við skiptingu eða slit á félaginu. Óhjákvæmilegt sé að slíkt ferli taki tíma enda um mikil verðmæti að ræða og tæknilega flókið sé að skilja að starfsemi og búnað sem hafi verið sameinuð og rekin saman yfir lengri tíma. Aðilar telji að það ferli sem útfært sé í hluthafasamningi sé til þess fallið að valda eins skjótum skiptum eða slitum og mögulegt sé án þess að það valdi röskun á farsímaþjónustu við neytendur eða daglegum rekstri rekstrarfélagsins. Að ofangreindu virtu telji aðilar að ekki sé ástæða til að ætla annað en að c. liður 15. gr. samkeppnislaga sé uppfylltur.

Rík áhersla sé lögð á það af hálfu aðila að samstarf þeirra feli ekki á neinn hátt í sér samrekstur eða aðgang að kjarnakerfum (e. core network) hvors aðila um sig. Aðilum sé þannig ekki fært að fylgjast með notkun eða framleiðslu á afkastagetu í kerfinu og séu því fullfrjálisir til þess að starfa sjálfstætt og með áframhaldandi samkeppni á neytendamarkaði.

Þar fyrir utan bendi aðilar á að í hluthafasamningnum sé kveðið á um að hvorum aðila fyrir sig séu heimilar sértækar fjárfestingar. Hinar sértæku fjárfestingar tryggi að hvor aðili um sig geti hvenær sem er falið rekstrarfélaginu uppbyggingu, t.d. með því að setja upp senda. Viðkomandi aðili fjármagni og reki slíka uppbyggingu sjálfur í eigin þágu. Þannig telji aðilar að komið sé í veg fyrir að staðbundinni þróun dreifikerfisins sé hamlað. Telji annar aðili að

þörf sé á uppbyggingu innan vébanda rekstrarfélagsins sé honum það heimilt skv. skilyrðum hluthafasamningsins.

Fyrirhugaður samrekstur á dreifikerfum gefi því aðilum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er verulegan hluta þjónustunnar varði í skilningi d. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Þvert á móti bendi allt til þess að með tilkomu nýs burðugs þjónustuaðila á gagnaflutningamarkaði skapist betri aðstæður fyrir aukna samkeppni bæði á heildsölumarkaði og neytendamarkaði. Eigi þetta sérstaklega við vegna tilkomu nýrrar tækni, þ.e. 4G tækni.

Hið nýja dreifikerfi muni gera Nova og Vodafone kleift að veita dreifikerfi Símans og Skipta á bæði heildsölu- og smásölustigi samkeppnislegt aðhald. Miðað við stöðu keppinauta á fjarskiptamarkaði megi einnig fastlega búast við því að keppinautar Nova og Vodafone, bæði á heildsölu- og smásölustigi, komi til með að bregðast hratt við innkomu hins nýja sameinaða dreifikerfis á markað. Aukið þjónustuframboð muni veita öðrum aðilum á smásöllumarkaði hvata til samkeppni. Því megi Nova og Vodafone búast við samkeppnislegu aðhaldi á heildsölu- og smásölustigi strax frá byrjun starfseminnar.

Með erindi þessu hafi Nova og Vodafone lýst þeim sjónarmiðum sem félögin telji að máli skipti fyrir úrlausn undanþágubeiðni þeirra. Eins og gerð hafi verið grein fyrir hér að framan telji Nova og Vodafone að skipulag og útfærsla samstarfsverkefnisins sé með þeim hætti að raski ekki samkeppni og að samstarfsverkefnið uppfylli öll skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga til að hljóta undanþágu frá bannreglu 10. gr. laganna. Telji Nova og Vodafone enn fremur að umrætt samstarf sé í samræmi við samkeppnislög og markmið þeirra.

II. MÁLSMEÐFERÐ

Samkeppniseftirlitið sendi afrit af erindinu til Símans hf., IP fjarskipta ehf., 365-miðla ehf., IMC Íslands ehf., Hringdu ehf., Símafélagsins ehf., Alterna Tel ehf., Mílu ehf. og Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. og þeim gefinn kostur á að koma á framfæri rökstuddum sjónarmiðum um möguleg samkeppnisleg áhrif af fyrirhuguðu samstarfi Nova og Vodafone. Einnig var óskað eftir athugasemdum og sjónarmiðum Póst- og fjarskiptastofnunar um samstarfið.

Umsagnir bárust frá Símanum hf. (Síminn), IP fjarskiptum ehf. (Tal), Símafélaginu ehf. (Símafélagið), IMC á Íslandi ehf. (IMC), Mílu ehf., Gagnaveitu Reykjavíkur og Póst- og fjarskiptastofnun (PFS). Ekki bárust sjónarmið frá öðrum. Hér á eftir verður fjallað um þau efnisatriði í umsögnunum sem eftirlitið telur geta skipt máli við niðurstöðu þessa máls.

1. Umsögn Símans

Í umsögninni kemur fram að Síminn telji, miðað við þau gögn sem félagið hafi fengið, að samstarf Nova og Vodafone feli í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Eins og verkefninu sé lýst í erindi félaganna sé stofnað sérstakt félag til frambúðar, sem verði síðan sjálfstætt enda með sérstaka stjórn og taki við eignum og rekstri Nova og Vodafone. Sé um að ræða stofnun fyrirtækis um sameiginlegt verkefni sem gegni til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar, sbr. d - liður 17. gr. samkeppnislaga. Ekki verði betur séð en að félögin eigi að leggja fram samrunatilkynningu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga. Með samrunanum sameinist tvö fyrirtæki um framleiðslu á aðfangi (dreifikerfi) sem sé nauðsynlegt til þess að veita farsímabjónustu. Með samrunanum nái umrædd fyrirtæki markaðshlutdeild sem samkeppnisyfirvöld hafi almennt litið svo á að feli í sér löglíkur um markaðsráðandi stöðu.

Burt séð frá því hvort um sé að ræða samruna eða samstarf í bága við 10. gr. samkeppnislaga, hljóti Samkeppniseftirlitið að skoða málið á grundvelli sambærilegra sjónarmiða, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/2008 um kaup Orkuveitu Reykjavíkur á hlut í Hitaveitu Suðurnesja.

Síminn vilji vekja athygli á því að Samkeppniseftirlitinu sé í raun ókleift að samþykkja samstarf Nova og Vodafone án þess að beita 37. gr. samkeppnislaga. Eins og komi fram í erindi félaganna sé samstarf á milli keppnauta til þess fallið að hafa neikvæð áhrif á samkeppni. Félögin séu í raun með því að viðurkenna að samstarf félaganna um gagnkvæma samnýtingu á 2G og 3G kerfum félaganna feli í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Í erindi félaganna komi skýrt fram að félögin séu nú þegar í víðtæku samstarfi enda sé vísað til þess að gerður hafi verið samningur um gagnkvæma samnýtingu dreifikerfa sem byggja á 2G og 3G. Beri að líta til þess að hinn gagnkvæmi samningur Nova og Vodafone hafi staðið yfir frá árinu 2007 eða í rúm sex ár. Síminn telji rétt að vekja athygli á því að hið gagnkvæma samstarf félaganna hafi leitt til þess að Vodafone hafi ekki farið í samkeppni um 3G þjónustu, þ.e. uppbyggingu 3G nets. Neikvæð áhrif hafi því þegar komið fram enda hafi félögin skipt með sér mörkuðum. Að mati Símans hljóti Samkeppniseftirlitið að taka það til skoðunar hvort umræddur samningur feli í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Óumdeilt sé að ekki hafi verið sótt um undanþágu fyrir þessu

samstarfi félaganna, og því stoði ekki að vísa til 15. gr. samkeppnislaga, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004.

Samkvæmt dómi Hæstaréttar nr. 205/2011 sé meginreglan að Samkeppniseftirlitið skuli leggja á sektir fyrir brot á bannreglum samkeppnislaga.

Síminn telji að það séu allar líkur fyrir því að samstarfi félaganna um uppbyggingu hafi þegar verið hrint í framkvæmd. Nægi að líta til þess með hvaða hætti félögin hafi byggt upp 4G kerfi sín þar sem Nova hafi hafið starfsemi á Reykjavíkursvæðinu á meðan Vodafone hafi byrjað starfsemi utan höfuðborgarsvæðisins. Það séu allar vísbendingar um að þau hafi haft upplýsingar um áform hvors annars hvað varði uppbyggingu á 4G þjónustunni, mögulega löngu áður en PFS hóf uppboð á tíðnum vegna 4G þjónustu sem hafi lokið vorið 2013. Í öllu falli séu sterkar vísbendingar um að félögin hegði sér ekki sem keppinautar heldur sem samstarfsaðilar og það hljóti Samkeppniseftirlitið að rannsaka til hlítar.

1.1 Samnýting fjarskiptainnviða

Síminn telur rétt að taka fram að félagið sé í meginatriðum sammála því að það sé jákvætt að fjarskiptafyrirtæki á Íslandi samnýti fjarskiptainnviði. Uppbygging fjarskiptakerfa sé kostnaðarsöm en markaðurinn einkennist af mjög hraðri þróun sem geri körfu um stöðuga uppbyggingu og endurnýjun á búnaði. Eigi þetta við hvort sem fjallað sé um fastlínukerfi eða þráðlaus kerfi. Í landi eins og Íslandi geti það kostað verulega fjármuni að byggja upp kerfi sem nái til allra landsmanna, sérstaklega þar sem mikið sé af fámennum svæðum þar sem kostnaður við uppsetningu og rekstur geti verið hlutfallslega mikill miðað við fjölda notenda og þar með væntar tekjur. Síminn telji slíka samnýtingu líka samrýmast markmiðum 1. gr. samkeppnislaga um hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins.

Fyrirtæki á Íslandi standi frammi fyrir því að byggja upp þjónustu þannig að hægt sé að bjóða þjónustuna á kjörum sem allir íbúar hafi efni á að greiða. Sameinist fyrirtækin um uppbyggingu, sérstaklega á óhagkvæmari stöðum, séu líkur fyrir því að unnt sé að halda kostnaði við fjarskiptaþjónustu í lágmarki. Kostnaður neytenda við fjarskiptaþjónustu sé að miklu leyti með því lægsta sem gerist í Evrópu, sem verði að teljast sérstakt í því ljósi að fá ríki í heimi séu með færri íbúa á hvern km² en Ísland. Þessi sérstaða á Íslandi leiði til þess að samnýting og sameining fjarskiptainnviða verði mikilvægari ef fjarskiptakerfin eigi að standast nútímakröfur um hraða og aðgengi. Þegar þau fyrirtæki sem samnýti eða standi á bak við rekstur sameinaðs fyrirtækis hafi markaðshlutdeild sem sé yfir 50% þá blasi við að slíkt samstarf hafi neikvæð áhrif í skilningi samkeppnislaga, sérstaklega þegar fyrirtækin eigi að heita sjálfstæðir keppinautar.

Til þess að samvinna af þessu tagi veiti neytendum þann ábata sem sóst sé eftir þá sé óhjákvæmilegt að veita opinn aðgang að þeim innviðum sem samstarfið nái til á jafnræðisgrundvelli við þá sem standi að samstarfinu. Jafnvel telji Síminn koma til álitu að aðgangur sé veittur að beinni þátttöku í uppbyggingu til þess að efla samkeppni milli aðila á smásölustigi en ekki afmarka aðganginn fyrir útvalda aðila. Enn fremur sé mikilvægt að tryggja að hið sameinaða fyrirtæki taki ekki inn einokunarhagnað en það verði gert með því að skylda fyrirtæki til þess að veita aðgang á kostnaðargreindum grunni.

1.2 Athugasemdir við skilgreiningu markaða og stöðu aðila á þeim

Síminn segir óhjákvæmilegt að gera athugasemdir við umfjöllun Vodafone og Nova sem telja verði verulega ábótavant. Félögin leggi til grundvallar fimm aðgreinda markaði og telji að verkefnið hafi áhrif á þessa þætti. Sé þar miðað við markað fyrir gagnaflutningsþjónustu, markaði fyrir heildsölu og smásölu farsímaþjónustu, markað fyrir leigulínur, markað fyrir ljósleiðara og markað fyrir hýsingu og aðstöðu.

Símanum sýnist augljóst að Vodafone og Nova telji það þjóna hagsmunum sínum að teikna mynd af markaðnum með þeim hætti að Síminn sé í sterkri stöðu til að réttlæta samstarf þessara félaga. Síminn meti það vera óþarfa og óviðeigandi hjá félögunum að veita Samkeppniseftirlitinu ranga mynd af stöðunni á markaðnum í því skyni að komast undan íþyngjandi skilyrðum af hálfu stofnunarinnar.

Vísað sé til þeirrar samstæðu sem Síminn tilheyrir og því haldið fram að samstæðan hafi lengi verið í yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði í heild sinni. Í reynd sé ekki til einhver „fjarskiptamarkaður í heild“ heldur starfi fyrirtæki á afmörkuðum skilgreindum markaði í samræmi við 4. gr. samkeppnislaga. Sem dæmi séu markaðir fyrir talsíma og farsíma aðskildir og aðgreindir markaðir og hið sama gildi um gagnaflutning og farsíma.

Félögin haldi því fram að þau megi sín lítils gegn sterku farsímadreifikerfi Símans. Þetta sé í beinu ósamræmi við málflutning Vodafone gagnvart Neytendastofu en félagið hafi gert athugasemdir við auglýsingar Símans um stærsta farsímakerfið. Gagnvart Neytendastofu haldi Vodafone því fram að umrædd fullyrðing Símans sé röng, en gagnvart Samkeppniseftirlitinu haldi sama félag því fram að dreifikerfi Símans sé það öflugasta á landinu. Vodafone haldi því meira að segja fram gagnvart Neytendastofu að farsímakerfi Vodafone sé það stærsta. Það sé ljóst að málflutningur félagsins taki breytingu eftir því hvaða stjórnvald sé móttakandi upplýsinganna. Annað hvort hafi Neytendastofu verið veittar rangar upplýsingar eða Samkeppniseftirlitinu. Dragi þetta verulega úr trúverðugleika Nova og Vodafone hvað varði fullyrðingar um meintan styrk Símans.

1.2.1 Farsímaþjónusta

Varðandi þjónustumarkaði málsins sé að mati Símans augljóst að samstarf félaganna hafi áhrif á þá starfsemi sem felist í farsímaþjónustu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 hafi verið fjallað um farsímaþjónustu. Þar hafi Samkeppniseftirlitið skilgreint eftirfarandi heildsölumarkaði:

1. Markað fyrir lúkningu símtala í almennum farsímanetum
2. Markað fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti

Í sömu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið skilgreint smásölumarkað fyrir GSM farsímaþjónustu. Megi leggja sambærileg sjónarmið hér til grundvallar, þ.e. smásölumarkað fyrir farsímaþjónustu.

Varðandi fyrri heildsölumarkaðinn sé augljóst að hvert og eitt fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu fyrir lúkningu í eigin neti. Sé það í samræmi við framkvæmd fjarskipta- og samkeppnisyfirvalda víða um Evrópu, þar með talið hér á landi. Með sameiningu dreifikerfa Vodafone og Nova muni hluti símtala sem enda í neti viðkomandi félaga stækka. Sama hvort símtali ljúki hjá Nova eða Vodafone þá sé sama dreifikerfi notað við lúkningu

símtalsins. Þar sem lúkning í eigin neti teljist vera sérstakur markaður muni samstarf eða samruni Vodafone og Nova leiða til þess að lúkningarmörkuðum muni fækka um einn.

Varðandi síðari heildsölumarkaðinn beri að geta þess að aðeins fjórir aðilar hafi yfir eigin neti að ráða en einn þessara aðila, IMC Iceland, byggji reyndar útbreiðslu sína fyrst og fremst á reikisamningum. Ekki liggi fyrir nýlegar upplýsingar um veltu á heildsölumörkuðum en víst sé þó að þau fyrirtæki sem séu starfandi á bæði heildsölu- og smásölustigi hafi samanlagt yfir 90% af markaðnum á smásölustigi. Í ákvörðun PFS nr. 4/2007 hafi komið fram að ekki væri virkur heildsölumarkaður fyrir hendi og því væri eðlilegast að mæla styrk á heildsölumarkaði út frá smásölumarkaði. Sem standi sé í raun einn virkur kaupandi, Tal (þ.e. 365 miðlar ehf. eftir samruna við Tal í lok árs 2014, inskot Samkeppniseftirlitsins), á heildsölumarkaðnum en hlutdeild hans sé þó umtalsvert lægri en annarra. Þar sem Síminn hafi ekki upplýsingar um hlutdeild á heildsölumarkaði sé lögð til grundvallar sambærileg aðferðarfræði og PFS hafi gert í framangreindu máli.

Síminn bendir á að IMC Iceland bjóði einnig upp á heildsöluþjónustu til fyrirtækja eins og Hringiðan og Símafélagið. Hvað varði umfjöllun Vodafone og Nova um markaðshlutdeild þá þyki Símanum hún verulega villandi. Félögin vísi til þess að Nova sé með 15-20% markaðshlutdeild og Vodafone sé með 30-35% markaðshlutdeild árið 2010 en hlutdeild Nova lækki í 10-15 þegar lúkningarartekjur séu undanskildar. Þá sé vísað til þess að hlutdeild Símans hafi verið 40-45%. Við greiningu á samkeppnislegum áhrifum samstarfs af þeim toga sem Nova og Vodafone hafi fyrirhugað þá verði að greina samkeppnisleg áhrif til framtíðar en ekki líta til fortíðar líkt og Nova og Vodafone geri í erindi sínu.

Síminn telji gagnlegt að vísa til tölfræðiskýrslu PFS (töflur 10 og 15) vegna ársins 2010 annars vegar og fyrri hluta ársins 2013 hins vegar til þess að sýna hvaða breytingar hafi átt sér stað á markaðnum. Þar komi m.a. fram fjöldi mínútna úr farsíma en það gefi til kynna hversu mikið hlutfall af farsímaumferð muni eiga uppruna í hinu nýja dreifikerfi og sé því góður mælikvarði á markað fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetinu.

Dreifikerfi Nova og Vodafone muni því standa fyrir 59,2% af upphafi símtala í farsímanetinu. Miðað við vöxt Nova sé líklegt að þessi hlutdeild muni verða komin umfram 60% á árinu 2014. Það blasi við með hliðsjón af notkun og fjölda áskrifenda að hlutdeild hins sameinaða félags mun standa fyrir um 60% markaðshlutdeild og verði því samkvæmt eldri framkvæmd Samkeppniseftirlitsins og raunar PFS einnig, í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímakerfinu.

Síminn bendi á að PFS hafi komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið með umtalsverðan markaðsstyrk þegar félagið hafi verið með sambærilega markaðshlutdeild og Nova og Vodafone verði með verði samruninn samþykktur, sbr. ákvörðun PFS nr. 4/2007.

Samkeppniseftirlitið hafi komst að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að vera með lægri markaðshlutdeild árin 2006 og 2007 á farsíma markaði en hið sameinaða félag, sbr. ákvörðun SE nr. 7/2012. Þar sem Nova og Vodafone muni ná markaðshlutdeild sem sé hærrí en Síminn hafi haft þegar félagið hafi verið talið vera markaðsráðandi, séu allar líkur fyrir því að félögin muni ná markaðsráðandi stöðu. Samruni sem leiði til þess að markaðshlutdeild aðila fari umfram 50% muni því hafa neikvæð áhrif

nema gripið verði til fullnægjandi skilyrða sem fjallað er um síðar í umsögninni. Síminn telji einnig gagnlegt að vísa til þróunar HHI stuðulsins. Sé miðað við hlutdeild vegna notkunar muni HHI stuðullinn hækka um 1700 stig við samruna Vodafone og Nova. Samkeppniseftirlitið hafi miðað við að ef samruni leiði til hækkunar á HHI stuðlinum um meira en 150 stig þá hafi það neikvæð áhrif. Einnig megi benda á að hlutdeild Nova í sendum SMS skeytum miðað við mitt ár 2013, hafi verið 65%, en Síminn hafi haft 16,7% hlutdeild og Vodafone 16%. Samanlagt eigi 81% sendra SMS skeyta sér uppruna í kerfi Nova eða Vodafone. Þegar hlutdeild sé komin yfir 80% þá hafi oft verið rætt um að fyrirtæki séu komin í einstaka yfirburðastöðu (e. super dominant).

Síminn telji að það sé mikilvægt að halda því til haga að þróun í farsímarekstri sé sú að fyrirtæki muni á næstu misserum einblína á sölu á gagnamagni með ótakmörkuðu tali og SMS skilaboðum. Þessi þróun hafi þegar byrjað á Íslandi en sé komin mun lengra erlendis. Í flestum nágrannaríkjum Íslands sé áherslan á pakka sem innihaldi ótakmarkaðan fjölda mínútna og SMS sendinga en greitt sé fyrir tiltekið gagnamagn. Þar sem samstarf Nova og Vodafone verði að meta til framtíðar þá verði að líta til atvika sem vitað sé að muni breytast. Sterk staða þessara fyrirtækja í gagnaflutningi, hvort sem það sé í gegnum farsíma eða með netlykli, muni skapa hinu sameinaða fyrirtæki gríðarlega yfirburði til framtíðar með lykilstöðu í sölu á gagnamagni. Sem dæmi um þetta megi benda á viðtöl við forstjóra Nova og Vodafone.

Síminn telji því einnig nauðsynlegt að skoða hlutdeild félaganna í gagnamagni í farsímakerfinu sem veiti innsýn í það hvernig markaðurinn sé að þróast. Samkvæmt tölfræðiskýrslu PFS, (tafla 23) komi fram að frá því í lok árs 2010 fram að miðju ári 2013 hafi hlutdeild Nova aukist um tæp 20 prósentustig og hlutdeild Vodafone aukist um 3 prósentustig. Síminn hafi á sama tíma tapað um 25 prósentustigum, á tveimur og hálfu ári, sem nemi að meðaltali 10 prósentustigum á hverju ári. Hið sameinaða félag sé því í lykilstöðu hvað varði mikilvæga tekjustofna farsímafyrirtækja.

Þráðlaus fjarskipti fari fram á tilteknum tíðniböndum sem ákveðin séu af Alþjóða fjarskiptasambandinu (ITU). Tíðniböndin séu mismunandi milli svæða sem skilgreind séu af ITU en Ísland tilheyri sama svæði og önnur Evrópulönd. Úthlutun tíðnileyfa til einstakra aðila innan hvers lands sé í höndum fjarskiptayfirvalda landsins. Fyrir farsímaþjónustu hér á landi séu notuð tíðnibönd kringum 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz. Einnig sé tíðnisvið kringum 2600 MHz ætlað til farsímaþjónustu en Vodafone hafi þar bráðabirgðaleyfi til að dreifa sjónvarpi á þráðlausan hátt. Búist sé við því að 2600 MHz tíðnisviðið komi til úthlutunar hér á landi fyrir farsímaþjónustu innan fárra missera. Tíðnisviðin hafi mismunandi eiginleika m.a. sem varði útbreiðslu radíóbylgna. Þannig gildi almennt að langdrægni sé meiri á lægri tíðnum og því henti 800 MHz og 900 MHz tíðnisviðin betur þegar þjóna þurfi stórum landsvæðum eða út til sjávar. Þjónustugæði og fjöldi notenda fari eftir því hve stórt tíðniband innan hvers tíðnisviðs (bandbreidd) hver þjónustuveitandi hafi til umráða. Bandbreiddin geti einnig haft mikil áhrif á það hve hagkvæm uppbygging þjónustuveitanda geti verið.

Hægt sé að taka dæmi af 4G uppbyggingu með LTE tækni. Til þess að veita gagnaflutningsþjónustu með allt að 100 Mb/s afköstum þurfi bandbreidd sem sé 20 MHz fyrir hvora átt, þ.e. 20 MHz frá sendistöð til notenda og 20 MHz frá notendum til sendistöðvar, samtals 40 MHz. Setja þurfi upp margar sendistöðvar til þess að dekkja

tiltekið landsvæði og þurfi þær að trufla hver aðra sem minnst. Ef hægt væri að hafa aðlægar sendistöðvar á mismunandi tíðnum yrði uppbygging ódýrari en ella og gæði þjónustunnar meiri. Sá sem ráði yfir mestri bandbreidd (tíðniúthheimildum) hafi þannig bestu stöðuna, bæði hvað varði hagkvæmni við uppbyggingu og þjónustugæði til viðskiptavina. Fjarskiptayfirvöld í hverju landi hafi beitt ýmsum aðferðum við úthlutun tíðniheimilda. Sú leið sem PFS hér á landi hafi farið sé að efna til uppboðs á tíðniheimildunum. Þessari leið hafi verið beitt í mörgum löndum. Í töflunni séu tíðniheimildir aðila á einstökum tíðnisviðum sýndar.

Úthlutaðar tíðniheimildir

	Nova	Vodafone	Saman	Síminn
Tíðnisvið 800 MHz	10 MHz	20 MHz	30 MHz	0 MHz
Tíðnisvið 900 MHz	10 MHz	30 MHz	40 MHz	30 MHz
Tíðnisvið 1800 MHz	40 MHz	40 MHz	80 MHz	60 MHz
Tíðnisvið 2100 MHz	65 MHz	65 MHz	130 MHz	65 MHz
Samtals	125 MHz	155 MHz	280 MHz	155 MHz
Tíðnisvið 2600 MHz	0 MHz	144 MHz	144 MHz	0 MHz

Ljóst sé að sameinað félag muni að óbreyttu hafa yfirburðastöðu hvað varði tíðniréttindi, sem þýði að félagið muni hafa til umráða tíðniheimildir sem með samnýtingu geri því kleift að bjóða meiri hraða til viðskiptavina en aðrir á sama markaði geti boðið. Uppboð tíðniheimilda á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum hafi farið fram á útmánuðum 2013. Þá hafi Vodafone og Nova komið fram sem tveir aðskildir aðilar en alls hafi fjórir aðilar tekið þátt í uppboðinu. Allar líkur séu þó á því að félögin hafi haft með sér samráð um boð í tiltekna tíðni og sé það sjálfstætt rannsóknarefni. Líklegt sé að lyktir uppboðsins hefðu orðið aðrar ef þrír aðilar hefðu boðið í tíðniheimildir. Sameining tíðnisviða aðila rugli því forsendur uppboðsins og skekki stöðu þeirra á markaðnum. Til þess að draga úr neikvæðum áhrifum af þessari sameiningu félaganna sé ekkert annað í stöðunni en að skylda félögin til þess að skila tíðnum.

Fyrst og fremst þurfi að skoða tíðniheimildir félaganna á öllum tíðnisviðum þar sem PFS hafi úthlutað tíðniheimildum til félaganna í skjóli þess að þau hafi verið aðskilin og sjálfstæð. Með samstarfi og sameiningu félaganna sé ljóst að forsenda fyrir fjölda tíðniheimilda Nova og Vodafone sem og umfangi þeirra sé brostin.

Einnig fullyrði félögin að Síminn sé í yfirburðastöðu fyrir veitingu heildsöluþjónustu til sýndarnets- og endursöluaðila. Umrædd fullyrðing sé efnislega röng í alla staði. Síminn árétti að markaður málsins sé markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti en ekki veiting á þjónustu til skilgreindra aðila. Þá sé Síminn ekki í yfirburðastöðu á viðkomandi markaði og vísi til ákvörðunar PFS nr. 15/2012 þar sem allur vafi hafi verið tekin af um meintan styrk Símans og að hann nyti ekki lengur umtalsverðs markaðsstyrks á skilgreindum markaði.

Staðreynd málsins sé sú að með sameiningu dreifikerfa félaganna muni hið sameinaða félag hafa um 60% markaðshlutdeild á hinum skilgreinda markaði, þ.e. markaði fyrir upphaf og aðgang símtala. Þótt Nova og Vodafone skuldbindi sig til þess að starfrækja heildsölu hvort í sínu lagi breyti það ekki þeirri staðreynd að dreifikerfi félaganna sé sameinað og þar af leiðandi sé um einn netrekenda að ræða í stað tveggja en með tvær aðskildar söludeildir.

Þá muni hið sameinaða dreifikerfi hafa einkasölusamning við heildsöludeildir félaganna sem þjónusti sjálfkrafa smásöludeildir Nova og Vodafone og þar af leiðandi að lágmarki 60% markaðshlutdeild bæði á smásölumarkaði vegna farsímabjónustu og heildsölu vegna aðgangs og upphafs símtala í farsímakerfinu. Síminn telji líklegt að félögin hafi í reynd einnig einkakaupasamning við rekstrarfélagið um dreifikerfin. Með þessu fyrirkomulagi muni fyrirtækið festa sig í sessi til frambúðar sem markaðsráðandi aðili og engar líkur fyrir því að það muni breytast. Þvert á móti sé líklegt að fyrirkomulag viðskipta milli rekstrarfélagsins annars vegar og Nova og Vodafone hins vegar muni auka markaðshlutdeild og styrkja markaðsráðandi stöðu þess til lengri tíma. Fyrirtækið hafi í reynd örugg viðskipti sem nemi 60% af markaðnum (e. assured sale).

1.2.2 Gagnaflutningsþjónusta

Nova og Vodafone skilgreini einnig gagnaflutningsþjónustu sem einn markað málsins, þ.e. markað fyrir gagnaflutning um farsímakerfi með netlykli. Félögin vísi sem fyrr til eldri ákvarðana Samkeppniseftirlitsins sem, með hliðsjón af hraðri þróun á fjarskiptamarkaði, séu komnar nokkuð til ára sinna. Þó skuli lögð áhersla á að í því máli hafi Síminn ekki verið með hæstu hlutdeildina árið 2009 heldur Nova. Þróunin á þessum markaði sé nokkuð sérstaks eðlis, þ.e. markaðshlutdeild hreyfist mjög hratt sem gefi til kynna að í dag sé ekkert fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Með innkomu 4G þjónustu sé sýnt að umrædd þjónusta muni breytast og telji Síminn líklegt að á síðustu sex mánuðum hafi orðið verulega breyting á markaðnum. Sérstaklega þegar litið sé til þess að Nova hafi lýst því yfir að móttaka á 4G þjónustu félagsins hafi verið frábær. Ekki sé ólíklegt að félagið hafi bætt sig verulega miðað við lýsingar þess. Engu að síður megi líta til þess að Nova og Vodafone séu sameiginlega með um 50% markaðshlutdeild miðað við fjölda númera sem hafi gagnaáskrift eingöngu en sé litið til notkunar, sem endurspeglir e.t.v. markaðshlutdeild betur, þá sé Nova með hæstu hlutdeildina eða 50,9%. Síminn komi næstur með 33,1% og Vodafone með 12,7%. Sameinað félag stæði því fyrir rúmlega 60% markaðshlutdeild.

Eins og framan greini hafi hið sameinaða félag 63% markaðshlutdeild í gagnamagni en það sé miðað við tímabil áður en 4G þjónustan hafi verið komin í gagnið. Rúmu hálfu ári seinna megi nánast ganga út frá því að gagnamagn á hinum sameinaða kerfi Nova og Vodafone hafi aukist í hlutfalli við önnur fyrirtæki. Rétt sé að árétta það sem komi fram í kaflanum að framan að sala á gagnmagni muni verða leiðandi í framtíðinni þar sem símtöl og SMS muni almennt verða innifalin með ótakmörkuðum hætti.

Að lokum telji Síminn ekki ástæðu að svo stöddu til þess að fjalla um aðra markaði í erindi Nova og Vodafone.

1.3 Samkeppnisleg áhrif samstarfsins

Síminn telur að samstarf eða sameining Nova og Vodafone muni leiða af sér samræmda hegðun, hafi það ekki þegar átt sér stað. Síminn telji raunar vera vísbendingar um að fyrirtækin taki all mikið tillit hvort til annars og sé skýrasta dæmið uppbygging félaganna í 4G þar sem Vodafone hafi ekki enn hafið starfsemi á höfuðborgarsvæðinu en það hafi Nova hins vegar gert. Gefi það til kynna að fyrirtækin taki mikið tillit hvort til annars og fari raunverulega ekki í samkeppni. Þegar litið sé til þróunar og opinberra gagna, annað hvort frá fyrirtækjunum sjálfum eða opinberum aðilum eins og PFS, þá vakni sá grunur að fyrirtækin skipti með sér mörkuðum hvað varði sölu til einstaklinga og fyrirtækja. Sé litið til áherslu Vodafone á stærri fyrirtæki og áherslu Nova á minni fyrirtæki og einstaklinga þá geti það vart verið tilviljun ein sem ráði því að fyrirtækin virðist forðast samkeppni.

Eins og komið hafi framan sé um að ræða markaði þar sem um sé að ræða fákeppni. Nova, Vodafone og Síminn hafi yfir 90% markaðshlutdeild en sameiginlega séu Nova og Vodafone með yfir 60% og því með meirihluta markaðarins. Samkeppnisyfírvöld hafi iðulega talið að samningar milli keppinauta um skiptingu markaða, vöruframboð/vöruþróun, uppsetningu á þjónustu eða fjárfestingu fari gegn 10. gr. samkeppnislaga. Telji Síminn rétt að geta hér úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 13/1997, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppnisráði*. Í því máli hafi Samskip og Eimskip gert með sér samkomulag þar sem Samskip hafi fengið að flytja vörur viðskiptavina sinna með skipum Eimskips á leiðinni N-Ameríka - Ísland. Bæði samkeppnisráð og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið að samkomulagið bryti í bága við þáverandi 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Í kjölfarið hafi Samskip og Eimskip iðulega þurft að sækja um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga. Fákeppni sé ein tegund af markaðsformi þar sem fáir aðilar séu í samkeppni og selji sambærilegar vörur og aðgangshindranir séu fyrir hendi. Rétt sé að áréttta þann misskilning sem oft vilji gæta að fákeppni feli í sér að samkeppni sé ekki virk eða hún sé lítil, en svo sé ekki. Fyrirtæki sem starfi á fákeppnismarkaði geti verið í harðri samkeppni og samkeppni kunni að vera mjög virk á slíkum mörkuðum. Ástæðan fyrir því að samvinna tveggja keppinauta á fákeppnismarkaði sé aukið vandamál samanborið við markaði þar sem mörg fyrirtæki séu starfandi sé sú að á slíkum markaði leiði nán samvinna til þess að auðveldara verði að samstillja aðgerðir og viðhalda samráði. Í nefndu máli hafi ekki verið fjallaði um hvort skipafélögin hafi haft það að markmiði að raska samkeppni heldur hafi sú staðreynd ráðið niðurstöðunni að um hafi verið að ræða náíð samstarf tveggja keppinauta á fákeppnismarkaði og slíkt væri mjög varasamt. Samstarfið hafi því verið til þess fallið að hafa áhrif á samkeppni óháð markmiði þess.

Samkeppniseftirlitið hafi iðulega vísað til þess að við slíkar aðstæður skapist hætta á því að fyrirtækin fari að taka aukið gagnkvæmt tillit hvort til annars og slík samvinna leiði af sér minni samkeppni, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009 nr. 24/2013.

Þá telji Síminn einnig gagnlegt að líta til ákvarðana sem Nova og Vodafone vísi til. Í ákvörðun nr. COMP/38.369 T-Mobile Deutschland/02 Germany hafi verið fjallað um samstarf fjarskiptafyrirtækja sem hafi falist í beiðni tveggja fyrirtækja um undanþágu frá þáverandi 81. gr. Rómarsáttmálans, nú 101. gr. Lissabonsáttmálans.

Framkvæmdastjórnin hafi talið þörf á því að setja samkomulaginu ákveðin skilyrði. Í ákvörðuninni komi fram að framkvæmdastjórnin hafi talið að samningur um samnýtingu dreifikerfa kunni að leiða til röskunar á samkeppni á smásölustigi, sérstaklega þegar báðir

aðilar hafi fengið úthlutað 3G tíðniheimild. Í ákvörðuninni hafi einnig verið fjallað um ákvæði samningsins þar sem kveðið hafi verið á um lágmarksviðskipti. Taldi framkvæmdastjórnin að slíkt myndi hafa skaðleg áhrif á samkeppni.

Í annarri ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar nr. COMP/38.370 02 *UK Limited IT-Mobile UK Limited*, komi skýrt fram að samningar milli fyrirtækja um samnýtingu á dreifikerfi væru samkeppnishamlandi.

Í því danska máli sem Nova og Vodafone vísi til hafi danska samkeppniseftirlitið talið að samstarf félaganna myndi auka hættuna á því að félögin samræmdu hegðun sína á markaðnum og hafi því sett samstarfinu skilyrði. Eitt af þeim skilyrðum hafi verið að veittur yrði aðgangur að dreifikerfinu. Þá hafi félögunum verið gert að bjóða búnað til sölu sem félögin hafi ekki ætlað að nýta. Síminn leggi til að sambærilegum skilyrðum verði beitt gagnvart Nova og Vodafone. Markaðshlutdeild þessara dönsku félaga hafi verið samanlagt 46% samanborið við yfir 60% hjá Nova og Vodafone sem auki þörfina fyrir íhlutun í samstarf hinna íslensku félaga.

Síminn bendi einnig á mál framkvæmdastjórnarinnar COMP/M.3916 vegna samruna T-Mobile Austria og Tele.ring. Þar hafi framkvæmdastjórnin talið að það væri nauðsynlegt að hið sameinaða fyrirtæki myndi selja frá sér tíðniheimildir. Rétt sé að geta þess að markaðshlutdeild hins sameinaða félags hafi ekki verið nema 30-40% samanborið við hlutdeild Nova og Vodafone um 60%. Í því máli hafi verið vísað til þess að með sameiningunni hafi netrekendum fækkað um einn og eftir samrunann hafi aðeins þrjár aðilar verið eftir, en hið sameinaða fyrirtæki hafi engu að síður verið næst stærst. Nova og Vodafone verði hins vegar stærsti aðilinn á markaðnum. Leiði það til þess að samstarfinu beri að setja ekki minni kvaðir en settar hafi verið á samruna Tele.ring og T-Mobile. Þá taldi framkvæmdastjórnin að samruninn myndi auka hættu á samhæfðum aðgerðum. Síminn telji reyndar að framangreind ákvörðun geti komið að miklu gagni enda sé Tele.ring um margt sambærilegur aðili og Nova, nema hvaða þróunin á Íslandi hafi verið hraðari en hún hafi verið í tilfalli Tele.ring. Ekkert í tillögum Vodafone og Nova eyði þessum áhyggjum heldur aukist þær ef eitthvað sé, sérstaklega þegar litið sé til þess að hið sameinaða dreifikerfi eigi eingöngu að selja þjónustu til eigenda sinna. Um sé að ræða svokallaðan einkasölusamning um þjónustu sem markaðsráðandi fyrirtæki muni veita eigendum sínum.

Samstarfið leiði síðan til þess að fyrirtæki sem séu í samkeppni við Nova eða Vodafone þurfi að kaupa af keppinautum sínum í stað rekstrarfélagsins. Tillaga félaganna auki á samkeppnisleg vandamál en leysi þau ekki, þ.e. að loka aðgangi að rekstrarfélaginu fyrir öðrum en Nova og Vodafone. Síminn bendi á að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2009 hafi Samkeppniseftirlitið lagt kvaðir á Teymi um að gera ekki einkasölusamninga eða aðra sambærilega samninga sem myndu takmarka sjálfstæði Tals. Enn fremur hafi Samkeppniseftirlitið ítrekað lagst gegn og sektað fyrirtæki fyrir brot á samkeppnislögum fyrir að hafa gert einkakaupasamninga, sbr. t.d. ákvörðun nr. 70/2007 (Eimskip), nr. 20/2006 (Skífan) og nr. 9/2006 (IGS) og einnig dóm Hæstaréttar nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Telji Síminn því óhjákvæmilegt að komið verði í veg fyrir einkakaupasamninga eða einkasölusamninga milli rekstrarfélagsins annars vegar og Nova og Vodafone hins vegar.

Síminn bendi á að félagið telji að samnýting og sameining fjarskiptakerfa sé jákvætt skref. Það leiði til minni kostnaðar og auki getu aðila til að standa undir þeirri miklu fjárfestingu sem felist í fjarskiptainnvíðum. Sé samstarfinu sett viðunandi skilyrði þá geti það staðist 15. gr. samkeppnislaga. Ekki sé þörf á því að fjalla um 15. gr. sérstaklega í umsögninni.

1.4 Tillögur Símans

Síminn leggur til að samstarfinu verði sett skilyrði. Til þess að auka jákvæð áhrif samruna dreifikerfa félaganna verði að leggja á þá skyldu að rekstrarfélagið veiti opinn aðgang að kerfi sínu. Samnýting fyrirtækja með yfir 60% markaðshlutdeild á mikilvægu aðfangi feli í sér samkeppnishamlandi áhrif og þeim verði ekki eytt með því að fyrirtækin sjálf selji heildsöluþjónustu heldur eingöngu hið sameinaða rekstrarfélag. Sé þessi krafa í samræmi við kvaðir sem PFS hafi lagt á í sambærilegum málum auk þess sem danska samkeppniseftirlitið hafi lagt slíka kvöð á í því máli sem Nova og Vodafone styðjist við. Síminn leggi áherslu á að ef Nova og Vodafone telji að hið danska fordæmi eigi við þá séu þau jafnframt að fallast á að þau skilyrði sem hafi verið lögð á dönsku fyrirtækin, eigi einnig að koma til greina.

Til þess að kvöð um aðgang skili árangri verði að leggja á viðbótarkvaðir sem séu að miklu leyti sambærilegar þeim sem PFS hafi áður lagt á Símann þegar fyrirtækið hafi verið með sambærilega markaðshlutdeild á hinum skilgreinda markaði og Nova og Vodafone verði með. Um sé að ræða kvöð um eftirlit með gjaldskrá byggt á viðurkenndum aðferðum við kostnaðargreiningu, gagnsæiskvöð, jafnræðiskvöð og aðrar kvaðir sem PFS hafi talið koma til greina í ákvörðun nr. 4/2007. Mikilvægt sé að hið sameinaða dreifikerfi mismuni ekki þriðja aðila gagnvart Nova eða Vodafone og að félögin greiði sannanlega rétt verð til rekstrarfélagsins. Þar sem rekstrarfélagið hafi yfir að ráða 60% af markaðnum skapist verulega hætta ef Nova eða Vodafone fái aðgang á betra verði en því sem standi þriðja aðila til boða.

Síminn telji einnig að leggja verði kvaðir á hið sameinaða félag um reikiaðgang, aðgang að stökum sendum eða tilteknum svæðum. Þá sé lykilatriði að aðgangur verði veittur á kostnaðargreindum grunni og að hið nýja félag leggi fyrir Samkeppniseftirlitið kostnaðargreiningu þar sem verðlagning sé sannanlega ákveðin á réttum grunni.

Þar sem hið sameinaða dreifikerfi öðlist markaðsráðandi stöðu á markaðnum og sýnt þyki miðað við þróun síðustu ára að sú staða eigi eftir að styrkjast, þá telji Síminn eðlilegt að þriðja aðila sé veittur kostur á því fá aðgang að félaginu í gegnum eignarhluta, hvort sem það sé með framlagi hlutafjár eða eigna, s.s. senda, búnaðar o.s.frv. Jafnvel komi til skoðunar að opna aðgang strax í uppbyggingarferli félagsins. Með því skapist svigrúm til þess að auka samkeppni á heildsölustigi. Tillaga um að loka aðgangi að dreifikerfinu fyrir önnur fyrirtæki en Nova og Vodafone leiði einmitt til þess að samkeppni á heildsölustigi verði minni.

Óháð framangreindu telji Síminn nauðsynlegt að sett verði skilyrði um að fjarskiptafyrirtækjum utan samstarfsins verði heimilaður aðgangur að hinu nýja dreifikerfi félaganna að hluta. Með því sé átt við að fjarskiptafyrirtæki geti t.d. valið að byggja sjálf upp sitt eigið kerfi eða nota kerfi hins nýja fyrirtækis. Fjarskiptafyrirtækjum utan samstarfsins verði þá heimilað að velja þá sendistaði þar sem þau kjósi sjálf að byggja ekki upp sína þjónustu. Mikilvægt sé að ekki verði lagðar hömlur á þetta. Fyrirtæki geti valið

hversu marga sendistaði þau fái aðgang að á kostnaðargreindu verði. Kvöð af þessu tagi samræmist svo kölluðu „ladder of investment principle“ í evrópskum fjarskiptarétti.

Enn fremur telji Síminn ástæðu til þess að gera hinu sameinaða félagi að skila tíðniheimildum aftur til PFS. Félögin hafi ekki upplýst um samstarf fyrir nýlegt uppboð PFS og þyki víst að heimildir þeirra hefðu orðið annars eðlis ef félögin hefðu sótt um og boðið í tíðniheimildir sameiginlega í stað þess að það hafi verið gert í sitt hvoru lagi. Hið sameinaða félag hafi lykilstöðu hvað varði aðgang að þeirri takmörkuðu auðlind sem tíðnir séu og því mikilvægt að þessi aðgangur verði ekki til þess að aðrir aðilar geti ekki boðið sambærilega þjónustu af þeim sökum. Síminn telji verulega hættu á því að hið sameinaða félag öðlist yfirburði gagnvart öðrum aðilum. Í þeim málum sem fjallað hafi um samnýtingu eða sameiningu fjarskiptakerfa innan Evrópusambandsins, hafi nánast undantekningarlaust komið til þess að félögin hafi þurft að selja frá sér tíðniheimildir.

Til þess að aðilar markaðarins geti treyst því að fyrirtækin hegði sér þannig að það fari ekki í bága við 10. gr. samkeppnislaga sé mikilvægt að skipaður sé eftirlitsaðili á kostnað félagana með svipuðum hætti og gert hafi verið í eldri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins.

Síminn telji að setja þurfi strangari skilyrði varðandi stjórnarsetu í hinu sameinaða félagi, s.s. að ákveðið hlutfall stjórnarmanna sé óháður félögunum, þeim sé óheimilt að samnýta þjónustu endurskoðenda, þ.e. að rekstrarfélagið sé með annan endurskoðanda en bæði Nova og Vodafone. Það sé ekki gerð grein fyrir hvort og með hvaða hætti rekstrarfélagið muni eða eigi að nýta stoðþjónustu hluthafanna. Það sé mikilvægt að slíkt liggja fyrir. Einnig sé ekki gerð grein fyrir því hvar félagið eigi að hafa aðsetur en í öllu falli sé ljóst að aðsetur rekstrarfélagsins verði að vera aðskilið frá Nova og Vodafone þar sem aðgengi sé takmarkað fyrir starfsmenn rekstrarfélagsins.

Að lokum virðist öll skilyrði sem Vodafone og Nova leggi til fela í sér að fyrirtækin skuldbindi sig til þess að brjóta ekki gegn 10. gr. samkeppnislaga. Síminn telji að ganga þurfi lengra og hafa megi hliðsjón af þeim skilyrðum sem liggja til grundvallar samskiptum Símans og Mílu í ákvörðun nr. 6/2013.

Þar sem samnýting fjarskiptainniða geti haft í för með sér jákvæð áhrif sé mikilvægt að hinum neikvæðu áhrifum sé mætt með því að opna aðgang að því kerfi sem verið sé að setja upp. Samhliða því verði að styðja við aðganginn með ýmiss konar hætti til þess að tryggja að skilyrðið um aðgang skili árangri. Ella sé hætt við að þau jákvæðu markmið sem stefnt sé að verði að engu og í staðinn verði til fyrirtæki sem hafi burði og getu til þess að útiloka keppinauta frá því að geta veitt samkeppnislegt aðhald.

Samandregið telji Síminn nauðsynlegt að setja, að lágmarki, samstarfi Nova og Vodafone eftirtalin skilyrði:

1. Aðgangur að dreifikerfinu verði þannig að keppinautar Nova og Vodafone geti keypt þjónustu beint af rekstrarfélaginu en ekki af Nova eða Vodafone.
2. Aðgangur verði verðlagður á kostnaðargreindum grunni.
3. Aðgangur verði veittur að stökum sendum eða svæðum á kostnaðargreindu verði, sérstaklega á svæðum utan þéttbýlis. Mikilvægt sé að hægt verði að kaupa aðgang að stökum sendum á tilteknum svæðum.

4. Nova og Vodafone verði gert skylt að *greiða* fyrir notkun á kostnaðargreindu verði og leggi gögn fyrir Samkeppniseftirlitið þar sem sýnt sé fram á að greitt sé fyrir aðganginn.
5. Hinu sameinaða félagi verði gert að birta opinberlega verðskrá.
6. Hinu sameinaða félagi verði gert að bjóða til sölu sendistaði sem eigi að loka.
7. Hinu sameinaða félagi verði gert að skila tíðniheimildum.
8. Settar verði sambærilegar kvaðir og settar hafi verið á Símann með ákvörðun PFS nr. 4/2007.
9. Öðrum aðilum verði gefinn kostur á því að koma að uppbyggingu félagsins með hlutfjárframlagi eða eignaframlagi.

Síminn árétti jafnframt að ljóst sé að Vodafone og Nova hafi um árabíl átt með sér samstarf án undanþágu sem fari í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Vart verði talið að Samkeppniseftirlitið geti samþykkt undanþágubeiðni félaganna nema samhliða verði beitt viðurlögum í samræmi við 37. gr. laganna. Síminn telji reyndar að líta verði á undanþágubeiðnina sem viðurkenningu á því að samstarf félaganna hafi farið gegn 10. gr. samkeppnislaga allt frá árinu 2007. Með undanþágubeiðninni séu félögin í reynd að óska eftir því að Samkeppniseftirlitið veiti samþykki fyrir áframhaldandi samstarfi í bága við 10. gr. samkeppnislaga og það verði að mati Símans ekki gert nema með því að leggja á sektir fyrir eldri brot sem varði það samstarf sem hafi átt sér stað án undanþágu.

2. Umsögn IP fjarskipta (Tal)

Þegar Tal skilaði umsögn sinni hafði samruni félagsins við 365 miðla ehf. ekki átt sér stað. Í upphaflegri umsögn Tals er gerð athugasemd við formhlið málsins, þar sem um sé að ræða samruna að mati félagsins en ekki undanþágu frá ólögsmætu samráði. Þá eigi félagið lögvarinna hagsmuna að gæta og eigi því að teljast aðili að málinu. Eins og hér er rakið hefur Samkeppniseftirlitið gefið félaginu tækifæri til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri. Verður því ekki fjallað nánar um þessa kröfu Tals.

Ennfremur telji Tal það beinlínis óraunhæft og óheppilegt, svo ekki sé fastar að orði kveðið, að rekstarfélagið selji einungis móðurfélögum sínum þjónustu, enda felist í slíku fyrirkomulagi innbyggt ójafnræði.

Við þetta megi því bæta, að þær erlendu úrlausnir sem félögin vísi til í erindi sínu til Samkeppniseftirlitsins, varði flestar mun laustengdara samstarf en áformað sé hér. Þannig fjalli þær tvær úrlausnir framkvæmdastjórnar ESB, sem vísað sé til (T-Mobile Deutschland/02 Germany og 02UK/T-Mobile UK) um samnýtingu í hýsingu (e. site sharing) en ekki samnýtingu á RAN, öðrum tækjabúnaði eða tíðnum. Sömu sögu sé að segja um þau dæmi sem sé að rekja til Svíþjóðar, en dæmið sem sérstaklega sé nefnt varði samstarf um aðgang og samnýtingu dreifikerfa fyrir Internetþjónustu, sem gangi mun skemur en áform félaganna um samrekstur á RAN og samnýtingu tíðna hér á landi. Dæmið frá Danmörku virðist hins vegar geyma hliðstæð málsatvik og lýst sé í erindi félaganna.

Þá segir að Tal reki sölu- og markaðsfyrirtæki á sviði fjarskipta og sé algjörlega háð þriðja aðila um aðgang að dreifikerfum fjarskipta í heildsölu. Hafi Tal því verulega hagsmuni af því að á heildsölustigi fjarskiptamarkaðar starfi á hverjum tíma sem flestir aðilar og að þar

ríki virk samkeppni. Fyrirætlanir Nova og Vodafone vekja því verulegan ugg hjá Tali, enda muni valkostum fyrir aðgang að dreifikerfum fækka úr þremur í tvo verði fyrirætlanir Nova og Vodafone að veruleika.

Gangi áformin eftir verði því til markaðsráðandi staða á heildsölustigi farsímamarkaðar. Þá verði markaðurinn upp frá því tvíkeppnismarkaður (e. duopoly), í það minnsta að því er varði markaðinn fyrir aðgang að RAN. Samkeppnisyfirlitum beri að stemma stigu við slíkri þróun, sér í lagi þegar horft sé til þeirrar einföldu staðreyndar að bæði félögin séu nú þegar í kraftmiklum rekstri og að tilgangur fyrirætlana þeirra sé ekki að bjarga rekstri eða rétta við óarðbæran rekstur. Í þessu samhengi megi benda á að PFS hafi talið að markaðurinn hafi stefnt í átt að virkri samkeppni, en það sama hafi hins vegar ekki verið uppi á teningnum árið 2007 þegar stofnunin greindi markaðinn. Ljóst sé því að á árunum 2007-2012 hafi samkeppnisstaða aðila, í svipuðum sporum og Tals, batnað. Líklegt sé að þær framfarir sem náðst hafi á markaðinum á því tímabili muni ganga til baka, verði hann aftur tvíkeppnismarkaður.

Nova og Vodafone séu bæði mun stærri félög en Tal og hafi margfalda markaðshlutdeild, sama til hvaða markaðar sé litið. Hafi Vodafone og Nova bætt við sig markaðshlutdeild á tveimur árum, á kostnað samkeppnisaðila þeirra. Hvað Tal, einn smæsta aðilann á farsímamarkaði, varði, sé því nú þegar við ramman reip að draga. Fullkomlega óeðlilegt sé að heimila skerðingu þeirra valkosta sem Tali standi nú til boða, sem og valkosti annarra aðila sem starfi á sama markaði eða kunna að koma inn á markaðinn síðar meir. Þá sé hætt við því að valkostir neytenda á farsímamarkaði muni jafnframt skerðast í kjölfar þeirra breytinga sem Nova og Vodafone hafi boðað.

Þar sem Tal telji að vísa eigi málinu frá hyggist félagið á þessu stigi ekki gera umfangsmiklar efnislegar athugasemdir. Telji Samkeppniseftirlitið hins vegar að heimilt sé að lögum að taka efnislega afstöðu til fyrirliggjandi undanþágubeiðni félaganna og jafnvel að heimila samstarfið, telji Tal nauðsynlegt að því verði sett afar ströng skilyrði.

2.1 Skilyrði um fullan stjórnunar- og rekstrarlegan aðskilnað.

Til að draga úr hvata til samkeppnishamlandi samstarfs á fleiri sviðum en samstarfsverkefnið taki til er nauðsynlegt að mati Tals að mæla fyrir um fullan stjórnunarlegan og rekstrarlegan aðskilnað hins sameiginlega fyrirtækis frá móðurfélögum sínum. Telji Tal þannig nauðsynlegt að banna jafnt stjórnarmönnum sem starfsmönnum móðurfélaganna að sitja í stjórn rekstrarfélagsins eða að koma að öðru leyti að rekstri þess.

2.2 Skilyrði um beinan heildsöluaðgang, sem og hlutlægni og gagnsæi.

Til að tryggja fullt jafnræði telur Tal nauðsynlegt að félagið geti, með sama hætti og smásölueiningar móðurfélaganna, samið beint við rekstrarfélagið um aðgang að heildsöluhluta þeirra RAN-kerfa sem rekstrarfélagið reki. Verði fyrirætlanirnar heimilaðar muni nauðsynlegt að tryggja milliliðalausan aðgang þriðju aðila að kerfum rekstrarfélagsins í stað þess að beina honum að heildsölu hvors móðurfélags um sig. Jafnræðis verði aðeins gætt með þeim hætti. Auk þess séu hlutlægni og gagnsæi betur tryggð en ella með slíku fyrirkomulagi. Þannig sé minni hætt á að rekstrarlega og stjórnunarlega sjálfstætt rekstrarfélag setji upp tæknilegar hindranir eða aðrar hindranir, til að mynda hindranir sem byggja á meintum vanefndum smásöluaðilans. Tal telji með öðrum orðum að skaðlegt verði

fyrir samkeppni á fjarskiptamarkaði að rekstrarfélagið eigi einungis viðskipti við móðurfélög sín, þar sem í slíku fyrirkomulagi felist innbyggt ójafnræði.

2.3 Skilyrði um aðgang á kostnaðarreiknuðu verði.

Í ljósi þess að nýja rekstrarfélagið verði ráðandi í heildsöluhluta þegar komi að aðgangi að RAN-kerfum telur Tal nauðsynlegt að félaginu verði veittur aðgangur að þessum hluta dreifikerfisins á verði sem grundvallist á kostnaði, að viðbættri hæfilegri álagningu. Geti Samkeppniseftirlitið í þessu skyni beitt sambærilegum kostnaðargreiningaraðferðum og PFS hafi þróað við útreikning á kostnaði fyrir aðgang að hinum ýmsu heildsölumörkuðum fjarskipta.

2.4 Skilyrði sem dragi úr hættu á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum.

Að mati Tals er nauðsynlegt að setja rekstrarfélaginu skilyrði sem dragi úr hættu á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum milli félaganna. Eigi það sér í lagi við ef ekki verði tryggður fullur stjórnunarlegur og rekstrarlegur aðskilnaður.

2.5 Aðrar efnislegar athugasemdir.

Tal telur að svo náíð samstarf sem Nova og Vodafone hafi boðað, muni eðlilega leiða til enn nánara samstarfs þeirra á milli. Í því samhengi sé mikill munur á svo kölluðu „*passive sharing*“ og „*active sharing*“ dreifikerfisins. Hvað varði samnýtingu virkra hluta kerfisins (e. active components) og samnýtingu tíðna, vilji Tal vekja athygli á því að öll ákvörðunartaka um nýtingu þeirra og notkun muni ávallt koma til með að vera markaðslegs eðlis. Þær ákvarðanir sem falli þar undir séu til dæmis ákvarðanir um það í hvaða átt sellur og loftnet eigi að snúa, en ákvarðanir um það kunni að hafa mikil áhrif á það hvaða viðskiptavinir geti tengst dreifikerfinu hverju sinni og þar með á hagsmuni þeirra sem veiti þjónustu um dreifikerfið. Ráði tveir aðilar yfir dreifikerfinu muni þeir eðlilega taka ákvarðanir um það í sameiningu hvaða hópar farsímanotenda muni eiga aðgang að dreifikerfinu. Allar ákvarðanir um virka hluta dreifikerfisins hafi því í för með sér verulega hættu á ólögum samráði aðilanna. Eftirlit með þeim hluta starfseminnar þurfi því að vera þeim mun strangara af hálfu eftirlitsaðila.

3. **Umsögn Símafélagsins**

Fram kemur að Símafélagið fagni fyrirhuguðum samrekstri Vodafone og Nova á farsímaneti í ljósi þess að slíkt geti dregið úr heildarkostnaði við rekstur farsímaneta á Íslandi. Hins vegar sé mikilvægt að draga fram þá staðreynd sem m.a. sé rakin í erindi félaganna til Samkeppniseftirlitsins að hagkvæmnin styrki samkeppnisstöðu félaganna. Sameiginlegt félag verði með yfir 61% „markaðshlutdeild“ á sviði farsímaneta (sé tekið tillit til þess að eingöngu Síminn, Vodafone og Nova reki farsímanet) og því með yfirburða markaðsráðandi stöðu. Af þessu leiði að mikilvægt sé að aðkoma annara aðila, bæði að félaginu sem slíku (nýir eignaraðilar) og heildsöluþjónustu við þriðja aðila, verði bæði skilyrt og kostnaðargreind.

Í erindi félaganna til Samkeppniseftirlitsins sé tilgreint að bæði félögin veiti heildsöluþjónustu. Slíkt sé ekki fullkomlega rétt. Nova hafi vissulega lýst því yfir opinberlega í erindi til PFS að félagið sé reiðubúið að veita heildsöluþjónustu en þegar til félagsins hafi verið leitað hafi það ávallt vísað slíkum fyrirspurnum frá sér á þeim

forsendum að félagið hafi ekki burði til að bjóða slíka þjónustu. Að sama skapi sé rétt að benda á að Vodafone séu ekki með neina aðila í heildsölu í dag. [...].¹

Símafélagið veiti í dag farsímaþjónustu. Félagið kaupi hana í heildsölu af IMC Ísland sem aftur kaupi aðgang að dreifikerfum Símans og Vodafone. [...]. Síminn hafi verið raunhæfasti kosturinn tæknilega en verðlagning þjónustunnar og þá sérstaklega aðgangsgjaldið sem Síminn sé með í viðmiðunarsamningi sínum sé þess eðlis að ekki sé hægt að bjóða samkeppnishæft verð og aðgangshindrun fyrir nýja aðila sé veruleg. Símafélagið hafi farið þá leið að semja við IMC Ísland sem sé þá auka milliliður bæði hvað varði kostnað og tæknilega þjónustu. Þeir greiði aðgangsgjaldið til Símans en bjóði Símafélaginu ásamt öðrum félögum þjónustuna án aðgangsgjalds (þ.m.t. Alterna, Hringdu og Hringiðunni) [...]. Það sé því nauðsynlegt að heildsala verði skilyrt að nýju með kostnaðargreindu verði án aðgangsgjalds bæði hjá Símanum og nú hjá Nova og Vodafone verði samrekstur fjarskiptanetanna heimilaður.

Til lengri tíma hafi Símafélagið áhuga á að fjárfesta í eigin farsímasímstöð og muni því hafa þörf fyrir aðgang að dreifikerfum. Það sé því mikilvægt að þessi samþjöppun á rekstri farsímaneta verði opinn kostur fyrir félagið í framtíðinni og eins dreifikerfi Símans. Það sama megi segja um IMC Ísland í dag. Það þurfi að hafa óheftan aðgang að báðum þessum dreifikerfum til að virk samkeppni geti verið fyrir hendi á farsíamarkaði. Hins vegar sé fullkomlega eðlilegt að sem flest félög sameinist um rekstur dreifikerfa og þá sérstaklega á landsbyggðinni til að draga úr heildarkostnaði.

Að mati Símafélagsins ríki ekki virk samkeppni á heildsölumarkaði farsímaþjónustu né heldur hvað varði aðgengi að dreifikerfum. [...]. Það sé því mikilvægt að með þessari samþjöppun, sem muni leiða til enn minni samkeppni, verði um leið sett skilyrði um heildsölu félaganna á farsímaþjónustu og ekki síður aðgengi að sameiginlegu dreifikerfi og að lokum opnað á möguleika á að nýir aðilar geti komið að félaginu, hvort sem það séu nýir aðilar sem muni hugsanlega fjárfesta í farsímasímstöð eða aðilar sem reki farsímasímstöðvar í dag og eins aðilar sem reki nú þegar dreifikerfi og ættu með réttu að huga að þessum kosti. Í erindi félaganna sé ekki gert ráð fyrir slíku heldur þvert á móti tilgreint sérstaklega að rekstrarfélagið megi eingöngu veita eigendum sínum þjónustu.

4. Umsögn IMC á Íslandi

IMC Ísland gerir athugasemd við að fyrirhugað rekstrarfélag Vodafone og Nova verði eingöngu heimilt að selja þjónustu til eigenda sinna. Slíkt rekstrarfélag geti valið að girða sig af og neitað að fjölga eigendum og þannig hindrað aðgang utanaðkomandi fjarskiptafélaga að dreifikerfi félagsins. Þó svo að rekstrarfélagið opni fyrir fjölgun eigenda verði það aðeins á færi mjög fjársterkra aðila að fá aðgang að slíku rekstrarfélagi.

5. Umsögn Mílu

¹ Upplýsingar innan hornklofa [...] í þessu skjali eru felldar út vegna trúnaðar.

Fram kemur að Míla telji álitamál hvort samstarfið falli ekki undir ákvæði 17. gr. d. samkeppnislaga, með því að ætlunin sé að stofna fyrirtæki um sameiginlegt verkefni sem gegni til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar.

Míla starfi m.a. á heimtaugamarkaði og eftir skipulagsbreytingar samkvæmt sátt Skipta, Símans og Mílu við Samkeppniseftirlitið, sbr. ákvörðun SE nr. 6/2013, einnig á markaði fyrir bitastraumsaðgang. Í greiningu samstarfsaðila sé ekki fjallað með beinum hætti um þennan mikilvæga markað. Ljóst sé að mati Mílu að þessi markaður verði fyrir áhrifum af fyrirhuguðu samstarfi þar sem að LTE farnet sé staðgönguvara fyrir heimtaugar þótt því sé ekki öfugt farið þ.e. staðbundnar heimtaugar séu eðli máls samkvæmt ekki staðgönguvara fyrir farnet. Að mati Mílu sé rétt að þessu sé til haga haldið við greiningu á mörkuðum sem umsókn samstarfsaðila hafi áhrif á.

Á öllum þeim mörkuðum sem Míla starfi hafi fyrirtækið mjög sterkar og skýrar kvaðir um aðgang að öllu sínu neti á jafnræðisgrundvelli og vísist þar bæði til fyrrgreindrar sáttar við Samkeppniseftirlitið og ákvarðana PFS bæði núgildandi og fyrirhugaðra sem leggi afar ítarlegar kvaðir á Mílu. Þá starfi Míla eingöngu á heildsölumarkaði og hafi því allan hvata til þess að vilja veita heildsöluaðgang að sínu neti.

Miðað við þá markaðshlutdeild sem samstarfsaðilar hafi samanlagt á farsímamarkaði og styrkleika Vodafone á markaði fyrir ljósleiðara vegna hagstæðs samnings við ríkið um leigu, þá sé ljóst að hér verði um öflugan aðila á markaði að ræða. Að mati Mílu beri því Samkeppniseftirlitinu, ef það telji að samstarfið beri að leyfa með vísan til undanþágu í 15. gr. samkeppnislaga, að setja samstarfinu rík skilyrði. Slík skilyrði ættu m.a. að lúta að gagnsæi og jafnræði annarra aðila til aðgangs á kostnaðarreiknuðu verði. Telji Míla að Samkeppniseftirlitið geti beitt heimildum sínum til setningu skilyrða, hvort heldur það sé á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga eða samrunareglna samkeppnislaga, með þeim hætti að þau endurspegli þær kvaðir sem PFS hafi sett Mílu. Jafnframt telji Míla að setja eigi skilyrði um fullan rekstrarlegan og stjórnunarlegan aðskilnað rekstrarfélagsins frá hluthöfum sínum.

Samstarfsaðilar vísi til þess að samkeppnisyfirvöld m.a. í Svíþjóð og Danmörku hafi leyft sambærilegt samstarf en þar sé þó ekki vísað til þess hversu háa markaðshlutdeild samstarfsaðilar þar hafi samanlagt á umræddum markaði. Þá vilji Míla benda á að umfang samstarfsins nái að mati Mílu ekki eingöngu til RAN hluta. Ljóst sé miðað við erindið að samnýting á annarri aðstöðu og aðföngum sé einnig fyrirhuguð þar sem rekstrarfélagið hyggist einnig samnýta aðstöðu í símsstöðvum og tengingar á milli stöðva.

Míla bendi á að til þess að skilyrði þau sem samstarfsaðilar leggi sjálfir til að sett verði samstarfinu nái markmiði sínu, sem sé að koma í veg fyrir ýmsa samkeppnishamlandi hegðun, þurfi virkt eftirlit. Ekki sé fjallað um það í hvaða formi það eftirlit verði og því sé hætt á að þessum skilyrðum verði ekki fylgt í framkvæmd. Þá vilji Míla benda á að ekki verði séð hvernig hjá því verði komist að samstarfsaðilar sjái glögg í gegnum rekstur félagsins kostnað hvors annars við að veita þjónustuna.

6. Umsögn Póst- og fjarskiptastofnunar

Í umsögn PFS er vísað til þess að hlutverk hennar sé m.a. ýta undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra. Sé í fjarskiptalögum m.a. kveðið á um þær aðferðir sem stofnunin skuli viðhafa við úthlutun þeirra auðlinda sem felist í tíðnum sem og kveðið á um heimildir stofnunarinnar til að setja ákveðin skilyrði fyrir nýtingu tíðnanna. Úthlutun tíðniréttinda feli einungis í sér tímabundna óframseljanlega heimild til skilyrtra afnota af tíðnunum sem leiði hvorki til eignarréttar né varanlegs nýtingar- og ráðstöfunarréttar. Sé einnig að finna heimildarákvæði um yfirfærslu slíkra tíðniréttinda við samruna og skiptingu fyrirtækja en slík yfirfærsla sé ávallt háð samþykki PFS.

Í byrjun árs 2013 hafi PFS staðið að uppboði á tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðinu 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, en samkvæmt skilmálum uppboðsins hafi aðilar, sem fengu úthlutað tíðniheimildum á grundvelli uppboðsins, getað sótt um slíkt til PFS.

PFS bendi á að ekki hafi áður, í skilmálum fyrir úthlutun á tíðnum, verið tekið fram með svo beinum hætti að samnýting á tíðnum milli aðila sé möguleg. Sé það fyrst og fremst í ljósi þess að nú sé að ryðja sér til rúms slíkur tæknilegur möguleiki, þ.e. svokölluð Single Ran og MOCN tækni sem lýst sé í erindi félaganna. En PFS geri ekki athugasemdir við þær tæknilegu aðferðir sem félögin hyggist nota í samstarfi sínu.

PFS líti á erindi fyrirtækjanna til stofnunarinnar sem umsókn fyrir samnýtingu tíðna og taki málið því til formlegrar málsmeðferðar. Ljóst sé að umfang samstarfsins, eins og það sé kynnt í fylgiskjölum erindis félaganna, sé umfangsmeira en sem nemi tíðniheimildum fyrir 4G/LTE farnetsþjónustu. Muni stofnunin ekki fjalla frekar um þann hluta samstarfsins í umsögninni.

Að mati PFS verði ekki séð annað en að umrætt samstarf Vodafone og Nova feli í sér skilvirka fjárfestingu í fjarskiptakerfum þar sem fyrirhugað sé að byggja upp eitt sameiginlegt dreifikerfi í stað tveggja. Ljóst sé að uppbygging á dreifikerfum sé mjög kostnaðarsöm og taki PFS undir það sem fram komi í erindi félaganna að samrekstur fjarskiptafélaga á dreifikerfum hafi almennt verið litinn jákvæðum augum innan Evrópuríkja og Evrópusambandsins að því tilskildu að meginreglur samkeppnisréttar séu virtar. Sé það jafnframt staðreyndin erlendis að aðilar á fjarskiptamarkaði hafi farið út í sambærilegt samstarf og félögin hafi nú óskað eftir undanþágu fyrir, sbr. nýlegt samstarf Telenor A/S og Telia Denmark sem hafi stofnað sambærilegt félag yfir innleiðingu á dreifikerfi í Danmörku.

Hið sama megi segja um viðhorf PFS til samstarfs aðila á markaði við uppbyggingu innviða í fjarskiptum enda ljóst að mikil hagræðing fáist með slíku samstarfi. Möguleg hagræðing geti verið við mismunandi stig samstarfs fjarskiptafélaga þegar komi að fjarskiptanetum en ljóst sé að hún sé umtalsverð. Í því samstarfi sem Vodafone og Nova boði sé um að ræða fulla samnýtingu (e. full sharing), að hluta til á kerfi sem þegar hafi verið byggt og að hluta til á nýju dreifikerfi. Hagkvæmni samstarfsins geti verið allt að 40% sparnaður við samrekstur og sameiginlega uppbyggingu dreifikerfis og kerfið verið allt að 10% hagkvæmara í rekstri heldur en fjarskiptanet sem þegar séu fyrir hendi og í notkun. Að

mati PFS verði að telja að samstarf sem þetta geti verið hagkvæmt fyrir fjarskiptamarkaðinn og neytendur og geti án efa talist skilvirk fjarfesting í fjarskiptainnvíðum.

PFS telji einnig mikilvægt að horfa til þeirrar þróunar sem hafi átt sér stað á fjarskiptamarkaðnum þegar komi að farnetsþjónustu en mikil aukning hafi verið í gagnamagnsumferð og eftirspurn neytenda eftir auknu gagnamagni í farnetsþjónustu hér á landi sem og í Evrópu á undanförunum árum. Hafi hún margfaldast og haldi áfram að aukast. Í lok árs 2012 hafi verið gert ráð fyrir að alheimsgagnamagnsumferð muni aukast um 26% á ári fram til 2015 en þá muni vera um 7,7 milljarður síma, spjaldtölva og annars konar þráðlaus fjarskiptabúnaður sem geti tengst við Internetið. Nýrri spár gefi til kynna að á heimsvísu muni gagnamagnsumferð þrettánfaldast milli áranna 2012-2017. Ísland sé ekki undanskilið þessari þróun og í Hagtíðindum Hagstofu Íslands, frá 27. janúar 2014, komi fram að heildar netnotkun hér á landi haldi áfram að aukast lítilllega á milli ára og nú teljist 95% íbúa landsins til reglulegra netnotenda, sem sé hæsta hlutfall innan Evrópu. Aftur á móti megi sjá að tæpur helmingur notenda tengist netinu á snjallsímum sínum utan heimilis síns eða vinnustaðar, þ.e. með farnetsþjónustu.

Að mati PFS megi ætla að þessi þróun komi til með að halda áfram og þróast í þá átt að fleiri sækji sér farnetsþjónustu í gegnum snjalltæki sín. Meði þar til að mynda nefna að neytendur nýti sér farnetsþjónustu í auknu magni til að nálgast sjónvarpsefni og annað afþreyingarefni í slíkum tækjum. Af þessu leiði einnig að auknar kröfur séu gerðar til gæða þjónustunnar og gagnamagnshraða í gegnum afkastamikið og traust dreifikerfi með mikilli bandvídd. Þannig geti samnýting á tíðnibandinu verið nauðsynleg til að tryggja að nægjanleg bandvídd náist fyrir slíka þjónustu. Uppbygging slíks kerfis sé mjög kostnaðarsöm framkvæmd, sér í lagi hér á landi þar sem landið sé hvort tveggja strjálbýlt og landslag mjög hæðótt. Þá verði ekki séð að mati PFS að uppbygging margra farnetskerfa hér á landi sé neytendum endilega til hagsbóta. Kostnaður við uppbyggingu og rekstur slíks kerfis sé mikill sem að líkindum myndi endurspeglast í endursöluverði til neytenda.

Líkt og áður greini hafi PFS almennt litið jákvæðum augum til samstarfs aðila á fjarskiptamarkaði þegar komi að uppbyggingu fjarskiptaneta. Hafi því verið veittar heimildir í skilmálum á úthlutunum á tíðnum um samstarf við uppbyggingu og útbreiðslu. Í skilmálum uppboðs fyrir þriðju kynslóðar farsímakerfa árið 2006 hafi aðilum sem fengu úthlutað tíðniheimildum verið heimilað, að fengnu samþykki PFS, að hafa samstarf um það hvernig þeir uppfylltu útbreiðslukröfur þannig að ekki hafi þurft að koma til uppbyggingar á samhliða farsímaneti þar sem markaðsaðstæður hafi ekki staðið undir slíkri uppbyggingu. Þá megi nefna það samstarf sem nú sé í gildi milli Vodafone og Nova, sem PFS hafi samþykkt, og feli í sér að Vodafone fái aðgang að dreifikerfi Nova fyrir þriðju kynslóð farsíma (3G) og Nova fái aðgang að GSM farsímakerfi Vodafone. Að mati PFS verði að telja að það samstarf hafi falið í sér verulegt hagræði fyrir bæði félögin sem og neytendur.

Þá hafi í áðurnefndu uppboði á árinu 2013 verið sett í skilmála að tíðniréttihöfum væri heimilt að hafa samstarf við uppbyggingu fjarskiptavirkja og fjarskiptaneta. Opnað hafi verið fyrir möguleika á samnýtingu tíðna. Hafi það verið gert í ljósi þeirra tækniframfara sem orðið hafi og geri slíka samnýtingu mögulega, sem og þeirrar hagræðingar sem að slíkt geti haft í för með sér.

Hvað varði sjónarmið PFS um hvaða markaði samstarfið varði komi fram að PFS hafi birt tvær ákvarðanir varðandi heildsölumarkað fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum sem sé markaður þar sem áhrifa gæti. Með fyrri ákvörðun PFS nr. 4/2007 hafi Síminn verið útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og viðeigandi kvaðir hafi verið lagðar á félagið, m.a. um að veita aðgang að farsímakerfi sínu. Slíkur aðgangur geti m.a. verið í formi innanlandsreikis, sýndarnetsaðgangs og endursöluaðgangs.

Í síðari ákvörðun PFS nr. 11/2012 hafi niðurstaða verið á þá leið að umræddur markaður hafi stefnt í átt að virkri samkeppni og því hafi ekki verið efni til að viðhalda útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Kvöðum á félagið hafi því verið aflétt á tilteknum aðlögunartíma. Í kjölfar þeirrar ákvörðunar hafi fyrirtæki eins og Tal og IMC/Alternu gert heildsölusamninga við Símann um aðgang að farsímaneti félagsins, án þess að hafa þurft að byggja upp eigið dreifikerfi.

PFS telji að framangreint samstarf Nova og Vodafone, með þeim skilyrðum sem félögin muni væntanlega undirgangast, muni ekki breyta fyrri niðurstöðu stofnunarinnar að virk samkeppni sé á markaðnum. Horfi PFS þá jafnframt til þess að annar tveggja samstarfsaðila, þ.e. Vodafone, hafi töluverða reynslu við að veita heildsöluaðgang að dreifikerfi sínu þótt engir sýnarnets- eða endursöluaðilar séu á neti félagsins í dag. PFS muni fylgjast náið með viðkomandi markaði og grípa inn í, t.a.m. með bráðabirgðaákvörðun, ef aðgangur að umræddum markaði lokist skyndilega.

Annar markaður þessa máls varði lúkningu símtala í farsímanetum. Þessi markaður sé fyrirfram skilgreindur af hálfu PFS. Í gildi sé ákvörðun PFS nr. 3/2012 um útnefningu Símans, Vodafone, Nova, IMC og Tals með umtalsverðan markaðsstyrk í lúkningu símtala í eigin farsímaneti og álagningu viðeigandi kvaða á fyrirtækin. Á grundvelli ákvörðunarinnar hafi lúkningarverð verið jöfnuð og lækkuð, þ.e. það verð sem farsímafyrirtæki taki fyrir að ljúka símtali í sínu kerfi sem hefjist í öðru kerfi.

Að mati PFS hafi sameiginlegur kerfisrekstur ekki áhrif á stöðu Nova og Vodafone á þessum markaði þar sem þau uppfylli hvort um sig áfram forsendur um samtengingu og rekstur á eigin símstöð. Kvaðir muni því haldast óbreyttar frá því sem nú er, m.a. um skyldur fyrirtækjanna til að semja um samtengingu við fjarskiptafyrirtæki sem bjóði almenna fjarskiptaþjónustu og bjóði upp á lúkningu símtala í GSM, UMTS (3G) og/eða sýndarfarsímanetum sínum.

Þá kemur fram að í frumdrögum PFS að markaðsgreiningu á aðgangi að heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang segi að aðgangur að gagnaflutningi um farnet, þ.m.t. 3G og 4G, teljist ekki á þessu stigi staðgönguþjónusta við almennan breiðbandsaðgang á fastlínu og tilheyri ekki markaðnum. Hins vegar sé ljóst að aðstæður á markaði geti breyst á næstu árum hvað þetta varði með aukinni útbreiðslu og notkun á 4G netum sérstaklega. Væntingar séu um að áform Nova og Vodafone um samstarf muni flýta þróun á gagnaflutningi um farnet og stuðli að frekari samkeppni í gagnaflutningi. PFS muni fylgjast náið með viðkomandi markaði og endurskoða greiningu sína ef tilefni gefist til.

Í greiningu á markaði fyrir lúkningarhluta leigulína hafi Síminn og Míla verið útnefnd sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á markaðnum. Viðeigandi kvaðir hafi verið lagðar á félögin til að freista þess að leysa úr þeim samkeppnisvandamálum sem greind

höfðu verið á markaðnum. PFS vinni nú að gerð nýrrar markaðsgreiningar á heildsölumarkaði lúkningarluta leigulína og hafi frumdrög verið birt. Það sé fyrirhuguð niðurstaða PFS að Míla sé ennþá með umtalsverðan markaðsstyrk á þessum markaði en Síminn starfi hins vegar ekki lengur á markaðnum. PFS hyggist því viðhalda kvöðum á Mílu á þeim markaði. Það sé mat PFS að áform Nova og Vodafone um samrekstur hafi ekki mikil áhrif á heildsölumarkað fyrir lúkningarluta leigulína.

Á markaði fyrir stofnlínuhluta leigulína hafi PFS í ákvörðun nr. 20/2007 útnefnt Símann og Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk og viðeigandi kvaðir lagðar á fyrirtækin. PFS vinni að nýrri markaðsgreiningu þar sem metið sé hvort á markaðnum ríki nú virk samkeppni og hyggist ljúka henni á næstu mánuðum. Áhrifa samstarfs Nova og Vodafone geti gætt á þessum markaði vegna fyrirhugaðrar fækkunar á leigðum stofnlínum og tengdri aðstöðu, en að mati PFS hafi það ekki afgerandi áhrif á stöðu aðila á viðkomandi markaði.

Fram kemur að verði af samstarfi Nova og Vodafone þá sé, í ljósi stöðu félaganna á farsímamarkaði, mikilvægt að skýr skilyrði séu sett á bæði fyrirtækin vegna framkvæmdar opins heildsöluaðgangs, gagnsæis, jafnræðis og verðlagningar gagnvart fjarskiptafyrirtækjum sem óski eftir aðgangi. Að öðrum kosti aukist líkur á að til skoðunar komi hvort nauðsynlegt sé fyrir PFS að grípa inn í, þ.e. ef aðgangur á heildsölumarkaði farsímaþjónustu þrengist eða lokist.

Að lokum telji PFS að samstarfið muni ekki hafa neikvæð áhrif á samkeppni á tilgreindum mörkuðum, að því gefnu að áform samstarfsaðila um framkvæmd gangi eftir. Aftur á móti telji PFS mikilvægt að Samkeppniseftirlitið setji bindandi skilyrði fyrir samstarfi félaganna sem lúti m.a. að opnum heildsöluaðgangi annarra fjarskiptafyrirtækja að farsímakerfi hvors félags fyrir sig og að jafnframt sé gætt jafnræðis og gagnsæis í viðskiptum aðila. Til að tryggja traust og trúverðugleika á framkvæmd slíks aðgangs þá sé að mati PFS mikilvægt að stjórn rekstrarfélagsins sé a.m.k. skipuð einum óháðum stjórnarmanni sem skuli einnig vera stjórnarformaður fyrirtækisins.

7. Athugasemdir Vodafone og Nova við umsagnir

Athugasemdir bárust frá Vodafone annars vegar og Nova hins vegar við umsagnir hagsmunaaðila á markaðnum og umsögn PFS. Hér á eftir verða athugasemdirnar reifaðar eftir því sem ástæða þykir til.

Félögin telja að þær umsagnir sem hafi borist eigi það flestar sammerkt að þar sé lýst yfir jákvæðri afstöðu til samnýtingar fjarskiptainnvíða með þeim hætti sem boðað sé af hálfu Nova og Vodafone. Félögin fagni jákvæðu viðhorfi umsagnaraðila að þessu leyti og telji sem fyrr að samstarfið muni hafa jákvæð áhrif fyrir samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þá sé rétt að hafa í huga jákvæða umsögn PFS gagnvart samstarfinu. PFS hafi talið að samstarf Nova og Vodafone sé jákvætt fyrir íslenskan fjarskiptamarkað, m.t.t. skilvirkni í uppbyggingu og rekstri fjarskiptaneta og þjónustu við neytendur. Þá falli samstarfið vel mað markmiðum fjarskiptalaga. PFS telji jafnframt að samstarfið muni ekki hafa neikvæð áhrif á samkeppni á tilgreindum mörkuðum að tilteknum skilyrðum virtum.

Í umsögninni hafna félögin fullyrðingum Símans um að samstarf 2G/3G samstarfssamningur þeirra feli í sér brot á samkeppnislögum. Jafnframt er því hafnað að stofnun rekstrarfélags um dreifikerfi félaganna feli í sér samruna fremur en samstarf sem afstaða sé tekin til á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Verður getið um þessar athugasemdir í niðurstöðukafla eftir því sem tilefni er til. Þá fjalla félögin ítarlega um sjónarmið umsagnaraðila sem snúa að samstarfinu.

7.1 Skilgreining markaða

Líkt og rakið sé í erindi félaganna sé líklegt að mögulegra áhrifa geti gætt m.a. á markaði fyrir farsímaþjónustu (heildsölu- og smásölustig) og á markaði fyrir gagnaflutningsþjónustu. Í athugasemdum Símans sé vikið að framangreindum mörkuðum. Rétt sé að taka fram að vinnu við erindi Vodafone og Nova hafi verið lokið áður en ný tölfræðiskýrsla PFS hafi verið birt. Af þeirri ástæðu hafi verið stuðst við eldri tölfræðiskýrslu stofnunarinnar auk ákvarðana Samkeppniseftirlitsins og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá beri einnig að hafa í huga að skýrslur PFS veiti aðeins upplýsingar um fjölda áskrifenda en ekki tekjur aðila á markaði sem að mati félaganna sé það viðmið sem horfa skuli til.

Þar sem fyrir sé að samstarf Nova og Vodafone muni hafa jákvæð áhrif á mörgum þýðingarmiklum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar sé sjálfsagt að höfð sé hliðsjón af heildarstöðu aðila á fjarskiptamarkaði. Markaðsgerð fjarskiptaþjónustu sé með þeim hætti að meta þurfi stöðu aðila á markaðnum í heild og á einstaka undirmörkuðum. Ljóst sé einnig að framkvæmd í samkeppniserétti sýni óneitanlega að Skipti hafi lengi verið í yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði í heild sinni og í því ljósi verði að meta áhrif á stöðu Símans. Í ákvörðun SE nr. 6/2013 *Breytingar á skipulagi Skiptasamstæðunnar og aðrar aðgerðir til þess að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði*, hafi þessi sterka staða verið áréttuð. Komist hafi verið að því að Skipti væri markaðsráðandi á ýmsum sviðum fjarskipta, t.d. í nýlegum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið markaðsráðandi á fjarskiptamarkaði sem heild og á þýðingarmiklum undirmörkuðum. Þessi niðurstaða hafi verið jafnframt áréttuð í nýlegum úrskurði nefndarinnar í máli nr. 1/2012. Einnig veki það athygli að á heimasíðu Skipta komi fram að fyrirtækið telji stöðu Símans vera afar sterka.

7.1.1 Farsímaþjónusta

Í umfjöllun um heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu víki Síminn að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 þar sem heildsölumarkaður fyrir farsímaþjónustu hafi verið skilgreindur sem:

1. Markaður fyrir lúkningu símtala í almennum farsímanetum
2. Markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti.

Í umræddu máli, þar sem heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu hafi verið skipt í tvo undirmarkaði, hafi verið til skoðunar verðlagning lúkningar hjá Símanum og ólögsmætur verðþrýstingur félagsins. Líkt og fram komi í erindi Vodafone og Nova muni fyrirhugað samstarf aðeins snúa að rekstri á dreifikerfi fyrir félögin. Í athugasemdum Símans gæti ákveðins misskilnings. Þar segi að með sameiningu dreifikerfa Vodafone og Nova muni hluti símtals sem endi í neti viðkomandi félaga stækka. Sama hvort símtali ljúki hjá Nova eða Vodafone þá sé sama dreifikerfi notað við lúkningu símtalsins. Þetta sé ekki alls kostar rétt.

Samrekstur dreifikerfis hjá félögunum muni ekki breyta markaði fyrir lúkningu símtala í farsímanetum.

Markaður fyrir lúkningu símtala í farsímanetum

Í athugasemdum Símans um heilðsölumarkað fyrir lúkningu símtala í almennum farsímanetum komi fram sú afstaða að til þess að mæla veltu rekstrarfélagsins verði að leggja saman veltu Nova og Vodafone. Þar sem lúkning í eigin neti teljist vera sérstakur markaður þá leiði það til þess að lúkningamörkuðum fækki um einn með sameiningunni. Félögin bendi á að þetta sé á misskilningi byggt. Ekki sé hægt að byggja á sameiginlegri veltu Nova og Vodafone innan dreifikerfishluta þessara félaga heldur verði að miða við hvort félag um sig. Framkvæmdastjórn ESB skilgreini lúkningu símtala í eigin farsímanetum sem sérstakan markað. Afleiðing þess sé að allir farsímanetsrekendur séu með einokun á lúkningu símtala í eigin neti.

Hvað varði núverandi samstarf félaganna frá 2007 þá sé vikið að því í samráði PFS um frumdrög að greiningu á heilðsölumörkuðum fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum frá árinu 2012. Um það segi PFS að símtöl sem fari á milli viðskiptavina Vodafone og viðskiptavina Nova falli öll undir viðkomandi lúkningarmarkað. Lúkning og lúkningarmarkaður ráðist alfarið af því hvaða viðskiptavinir eigi símtöl sín á milli en ekki af því um hvaða dreifikerfi símtölin fari. Það sé alveg ljóst að Nova greiði Vodafone fyrir lúkningu símtala sem viðskiptavinir Nova hefji og ljúki í kerfi Vodafone.

Samkvæmt því samkomulagi sem hér sé til skoðunar muni Vodafone eftir sem áður annast og innheimta fyrir lúkningu í því dreifikerfi sem félagið kaupir aðgang að og Nova muni gera slíkt hið sama. Eftir sem áður muni Nova greiða Vodafone fyrir lúkningu símtala og öfugt. Dreifikerfið sem slíkt tengist ekki lúkningu símtala. Vísist einnig í þessu samhengi til samninga Símans við Tal. Líkt og vikið sé að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 þá skilgreini eftirlitið lúkningu símtala í GSM farsímaneti Tals þrátt fyrir að félagið reki ekki sjálft dreifikerfi heldur hafi aðeins aðgang að kerfi Símans. Vodafone greiði ekki lúkningargjald til Símans fyrir þau símtöl sem lokið sé í „dreifikerfi“ Tals. Lúkningarmörkuðum muni ekki fækka um einn líkt og Síminn haldi fram í athugasemdum sínum. Vodafone og Nova muni eftir sem áður starfa á markaði fyrir lúkningu símtala. Megi af framangreindu vera ljóst að full samkeppni hafi ríkt á milli Vodafone og Nova á lúkningarmarkaði og ekki sé neinum sameiginlegum hagsmunum til að dreifa á þeim markaði.

Þá séu félögin sammála því mati PFS að sameiginlegur kerfisrekstur hafi ekki áhrif á stöðu Nova og Vodafone á markaði fyrir lúkningu. Báðir aðilar muni eftir sem áður annast samtengingu og rekstur á eigin símstöð.

Markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti.

Almennt megi segja að það séu þrjár meginleiðir virkar í dag fyrir heilðsölu inn á farsímakerfi sem byggja á stöðlum GSM og síðar (3GPP), þ.e. á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti. En þeir eru:

Endursöluaðgangur: Endursöluaðili noti SIM-kort innan netkóða seljanda. Þessi leið henti eingöngu þeim kaupendum sem ekki hafi til staðar eigin farsímakerfi, hvorki kjarnabúnað né dreifikerfi. Endursöluaðili sjái um reikningagerð til viðskiptavinar og almenna þjónustu

en semji yfirleitt um alla fjarskiptaþjónustu (SMS, talhólf, o.s.frv.) við heildsala. Almennt sé aðgangur að öllu kerfinu (GSM, 3G og LTE).

Reikiaðgangur: Kaupandi þjónustunnar notar eigin SIM-kort. Kaupandi hafi í þessu tilfelli eigin kjarnasímstöðvar (a.m.k. HLR og MSC), og að einhverju leyti eigið dreifikerfi. Aðgangurinn geti takmarkast við ákveðna farsímatækni (GSM, 3G eða LTE) og einnig afmarkast við ákveðin svæði (e. Location Area), eða blöndu af þessu tvennu.

Sýndarnetsaðgangur: Sýndarnetsaðgangi svipi mjög til reiknaðgangs og SIM-kort tilheyrir kaupanda. Í þessu tilfelli hafi sýndarnetsaðili ekki að neinu leyti yfir dreifikerfi að ráða, en hafi til umráða kjarnasímstöðvar (a.m.k. HLR og MSC). Aðgangurinn geti takmarkast við ákveðna farsímatækni (GSM, 3G eða LTE) en taki almennt til allra svæða dreifikerfis.

Félögin séu sammála því sem fram komi í umsögn Tals, að það sé mikið hagsmunamál fyrir aðila, líkt og Tal, að á heildsölustigi fjarskiptamarkaðar starfi á hverjum tíma sem flestir aðilar og þar ríki virk samkeppni. Verði af fyrirhuguðum samrekstri á dreifikerfi Vodafone og Nova muni burðugum aðilum á heildsölumarkaði fyrir fjarskiptaþjónustu fjölga um einn. Í umsögn Símafélagsins komi fram að Nova hafi hingað til ekki verið reiðubúið að veita heildsöluþjónustu þegar til félagsins hafi verið leitað og hafi það vísað slíkum fyrirspurnum frá sér á þeim forsendum að félagið hafi ekki burði til að bjóða slíka þjónustu. Með rekstrarfélaginu sé nýjum aðila, þ.e. Nova, gert kleift að hefja innreið sína á heildsölumarkað. Nova verði þannig fullburðugur samkeppnisaðili á heildsölumarkaði með skýra eignaraðild að landsþekjandi dreifikerfi og skýran kostnaðargrunn. Nova muni geta boðið í eigin neti GSM, 3G og 4G þjónustu. Fyrir vikið muni Vodafone og Nova bæði verða burðugir aðilar á heildsölumarkaði með farsímaþjónustu. Muni félög, líkt og Símafélagið og Tal, hafa úr fleiri valkostum að ráða en áður hafi verið.

Félögin séu sammála mati PFS að samstarf Nova og Vodafone með þeim skilyrðum sem félögin muni væntanlega undirgangast muni ekki breyta fyrri niðurstöðu stofnunarinnar í ákvörðun nr. 4/2007 um að virk samkeppni sé á þessum markaði. Félögin telji raunar að samkeppni og framboð á heildsölumarkaðnum muni virkjast enn frekar fyrir tilstilli samstarfs Nova og Vodafone. Staða á markaðnum í dag sé sú að bæði Tal og IMC/Alternatíva séu með heildsölusamninga við Símann. Líkt og PFS bendi á hafi Vodafone töluverða reynslu af því að veita heildsöluaðgang að dreifikerfi sínu þótt engir sýndarnets- eða endursöluaðilar séu á neti félagsins í dag.

7.2 Gagnaflutningsþjónusta

Þá segir að markaður fyrir gagnaflutningsþjónustu sé í stöðugri þróun. Á undanförunum árum hafi gagnamagnsumferð aukist verulega. Líkt og bent sé á í umsögn PFS þá megi ætla að þróunin næstu ár verði í þá átt að neytendur sækja sér farnetsþjónustu í gegnum snjalltæki sín í auknu mæli. Verði það þróunin sé ljóst að byggja þurfi upp traust dreifikerfi sem bjóði upp á nægjanlega bandvidd til að tryggja gæði þjónustunnar. Slík uppbygging sé afar kostnaðarsöm. Til að samkeppni á markaðnum geti þrífist neytendum til hagsbóta sé nauðsynlegt fyrir aðila á markaðnum að leita leiða til að tryggja góða þjónustu en á hagstæðu verði. Líkt og fram komi í umsögn PFS þá standi væntingar til þess að áform Vodafone og Nova muni flýta þróun á gagnaflutningi um farnet og sem stuðli að frekari samkeppni í gagnaflutningi.

7.3 Aðrir markaðir

Félögin telji ekki ástæðu til að víkja frekar að öðrum mörkuðum sem hugsanlegra áhrif geti gætt. Sé vísað í því sambandi til upphaflegs erindis félaganna. Rétt sé þó að benda á, og taka undir þau sjónarmið sem rakin séu í umsögn PFS um markaði með stofnlínuhluta leigulína og lúkningarluta leigulína, þ.e. að ólíklegt sé að samstarfið muni hafa veruleg áhrif á þá markaði.

7.4 Markaðshlutdeild á farsímamarkaði

Félögin geri athugasemd við þá aðferðarfræði, flestra umsagnaraðila, að leggja saman markaðshlutdeild Vodafone og Nova. Hafa verði í huga að félögin muni áfram starfa sjálfstætt á heildsölu- og smásöllumörkuðum. Þá muni rekstarfélagið ekki verða starfandi aðili á markaði enda ekki hæft til slíks. Eins og áður hafi komið fram muni félagið aðeins annast rekstur á fjarskiptabúnaði sem tengist dreifikerfi aðila.

Að mati félaganna sé megin forsenda markaðshlutdeildar í samkeppnisrétti tekjur aðila á skilgreindum markaði yfir ákveðið tímabil. Markaðshlutdeild í samkeppnisrétti sé því að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræði. Hafi þetta einnig verið raunin í þeim málum er varði fjarskiptamarkaðinn, sbr. t.d. umfjöllun um þetta atriði í ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 *Verðþrýstingur Símans*, nr. 30/2011, *Brot Símans með tilboði í 3G netlykil og áskrift* og nr. 31/2011, *Kaup Eignarhaldsfélagsins Fjarskipta hf. á öllu hlutfé í IP Fjarskiptum ehf.* Upplýsingar um fjölda viðskiptavina hjá einstaka aðilum, hlutfall fjölda mínútna í farsímaumferð, hlutfall aðila í sendum SMS skeytum og hlutfall aðila í gagnamagni í farsímakerfinu hafi takmarkaða þýðingu við mat á markaðshlutdeild aðilanna á smásöllumarkaði. Þessir þættir eigi því eingöngu að vera til hliðsjónar ef upplýsinga um markaðshlutdeild á grundvelli tekna njóti ekki við.

Í umsögn sinni vísi Síminn til fjölda mínútna og sendra SMS-skeyta í kerfum Nova og Vodafone. Síminn fullyrði að rekstrarfélagið muni standa fyrir 59,2% af upphafi símtala í farsímanetum og muni því vera í markaðsráðandi stöðu. Þá muni félagið eiga 81% sendra SMS-skeyta sem bendi til einstakrar yfirburðastöðu (e. *super dominance*). Félögin hafni þessari nálgun Símans alfarið. Í fyrsta lagi þá sé ekki boðlegt að vísa eingöngu til fjölda mínútna til rökstuðnings þess að fyrirtæki teljist í markaðsráðandi stöðu. Þar verði til að koma mun vandaðri greining sem taki mið af mun fleiri þáttum. Í öðru lagi þá verði rekstrarfélagið ekki sjálfstæður markaðsaðili heldur muni það eingöngu sjá eigendum sínum Nova og Vodafone fyrir aðgangi að afkastagetu í dreifikerfi sem félögin muni svo selja sitt í hvoru lagi sem keppinautar. Því verði að líta á markaðshlutdeild hvors félags fyrir sig. Jafnvel þótt miðað sé við svo einfalda mælikvarða sem Síminn styðjist við þá sé ljóst að hvorki Nova né Vodafone séu í markaðsráðandi stöðu. Með sömu rökum og vegna þess að ekki sé um samruna að ræða verði að hafna því að HHI stuðullinn sé notaður eða að Síminn beiti honum rétt, enda sé ljóst að Nova og Vodafone verði áfram sitthvort fyrirtækið.

Um gagnaflutningsþjónustu segi Síminn að sameinað félag muni hafa rúmlega 60% markaðshlutdeild ef litið sé til notkunar. Eins og að framan greini þá liggja ekki fyrir tekjutölur um þennan markað og því verði að gera fyrirvara um þessar niðurstöður um markaðshlutdeild. Þá liggja ekki fyrir nýleg markaðsgreining á þessum markaði sem unnt sé að styðjast við. Þess utan sé aftur rangt að telja saman markaðshlutdeild beggja félaga því Nova og Vodafone muni selja gagnaflutningsþjónustu sína í sitthvoru lagi sem

keppinautar. Þá sé rétt að hafa hliðsjón af umfjöllun PFS um markaðinn í umsögn stofnunarinnar. Félögin telji rétt að taka undir það með PFS að aðstæður á þessum markaði muni taka hröðum breytingum á næstu árum með aukinni útbreiðslu og notkun á 4G netum sérstaklega. Ólíkt Símanum þá vænti PFS þess að áform Nova og Vodafone um samstarf muni flýta þróun á gagnaflutningi um farnet og stuðla að frekari samkeppni í gagnaflutningi. Ljóst sé að skilningur PFS sé sá sami og félaganna um það að líta beri á markaðshlutdeild aðila í sitthvoru lagi.

7.5 Samkeppnisleg áhrif samstarfsins

Verði það mat Samkeppniseftirlitsins að áhrif af samstarfinu kunni að vera samkeppnishamlandi og það andstætt ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga þá telji félögin engu að síður að þær tillögur félaganna að skilyrðum samstarfsins og útfærslur að öðru leyti girði fyrir slík áhrif. Lúti skilyrðin í meginatriðum að heildsöluaðgangi og kostnaðarútreikningum til að koma í veg fyrir einsleitni í kostnaðaruppbyggingu og að aðgerðum til þess að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi upplýsingaskipti, m.a. með skilyrðum um stjórnarsetu í hinu sameiginlega félagi. Hafa verði í huga að flestir hagsmunaaðilar í máli þessu hafi í umsögnum sínum sagt samnýtingu á fjarskiptainviðum jákvætt skref. PFS líti jafnframt til samstarfs aðila á fjarskiptamarkaði með jákvæðum augum. Telji PFS að það samstarf sem nú sé í gildi milli Vodafone og Nova hafi þar að auki haft verulegt jákvætt hagræði í för með sér fyrir bæði félögin og neytendur.

Í málum, sambærilegum þeim sem hér sé til skoðunar og hafi komið til kasta framkvæmdarstjórnar ESB, sé undanþága frá 1. mgr. 101 gr. TFEU (sbr. 1. mgr. 53. gr. EES) gjarnan veitt með vísan til 3. mgr. 101 gr. TFEU (sbr. 3. mgr. 53. gr. EES).

Eitt af þeim málum sé T-Mobile Deutschland/O2 sem vikið sé að í upphaflegu erindi félaganna. Síminn víki jafnframt að því máli í umsögn sinni. Líkt og segi í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar þá hafi félögunum verið veitt undanþága frá 1. mgr. 101. gr TFEU og 1. mgr. 53. gr. EEA með vísan til ákvæða 3. mgr. 101. gr. TFEU og 3. mgr. 53. gr. EEA. Hafi undanþágan verið veitt enda hafi framkvæmdarstjórnin talið að öll skilyrði hafi verið uppfyllt, m.a. vegna aukinnar skilvirkni og ávinnings fyrir neytendur. Í ákvörðun sinni vísi framkvæmdarstjórnin einnig til þess að margt bendi til þess að samstarfið muni auka samkeppni á milli aðila á fjarskiptamarkaði. Þó svo að framkvæmdarstjórnin hafi komist að þeirri niðurstöðu að samstarfið myndi leiða til röskunar á samkeppni á smásölustigi sé rétt að taka fram að þær vangaveltur hafi ekki haft áhrif á niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar og hafi undanþágan verið veitt.

Síminn víki jafnframt að máli framkvæmdastjórnarinnar sem hafi varðað samruna T-Mobile Austria og Tele.ring. Málið hafi ekkert fordæmisgildi fyrir það mál sem hér sé til skoðunar enda um samruna að ræða sem hafi verið tilkynntur til framkvæmdarstjórnarinnar en ekki beiðni um undanþágu frá 1. mgr. 101. gr. TFEU á grundvelli 3. mgr. 101. gr. TFEU. Ekki sé ljóst með hvaða hætti Síminn telji málið tengjast erindi Vodafone og Nova. Ekki séu fordæmi fyrir því að setja samstarfi sambærileg eða strangari skilyrði en samrunum líkt og Síminn leggi til í umsögn sinni. Vodafone og Nova telji mun skynsamlegra að horfa til sambærilegra mála, sem hafi komið til kasta framkvæmdarstjórnarinnar og samkeppnisyfirvalda nágrannalanda okkar enda leiði það af trúnaðarskyldu og einsleitnismarkmiði EES samningsins. Það sem sé einnig ólíkt í tilfalli Nova og Vodafone sé

sú staðreynd að aðilum á heildsölumarkaði fjölgi um einn (Nova) með samstarfi Nova og Vodafone en í tilvitnuðu máli hafi heildsöluaðilum fækkað um einn.

Ef horft sé til landanna í kring, þ.e. þeirra sem búa við sambærilegt regluverk, þá sé þróunin sú að farsímafélög reki í auknum mæli sameiginleg dreifikerfi. Sé það þróunin jafnvel í þeim löndum þar sem þéttbýli og íbúafjöldi sé meiri.

Í athugasemdum Símans komi fram að samstarf Nova og Vodafone muni leiða af sér samræmda hegðun, hafi hún ekki þegar átt sér stað. Fyrirtækin hafi tekið tillit til hvors annars, ekki farið í samkeppni við hvort annað og skipt með sér mörkuðum. Sjáist þetta á þróun og opinberum gögnum, 4G uppbyggingu félaganna og ólíkri áherslu í markaðssetningu félaganna. Félögin hafni með öllu ávirðingum um að Nova og Vodafone hafi haft með sér samræmda hegðun. Þá skuli ítrekað að samstarf félaganna um rekstur dreifikerfis muni ekki leiða til samhæfingar líkt og komi fram með ítarlegum hætti og sé rökstutt í undanþágubeiðni félaganna. Fyrir það fyrsta þá sé því algerlega hafnað að 4G uppbygging félaganna feli einhvern veginn í sér samhæfða hegðun. 4G tæknin hafi hafið innreið sína á íslenska fjarskiptamarkaðinn fyrir mjög skömmum tíma og því sé fráleitt að draga svo víðtækar ályktanir af uppbyggingu sem sé svo skammt á veg komin. Bent skuli á að Nova hafi opnað fyrir 4G þjónustu sína á höfuðborgarsvæðinu í apríl 2013. Samkvæmt fréttatilkynningu frá Vodafone í febrúar 2014 hafi félagið nýlega hafið 4G væðingu á höfuðborgarsvæðinu. Síminn hafi aftur á móti ekki hafið 4G væðingu á höfuðborgarsvæðinu í dag.

Sumarið 2013 hafi Nova aukið við 4G dreifikerfi sitt með uppsetningu senda á fjölmönnum sumardvalarstöðum, þ.e. í Skorradal og Grímsnesi og víðar, t.d. á Akureyri og í Keflavík. Um svipað leyti hafi Vodafone byrjað að kynna 4G þjónustu á nánast sömu stöðum og Nova, t.d. í Skorradal, Grímsnesi og Akureyri. Uppbygging á 4G kerfum hafi verið bundin við þessa þéttbýliskjarna. Með öðrum orðum þá sé ljóst að uppbyggingarsvæðin skarast, frekar en að þeim sé skipt á milli aðila. Þetta hreki allar ávirðingar um samhæfða hegðun eða skiptingu markaða. Í öðru lagi þá sé því hafnað með öllu að fyrirtækin skipti með sér mörkuðum með ólíkum áherslum í markaðssetningu. Sæti mikilli furðu að þessu sé haldið fram af hálfu Símans. Ekki þurfi að gaumgæfa tilvitnaða tölfræðiskýrslu PFS lengi til þess að sjá að Nova hafi aukið hlutdeild sína í öllum töflum en Vodafone og Síminn misst hlutdeild sína. Breytingar á hlutdeild Nova, Vodafone og Símans bendi sterklega til að virk samkeppni sé að myndast á markaðnum. Raunar komi fram í markaðsgreiningu PFS frá mars 2012 að þróun markaðshlutdeildar bendi til þess að markaðurinn stefni í átt til virkrar samkeppni. Hvað sem þessum órökstuddu vangaveltum Símans líði þá sé því hafnað að fjarskiptafyrirtækin starfi á fákeppnismarkaði eða að á markaðnum felist einhvern veginn jarðvegur fyrir samhæfða hegðun. Fullyrðingar Símans þar um séu með öllu órökstuddar.

Vönduð greining þurfi að fara fram á viðkomandi markaði til að unnt sé að fullyrða að þar fáiast samhæfing þrifist. Sú staðreynd að á smásölumarkaði fyrir farsímabjónustu og heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímakerfi hafi samkeppni verið að aukast bendi eindregið til þess að ekki sé jarðvegur fyrir samhæfða hegðun. Þá hafi vöruframboð aukist til muna og virk samkeppni sé milli fjarskiptafyrirtækjanna að bjóða betri kjör og þjónustu og þróa nýjar afurðir og möguleika, viðskiptavinum til hagsbóta. Jafnvel þótt rétt væri að um fákeppnismarkað sé að ræða sé ekkert sem bendi til

samhæfðar hegðunar og hafi Síminn ekki fært nein rök því til stuðnings umfram fullyrðingar sínar.

Félögin telji að sameiginleg uppbygging á öfluggu dreifikerfi í gegnum rekstarfélag sem ekki starfi sjálft á markaði muni hafa jákvæð samkeppnisleg áhrif. Verði rekstarfélagið að raunveruleika muni samkeppni á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu aukast.

7.6 Aðgangur að sameiginlegu dreifikerfi

Í umsögn Vodafone og Nova segir að í athugasemdum Símans, Símafélagsins og Tals sé vikið að nauðsyn þess að rekstarfélagið selji sjálft heildsöluaðgang að dreifikerfinu. Fari félögin fram á að rekstarfélagið starfi sjálft á markaði en annist ekki aðeins rekstur dreifikerfisins líkt og erindi félaganna geri ráð fyrir.

Í umsögn Símans komi m.a. fram að dönsk samkeppnisyfirvöld hafi, í máli Telia og Telenor, sett skilyrði um veitingu aðgangs að dreifikerfinu. Þessi staðhæfing sé ekki rökstudd frekar eða í nokkru vikið að í hverju umrædd skilyrði hafi falist. Krefjist Síminn þess að sett verði samskonar skilyrði á Nova og Vodafone. Þessi umfjöllun Símans um skilyrðin í máli Telia og Telenor sé afar villandi. Í umræddu máli hafi skilyrði verið sett á samstarfsaðilana sjálfa, til að tryggja að þeir muni veita heildsöluaðgang, en ekki rekstrarfélagið. Vodafone og Nova leggi til sambærileg skilyrði í erindi sínu.

Félögin ítreki að aðstæður í máli Telia og Telenor og í þessu máli séu sambærilegar. Hafi uppbygging danska félagsins og þau skilyrði sem danska samkeppniseftirlitið hafi sett samstarfinu verið höfð til hliðsjónar. Þegar dönsk samkeppnisyfirvöld hafi metið samstarfsverkefnið í heild hafi ekki verið talið tilefni til þess að líta svo á að verkefnið hafi samkeppnishamlandi áhrif. Skilyrðin sem sett hafi verið vegna samstarfsins hafi varðað m.a. það að aðgangur að heildsölumarkaði skyldi vera með tilteknum hætti. Hins vegar sé rétt að benda á að skilyrðin séu ekki frábrugðin því fyrirkomulagi sem gengið sé út frá í samstarfi Vodafone og Nova, þ.e. að félögin sjálf selji aðgang að farsímanetinu í heildsölu. Danska rekstarfélagið starfi því ekki á markaði, það annist aðeins rekstur dreifikerfisins og eftirláti Telia og Telenor að keppi á heildsölumarkaði.

Í ákvörðun í framangreindu máli komi fram að Telia og Telenor haldi áfram að vera þátttakendur á markaði fyrir sölu og veitingu heildsölu- og smásöluaðgangs fyrir gagnaflutning og farsímaþjónustu. Í niðurstöðu ákvörðunar hafi verið gert að skilyrði að samstarfið myndi ekki valda því að Telenor og Telia geti útilokað eða skaðað samkeppni fyrir sölu og veitingu heildsölu- og smásöluaðgangs fyrir gagnaflutning og farsímaþjónustu. Hins vegar hafi ekki verið gerð sérstök athugasemd við það fyrirkomulag sem gert hafi verið ráð fyrir í samkomulaginu að aðilar þess myndu halda áfram sölu á heildsölu- og smásöluaðgangi að umræddum mörkuðum. Félögunum hafi hins vegar verið gert að tryggja að samkeppnin yrði virk og að samkomulagið myndi ekki útiloka eða skaða samkeppnina á þessum markaði. Í því máli sem hér sé til skoðunar megi fær rök fyrir því að samkeppni muni aðeins aukast á heildsölumarkaði.

7.7 Athugasemdir við tíðniúthlutunir

Í athugasemdum málsaðila segir að Síminn telji að rekstrarfélagið muni að óbreyttu vera í yfirburðastöðu hvað varði tíðniréttindi. Nova og Vodafone hafi komið fram sem tveir

aðskildir aðilar. Telji Síminn að allar líkur séu á því að félögin hafi haft með sér samráð um boð í tiltekna tíðir. Síminn telji að ekkert annað sé í stöðunni en að félögin skili tíðnum.

Samstarfsaðilar hafni þessum sjónarmiðum Símans. Félögin bendi á að rökleiðing Símans um að Vodafone og Nova beri að skila tíðnileyfum sem félögin keyptu í uppboði á vegum PFS sé með öllu óskiljanleg. Í fyrsta lagi sé það PFS sem fari með úthlutun tíðna skv. fjarskiptalögum. Það sé PFS að afturkalla eða breyta tíðniréttindum. Í öðru lagi þá fari Síminn með rangt mál um úthlutaðar tíðniheimildir í umsögn sinni. Í yfirlitstöflu sinni hafi Síminn þannig tvítalið tíðniréttindi allra á 2100 MHz tíðnibandinu. Hver aðili sé alls með 35 MHz en ekki 65 MHz. Hafa beri í huga að tíðniréttindin séu grundvöllur afkastagetu dreifikerfisins. Ef hluti tíðniréttinda sé seldur þá sé grunnforsenda rekstrarfélagsins horfin, þ.e. aukin hagkvæmni í rekstri. Þá skuli þess getið að Síminn hafi ekki boðið í tíðniheimild á 800 MHz tíðnibandi líkt og Vodafone hafi gert. Síminn hafi hins vegar haft alla möguleika á því að bjóða í tíðnileyfin en hafi valið að sitja hjá. Rökleiðing Símans að nú beri Vodafone og Nova að skila tíðnileyfum sem félögin keyptu dýrum dómum í uppboði á vegum PFS sé með öllu óskiljanleg. Verður nánar vikið að athugasemdum aðila hvað þetta varðar hér á eftir.

7.8 Skilyrði um heildsöluáðgang hjá rekstrarfélaginu

Eins og að framan sé rakið sé rétt að líta á markaðshlutdeild Nova og Vodafone í sitthvoru lagi. Félögin muni áfram vera keppinautar sem keppa muni á grundvelli verðs og gæða þjónustu. Rekstrarfélagið geti ekki og muni ekki vera sjálfstæður markaðsaðili. Það sé því fjarstæðukennt að líta svo á að rekstrarfélagið eða Nova og Vodafone sameiginlega séu í markaðsráðandi stöðu. Neikvæð áhrif af samstarfi félaganna sem umsagnaraðilar gefi í skyn í umsögnum sínum séu því ekki fyrir hendi. Þar með sé ljóst að ekki sé þörf fyrir að samstarfinu verði sett svo róttæk skilyrði sem umsagnaraðilar hafi lagt til og slíkt sé aukinheldur andstætt meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar og -laga. Þá telji félögin rétt að benda á að forsendur fyrir einstaka skilyrðum séu einfaldlega ekki fyrir hendi. Rekstrarfélagið reki til að mynda aðeins radíóhluta dreifikerfis en ekki kjarnakerfi. Til þess að unnt sé að veita reiknaðgang þarf aðgang að kjarnakerfishluta dreifikerfis. Þar með sé ljóst að af tæknilegum orsökum geti rekstrarfélagið ekki veitt reiknaðgang eins og Síminn hafi farið fram á.

Í umsögnum sínum leggi hagsmunaaðilar til skilyrði við samstarfi Vodafone og Nova. Skilyrði Símans virðast taka mið að því að um samruna sé að ræða en ekki samstarf og beiðni um undanþágu á grundvelli 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Þá vísi Síminn til þess að í máli danska samkeppnisráðsins hafi samstarfi Telenor og Telia verið sett skilyrði um að veittur yrði aðgangur að dreifikerfinu. Telji Síminn að ef Nova og Vodafone fallist á að danska fordæmið eigi við þá beri jafnframt að fallast á þau skilyrði sem þar hafi verið lögð til grundvallar. Jafnframt leggi umsagnaraðiliar til að sá aðgangur verði veittur á kostnaðargreindum grunni.

Í þessu sambandi bendi félögin á að hið rétta sé að í hinu danska máli hafi verið kveðið á um að aðilum samstarfsins, en ekki hinu nýstofnaða félagi, hafi verið gert að veita þriðju aðilum heildsöluáðgang. Hafi danska samkeppnisráðið talið að með heildsöluskilyrðinu væri komið í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif. Líkt og rakið hafi verið hér að framan felist það í tillögu Vodafone og Nova að samstarfinu að aðeins verði veittur aðgangur að dreifikerfinu í gegnum félögin tvö. Verði sá aðgangur veittur félögunum á kostnaðargreindu

verði. Fyrirkomulaginu sé ætlað að tryggja að samkeppni haldist á heildsölumarkaðnum. Þá sé rétt að ítreka að rekstrarfélagið muni ekki hafa yfir að ráða búnaði til að veita aðgang að dreifikerfinu. Allur kjarnabúnaður muni verða áfram í eigu og rekstri hjá félögunum sjálfum. Síminn og Tal krefjist opins aðgangs að innviðum á jafnræðisgrundvelli. Hafi þau áhyggjur af því að rekstrarfélaginu sé eingöngu heimilt að selja þjónustu til eigenda sinna og geti þannig hindrað aðgang þriðju aðila eða tekið inn einokunarhagnað. Tryggja verði aðgang annarra á kostnaðargreindum grunni. Um þetta sé það að segja að aðgangur þriðju aðila verði tryggður með skilyrði um heildsöluaðgang hjá Vodafone og Nova á viðskiptalegum forsendum. Kostnaðarlegar forsendur verðsins ætti eingöngu að gilda gagnvart eigendunum. Hafa verði í huga að Nova og Vodafone muni áfram starfa sem keppinautar. Félögin telji líkt og PFS að framangreint fyrirkomulag muni tryggja að samstarfið hafi ekki neikvæð áhrif á samkeppni.

Nova og Vodafone hafi raunar lagt til sjálf að þau muni lúta svipuðum skilyrðum og fram komi á danska málinu, telji Samkeppniseftirlitið yfirhöfuð að hætta sé á að samstarfið valdi samhæfingu á heildsölumarkaði. Þessi tillaga Nova og Vodafone sé jafnframt í samræmi við skilning PFS í umsögn sinni um erindi félaganna. Hafi PFS lagt til að Nova og Vodafone, sitt í hvoru lagi, verði gert að hlíta skilyrði um heildsöluaðgang. Að mati Nova sé ljóst að ekkert í málinu leiði til þess að félögin þurfi að hlíta strangara skilyrði um heildsöluaðgang en því sem félögin hafi þegar lagt til í upphaflegu erindi sínu.

Þrátt fyrir að markaðshlutdeild Nova og Vodafone sé hærrí en Telenor og Telia í hinu danska máli hafi Síminn ekki fært nein rök fyrir því hvers vegna 10% munur á sameiginlegri markaðshlutdeild í þessum málum ætti að leiða til þess að aukin þörf sé á skilyrðum fyrir samstarfi Nova og Vodafone (að því gefnu að 10% munur sé réttur).

Í umsögnum Símans, Tals og Símafélagsins gæti einnig þess grundvallarmisskilnings að hið nýja rekstrarfélag muni með einhverju móti verða markaðsráðandi. Staðreyndin sé sú að grundvallarforsenda fyrir samstarfi félaganna sé að hið nýja félag framleiði afkastagetu sem Nova og Vodafone muni sitt í hvoru lagi selja. Hið nýja félag sé ekki sjálfstæður aðili á heildsölumarkaði og því sé villandi að tala um og spyrða saman markaðshlutdeild Nova og Vodafone í þessu samhengi þegar hið rétta sé að Nova og Vodafone muni áfram keppa á grundvelli verðs, bæði á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í fjarskiptaneti og á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu. Það sé því alrangt að tala um einkakaupasamninga í þessu samhengi. Um önnur skilyrði sem hagsmunaaðilar krefjist er fjallað hér að neðan.

Tal leggi m.a. til að skilyrði verði sett til að draga úr hættu á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum. Míla viðri sömu áhyggjur í umsögn sinni og segi að komast verði hjá því að samstarfsaðilar sjái glögg í gegnum rekstur félagsins kostnað hvort annars við að veita þjónustuna. Að því er þessar áhyggjur varði þá vísast til skilyrðis um að við reikningagerð rekstarfélagsins skuli séð til þess að aðilar geti ekki greint upplýsingar um kostnað hvors félags um sig eða notkun. Að öðru leyti sé vísað til skilyrða sem lögð séu til í erindinu hvað varði öryggi upplýsinga.

Bæði Síminn og Tal fari fram á fullan stjórnunarlegan aðskilnað við Nova og Vodafone. PFS leggi til að stjórnarformaður verði óháður. Félögin bendi á í þessu sambandi að tillaga að skilyrðum um þetta í upphaflegu erindi félaganna tryggi nægjanlega að upplýsingaskipti

muni ekki eiga sér stað. Það sé forsenda fyrir samstarfinu að rekstur dreifikerfisins sé til hagsbóta fyrir eigendur rekstrarfélagsins og þar af leiðandi viðskiptavinum þeirra, hvors um sig. Rekstrarfélaginu sé ætlað að ná fram hagkvæmni í framleiðslu á afkastagetu sem þannig skapi eigendum þess möguleika til þess að auka hagkvæmni síns eigin heildarreksturs. Það muni gera Nova og Vodafone, sitt í hvoru lagi, samkeppnishæfari við keppinauta sína og betur í stakk búin til að koma til móts við þarfir viðskiptavina sinna. Samstarfið feli því í sér hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta og muni þannig koma neytendum til góða. Aðkoma þriðju aðila að eignarhaldi sé ekki í boði og engin rök hafi komið fram frá umsagnaraðilum sem leiði til slíkrar niðurstöðu sem myndi kollvarpa hugmyndafræði verkefnisins.

Þá leggi Síminn jafnframt til að rekstrarfélaginu verði gert að skila tíðniheimildum. Af orðalaginu að dæma gangi Síminn út frá því að um samruna sé að ræða enda segi þar að hinu sameinaða félagi skuli gert að skila tíðniheimildunum. Vísi félögin til þess sem að framan hafi verið rakið. Ekki sé um tilkynningarskyldan samruna að ræða. Engar forsendur séu fyrir því að skylda Vodafone eða Nova til að skila hluta þeirra tíðna sem þeim hafi verið úthlutað á grundvelli uppboðs PFS. Félögin muni áfram halda á tíðniheimildum sínum en hafi sótt um leyfi til PFS til að samnýta þær líkt og heimild sé fyrir í skilmálum uppboðsins. Þá verði ekki séð að það sé yfir höfuð framkvæmanlegt að skila tíðniheimildum aftur til PFS að loknu uppboði.

7.9 Önnur skilyrði

Að lokum leggi Síminn til að hinu sameiginlega félagi verði gert að bjóða til sölu sendistaði sem eigi að loka. Vodafone telji ekkert því til fyrirstöðu að hafa slíkt skilyrði fyrir samstarfinu. Hins vegar kemur fram í athugasemdum Nova að fullyrðingar Símans um að Nova og Vodafone þurfi að lúta slíkum skilyrðum standist ekki skoðun enda sé þeim þáttum ólíkt farið í hinu danska máli og í samstarfi Nova og Vodafone. Möstur og aðstaða fyrir sendabúnað séu að mestu leigð líkt og komi fram í erindi Nova og Vodafone en hafi verið að mestu leyti eignir Telenor og Telia í hinu danska máli. Því sé engin þörf á slíku skilyrði í tilfalli Nova og Vodafone.

Hvað varði umsögn Mílu sérstaklega þá lúti hún að flestu leyti að stöðu félagsins sjálfs á leigulínumarkaði og undirmörkuðum hans nái samstarf Nova og Vodafone fram að ganga. Þó haldi Míla því fram að LTE farnet sé staðgönguvara fyrir heimtaugar. Nova telji rétt að benda á að þetta sé síður en svo augljós niðurstaða. Í umsögn PFS komi fram að aðgangur að gagnaflytningi um farnet, þ.m.t. 3G og 4G, teljist ekki staðgönguþjónusta við almennan breiðbandsaðgang á fastlínu og tilheyri ekki markaðnum. PFS telji þó að þetta kunni að koma til með að breytast síðar meir.

Í frumdrögum PFS að greiningu á mörkuðum fyrir heildsöluaðgang að föstum aðgangsnætum og breiðbandsaðgang í heildsölu í mars 2013, komi jafnframt fram að þau þráðlausu kerfi sem fyrir hendi séu hér á landi séu því marki brennd að sú þjónusta sem standi notendum til boða sé ekki sambærileg við heimtaugar hvað bitahraða, gagnamagn og verð varði. Nova telji að þetta bendi til þess að staðganga sé ekki á milli gagnaflytninga umfarnet og heimtauga líkt og Míla haldi fram.

Að lokum þá sé rétt að fram komi að samstarfsaðilar séu sammála umsögn PFS um áhrif samstarfs Nova og Vodafone á leigulínumarkaðinn. PFS telji þannig að áhrif af samstarfinu

á markaði fyrir lúkningarluta leigulína muni vera takmörkuð og boði að kvöðum verði viðhaldið á Mílu. PFS telji einnig að samstarfið muni hafa takmörkuð áhrif á stöðu aðila á markaði fyrir stofnlínuhluta leigulína.

Að öllu ofangreindu virtu telji félögin að þær athugasemdir umsagnaraðila sem feli í sér neikvæða afstöðu til erindis Nova og Vodafone séu í öllum atriðum á misskilningi byggðar og geti því ekki haft áhrif á úrlausn málsins. Að mati þeirra hafi ekkert fram komið í umsögnum hagsmunaaðila sem breytt geti fyrri afstöðu eins og hún komi fram í erindi Nova og Vodafone. Þvert á móti hafi margir hagsmunaaðila bent á jákvæð áhrif af samstarfinu. Hafa verði hliðsjón af umsögn PFS í málinu þar sem fram komi afgerandi jákvæð afstaða stofnunarinnar til samstarfsins. Félögin ítreki því fyrri afstöðu sína um að samstarfsverkefnið uppfylli öll efnisskilyrði 15. gr. samkeppnislaga til þess að hljóta undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga. Komi til þess að fjalla þurfi frekar um það á hvern hátt megi standa að útfærslu undanþágu eða skilyrða fyrir samstarfinu lýsi félögin sig reiðubúin til hvers kyns skoðanaskipta og upplýsingagjafar við samkeppnisyfirvöld í því skyni. Verði hagsmunaaðilum gefinn kostur á að koma á framfæri frekari athugasemdum vegna samstarfsverkefnisins áskilji félögin sér allan rétt til þess að koma á framfæri athugasemdum til Samkeppniseftirlitsins vegna þeirra.

8. Málsmeðferð að öðru leyti – mótun skilyrða

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. Átti Samkeppniseftirlitið ítarleg samskipti við félögin um mótun skilyrðanna. Gerðu félögin einkum ágreining um kröfur eftirlitsins um skilyrði sem vörðuðu stjórnunarlegt sjálfstæði rekstrarfélagsins. Hafa viðræður í framhaldinu leitt til þess að Vodafone og Nova hafa gert sátt við Samkeppniseftirlitið um skilyrði sem samstarfinu eru sett.

Þá hefur Samkeppniseftirlitið ítrekað aflað sjónarmiða PFS vegna málsins. Nefna má að í tölvupósti til Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 6. maí 2014, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sérstakri umsögn PFS um sjónarmið Símans um tíðnimál sem koma fram í fyrrnefndri umsögn Símans. Umsögn PFS barst í bréfi dags. 27. júní 2014 og verða atriða úr henni getið í umfjöllun hér á eftir um tíðnimál eftir því sem tilefni er til.

Þá hefur Samkeppniseftirlitið átt í frekari samskiptum við hagsmunaaðila, eftir því sem tilefni hefur verið til.

III. NIÐURSTAÐA

Í máli þessu er fjallað um erindi Nova og Vodafone í hverju félögin óska eftir undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga til þess að stofna félag í jafnri eigu aðila um rekstur dreifikerfis tengt farsímastarfsemi félaganna. Af hálfu félaganna er byggt á því að örar framfarir séu í þróun þráðlausra netkerfa á borð við LTE/4G og LTE Advanced og séu fyrirtæki víða um heim að þróa og innleiða slík kerfi. Eftir úthlutun tíðna hjá PFS í byrjun árs 2013 hafi bæði Nova og Vodafone nýverið byrjað innleiðingu á farsíma- og netþjónustu með 4G tækni hér á landi. Með 4G aukist gagnaflutningshraði verulega auk þess sem tæknin auki til muna möguleika í þjónustuframboði fyrir neytendur. Þá hafi mikil og hröð tækniþróun átt sér stað undanfarin ár fyrir samrekstur sendabúnaðar með nýrri tækni á borð við RAN share, MOGN og Single RAN. Víða í nágrennalöndunum hafi samnýting og samrekstur slíkra kerfa reynst vel. Með þetta að leiðarljósi hafi Nova og Vodafone undirritað viljayfirlýsingu í ágúst 2013 þess efnis að stofnað yrði sameiginlegt félag í jafnri eigu beggja aðila um uppbyggingu og rekstur sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu á landsvísu. Í samræmi við þessar fyrirætlanir hafi Nova og Vodafone undirritað rammisamkomulag um samstarfsverkefni. Markmið rammisamkomulagsins sé að koma skipulagi á samskipti og samstarf aðila á meðan þeir komi fyrirætlunum sínum á framfæri við viðeigandi stjórnvöld og sækji um þau samþykki og undanþágu sem aðilar telji þörf á vegna samstarfsverkefnisins. Rammisamkomulaginu sé ætlað að gilda þar til tilskilin leyfi eða undanþága fáist fyrir verkefninu og aðilar hafi orðið ásáttir um stofnun rekstrarfélagsins.

Í 17. gr. f samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. lög nr. 52/2007, kemur fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að ljúka málum með sátt. Í 22. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 segir að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt á öllum stigum máls að ljúka því með sátt. Samkvæmt ákvæðinu getur sátt m.a. fallist í því að fyrirtæki fallist á að breyta tiltekinni hegðun sinni á markaðnum eða hlíta fyrirmælum eða skilyrðum sem ætlað er að vernda eða efla samkeppni. Sátt er bindandi fyrir málsaðila þegar hann hefur samþykkt og staðfest efni hennar með undirskrift sinni.

Eins og að framan greinir hafa Samkeppniseftirlitið og Vodafone og Nova gert með sér sátt um niðurstöðu málsins. Í henni felst í aðalatriðum að Vodafone og Nova fallast á að hlíta tilteknum skilyrðum. Á þeim grunni var unnt að veita samstarfi félaganna undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á umræddu erindi er lokið með þeim hætti sem rakið verður í þessari ákvörðun.

1. Eðli samstarfsins

Eins og fram kemur í málavaxtalýsingu hér að framan er ágreiningur um hvort fyrirhuguð stofnun félags um rekstur dreifikerfis fyrir samstarfsaðilana falli undir 10. gr. samkeppnislaga eða undir 17. gr. sömu laga og þá sem samrunamál.

Nova og Vodafone hafa í sínum málflutningi byggt á því að stofnun sameiginlegs rekstrarfélags falli undir bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga og undanþáguákvæði 15. gr. sömu laga. Hins vegar kemur fram í umsögnum hagsmunaaðila það mat að um sé að ræða

stofnun fyrirtækis um sameiginlegt verkefni sem gegni til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar, sbr. d – lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt d-lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað með stofnun fyrirtækis um sameiginlegt verkefni (e. joint venture) sem gegnir til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar. Við mat á því hvort umræddur gerningur teljist vera samruni í skilningi samrunaákvæðis samkeppnislaga er gagnlegt að hafa m.a. hliðsjón af leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB.² Til að félag eða rekstrareining um sameiginlegt verkefni falli undir d-lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga þurfa tiltekin skilyrði að vera uppfyllt. Lúta þessi skilyrði að því hvort rekstrarfélagið telst vera raunverulega sjálfstæð efnahagseining eða ekki. M.a. þarf rekstrarfélagið að starfa á markaði á sambærilegan hátt og önnur starfandi félög á sama markaði. Ef félagið tekur yfir og annast einn tilgreindan rekstrarþátt (aðfang) fyrir starfsemi móðurfélaga án sjálfstæðrar rekstrarlegrar aðgreiningar á markaði er líklegt að það teljist ekki vera sjálfstæð efnahags- eða rekstrareining. Selji rekstrarfélagið móðurfélögum sínum alla eða nánast alla framleiðslu sína og ekkert eða mjög lítið til annarra rekstraraðila á markaðnum er ekki um sjálfstæða efnahags- eða rekstrareiningu að ræða. Þá er rétt að benda á að rekstrarfélaginu er ekki ætlað að reka sína eigin sjálfstæða markaðstefnu og hefur í raun ekki sjálfstæðan fjárhag þar sem félagið verður fjármagnað beint frá eigendum. Til þess að teljast sjálfstæð efnahagseining þarf rekstrarfélagið að vera tiltölulega óháð eigendum sínum um framleiðslu afurða og reka sjálfstæða markaðs-, rekstrar- og fjárfestingastefnu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ein megin forsenda fyrir starfsemi rekstrarfélagsins aðgangur að tíðniheimildum og nýting þeirra. Í því sambandi er rétt að vísa í umfjöllun PFS í ákvörðun stofnunarinnar nr. 14/2014 um heimild Fjarskipta hf. og Nova ehf. til samnýtingar tíðniheimilda. Þar kemur fram að PFS fái ekki séð að sú samnýting sem boðuð sé í samstarfsverkefni Vodafone og Nova geti falið í sér framsal á þeim réttindum sem félögunum hafi verið úthlutað til ákveðins tíma. Grundvallist sú afstaða á ýmsum þáttum, en m.a. á þeirri forsendu að félögin verði áfram rétthafar tíðniheimildanna og beri réttindi og skyldur á grundvelli þeirra, t.a.m. á greiðslu tíðnigjalda og að útbreiðslu-, uppbyggingar- og gæðaviðmiðum verði náð. Þá sé ljóst að yfirráð yfir undirliggjandi tíðniheimildum flytjist ekki á hendur annars lögaðila sem öðlist þá hagnýtingar- eða einkaforræði á tíðniheimildinni. Þannig geti rekstrarfélagið t.d. ekki tekið ákvörðun um samnýtingu tíðnanna með þriðja aðila. Slík ákvörðun sé ávallt á höndum tíðniréttahafa sjálfra, þ.e. Vodafone og Nova. Eins sé ekki um að ræða framsal í formi afnotaréttar sem rekstrarfélagið hagnist á enda geti það ekki nýtt sér tíðnirnar með sjálfbærum hætti og veitt fjarskiptaþjónustu á grundvelli þeirra þar sem það muni ekki hafa aðgang að kjarnanetum Vodafone og Nova. Tilgangur félagsins sé eingöngu að koma á mögulegri samnýtingu tíðnanna með rekstri RAN dreifikerfishluta þeirra. Það eitt að rekstrarfélagið stýri tæknilegri útfærslu samnýtingarinnar feli ekki sjálfkrafa í sér að yfirráðaréttur yfir tíðniheimildunum flytjist til þess. Rekstrarfélagið muni eingöngu starfrækja þann tæknibúnað sem samstarfsaðilar, Vodafone og Nova, muni kaupa aðgang að til að nýta tíðnir sínar til veitingar fjarskiptaþjónustu. Telur Samkeppniseftirlitið að þessi niðurstaða PFS styðji þá niðurstöðu að rekstrarfélagið verði ekki samkeppnislega sjálfstæð rekstrar- eða efnahagsleg eining á markaði heldur verði félagið mjög háð eigendum sínum.

² Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) NO 1392004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01).

Við mat á þessum atriðum, eins og þeim er lýst í þessu máli af hálfu Vodafone og Nova, verður ekki ráðið að skilyrði um rekstrar- og efnahagslegt sjálfstæði séu uppfyllt. Er það einnig mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirhugað sameiginlegt rekstrarfélag Vodafone og Nova valdi ekki aukinni samþjöppun á titelnum mörkuðum, sbr. umfjöllun hér á eftir um markaði málsins og stöðu aðila á þeim. Með allt framangreint í huga telst rekstrarfélagið ekki vera það sjálfstæð efnahags- og rekstrareining á markaðnum að stofnun þess og starfsemi geti fallið undir d-lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Í erindinu er m.a. bent á að í ákvörðun danska samkeppnis- og neytendaráðsins (Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) frá árinu 2012 hafi verið fjallað um mjög sambærilegt mál. Hafi verið fjallað um það mál á grundvelli undanþágu frá bannákvæði 6. gr. dönsku samkeppnislaganna sem eru hliðstæð ákvæðum 10. gr. og 15. gr. samkeppnislaga.³

Samrunaákvæði samkeppnislaga eiga því ekki við í þessu máli.

2. Skilgreining markaða og staða fyrirtækja á þeim

Í upphafi þykir rétt að gera stutta grein fyrir því fyrirkomulagi sem verið hefur í uppbyggingu og rekstri farsímaneta sem tengjast starfsemi á íslenskum farsímamarkaði undanfarin ár og skilgreiningu markaða og stöðu fyrirtækja á þeim.

Frá árinu 1994 hefur Síminn og stuttu síðar Vodafone (1998) (og forverar þeirra) verið starfandi á markaði fyrir farsímaþjónustu (GSM) hér á landi. Hafa þessi fyrirtæki byggt sín eigin GSM (2G) farsímanet þó með mismunandi hætti. Voru þessar aðstæður til staðar allt til ársins 2007 þó með þeirri undantekningu að Tal kom inn á markaðinn á tímabilinu með vísi að farsímaneti. Á árinu 2007 hófst hér á landi uppbygging á 3G farsímaþjónustu og á því ári kom Nova inn á markaðinn og byrjaði að byggja upp eigið 3G farsímanet. Síminn gerði það sama. Vodafone gerði það hins vegar ekki heldur þróaði félagið áfram GSM farsímakerfi sitt. Við þessar aðstæður gerðu Vodafone og Nova með sér samning um gagnkvæm not á kerfum félaganna. Vodafone fékk aðgang að 3G kerfi Nova og Nova fékk aðgang að GSM kerfi Vodafone. Starfandi eru hér á landi nokkrir aðilar sem selja farsímaþjónustu í smásölu án þess að eiga eigin heildstæð farsímanet eða hluta þeirra. Er hér um að ræða sýndarnetsaðila með eigið þjónustuframboð og endursöluaðila sem ekki hafa eigið þjónustuframboð. Til þess að aðrir rekstraraðilar en þessir þrír geti selt farsímaþjónustu þurfa þeir aðgang að einhverjum eða öllum þessum nefndu farsímanetum. Til þessa hafa eingöngu Síminn og Vodafone haft í raun burði til þess að veita slíka þjónustu í heildsölu. Á árinu 2013 tóku Síminn, Nova og Vodafone hvert fyrir sig ákvörðun um að hefja uppbyggingu á næstu kynslóð farsímaþjónustu eða 4G farsímaþjónustu sem kemur til með að valda talsverðum straumhvörfum sérstaklega hvað varðar gagnaflutningsþjónustu. Samkeppniseftirlitið hefur ekki upplýsingar um hver áform 365 miðla eru varðandi mögulega uppbyggingu og rekstur 4 G farsímaþjónustu.

Í málavaxtalýsingu hér að framan kemur fram að aðilar þessa máls, Vodafone og Nova, og svo aðrir hagsmunaaðilar á farsímamarkaði auk PFS, eru ekki fyllilega sammála um hverjir séu þjónustumarkaðir þessa máls. Ekki er þó að sjá að mikið skilji á milli.

³ Anmeldelse af netdelingssamarbejde mellem Telia og Telenor, 29. februar 2012, 4/0120-0402-0057.

Eins og ítarlega er lýst þá felst í erindi Vodafone og Nova beiðni um undanþágu til þess að stofna sameiginlegt félag sem ætlað er að eiga og reka dreifikerfi félaganna sem tengist farsímaþjónustu þeirra hér á landi. Þjónustan sem rekstrarfélagið veitir er afkastageta til móttöku og dreifingar á farsímaþjónustu. Er félaginu eingöngu ætlað að selja eigendum sínum þessa afkastagetu. Um er að ræða starfsemi sem verður landsdekkandi. Með þessu móti telja Vodafone og Nova að þau, hvort fyrir sig, hafi burði og getu til þess að veita öðrum aðilum heildsölupjónustu fyrir farsíma sem taki til landsins alls. Með þessu fyrirkomulagi verða Vodafone og Nova algerlega sjálfstæðir þjónustuaðilar bæði á heildsölustigi og smásölustigi. Á það við um öll stig þjónustunnar hvort heldur er upphaf símtala, móttaka símtal og gagna eða áframsending (transit). Félögin muni hvort um sig hafa sína eigin viðskiptavinum á báðum sölustigum.

2.1 Markaður fyrir lúkningu símtala

Með því fyrirkomulagi sem lýst er í erindinu verður ekki annað séð en að bæði Vodafone og Nova muni annast að öllu leyti og hvort fyrir sig lúkningu símtala og gagna (SMS o.fl.) til sinna viðskiptavina. Er það engin breyting frá því sem verið hefur. Markaður fyrir lúkningu símtala og gagna er sjálfstæður þjónustumarkaður á heildsölustigi þar sem hver sjálfstæður netkerfiseigandi hefur 100% hlutdeild í sínu kerfi. Sama á við um sýndarnetsaðila, þeir teljast hafa sjálfstæðan lúkningamarkað. Í þessu máli munu Vodafone og Nova hvor um sig hafa aðgang að sínum viðskiptavinum fyrir tilstuðlan þessa sameiginlega rekstrarfélags en það eitt og sér hefur ekki áhrif á samkeppnislega stöðu félaganna hvorki gagnvart hvoru öðru né öðrum keppinautum á markaðnum. Gera bæði félögin eftir sem áður samtengisamninga sín á milli sem og við aðra netrekendur og sýndarnetsaðila. eru þessir samtengisamningar nauðsynlegir til þess að viðskiptavinir hvers þjónustuveitanda geti átt samskipti við viðskiptavinum annarra þjónustuveitenda. Ef t.d. símtal á sér upphaf hjá viðskiptavinum Vodafone og endar hjá viðskiptavinum Nova á lúkningu símtalsins sér stað í kerfi Nova á grundvelli samtengisamnings milli félaganna. Breytir engu þó svo að rekstrarfélagið annist hluta af ferli símtalsins fyrir bæði félögin. Með sama hætti á lúkningu símtals frá viðskiptavinum Símans til viðskiptavinar Nova sér stað á grundvelli samtengisamnings milli félaganna. Tilvist sameiginlega rekstrarfélagsins breytir engu þar um. Líta má þannig á að markaður fyrir lúkningu símtala í farsímaþjónustu sé einn af mörkuðum þessa máls en hins vegar hefur, að mati Samkeppniseftirlitsins, tilvist umrædds rekstrarfélags ekki bein samkeppnisleg áhrif á þann markað. Ekki verður séð að samstarfið, eitt og sér, sé til þess fallið að auka samþjöppun á markaðnum. Rekstraraðilum með sjálfstæðan lúkningamarkað hvorki fækkar né fjölgar vegna tilkomu rekstrarfélagsins. Er þetta í fullu samræmi við þau sjónarmið sem koma fram í umsögn PFS í þessu máli. Einnig er rétt að benda á að hver og einn kerfisrekandi, þ.m.t. sýndarnetsrekandi, er með 100% markaðshlutdeild fyrir lúkningu í sínu kerfi og að kvaðir eru á öllum þessum aðilum um að gera samtengisamninga við aðra rekstraraðila. Vegna þessara aðstæðna á markaðnum, sem að framan eru raktar, hefur það að mati Samkeppniseftirlitsins ekki efnislegan tilgang í þessu máli að fjalla nánar um stöðu aðila á þessum markaði. Hins vegar er mögulegt að um óbein áhrif af samstarfinu á þennan markað geti orðið að ræða síðar vegna mögulegra áhrifa af samstarfinu á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala. Með sama hætti er mögulegt að breyting sem tengist útbreiðslu þjónustusvæðis og/eða breyting á gæðum þjónustu, sem geta orsakast af starfsemi rekstrarfélagsins, hafi samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir tengda smásölu fyrir farsímaþjónustu sem síðan geti

haft áhrif á þessum markaði. Eru þessi mögulegu áhrif metin hér á eftir þegar fjallað er um viðkomandi markaði.

2.2 Markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum

Eins og rakið er hér að framan er nauðsynlegt fyrir seljendur farsímaþjónustu á smásölustigi, sem ekki eiga heildstætt farsímakerfi, að hafa aðgang og tengingu á heildsölustigi við einn eða fleiri þjónustuaðila sem eiga slík kerfi og net. Undir þetta falla aðilar sem þurfa þjónustu fyrir innanlandsreiki, sýndarnetsaðilar og hreinir endursöluaðilar farsímaþjónustu á smásölustigi. Eins og máli þessu er háttað er ljóst að mati Samkeppniseftirlitsins að rekstraraðilum sem geta veitt þessa þjónustu heildstætt og fyrir allt landið fjölgar um einn með tilvist þessa nýja rekstrarfélags. Nova bætist í hóp þeirra sem muni hafa getu til þess að veita umrædda þjónustu á landsvísu. Fjölgar mögulegum þjónustuveitendum í heildsölu því úr tveimur í þrjá.

Þessi umræddi markaður varðar aðgang og upphaf símtala (og gagna) sem er að mati Samkeppniseftirlitsins sjálfstæður heildsölumarkaður í þessu máli. Ekki þykir ástæða til þess að aðgreina þennan undirmarkað enn frekar, þ.e. annars vegar fyrir tal og hins vegar fyrir gagnaflutning. Eins og fram kemur í gögnum og umsögnum er þetta eins og stendur ekki umfangsmikill þjónustumarkaður hér á landi. Virðist það samdóma álit aðila málsins og umsagnaraðila að Síminn og IMC séu í dag nánast einu virku aðilarnir á markaði hvað varðar þjónustu við sýndarnetsaðila og endursöluaðila en Síminn, Vodafone og Nova hafa öll tekjur af starfsemi sem fellur undir reikisamninga. Ef hugmyndir Vodafone og Nova með samstarfinu ganga eftir verður sú þróun til þess fallin að fjölga valmöguleikum núverandi og nýrra kaupenda þjónustunnar og getur það haft áhrif til aukinnar samkeppni á smásölustigi neytendum til hagsbóta. Er þessi þróun til þess fallin að draga úr samþjöppun á þessum undirmarkaði farsímaþjónustu. Verði þessi þróun til þess að sýndarnetsaðilum fjölgi á þessum markaði kemur það m.a. til með að hafa áhrif á markað fyrir lúkningu símtala. Gangi þetta eftir er það jákvætt og til þess fallið að gagnast neytendum en að mati Samkeppniseftirlitsins er áfram um fákeppnismarkað að ræða. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir aðgang og upphaf símtala sé einn af þjónustumörkuðum í þessu máli þar sem áhrifa gætir af fyrirhuguðu samstarfi um rekstur dreifikerfis. Fjölgar mögulegum þjónustuveitendum í heildsölu úr tveimur í þrjá eins og staðan er hér á landi í dag. Með hliðsjón af þessum aðstæðum hefur það að mati Samkeppniseftirlitsins ekki efnislega þýðingu að fjalla hér nánar um núverandi stöðu aðila og markaðshlutdeild á þessum markaði. Hins vegar er það mat Samkeppniseftirlitsins að nauðsynlegt sé að setja þessu fyrirhuguðu samstarfi keppinauta tiltekin skilyrði til þess að girða fyrir að af samstarfinu geti hlotist aðgangshindranir eða önnur samkeppnisleg vandamál. Verður nánar fjallað um það síðar.

2.3 Markaður fyrir farsímaþjónustu í smásölu

Sala á farsímaþjónustu til einstaklinga og fyrirtækja í smásölu getur verið á vegum fjarskiptafyrirtækja sem eiga heildstæð fjarskiptanet og fjarskiptakerfi, sýndarnetsfyrirtækja sem eiga tiltekinn fjarskiptabúnað en þurfa aðgang að frekari fjarskiptakerfum til að geta boðið eigin þjónustu og síðan hreinna endursöluaðila sem selja „tilbúna“ fjarskiptaþjónustu frá öðrum rekstraraðilum. Eru sýndarnetsfyrirtæki og endursöluaðilar, að mismiklu leyti, viðskiptavinir á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala sem lýst er hér að framan. Einstaklingar og fyrirtæki geta gert viðskiptasamninga um mismunandi farsímaþjónustu við einn eða fleiri þjónustuveitanda úr þessum hópi. Hér

á landi eru í dag um sjö þjónustuaðilar sem veita farsímaþjónustu og getur þjónustuframboð aðila verið mismunandi. Er aðallega um að ræða tvo þjónustuflokka í fjarskiptum, annars vegar talsímaþjónustu og hins vegar gagnaflutningsþjónustu. Þessir þjónustuaðilar bjóða á markaði mismunandi áskriftarleiðir fyrir notendur sem samsettar eru úr mismunandi þjónustubáttum, einum eða fleiri.

Það samstarf sem hér um ræðir er til þess fallið að fjölga þeim aðilum sem geta selt heildstæða þjónustu í heildsölu til þjónustuveitenda sem stuðlað getur að því að fleiri sýndarnetsfyrirtæki og endursöluaðilar starfi á markaðnum sem hefur í för með sér fleiri valkosti fyrir neytendur. Einnig má ætla að mati Samkeppniseftirlitsins að samstarfið sé til þess fallið að auka gæði og útbreiðslu þjónustunnar á heildsölustigi sem geti haft samkeppnisleg áhrif á þessum smásölumarkaði. Viðskiptavinir eru líklegir til þess að velja þjónustuaðila á forsendum m.a. ætlaðra gæða þjónustunnar og útbreiðslu. Með þeim hætti getur umrætt samstarf haft áhrif á þessum markaði. Getur þetta val viðskiptavina á grundvelli t.d. breyttra gæða þjónustunnar síðan haft bein áhrif á markaðinn fyrir lúkningu símtala og gagna. Því fleiri viðskiptavinir sem gera samning um þjónustu við einhvern tiltekinn þjónustuveitanda því umfangsmeiri verður lúkningin í kerfi þess aðila og að sama skapi mögulega minni í kerfum annarra. Auk þess getur þessi þróun leitt til hraðari framþróunar í þjónustu og þar með til aukinna viðskipta á markaðnum í heild. Getur þetta með sama hætti haft áhrif á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala. Gangi þetta eftir er samstarfið frekar til þess fallið að draga úr samþjöppun á þessum markaði en að auka hana. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir sölu farsímaþjónustu í smásölu sé einn af þjónustumörkuðum í þessu máli þar sem áhrifa gætir af fyrirhuguðu samstarfi.

Samkvæmt upplýsingum frá rekstaraðilum um tekjur á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu á árinu 2013 var Síminn með 45-50% markaðshlutdeild, Vodafone með 20-25%, Nova með 20-25% og Tal með 5-10% og aðrir minna. Ef fyrirhugað samstarf er til þess fallið að fjölga þjónustuveitendum og jafnframt auka virka samkeppni á þessum markaði er það jákvætt og hagstætt fyrir neytendur að mati Samkeppniseftirlitsins.

2.4 Aðrir markaðir

Í erindi samstarfsaðila er talið að mögulegra áhrifa af samstarfinu geti einnig gætt á mörkuðum fyrir leigulínur, ljósleiðara og hýsingu og aðstöðu. Umsagnaraðilar, sem tóku afstöðu til þessa, eru flestir sammála því að áhrif á þessum mökuðum séu hverfandi. Á það meðal annars við um sjónarmið PFS. Er Samkeppniseftirlitið sammála þessum sjónarmiðum. Að mati eftirlitsins verður ekki séð að möguleg áhrif á þessa markaði stafi þá af öðru en þeirri hagræðingu í rekstri dreifikerfa sem sóst er eftir með samstarfinu og allir virðast sammála um að sé þörf og eðlileg. Af samstarfinu getur mögulega leitt fækkun sambanda (ljósleiðaratenginga og leigulína) og hagræðing í hýsingu og aðstöðu en ekki verður séð að sú þróun sé til þess fallin að raska eða hindra samkeppni á fjarskiptamörkuðum, neytendum til tjóns. Verður því ekki fjallað nánar um þessa markaði.

3. **10. gr. samkeppnislaga**

Í 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við samstarfi og samskiptum milli fyrirtækja sem eru til þess fallin að raska samkeppni. Í ákvæðinu segir:

„Allir samningar og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað eru bannaðar.

Bann þetta tekur m.a. til samninga, samþykktu og samstilltra aðgerða sem:

a. áhrif hafa á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti,

b. takmarka eða stýra framleiðslu, mörkuðum, tækniþróun eða fjárfestingu,

c. skipta mörkuðum eða birgðalindum,

d. mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og veikja þannig samkeppnisstöðu þeirra,

e. setja sem skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“

Bann 10. gr. samkeppnislaga tekur þannig til samninga og samstillta aðgerða milli fyrirtækja sem lúta t.d. að verði, afslætti eða álagningu, með beinum eða óbeinum hætti. Samningur í skilningi 10. gr. laganna getur verið í hvaða formi sem er og verður að skýra hugtakið rúmt, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003. Samningur skv. 10. gr. getur þannig verið óundirritaður eða undirritaður, munnlegur eða skriflegur og þarf ekki að vera bindandi, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.* Ljóst er að hugtakið samningur í skilningi samkeppnisréttarins hefur ekki sömu merkingu og hugtakið samningur samkvæmt samningarétti.

Um samning í skilningi 10. gr. samkeppnislaga er að ræða ef fyrirtæki hafa á einhvern hátt lýst yfir sameiginlegum vilja sínum til að hegða sér á markaði með tilteknum hætti. Samningur er t.d. fyrir hendi þegar aðilar hans fylgja sameiginlegri áætlun, sem takmarkar eða er líkleg til að takmarka sjálfstæða hegðun þeirra á markaðnum með því að stuðla að sameiginlegum aðgerðum eða athafnaleysi.⁴ Slík áætlun þarf hins vegar ekki að vera heildstæð, tæmandi eða lýsa í smáatriðum þeim aðgerðum sem fyrirtæki ætla að grípa til.⁵

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 er bent á að samkvæmt *„lögskýringum í samkeppnisrétti skiptir ekki máli í hvaða formi samningar, samþykktir eða samstilltar aðgerðir eru og hugtökin eru þar að auki skýrð rúmt í hefðbundnum samkeppnisrétti.“* Er banninu við samráði ætlað ná til allra samskipta keppinauta sem geta raskað samkeppni.⁶

⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 16. september 2013 í máli nr. T-380/10, Wabco Europe v Commission: „An agreement within the meaning of Article 101(1) TFEU can be regarded as having been concluded where *there is a concurrence of wills on the very principle of a restriction of competition, even if the specific features of the restriction envisaged are still under negotiation ...*” (mgr. 36).

⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-240/07, Heineken v Commission, [2013] 4 C.M.L.R. 38. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 28. janúar 2009 í máli nr. COMP/39.406-Marine Hoses.

⁶ Sjá dóm dómstóls ESB frá 11. september 2014 í máli nr. C-383/12, MasterCard v Commission: *„Without prejudice to the right of economic operators to adapt themselves intelligently, but independently, to the existing or anticipated conduct of their competitors ... Article 81 EC catches all forms of cooperation and of collusion between undertakings, including by means of a collective structure or a common body, such as an association, which are calculated to produce the results which that provision aims to suppress ...*” (mgr. 62)

Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við öllu samráði sem hefur að „markmiði“ eða „af því leiðir“ að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað.

Ef samráð hefur að markmiði að raska samkeppni telst 10. gr. samkeppnislaga brotin við það eitt að tiltekin háttsemi eigi sér stað. Þarf þá ekki að taka til athugunar hvort samráðið hafi raskað samkeppni.⁷ Er þá nánar tiltekið ekki þörf á því að sýna fram á að samráðið hafi „raunveruleg eða hugsanleg“ samkeppnishamlandi áhrif.⁸ Byggir þetta á því mati að ákveðin samvinna eða samskipti milli fyrirtækja séu í eðli sínu það skaðleg að ekki sé þörf að taka það til athugunar í hverju máli fyrir sig hvort þau hafi raskað eða verið líkleg til þess að raska samkeppni.⁹

Ef samráðið hefur ekki slíkt markmið verður að leggja mat á hvort háttsemin sé til þess fallin að raska samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2008 *Hörður Einarsson gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þarf þá að rannsaka hvort t.d. samningur „hafi samkeppnishamlandi áhrif. Líta verður bæði til raunverulegra og hugsanlegra áhrifa. Með öðrum orðum verður að vera líklegt að samningurinn hafi samkeppnishamlandi áhrif.“¹⁰ Ber þá að meta líkleg áhrif þess á samkeppni ef viðkomandi samráð hefði ekki verið fyrir hendi. Ekki þarf hins vegar að sanna raunveruleg skaðleg áhrif.¹¹

Nánar um túlkun 10. gr. samkeppnislaga vísast m.a. til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015, *Brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga*.

4. Mat á samkeppnislegum áhrifum samstarfssins

Eigendur rekstrarfélagsins eru keppinautar á fjarskiptamarkaði. Samkvæmt þessu getur 10. gr. samkeppnislaga tekið til starfsemi félagsins og allrar þeirrar samvinnu fyrirtækja sem á sér stað á vettvangi þess. Hér er rétt að taka fram að það er undanþágubeiðenda að meta hvort viðkomandi starfsemi og samstarf vegna hennar brjóti í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið tekur því alla jafna ekki til meðferðar undanþágubeiðni nema þar fylgi hugur máli, þ.e. að undanþágubeiðendur telji nauðsynlegt að afla hennar. Í þessu máli er ljóst að undanþágubeiðendur hafa gengið út frá að starfsemi fyrirhugaðs rekstrarfélags falli undir 10. gr. samkeppnislaga. Í máli þessu er aðeins tekin afstaða þeirrar starfsemi og samstarfs á vettvangi félagsins sem lýst er í þeim gögnum sem samstarfsaðilar hafa látið Samkeppniseftirlitinu í té.

⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 13. október 2011 í máli nr. C-439/09 *Pierre Fabre Dermo- Cosmétique SAS: „Where the anticompetitive object of the agreement is established it is not necessary to examine its effects on competition ...“* (mgr. 34).

⁸ Sjá leiðbeiningu Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins (2007/EES/42/01), mgr. 11. Sjá einnig dóm dómstóls ESB í máli nr. C-7/95, *John Deere*, [1998] ECR I-3111, mgr. 77.

⁹ Sjá hér t.d. dóm dómstóls ESB frá 20. nóvember 2008 í máli nr. C-209/07 *Competition Authority v Beef Industry Development Society: „The distinction between ‘infringements by object’ and ‘infringements by effect’ arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.“* (mgr. 17).

¹⁰ Sjá leiðbeiningu Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins (2007/EES/42/01), mgr. 11.

¹¹ Sjá dóm dómstóls ESB frá 11. september 2014 í máli nr. C-383/12, *MasterCard v Commission*, mgr. 161 og áfram.

Ljóst er að starfsemi hins nýja félags getur með augljósum hætti haft samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir farsímaþjónustu og þá sérstaklega á nokkrum undirmörkuðum hans. Bæði Vodafone og Nova geta hagað sinni nauðsynlegu farsímaþjónustu að verulegu leyti með öðrum hætti en felst í jafn viðamiklu samstarfi keppinauta eins og raunin er með fyrirhugaða starfsemi félagsins. Er þá ekki verið að útiloka eðlilega og nauðsynlega samtengingu milli fjarskiptakerfa allra aðila á fjarskiptamarkaði þannig að þjónustan við viðskiptavinum og milli fyrirtækjanna innbyrðis og við önnur fjarskiptafyrirtæki sé örugg og skilvirk. Hafa ber einnig í huga að rekstrarfélaginu er ætlað að framleiða afurð sem er nauðsynlegt aðfang fyrir eigendur félagsins til þess að geta boðið þjónustu sína á bæði heildsölustigi og smásölustigi. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það ótvírætt að fyrirhuguð starfsemi og þjónusta hins nýja félags getur haft samkeppnisleg áhrif á tilteknum mörkuðum þar sem eigendur starfa. Skiptir í því sambandi ekki máli hvort þjónusta rekstrarfélagsins verði markaðssett með almennum hætti eða eingöngu í boði fyrir eigendur félagsins.

Hér er einnig rétt að taka fram að fyrirhuguð tilhögun á skipan stjórnar styður við það mat að samstarfið geti raskað samkeppni. Eignarhald keppinauta á félaginu er til þess fallið að skapa óæskilegan vettvang þeirra fyrir upplýsingaskipti og samræmingu aðgerða og ákvarðana sem geta mögulega hindrað samkeppni á tilteknum mörkuðum.

Eins og fram kemur í erindi Vodafone og Nova, og lýst hefur verið hér að framan, þá er eignarhald nýja félagsins með þeim hætti að hluthafarnir eru keppinautar á tilteknum undirmörkuðum í farsímaþjónustu og á markaði fyrir fjarskiptaþjónustu í heild. Hluthafar eru tvö af helstu fjarskiptafyrirtækjum landsins og verða einnig, samkvæmt erindinu, einu viðskiptavinum félagsins. Með öðrum orðum þá verða teknar ákvarðanir innan félagsins og gerðir samningar um sameiginlega hagsmuni. Í þessu felst m.a. að innan félagsins, eða af eigendum þess, verða teknar ákvarðanir um kjör og skilmála vegna þjónustu sem félagið veitir eigendum sínum sem eru samkeppnisaðilar á farsímaþmarmarkaði.

Í ljósi fyrirhugaðrar stöðu rekstrarfélagsins og starfsemi þess á farsímaþmarmarkaði og með hliðsjón af eignarhaldi félagsins verður að telja að samstarfið og ákvörðun um aðgang, viðskiptakjör og skilmála falli undir 10. gr. samkeppnislaga. Í því ljósi ber að líta á reglur og skilmála, sem settar eru um rekstur félagsins og varða rekstrarlega hagsmuni beggja hluthafa, sem samning eða eftir atvikum samstilltar aðgerðir milli fyrirtækja sem falli undir 10. gr. samkeppnislaga. Að mati Samkeppniseftirlitsins er samstarfssamningurinn lárétt framleiðslusamstarf milli tveggja keppinauta. Ljóst er slíkt samstarf keppinauta getur bæði haft í för með sér röskun á samkeppni og eftir atvikum eflt samkeppni og stuðlað að hagræðingu á viðkomandi markaði, sbr. mgr. 150 og áfram í leiðbeinandi reglum Eftirlitsstofnunar EFTA frá 2013 um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum.

Samstarfið felur hvorki í sér samræmda eða sameiginlega verðlagningu eða skiptingu markaða eða viðskiptavina. Um er að ræða samstarf sem aðallega varðar tæknilegar lausnir. Samstarfið bindur ekki heldur hendur aðila eða takmarkar sjálfstæða þróun og útfærslu þjónustulausna og markaðssetningu gagnvart einstaka neytendum eða aðilum sem hyggjast kaupa þjónustu af félögunum í heildsölu. Samkeppniseftirlitið getur því ekki séð að samstarfið hafi það að markmiði að raska samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er samstarfið til þess fallið að hafa áhrif á samkeppni óháð

markmiði þess. Verður hér á eftir lagt mat á möguleg samkeppnisleg áhrif af fyrirhuguðu samstarfi. Í því sambandi telur eftirlitið rétt að meta eftirfarandi þætti sem mögulega geta leitt til röskunar á samkeppni:

1. Möguleikann á því að kostnaðaruppbygging samstarfsaðila dragi úr hvata til samkeppni.
2. Möguleikann á því að samstarfið leiði til þegjandi samhæfingar á heildsölumarkaði fyrir talsímaþjónustu og gagnaflutning í farsímanetum.
3. Möguleikann á því að samstarfið leiði til þegjandi samhæfingar á smásölumarkaði fyrir talsímaþjónustu og gagnaflutning í farsímaþjónustu.¹²

4.1 Kostnaðaruppbygging samstarfsaðila og hvati til samkeppni

Þó svo að mismunandi sjálfstæð fyrirtæki starfi á sama eða sömu mörkuðum er mjög líklegt og nánast öruggt að rekstrarkostnaður fyrirtækjanna er mismunandi bæði í samsetningu og heild. Ýmislegt hefur áhrif á þetta eins og t.d. aldur fyrirtækjanna og þar með uppbygging framleiðsluferfa og tækja, mismikil kaup á aðföngum frá öðrum til rekstrarins, högun og hönnun kerfa o.fl. Á samkeppnismarkaði skiptir miklu máli að samstarf keppinauta á sama markaði verði ekki til þess fallið að samræming eigi sér stað sem mögulega valdi því að uppbygging og fyrirkomulag í rekstri hafi í för með sér að rekstrarkostnaður aðila verði óeðlilega líkur og samhverfur. Sé um formbundið samstarf að ræða er, að öðru óbreyttu, mögulegt að til staðar verði vettvangur sem leiðir til slíkrar þróunar. Stuðli samstarfið beinlínis að því að þessar aðstæður skapist er líklegt að eðlileg samkeppni eigi sér ekki stað á milli aðila á markaðnum sem veldur röskun sem getur skaðað neytendur og atvinnulífið í heild. Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt að þetta fyrirhugaða samstarf Vodafone og Nova sé rannsakað og mat lagt á hvort það leiði til þess að kostnaðaruppbygging félaganna í framhaldinu dragi mögulega úr hvata til samkeppni á farsíamarkaði.

Sjónarmið samstarfsaðila

Aðilar benda á að framleiðslusamningar á milli keppinauta séu ekki líklegir til þess að valda samkeppnishamlandi áhrifum ef afrakstur samstarfs feli í sér að nýir markaðir verði til, þ.e.a.s. ef samstarfið geri aðilum kleift að setja á markað nýja vöru eða þjónustu, sem þeir hvor í sínu lagi geti ekki sett á markað, sökum skorts á tæknilegri getu. Ljóst sé að innleiðing og markaðssetning Nova og Vodafone á þeim vörum og þjónustumöguleikum sem byggi á hinni nýtilkomnu 4G tækni yrði langtum tafsamari og kostnaðarsamari ef aðilar þurfi að hleypa svo umfangsmiklu verkefni af stokkunum hvor í sínu lagi með tilheyrandi fjárfestingum í innviðum og rekstri. Mat aðila sé að slíkt muni í raun ekki vera gerlegt vegna verulega íþyngjandi fjárfestinga- og rekstrarkostnaðar. Minnt sé á að stærsti aðili á markaði, Síminn, hafi byggt umfangsmikið 3G dreifikerfi í dreifðum byggðum landsins með umtalsverðum ríkisstuðningi, en talið sé að Fjarskiptasjóður hafi veitt hálfum til einum milljarði króna til þessarar aðstöðu og 3G búnaðar.

Þá sé til þess að líta að almennt séu minni líkur á samkeppnishamlandi áhrifum þegar lárétt framleiðslusamstarf feli ekki í sér markaðssetningu hinnar framleiddu afurðar. Því fjær sem framleiðslan sé markaðssetningu og neytendamarkaði, og þar með ákvörðun verðs og

¹² Höfð er hér hliðsjón af leiðbeinandi reglum ESA frá 2013 og þeirri aðferðafræði sem beitt er í ákvörðun danskra samkeppnisyfirvaldi í sambærilegu máli vegna Telenor og Telia frá árinu 2012.

skyldra hluta, því minni líkur séu taldar á samkeppnishamlandi áhrifum. Aukinheldur sé vert að benda á að þeir framleiðslusamningar sem nauðsynlegir séu til þess að unnt sé að framleiða vöruna séu yfirhöfuð ólíklegir til að valda skaðlegum samkeppnislegum áhrifum.

Í erindi sínu viðurkenna Vodafone og Nova hins vegar að framleiðslusamningar milli keppinauta geti valdið því að kostnaðaruppbygging þeirra verði einsleitari en ella. Þetta geti haft þær afleiðingar að jarðvegur fyrir samhæfða hegðun aukist, t.d. með því að fyrirtæki samhæfi verðlagningu sína á markaðnum. Á sama hátt geti það aukið líkur á samhæfðri hegðun ef kostnaður aðilanna sé þegar að stórum hluta sameiginlegur. Ástæða þess að sambærileg kostnaðaruppbygging geti haft áhrif á jarðveg fyrir samhæfða hegðun sé fyrst og síðast sú að þau fyrirtæki sem um ræði hafi þá hugsanlega áþekka hvata og áþekka getu t.d. til að lækka verð í samkeppni um viðskiptavinum og standi því hvert og eitt frammi fyrir því að keppinautar þess geti auðveldlega leikið eftir ákvarðanir um verðlækkanir. Við þær aðstæður sé sambærileg kostnaðaruppbygging talin stuðla að gagnsæi og aukinni einsleitni. Að sama skapi sé jarðvegur fyrir samhæfða hegðun keppinauta minni eftir því sem kostnaðaruppbygging þeirra eða skilvirkni í rekstri séu ólíkari.

Þá leiði það óhjákvæmilega af samstarfssamningi Nova og Vodafone að kostnaður aðila sem snúi að framleiðslu á RAN afkastagetu verði að einhverju leyti sameiginlegur. Að óbreyttu muni þetta leiða til þess að kostnaðaruppbygging aðila verði einsleitari og að forsendur aðila fyrir ákvörðunum um verð og magn muni verða gagnsærri sem gæti mögulega dregið úr hvata til þess að keppa áfram á grundvelli verðs. Í þessu ljósi telji samstarfsaðilar mikilvægt að tryggja að uppgjörskerfi aðila vegna þess kostnaðar sem þeir standi straum af vegna rekstrarfélagsins endurspegli raunverulega og óbreytta kostnaðaruppbyggingu aðila. Með því móti sé unnt að stuðla að því að Nova og Vodafone hafi áfram ólíka hvata og burði til þess að keppa á grundvelli verðs.

Í samkeppnisrétti sé lögð áhersla á að það sé breytilegur kostnaður sem mestu máli skipti þegar áhrif framleiðslusamninga á samkeppni séu metin. Ástæða þess sé fyrst og fremst sú að það sé breytilegur kostnaður sem ráði því hvernig fyrirtæki geti verðlagt þjónustu sína og keppt við önnur fyrirtæki um verð. Eins og fram komi í samstarfssamningi (Partnership Agreement) sé sameiginlegur kostnaður Nova og Vodafone að stórum hluta fastur kostnaður (fastur rekstrarkostnaður) en einnig að hluta til breytilegur kostnaður, þ.e. vegna notkunar í dreifikerfinu.

Það séu í meginatriðum tvær aðferðir mögulegar við kostnaðaruppgjör vegna greiðslna til rekstrarfélagsins. Annars vegar sé mögulegt að allur kostnaður aðila verði reiknaður sem breytilegur og fari þannig hlutfallslega eftir notkun aðila á dreifikerfinu. Slík aðferð myndi þó hafa í för með sér að hvati til þess að hefja viðskipti við nýja viðskiptavinum minnki þar sem kostnaður muni aukast í kjölfarið. Hins vegar sé mögulegt að við kostnaðaruppgjör deili aðilar öllum kostnaði jafnt, þ.e. óháð notkun. Með þeim hætti sé tryggt að hvati verði til nýrra viðskipta þar sem fleiri viðskiptamenn þýði aukna stærðarhagkvæmni. Aftur á móti sé þannig hætt á að aðilar fái fulla innsýn inn í kostnað hvors annars við rekstur rekstrarfélagsins.

Til þess að koma í veg fyrir ofangreind samkeppnishamlandi áhrif muni samstarfsaðilar greiða rekstrarfélaginu fyrir aðgang að RAN afkastagetu í samræmi við uppgjörskerfi sem

kveðið sé á um í samstarfssamningi sem endurspeglir raunverulega kostnaðaruppbyggingu vegna reksturs RAN dreifikerfisins.

1. Samstarfsaðilar komi sér upp sérstöku uppgjörskerfi vegna kostnaðar sem tengist rekstrarfélaginu.
2. Föstum rekstrarkostnaði (e. fixed costs) sé skipt jafnt milli eigenda rekstrarfélagsins. Skuli rekstrarfélagið innheimta fastar þóknarir af samstarfsaðilum fyrir rekstur dreifikerfisins í samræmi við ákvæði í samstarfssamningi.
3. Breytilegur kostnaður (e. variable costs), þ.e. sá kostnaður sem eigi uppruna sinn í notkun (þeirri afkastagetu sem notuð sé) kerfisins greiðist hlutfallslega samkvæmt notkun hvors samstarfsaðila. Rekstrarfélagið innheimti þann kostnað hjá hvorum samstarfsaðila eftir þeirri afkastagetu sem hann noti í samræmi við ákvæði í samstarfssamningi.
4. Um aðferðafræði við að greina kostnað vísast til samstarfssamnings.
5. Samstarfsaðilar skuli að minnsta kosti einu sinni á ári, í fyrsta skipti á fyrsta ársfjórðungi 2015, endurskoða hvort uppgjörskerfið endurspeglir með réttum hætti breytilegan kostnað í samræmi við ákvæði í samstarfssamningi.
6. Við reikningagerð rekstrarfélagsins skuli séð til þess að aðilar geti ekki greint upplýsingar um kostnað hvors félags um sig eða notkun, þar með talið hvernig tölfræðiupplýsingar um einingafjölda, mínútur og netnotkun deilist milli aðila.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Að mati Samkeppniseftirlitsins leiðir af fyrirhuguðu samstarfi að rekstrarkostnaður Vodafone og Nova verður að talsverðum hluta sameiginlegur í gegnum rekstrarfélagið. Getur þetta einnig leitt til þess að kostnaðurinn verði einsleitari hjá félögunum í framtíðinni. Afleiðing samstarfsins er að núverandi rekstur félaganna á dreifikerfum (RAN) færir frá þeim inn í nýja rekstrarfélagið. Samkvæmt upplýsingum frá hvoru félagi fyrir sig nam sá rekstur á árinu 2013 á bilinu 30-35% af heildar framleiðslukostnaði í heildsölu hjá hvoru félagi. Er það á bilinu 15-20% af heildar rekstrarkostnaði hvors félags af veittri farsímaþjónustu á því ári. Er því ljóst að allnokkur hluti rekstrarkostnaður verður sameiginlegur sérstaklega á framleiðslustigi þjónustunnar. Hins vegar er þetta hlutfall mjög áþekkt hjá báðum félögunum. Hér þarf einnig að líta til þess hvernig kostnaður samstarfsaðila sem stafar frá rekstrarfélaginu skiptist milli breytilegs og fasts kostnaðar. Eins og fram kemur í sjónarmiðum aðila leggja þeir til tiltekna útfærslu við uppgjör milli rekstrarfélagsins og eigenda til þess að koma í veg fyrir samkeppnislega hamlandi áhrif af samstarfinu sem tengist rekstrarkostnaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru aðstæður með þeim hætti í þessu máli að við þessi úrræði aðila þarf að bæta og formfesta og verður fjallað nánar um það síðar í ákvörðun þessari.

4.2 Mat á hættu af þegjandi samhæfingu á heildsölumarkaði

Samstarf sem gerir þegjandi samhæfingu milli keppnauta mögulega eða auðveldari er til til þess fallin að hindra samkeppni umtalsvert á heildsölu- og smásölumarkaði. Þegjandi samhæfing á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu getur valdið því að viðkomandi aðilar hækki verðlag gagnvart viðskiptavinum og/eða skipti viðskiptavinum milli sín og hætti þannig að keppa á markaðnum. Skipting markaðar er til þess fallin að hækka verð á vöru

eða þjónustu sem skerðir samkeppnishæfni kaupenda á heildsölustigi til að keppa á smásöllumarkaði með þeim afleiðingum að einhver yfirgefi markaðinn til skaða fyrir neytendur. Hvati til samhæfingar verðs eða markaðsskiptingar er möguleikinn til að ná meiri hagnaði en fæst við að keppa á markaðnum. Það getur því verið rekstrarlega fýsilegt að taka þátt í samhæfingu með keppinauti.

Við mat á hættu á þegjandi samhæfingu er eðlilegt að leggja til grundvallar markaðsstyrk aðila, markaðsgerðina og sérstakar aðstæður, einsleitni í rekstrarkostnaði aðila/samkynja rekstarkostnað aðila og möguleg upplýsingaskipti milli aðila sem tengjast framleiðslusamningnum. Þessi atriði geta verið orsök og tilefni til þegjandi samhæfingar en samhæfing getur átt sér stað án þess að þessi atriði séu uppfyllt. Eins getur það verið raunin að þegjandi samhæfing sé ekki til staðar á markaði þrátt fyrir að þessi atriði séu uppfyllt eða séu til staðar.

Hér á eftir verður lagt mat á aðstæður á heildsöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu sem varðar aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum og metið hvort fyrrnefnd atriði séu uppfyllt. Er í því sambandi sérstaklega litið til þess hluta heildsöllumarkaðar sem varðar stöðu og möguleika aðila fyrir rekstur sýndarneta og endursölu á farsímaþjónustu.

Markaðsstyrkur

Þegjandi samhæfing er auðveldari á markaði þar sem um er að ræða fáa keppinauta. Fyrirtæki með háa markaðshlutdeild er líklegt, að öðru jöfnu, til að hafa meiri tilhneigingu til að koma á eða viðhalda þegjandi samhæfingu en fyrirtæki með litla markaðshlutdeild. Fyrirtækið með umtalsverðan markaðstyrk getur séð hagsmunum sínum betur borgið með samhæfingu á meðan fyrirtæki með litla markaðshlutdeild kýs frekar að lækka verð til að ná viðskiptum.

Á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímakerfum, þar sem viðskipti um sýndarnetsaðgang og endursölu á þjónustu eiga sér stað, fjölgar um einn þjónustuaðila, verði af samstarfinu. Á það sérstaklega við um möguleika fyrir sýndarnet og endursölu sem tekur til landsins alls. Með þessar aðstæður í huga telur Samkeppniseftirlitið ekki þörf á að fjalla nánar um markaðshlutdeild einstakra aðila. Mjög fáir kaupendur eru á þessum markaði og því getur markaðshlutdeild á mjög stuttum tíma færst nánast alfarið milli þjónustseljenda á markaðnum. Vodafone hefur verið virkt fyrirtæki á undirmarkaði fyrir sýnarnet, þó félagið sé það ekki í dag, en með fyrirhuguðu samstarfi verður Nova mögulegur keppnautur og því fjölgar um einn aðila á markaðnum. Verða Vodafone og Nova sjálfstæðir aðilar á þessum markaði og sama á við um þessi félög á smásöllumarkaði, enda verði samstarfinu sett viðhlítandi skilyrði. Hvað varðar reiki innanlands þá eru Síminn, Vodafone og Nova þegar starfandi á þeim undirmarkaði.

Hins vegar fækkar dreifikerfum (RAN) um eitt með samstarfinu og verða tvö í framhaldinu. Vodafone og Nova leggja sín dreifikerfi inn í rekstrarfélagið sem á árinu 2013 stóðu fyrir um 30-35% af framleiðslukostnaði á heildsöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu hvors félags. Að þessu leyti verður um samþjöppun að ræða en ekki er litið svo á að rekstur dreifikerfa (RAN) sé sjálfstæður samkeppnismarkaður í þessu máli og því ekki þörf á að fjalla nánar um hann.

Markaðsgerðin

Á heildsölumarkaði geta verið til staðar tiltekna aðstæður og tengsl sem geta stuðlað að eða ýtt undir þegjandi samhæfingu milli aðila. Getur þar m.a. verið um að ræða umtalsverðar aðgangshindranir, gagnsæi um stöðu viðskiptavina á heildsölustigi og þekkingu á stöðu keppinauta á markaðnum m.a. vegna verulegrar samhverfu í kostnaðaruppbyggingu félaganna. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þessar aðstæður að hluta til staðar og eru þær til þess fallnar að stuðla að þegjandi samhæfingu á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu. Fyrirhugað samstarfsfélag getur mögulega aukið þessa hættu en einnig mögulega minnkað hana vegna fleiri valkosta sýndarnets- og endursöluaðila.

Samstarfið milli Vodafone og Nova mun mögulega breyta markaðsaðstæðum, í það minnsta hvað varðar aðgangshindranir. Mun mögulega draga úr aðgangshindrunum þar sem þjónustuveitendum mun fjölga um einn. Hins vegar verður ekki séð að það breyti því að fyrirtæki á heildsölumarkaði hafi gagnkvæma og ítarlega þekkingu á rekstri og markaðsstefnu hvers annars. Framleiðslusamstarfið mun einnig valda ákveðinni fombindingu milli Vodafone og Nova sem áður var ekki fyrir hendi með sama hætti. Einnig er samstarfið til þess fallið að auka einsleitni í rekstararkostnaði samstarfsfélaganna, eins og rakið verður hér á eftir, og þar með gagnsæi í kostnaðaruppbyggingu þeirra. Getur það mögulega auðveldað þegjandi samhæfingu á markaðnum.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að ýmsar aðstæður séu hins vegar fyrir hendi sem geta dregið úr hættunni á þegjandi samhæfingu. Þessir þættir eru t.d. mismunandi markaðshlutdeild aðila á skilgreindum markaði, hreyfanleiki viðskiptavina og afkastageta kerfanna. Auk þess má benda á að enginn hagsmunaaðila hefur í umsögn sinni lýst alvarlegum áhyggjum af fyrirhuguðu samstarfi sem slíku ef ákveðinna skilyrða er gætt og sama má segja um afstöðu PFS til samstarfssins.

Hvorki Vodafone né Nova höfðu viðskiptavini á heildsölumarkaði fyrir sýndarnetsrekstur eða endursölu á farsímaþjónustu á árunum 2012 og 2013. Er staðan eins í dag. Við þessar aðstæður er ekki líklegt að Vodafone og Nova telji það þjóna hagsmunum sínum að stofna til eða viðhalda þegjandi samhæfingu með Símanum á þessum markaði. Með samstarfinu eflist möguleiki Vodafone og sérstaklega Nova til að bjóða og sinna þjónustu á þessum markaði. Hagsmunum þeirra ætti að vera betur borgið með því að reyna að ná til sín viðskiptum fremur en að viðhalda óbreyttu ástandi. Vodafone og Nova munu áfram vera sjálfstæðir keppinautar á heildsölumarkaði og reka hvort sitt kjarnakerfi og auk þess önnur tilheyrandi net og kerfi vegna þjónustu á smásölustigi. Má því ætla að þeim sé það hagsmunamál að nýta þá fjárfestingu sem best, sem verður m.a. gert með því að fá viðskiptavini í sýndarnetsrekstur og endursölu á þjónustu. Hins vegar er á það að líta að þessi markaður er mjög lítil hér á landi í heildarsamhengi á markaði fyrir farsímaþjónustu. Þrátt fyrir þetta er það mat Samkeppniseftirlitsins að grípa þurfi til aðgerða til að tryggja að tiltekin atriði tengd markaðsgerðinni valdi ekki hættu á þegjandi samhæfingu á skilgreindum markaði og verður fjallað nánar um það síðar í þessari ákvörðun.

Einsleitur rekstrarkostnaður

Framleiðslusamningur milli keppinauta um mikilvægt aðfang í starfsemi samstarfsaðila getur stuðlað að því að kostnaðarleg uppbygging verði einsleit í þeim mæli að það auðveldi félögunum t.d. að samhæfa verð á viðkomandi markaði sem dregur úr hvata til samkeppni. Með sama hætti eykur það hættuna á þegjandi samhæfingu ef samstarfsaðilarnir, þegar

fyrir samstarfið, hafa stóran hluta af framleiðslukostnaði þjónustunnar sambærilegan. Samstarfið milli Vodafone og Nova mun samræma rekstrarkostnað félaganna umfram það sem nú er, hvað varðar framleiðslu á afkastagetu fyrir dreifingu (RAN), sbr. einnig umfjöllun hér að framan. Samstarfið um rekstur dreifikerfisins er til þess fallið að stærri hluti af rekstararkostnaði félaganna verður samræmdur og sambærilegur.

Við mat á samkeppnislegum áhrifum af samstarfi eins og hér um ræðir er gagnlegt að rannsaka hvað áætlaður kostnaður af samstarfinu er breytilegur rekstrarkostnaður. Með breytilegum rekstrarkostnaði er átt við þann kostnað sem er beint háður notkun samstarfsaðila af framleiddu magni rekstrarfélagsins, hér afkastagetu dreifikerfis. Almenn er það þessi kostnaður sem fyrirtæki geta stýrt og keppt á. Í flestri starfsemi er það þannig að til stutts og meðallangs tíma er það breytilegur framleiðslu- eða aðfangakostnaður sem er afgerandi við verðlagningu á vöru og þjónustu. Hins vegar á þetta ekki alltaf við. Fjarskiptastarfsemi og þar með farsímarekstur einkennist almennt af háum föstum kostnaði sem er óháður framleiddu magni; mínútum, gagnamagni eða fjölda viðskiptavina. Af þessari ástæðu er að mati Samkeppniseftirlitsins réttmætt í þessu máli að leggja einnig fastan kostnað til grundvallar við mat á hættu fyrir þegjandi samhæfingu á farsímamarkaði.

Eins og fram hefur komið er ekki um að ræða nein viðskipti hjá Vodafone og Nova á heildsölumarkaði fyrir sýndarnetsrekstur eða endursölu á farsímaþjónustu félaganna. Af þeirri ástæðu eru ekki forsendur til þess að meta hvernig rekstur sameiginlegs dreifikerfis geti mögulega verið skipt milli heildsölu til ytri viðskipta annars vegar og til þeirra eigin smásölu hins vegar. Rekstur á sameiginlegu dreifikerfi gerir félögunum báðum mögulegt að starfa á báðum sölustigum. Vegna þessa er talið upplýsandi að meta hver núverandi rekstrarkostnaður félaganna við dreifikerfin, sem flytjast í rekstrarfélagið, er af heildar framleiðslukostnaði (ígildi heildsölu) hvors félags. Er sá kostnaður að mestu leyti fastur kostnaður og er þá haft í huga hvernig samstarfsaðilar skilgreina rekstrarkostnaðinn hjá hinu nýja félagi. Samkvæmt upplýsingum frá samstarfsaðilum var kostnaður árið 2013 af þeirri starfsemi sem flyst yfir til rekstrarfélagsins á bilinu 30 til 35% af heildar framleiðslukostnaði (heildsölu) félaganna við farsímaþjónustu. Þessi sami kostnaður var á bilinu 15 til 20% af heildar rekstararkostnaði félaganna í farsímarekstri á því ári.

Samstarfsaðilarnir munu áfram eiga hvor sitt kjarnakerfi og önnur nauðsynleg kerfi sem ekki færast til nýja félagsins og munu félögin starfa sem sjálfstæðir keppendur bæði á heildsölumarkaði sem smásölumarkaði. Kostnaður af kjarnakerfum og öðrum kerfishlutum og netum er að mati Samkeppniseftirlitsins að stærstum hluta fastur kostnaður. Þessi kerfi eru nýtt vegna farsímaþjónustu hvort heldur er vegna eigin viðskiptavina í smásölu eða viðskiptavina mögulegra sýndarnets- og endursöluaðila. Því ættu samstarfsaðilarnir að hafa hvata til þess að dekkja þennan fasta kostnað og gera það best með því að fjölga viðskiptavinum í farsímaþjónustu á báðum sölustigum.

Framleiðslusamstarf um tiltekið aðfang eins og hér um ræðir getur breytt undirliggjandi kostnaðaruppbýggingu vegna þjónustunnar hjá samstarfsaðilum t.d. úr því að vera fastur kostnaður innan eigin rekstrar yfir í breytilegan kostnað ef aðfangið er keypt frá rekstrarfélaginu. Fer það eftir því hvernig rekstrarfélagið skiptir eða gerir upp kostnaðinn við eigendur af sameigilegu framleiðslunni. Kostnaður Vodadone og Nova vegna aðfangs sem framleitt er í rekstrarfélaginu getur verið að fullu breytilegur ef uppgjorið byggir alfarið og eingöngu á magnnotkun félaganna á aðfangsinu. Þetta breytir samkeppnisaðstæðum

þar sem stærðarhagkvæmni af eigin starfsemi minnkar. Er þetta mögulega til þess fallið að hvati samstarfsaðila til þess að fjölga viðskiptavinum á heilðsölustigi minnkar eða hverfur þar sem því fylgir samsvarandi aukinn kostnaður fyrir verulegan hluta þjónustunnar. Fastur kostnaður hefur það hins vegar í för með sér, allavega til stutts og meðallangs tíma, að kostnaður á einingu lækkar því fleiri sem viðskiptavinirnir eru og/eða notaðar magneiningar. Myndar það hvata til samkeppni um viðskiptavini. Ef framleiðslukostnaði rekstrarfélagsins er hins vegar skipt jafnt milli samstarfsaðila óháð magnnotkun öðlast hvor aðili fyrir sig nákvæmar upplýsingar um kostnað hins aðilans af þessu tiltekna aðfangi. Veldur þetta því að miklu máli skiptir hvernig verðmyndun og uppgjör fer fram milli rekstrarfélagsins og samstarfsfélaganna vegna afkastagetu. Í rekstraráætlun fyrir rekstrarfélagið fyrir árin 2015 til 2020 er gert ráð fyrir að um [...] % af heildarrekstrarkostnaði sé fastur í upphafi tímabilsins en lækki í um [...] % í lok tímabilsins. Vegna mikilvægis þessa fyrirkomulags er því sett tiltekin skilyrði sem fjallað verður nánar um í kafla 6 um fyrirsmæli.

Upplýsingaskipti

Framleiðslusamningur getur verið samkeppnishamlandi ef honum og framkvæmd hans fylgja skipti á stefnumótandi viðskiptalegum upplýsingum. Eru slík upplýsingaskipti til þess fallin að auka vitneskju samstarfsaðila um hvorn annan og gagnsæi á markaðnum. Slík upplýsingaskipti geta auðveldað þegjandi samhæfingu og aðrar samkeppnislegar hindranir. Að mati Samkeppniseftirlitsins veldur fyrirhugað rekstrarfélag hættu á óheppilegum upplýsingaskiptum sem nauðsynlegt er að bregðast við og tryggja að eigi sér ekki stað. Komi til þess að samstarfsfélagið verði að veruleika þarf að tryggja með ásættanlegum skorðum að viðskiptaupplýsingar sem varða annan samstarfsaðilann berist ekki hinum aðilanum.

Sjónarmið samstarfsaðila

Í umfjöllun um framangreind atriði í erindi Vodafone og Nova er viðurkennt að ákveðin forbundin tengsl myndist óhjákvæmilega milli samstarfsaðila með stofnun rekstrarfélagsins. Markaðsaðstæður á heilðsölumarkaði kunni að gefa tilefni til þess að líta svo á að hætta sé á þegjandi samhæfingu eða útilokunaráhrifum að því er varðar viðskiptavini á heilðsölumarkaði. Þá geti samstarfið að óbreyttu óneitanlega skapað jarðveg fyrir upplýsingaskipti. Hins vegar er það skoðun aðila að aðstæður á íslenskum farsímamarkaði, t.d. markaðshlutdeild aðila, kostnaðaruppbygging og hömlur á upplýsingaskiptum milli aðila, verði með þeim hætti að ekki sé líklegt að um þegjandi samhæfingu Vodafone og Nova verði að ræða.

Sé það aftur á móti mat Samkeppniseftirlitsins að hætta sé á þegjandi samhæfingu á milli samstarfsaðila og af þeim leiði möguleg útilokunaráhrif á heilðsölumarkaði leggja samstarfsaðilar til að samstarfsverkefni þeirra hlýti eftirtöldum skilyrðum:

1. Við heilðsölu hvors samstarfsaðila fyrir sig á aðgangi að þeirri þjónustu sem felst í vöruframboði sem stafi frá rekstrarfélaginu, þar með talið farsímaþjónustu og gagnaflytninguþjónustu, muni aðilar gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim fjarskiptafyrirtækjum sem óski eftir slíkum aðgangi.
2. Söluskilmálar heilðsölu verði almennir og byggðir á viðskiptalegum forsendum.

3. Hvor samstarfsaðili um sig geti þó neitað að selja fjarskiptafyrirtæki aðgang að þjónustu í þeim tilfellum þegar slíkt sé ekki tæknilega mögulegt eða þegar verulegar vanefndir hafi átt sér stað af hálfu viðskiptavinar.

Niðurstaða

Í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins hér að framan kemur fram það mat að ekki sé líklegt að fyrirhugað samstarf sé til þess fallið að hafa alvarleg samkeppnishamlandi áhrif á markaði fyrir lúkningu símtala og gagna. Starfsemi rekstrarfélagsins, ein og sér, muni ekki hafa í för með sér fækkun aðila á þeim markaði. Frekar sé hún til þess fallin að hafa í för með sér fjölgun rekstraraðila á markaðnum í framtíðinni með mögulegri innkomu nýrra sýndarnetsaðila. Í þessu sambandi má einnig benda á að umræddur markaður er undir sérstöku eftirliti PFS hvað varðar skilyrði um aðgang og verðlagningu og skilmála. Ekki verður séð að þessar aðstæður breytist í nánustu framtíð. Þetta fyrirkomulag bendir til þess að ekki sé alvarleg hættu á því að einstakir markaðsaðilar geti mismunað öðrum aðilum hvað varðar lúkningu í eigin farsímaneti.

Einnig er það mat Samkeppniseftirlitsins að rekstrarfélagið geti við réttar aðstæður stuðlað að aukinni samkeppni á öðrum heildsölumarkaði sem er markaður fyrir aðgang og upphaf símtala. Allt bendir til þess að með samstarfinu fjölgi rekstraraðilum á þeim undirmarkaði fyrir farsímaþjónustu sem geti boðið heildstæða þjónustu. Er þar um að ræða þjónustu við aðila sem hafa þörf fyrir innlenda reikisamninga, sýndarnetsaðgang og aðgang að farsímaþjónustu til endursölu. Óbeint getur þessi þróun leitt til fjölgunar sýndarnetsaðila á lúkningarmarkaði. Samkeppniseftirlitið er sammála aðilum málsins um að með samstarfinu myndist ákveðin forbundin tengsl milli aðila. Geta þessi tengsl stuðlað að þegjandi samhæfingu og óheppilegum upplýsingaskiptum milli aðila. Verður í þessu sambandi að meta hvort samstarfinu sé ætlað að hafa eða af því geti hlotist samkeppnishamlandi áhrif á skilgreindum markaði. Er hér um að ræða heildsölumarkað fyrir aðgang og upphaf fyrir talþjónustu og gagnaflutning í farsímakerfum. Fram kemur af hálfu samstarfsaðila vilji til að undirgangast tiltekin skilyrði ef Samkeppniseftirlitið telji að samstarfið geti raskað samkeppni á þessum markaði.

Er það mat Samkeppniseftirlitsins að núverandi aðstæður á þessum markaði séu með þeim hætti að mögulega geti skapast hættu á þegjandi samhæfingu aðila. Er það mat eftirlitsins að nauðsynlegt sé að setja samstarfinu enn skilyrði til að koma í veg fyrir að af því hljóti röskun á samkeppni til tjóns fyrir neytendur og atvinnulífið í landinu. Verður nánar vikið að þessu í umfjöllun um fyrirmæli í kafla 6 hér á eftir.

4.3 Mat á hættu af þegjandi samhæfingu á smásölumarkaði

Í þessum kafla er lagt mat á hættu af þegjandi samhæfingu vegna samstarfssins á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu, þ.e. milli Símans, Vodafone, Nova og sýndarnetaðila og endursöluaðila. Ekki verður séð að í erindinu fjalli samstarfsaðilar að nokkru marki um möguleg samkeppnisleg áhrif af samstarfinu á þessum markaði. Hins vegar telur Samkeppniseftirlitið að fjalla þurfi um þennan markað sérstaklega og leggja mat á aðstæður. Við þetta mat er mikilvægt m.a. að horfa til markaðshlutdeildar aðila á smásölumarkaði. Aðstæður á markaðnum þarf að meta og þar með hvort um er að ræða öfluga og virka keppinauta á markaðnum, samhverfu í rekstrarkostnaði aðila og hreyfanleika viðskiptavina. Meta þarf kostnaðarlega einsleitni og síðan möguleg upplýsingaskipti.

Markaðsstyrkur

Á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu hér á landi eru ekki margir þjónustuveitendur. Markaðshlutdeild er hér metin á grundvelli tekjuveltu á markaðnum. Þrír stærstu keppinautarnir, Síminn, Vodafone og Nova, eru með 90-95% markaðshlutdeild saman og aðrir fjórir (sýndarnetsrekandi og endursöluaðilar) með 5-10% hlutdeild samanlagt. Af þessum þremur stærstu er Síminn með afgerandi mesta markaðshlutdeild eða tæplega jafnháa hlutdeild og hinir tveir samanlagt. Samstarf Vodafone og Nova breytir, eitt og sér, hvorki fjölda þjónustuveitenda eða markaðsstyrk einstakra aðila á þessum markaði. Samstarfið er þó til þess fallið að fjölga valkostum fyrir endursöluaðila og sýndarnetsaðila til framtíðar. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að núverandi markaðshlutdeild muni ekki fela í sér verulega hættu á þegjandi samhæfingu aðila á skilgreindum markaði. Enn síður er hættan fyrir hendi ef þjónustuveitendum fjölgar.

Markaðsgerðin og sérstakar aðstæður

Fyrir liggur að PFS hefur aflétt áður settum kvöðum af Símanum þar sem stofnunin telur að heilidsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala stefni í átt að samkeppni sem auðveldar nýjum sýndarnets- og endursöluaðilum að komast inn á smásölumarkaðinn. Fyrirhugað samstarf Vodafone og Nova er ekki líklegt til þess að hindra athafnasemi þessara aðila m.a. með aðgangsharðri verðstefnu. Hins vegar getur möguleg þegjandi samhæfing á heilidsölumarkaði haft áhrif á möguleika sýndarnets- og endursöluaðila til að beita sér í samkeppni á smásölumarkaði. Með hliðsjón af þessu verður mat á aðstæðum á smásölumarkaði annað ef aðstæður á heilidsölumarkaði eru með þeim hætti að það torveldi aðgang nýrra þjónustuveitenda að smásölumarkaði.

Telja má að um talsverða ósamhverfu sé að ræða í heildar kostnaðaruppbyggingu þeirra þjónustuveitenda á smásölumarkaði sem eru starfandi hér á landi. Verðmyndun og verðlagning hefur verið með talsvert mismunandi hætti sem getur bent á og ýtt undir virka samkeppni á markaðnum. Viðskiptaáætlanir aðila hafa verið í mörgu mismunandi og litlir aðilar hafa verið að reyna að útvíkka sitt þjónustuframboð.

Af þróun síðustu ára verður ekki annað séð en að hreyfanleiki viðskiptavina sé verulegur. Hefur t.d. viðskiptavinur Nova fjölgað mjög verulega síðustu ár, ýmist sem nýir viðskiptavinir á markaði eða fyrrum viðskiptavinir Símans, Vodafone og Tals. Eftir starfsemi frá árinu 2008 Nova næst flesta viðskiptavini í farsímaþjónustu. Fjöldi viðskiptavina í farsímaþjónustu er einnig mikill þar sem fjöldi áskrifta er meiri en fjöldi Íslendinga. Þá má benda á að ekki er heimilt að binda viðskiptavini í viðskipti lengur en í sex mánuði sem auðveldar þeim að færa sig á milli þjónustuveitenda. Er þetta til þess fallið að gagnsæi á markaðnum minnkar og gerir rekstararaðilum erfiðara að vita hvar einstaka viðskiptavinir eru í viðskiptum. Gera þessar aðstæður þegjandi samhæfingu á markaði erfiða, bæði að koma henni á og viðhalda. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðstæður séu með þeim hætti að lítil hætta sé á þegjandi samhæfingu þjónustuveitenda á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu.

Einsleitur rekstrarkostnaður

Samkeppniseftirlitið telur að fyrirhugað samstarf Vodafone og Nova um rekstur dreifikerfis stuðli frekar að einsleitum rekstrarkostnaði þeirra félaga á smásölumarkaði. Ástæðan er aukinn sameiginlegur rekstur tengdur heilidsölumarkaði. Vodafone og Nova munu hins

vegar áfram geta aðgreint sig og keppt á smásöllumarkaði með hliðsjón af aðskildum og sjálfstæðum rekstri kjarnakerfa og annarra kerfa og neta sem tengist markaðsetningu á þessum markaði. Hætta á samkeppnishamlandi einsleitni í heildar framleiðslukostnaði á farsímaþjónustu á smásöllumarkaði á Íslandi er að mati Samkeppniseftirlitsins hverfandi þegar um er að ræða Símann, Vodafone og Nova.

Upplýsingaskipti

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að þau skilyrði sem sett verða varðandi háttsemi samstarfsaðila og rekstrarfélagið sjálft séu nægileg til að eyða hættu á að upplýsingaskipti tengd samstarfinu valdi hættu á þegjandi samhæfingu allra þjónustuveitenda á smásöllumarkaði.

Í umsögn Símans kemur fram að félagið telji að samstarfið milli Vodafone og Nova muni leiða af sér samræmda hegðun hafi það ekki þegar átt sér stað. Gefi háttsemi félaganna það til kynna að fyrirtækin taki mikið tillit hvort til annars og fari raunverulega ekki í samkeppni. Þegar litið sé til þróunar og opinberra gagna, annað hvort frá fyrirtækjunum sjálfum eða opinberum aðilum eins og PFS, þá vakni sá grunur að fyrirtækin skipti með sér mörkuðum hvað varði sölu til einstaklinga og fyrirtækja. Sé litið til áherslu Vodafone á stærri fyrirtæki og áherslu Nova á minni fyrirtæki og einstaklinga þá geti það vart verið tilviljun ein sem ráði því að fyrirtækin virðast forðast samkeppni.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru líkur á þegjandi samhæfingu milli fyrirtækja á smásöllumarkaði, sem afleiðing af umræddu samstarfi, óverulegar. Ekki verður séð á hvaða forsendum það getur gerst. Mikill munur í markaðshlutdeild þjónustuveitenda, mismunandi rekstrarkostnaður þeirra og þjónustuframboð styður ekki við hugmyndir um auknar líkur á þegjandi samhæfingu um verðlagningu á smásöllumarkaði eða um önnur kjör. Mikill fjöldi viðskiptavina á smásöllumarkaði og lítið gagnsæi um það hvar hver og einn þeirra er í viðskiptum gerir samhæfingu í formi skiptingar markaðarins ólíklega. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðstæður á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu séu með þeim hætti að ekki séu auknar líkur á þegjandi samhæfingu milli starfandi þjónustuveitenda sem afleiðing samstarfs Vodafone og Nova um rekstur dreifikerfa. Hins vegar ítrekar Samkeppniseftirlitið að til þess að koma í veg fyrir mögulegar hindranir á smásöllumarkaði verður að tryggja að samstarfsaðilarnir, Vodafone og Nova, beiti ekki sölusynjun eða öðrum ómálefnalegum hindrunum gegn mögulegum viðskiptavinum á heildsöllumarkaði. Slík háttsemi væri til þess fallin að raska eða hindra samkeppni á smásöllumarkaði.

5. Undanþáguheimild 15. gr. samkeppnislaga

Að öllu framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins, eins og komið hefur fram, að umrætt samstarf Vodafone og Nova um rekstur á sameiginlegu rekstrarfélagi um dreifikerfi falli undir 10. gr. samkeppnislaga, sbr. og 53. gr. EES-samningsins. Einnig er það mat eftirlitsins, að fyrirhugað samstarf án íhlutunar, geti verið til þess fallið að valda samkeppnislegri röskun á skilgreindum farsímaþjónuðum á heildsölustigi. Hér á eftir verður því tekin afstaða til beiðni Vodafone og Nova um undanþágu frá bannákvæðum 10. gr. og í því sambandi athugað hvort umrætt samstarf samrýmist öllum skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga. Sé svo ekki er lagt mat á hvort málefnalegt sé að setja samstarfinu tiltekin skilyrði sem séu til þess fallin að koma í veg fyrir röskun á samkeppni en að nái eigi

að síður þeim markmiðum að ná fram hagræðingu og betri þjónustu á farsímamarkaði. Í erindinu óska Vodafone og Nova eftir því að veitt verði undanþága á þeim grundvelli.

Skilyrði undanþágu samkvæmt 15. gr. eru að samningar, samþykktir, samstilltar aðgerðir eða ákvarðanir skv. 10. og 12. gr.;

- a. *stuðli að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efla 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 fyrirtækjum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða.*

Hægt er að setja skilyrði fyrir undanþágu.

Uppfylla verður öll skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga þannig að til álita komi að veita undanþágu frá bannákvæðum 10. gr. laganna. Rétt er að hafa í huga að almennt er litið svo á að viðkomandi fyrirtæki verði að sýna fram á að umrædd skilyrði séu uppfyllt, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2009, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Að meginstefnu til verður undanþága aðeins veitt á þeirri forsendu að hún geti betur stuðlað að tilgangi og markmiði samkeppnislaga, sbr. 1. gr. Með hliðsjón af mikilvægi samkeppnislaga sem ætlað er að vernda og efla samkeppni, og stuðla með því að aukinni framleiðni og hagræðingu og efnahagslegum vexti, er ljóst að setja verður ströng skilyrði fyrir því að veita undanþágur frá mikilvægustu reglum 10. gr. laganna. Að öðrum kosti gætu samkeppnishömlur sem felast t.d. í aðgangshindrunum, verðsamráði eða þegjandi samhæfingu valdið neytendum og þjóðfélaginu í heild miklum skaða. Almenn lögskýringarsjónarmið leiða til þess að túlka ber þröngt ákvæði um heimildir til að veita undanþágu frá bannákvæðum í lögum.

5.1 Helstu sjónarmið samstarfsaðila

Í fyrsta lagi halda Vodafone og Nova því m.a. fram að vegna örrar þróunar fjarskiptatækni blasi við nýr veruleiki á fjarskiptamarkaði. Fjarskiptafyrirtæki þurfi að anna síaukinni eftirspurn eftir farsíma- og gagnaflutningsþjónustu bæði frá neytendum og fjarskiptafyrirtækjum á smásölumarkaði. Með rekstrarfélaginu sé unnt að ná fram ýmsum jákvæðum áhrifum á borð við hagræðingu í rekstri, stærðarhagkvæmni, aukið svigrúm fyrir þróun og rannsóknir, minnkun aðfangakostnaðar, aukna framleiðni og möguleika til að einfalda rekstrarskipulag. Einnig náist fram mikil afkastageta og aðlaðandi verð og viðunandi gæði. Samreksturinn verði þannig til þess að samstarfsaðilarnir verði skilvirkari keppinautar á samkeppnismarkaði. Framangreint skipti miklu máli við mat því hvort skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga teljist uppfyllt. Rekstrarfélagið muni stuðla að því að uppbygging á 4G dreifikerfi verði skilvirkari og þjónustuframboð verði betra með minni tilkostnaði og meiri hraða. Það sama gildi fyrir þróun 2G og 3G. Að mati Nova og Vodafone sé augljóst að skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga um bætta framleiðslu og dreifingu á þjónustu og eflingu tæknilegra og efnahagslegra framfara séu uppfyllt.

Í öðru lagi áréttu félögin að starfsemi rekstrarfélagsins muni skila sér í stærra þjónustusvæði og bættu þjónustuframboði með auknum afköstum og gæðum og innleiðingu nýrrar tækni. Viðskiptavinir hvors aðila um sig muni því hafa aðgang að stærra og hraðvirkara RAN dreifkerfi aðila. Það sé beinlínis markmið aðila að neytendur komi til með að hafa gagn af samrekstri dreifikerfanna. Strax með sameiningu kerfanna muni hið aukna þjónustusvæði standa neytendum til boða. Það sé augljóst að bætt gæði þjónustu séu lykilsjónarmið við túlkun b. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Þá sé ljóst að með tilkomu rekstrarfélagsins verði til burðugur keppinautur á fjarskiptamarkaði. Það muni skila sér í aukinni verðsamkeppni við aðra aðila á markaði, svo sem Símann, sem skili sér í lægra verði til neytenda. Það sé því engin ástæða til að ætla annað en að neytendum sé veitt sanngjörn hlutdeild í ávinningi sem af samstarfinu hljótist í skilningi b. liðar 15. gr. samkeppnislaga.

Í þriðja lagi fái aðilar ekki séð hvernig samstarfsverkefnið verði til þess að setja höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf séu til þess að settum markmiðum verði náð, sbr. c. lið 15. gr. samkeppnislaga. Öll útfærsla verkefnisins sé með þeim hætti að tryggð sé hámarks skilvirkni og hagkvæmni án þess þó að það hafi neikvæð áhrif á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Ekki sé mögulegt að tilætluðum markmiðum um skilvirkni, afköst, gæði og hagkvæmni í rekstri sem að sé stefnt verði náð nema með samrekstri kerfanna á þann hátt sem lýst hafi verið. Starfsemi rekstrarfélagsins byggi á samrekstri RAN kerfis aðila og sé stuðst við svonefnda MOCN tækni við uppbyggingu kerfisins þar sem tíðniheimildir aðila séu samnýttar. Vissulega fyrirfinnist aðrar tæknilegar lausnir við samnýtingu dreifikerfa. Sem dæmi megi nefna hefðbundna reikisamninga og svonefnt „site sharing“ en sú leið anni ekki eftirspurn neytenda eftir meiri hraða og meiri gæðum á gagnaflutningamarkaði. Síðast en ekki síst sé „site sharing“ ekki raunhæfur valkostur við innleiðingu og frekari þróun á 4G og LTE Advanced tækni. Að því er varði hefðbundna reikisamninga, þar sem aðilar leigi sig inn á kerfi hvors annars, þá sé ljóst að með slíkum samningum náist ekki þau markmið um samlegðaráhrif og stærðarhagkvæmni sem að sé stefnt.

Aðilar telji jafnframt að til þess að tilætluðum markmiðum verði náð þá verði rekstrarfélagið að hafa einhvern varanleika og geti starfað stöðugt í ákveðinn tíma. Þess vegna sé gert ráð fyrir að samstarfsverkefni aðila sé til a.m.k. tíu ára. Þá bendi aðilar á að samið hafi verið um tiltekna aðferðir við skiptingu eða slit á félaginu. Óhjákvæmilegt sé að slíkt ferli taki tíma enda um mikil verðmæti að ræða og tæknilega flókið sé að skilja að starfsemi og búnað sem hafi verið sameinuð og rekin saman yfir lengri tíma. Að ofangreindu virtu telji aðilar að ekki sé ástæða til að ætla annað en að c. liður 15. gr. samkeppnislaga sé uppfylltur.

Í fjórða lagi sé rík áhersla lögð á það af hálfu aðila að samstarf þeirra feli ekki á neinn hátt í sér samrekstur eða aðgang að kjarnakerfum hvors aðila um sig. Aðilum sé þannig ekki fært að fylgjast með notkun eða framleiðslu á afkastagetu í kerfinu og séu því fullfrjálisir til þess að starfa sjálfstætt og með áframhaldandi samkeppni á neytendamarkaði. Þar fyrir utan bendi aðilar á að hvorum aðila fyrir sig séu heimilar sértækar fjárfestingar. Hinar sértæku fjárfestingar tryggja að hvor aðili um sig geti hvenær sem er falið rekstrarfélaginu uppbyggingu, t.d. með því að setja upp senda. Viðkomandi aðili fjármagni og reki slíka uppbyggingu sjálfur í eigin þágu. Þannig telji aðilar að komið sé í veg fyrir að staðbundinni þróun dreifikerfisins sé hamlað. Telji annar aðili að þörf sé á uppbyggingu innan vébanda rekstrarfélagsins sé honum það heimilt skv. skilyrðum hluthafasamningsins.

Fyrirhugaður samrekstur á dreifikerfum gefi því aðilum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er verulegan hluta þjónustunnar varði í skilningi d. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Þvert á móti bendi allt til þess að með tilkomu nýs burðugs þjónustuaðila á gagnaflutningamarkaði skapist betri aðstæður fyrir aukinni samkeppni bæði á heildsölumarkaði og neytendamarkaði.

Hið nýja dreifikerfi muni gera Nova og Vodafone kleift að veita dreifikerfi Símans á bæði heildsölu- og smásölustigi samkeppnislegt aðhald. Miðað við stöðu keppinauta á fjarskiptamarkaði megi einnig fastlega búast við því að keppinautar Nova og Vodafone, bæði á heildsölu- og smásölustigi, komi til með að bregðast hratt við innkomu hins nýja sameinaða dreifikerfis á markað. Aukið þjónustuframboð muni veita öðrum aðilum á smásölumarkaði hvata til samkeppni. Því megi Nova og Vodafone búast við samkeppnislegu aðhaldi á heildsölu- og smásölustigi strax frá byrjun starfseminnar.

Eins og gerð hafi verið grein fyrir telji Nova og Vodafone að skipulag og útfærsla samstarfsverkefnisins, að teknu tilliti til skilyrða sem aðilar leggja til, sé með þeim hætti að það raski ekki samkeppni og að samstarfsverkefnið uppfylli öll skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga til að hljóta undanþágu frá bannreglu 10. gr. laganna. Telji Nova og Vodafone enn fremur að umrætt samstarf sé í samræmi við samkeppnislög og markmið þeirra.

5.2 Helstu sjónarmið umsagnaraðila

Fram kemur í sjónarmiðum umsagnaraðila, bæði keppinauta samstarfsaðila og PFS, að þeir séu í meginatriðum sammála því að það sé jákvætt að fjarskiptafyrirtæki á Íslandi samnýti fjarskiptainnviði. Er fyrirhuguðum samrekstri Vodafone og Nova á farsímaneti jafnvel fagnað í ljósi þess að slíkt geti dregið úr heildarkostnaði við rekstur farsímaneta á Íslandi. Uppbygging fjarskiptakerfa sé kostnaðarsöm en markaðurinn einkennist af mjög hraðri þróun sem geri körfu um stöðuga uppbyggingu og endurnýjun á búnaði. Í dreifbýlu landi geti það kostað verulega fjármuni að byggja upp kerfi sem nái til allra landsmanna, þar sem kostnaður við uppsetningu og rekstur geti verið hlutfallslega mikill miðað við fjölda notenda og þar með væntar tekjur. Geti slík samnýting líka samrýmast markmiðum 1. gr. samkeppnislaga um hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins.

Til þess að slíkt samstarf veiti neytendum þann ábata sem sóst sé eftir þá sé óhjákvæmilegt að veita opinn aðgang að þeim innviðum sem samstarfið nái til á jafnræðisgrundvelli við þá sem standi að samstarfinu. Jafnvel sé nauðsynlegt að aðgangur sé veittur að beinni þátttöku í uppbyggingu til þess að efla samkeppni milli aðila á smásölustigi en ekki afmarka aðganginn fyrir tiltekna aðila. Þá sé mikilvægt að tryggja að hið sameinaða fyrirtæki taki ekki inn einokunarhagnað en það verði gert með því að skylda fyrirtæki til þess að veita aðgang á kostnaðargreindum grunni. Í öllum tilfellum telja umsagnaraðilar nauðsynlegt að samstarfinu sé sett skilyrði sem komi í veg fyrir samkeppnislega röskun sem annars sé hætt á að gerist. Er þessu nánar lýst í kaflanum um málsmeðferð hér að framan.

PFS telji t.d. að framangreint samstarf Nova og Vodafone, með þeim skilyrðum sem félögin muni væntanlega undirgangast, muni ekki breyta fyrri niðurstöðu stofnunarinnar að virk samkeppni sé á markaðnum. Horfi PFS þá jafnframt til þess að annar tveggja samstarfsaðila, þ.e. Vodafone, hafi töluverða reynslu við að veita heildsöluaðgang að

dreifikerfi sínu þótt engir sýnarnets- eða endursöluaðilar séu á neti félagsins í dag. PFS muni fylgjast náið með viðkomandi markaði og grípa inn í, t.a.m. með bráðabirgðaákvörðun, ef aðgangur að umræddum markaði lokist skyndilega.

5.3 Niðurstaða

Í kafla III 2.2 og 2.3 hér að framan er því lýst að samstarf Nova og Vodafone geti haft jákvæð áhrif á mörkuðum þessa máls. Samkeppniseftirlitið getur tekið undir það að samstarf eins og það sem felst í rekstri nýja félagsins geti stuðlað að aukinni skilvirkni, öryggi, hagræði og auknum gæðum fyrir starfsemi Vodafone og Nova sem geti skilað sér til flestra ef ekki alla viðskiptavinum félaganna á markaði fyrir farsímaþjónustu. Getur þetta samstarf með sama hætti verið til þess fallið að auðvelda nýjum rekstraraðilum og þjónustuveitendum að komast inn á farsímaamarkaðinn og fjölgað þannig valkostum neytenda. Er þetta ótvírætt til þess fallið að bæta hag neytenda og tryggja hlutdeild þeirra í nýrri og bættri tækni. Með sama hætti getur starfsemi rekstrarfélagsins stuðlað að og flýtt fyrir aukinni samkeppni á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum. Einnig getur samstarfið leitt til þess að útbreiðslusvæði Vodafone og Nova stækki og að gæði þjónustu þeirra aukist. Á það sama við um þjónustu þeirra rekstraraðila sem mögulega í framtíðinni kaupa aðgang að farsímakerfum þeirra á heildsölustigi.

Hins vegar er ljóst að samstarfið getur skapað samráðsvettvang eigenda sem eru keppinautar og verður að tryggja að samstarfið valdi ekki aðgangshindunum eða öðrum samkeppnislegum vandamálum á fjarskiptamarkaði og gangi ekki lengra en nauðsynlegt er. Koma þarf í veg fyrir að sérstök hætta skapist á samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum og beinu samráði. Jafnframt verður að vinna gegn því að samstarfið skapi eða auðveldi þegjandi samhæfingu sérstaklega á heildsölumarkaði fyrir aðgang að almennum farsímanetum með tilstuðlan rekstrarfélagsins. Verður að gæta þess að eigendur rekstrarfélagsins valdi ekki með háttsemi sinni röskun á markaði. Með hliðsjón af þessu er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að setja eigendum rekstrarfélagsins og félaginu sjálfu skilyrði sem tryggja að samkeppni sé ekki raskað eða hún hindruð á skilgreindum mörkuðum þessa máls.

Í þessu máli er fjallað um starfsemi á fjarskiptamarkaði og gætir áhrifa fyrirhugaðs samstarfs að mestu leyti á farsímaamarkaði. Varðandi undanþágu og nauðsynleg skilyrði fyrir henni ber fyrst að líta til þess að íslenskur farsímaamarkaður, sérstaklega heildsölumarkaður, er fákeppnismarkaður þar sem til þessa hafa tveir rekstraraðilar, Síminn og Vodafone, verið í þeirri stöðu að geta veitt fullnægjandi heildsöluþjónustu. Á slíkum fákeppnismarkaði er nánast hvers konar viðskiptalegt samstarf keppinauta til þess fallið að raska samkeppni. Getur slíkt samstarf haft áhrif á aðra markaði og m.a. leitt til samræmdrar verðlagsstefnu. Auk þess er hér um að ræða víðtækt og umfangsmikið samstarf sem getur varðað smásölumarkað fyrir farsímaþjónustu og er til þess fallið að raska samkeppni á þeim markaði ef réttmætra og eðlilegra sjónarmiða og háttsemi er ekki gætt.

Í erindi Vodafone og Nova eru tillögur um tiltekin skilyrði sem samstarfinu verði sett til að koma í veg fyrir möguleg samkeppnisleg vandamál sem af því geti stafað. Auk þess benda samstarfsaðilar á að í samstarfssamningi um rekstrarfélagið séu ákvæði um uppgjörskerfi gagnvart eigendum sem komi í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif af samstarfinu. Hefur þessum atriðum verið lýst hér að framan.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt að setja strangari skilyrði fyrir samstarfinu en samstarfsaðilar höfðu lagt upp með. Hafa Vodafone og Nova samþykkt fyrir sitt leyti tiltekin skilyrði fyrir samstarfinu og er þeim skilyrðum lýst hér á eftir. Að ofangreindu virtu, og að teknu tilliti til skilyrða sem aðilar hafa samþykkt og fjallað er um hér á eftir, er það mat Samkeppniseftirlitsins að samstarfið og útfærsla þess uppfylli skilyrði í a-c liða 15. gr. samkeppnislaga.

6. Fyrirmæli

Undir rekstri máls þessa var aðilum gert ljóst að tillaga þeirra að skilyrðum væru ekki nægileg til þess að koma í veg fyrir mögulega röskun á samkeppni sem af samstarfinu geti hlotist. Í framhaldinu hafa málsaðilar og Samkeppniseftirlitið rætt sátt um nauðsynleg skilyrði til þess að koma í veg fyrir neikvæð samkeppnisleg áhrif af samstarfinu sem jafnframt eru til þess fallin að Samkeppniseftirlitið geti samþykkt fyrirhugað samstarf um starfsemi rekstrarfélagsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt að samstarf keppinauta á fákeppnismarkaði, eins og hér um ræðir, leiði ekki til þess að þeir geti með ómálefnalegum hætti hindrað starfsemi annarra á markaðnum eða unnið gegn innkomu nýrra aðila á markaði fjarskiptaþjónustu og þá sérstaklega á farsímamarkaði. Með sama hætti, og ekki síður, er nauðsynlegt að koma í veg fyrir að sterk staða samstarfsaðila á fjarskiptamarkaði og háttsemi þeirra, hindri eða útiloki önnur fyrirtæki á fjarskiptamarkaði frá eðlilegum viðskiptum við samstarfsaðila. Nauðsynlegar ráðstafanir til að koma í veg fyrir samkeppnisleg vandamál eru þá m.a. fólgnar í því að koma í veg fyrir að Vodafone og Nova hindri eða hamli viðskiptum við önnur fjarskiptafyrirtæki með ómálefnalegum hætti.

Í viðræðum samstarfsaðila og Samkeppniseftirlitsins var bæði fjallað um uppbyggingu rekstrarfélagsins og fyrirkomulag tengt rekstri þess. Var í því sambandi einnig rætt um með hvaða hætti uppgjör milli rekstrarfélagsins og eigenda fari fram vegna þeirrar þjónustu sem þeir kaupa af félaginu. Í sáttinni felast tiltekin skilyrði sem verður lýst hér á eftir ásamt tilgangi og markmiðum þeirra. Eins og fyrr segir eru samstarfsaðilar keppinautar á m.a. farsímamörkuðum. Í því ljósi vill Samkeppniseftirlitið taka skýrt fram að megin forsenda þess að undanþága er veitt í máli þessu er skýr yfirlýsing samstarfsaðila, Vodafone og Nova, um að félögin muni áfram starfa sem virkir keppinautar á heildsölumarkaði og neytendamarkaði og muni sala, markaðssetning og stjórnun félaganna á heildsölustigi og smásölustigi áfram haldast aðskilin. Er þessi megin forsenda áréttuð. Þá er áréttuð að markmið og tilgangur þeirra skilyrða sem aðilar hafa orðið ásáttir um er að koma í veg fyrir að samstarfið um rekstrarfélagið hafi skaðleg samkeppnisleg áhrif af nokkru tagi á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu, bæði á heildsölustigi og smásölustigi. Er þannig m.a. ljóst að bannákvæði samkeppnislaga gilda að fullu um alla þætti sem tengjast samskiptum milli samstarfsaðila og milli samstarfsaðila og rekstrarfélagsins nema að því leyti sem skýrlega er heimilað í ákvörðunarorði þessarar ákvörðunar.

Í skilyrðunum er í fyrsta lagi krafa um að Vodafone og Nova verði virkir keppinautar á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu m.a. fyrir aðgang og upphaf símtala. Er sérstaklega horft til möguleika fyrir sýndarnetsaðila og endursöluaðila á farsímaþjónustu um aðgang á heildsölustigi. Skulu félögin gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim fjarskiptafyrirtækjum sem óska eftir slíkum aðgangi hjá samstarfsaðilum. Í þessu felst m.a.

að Vodafone og Nova starfi sem virkir og sjálfstæðir keppinautar á þeim heildsölumörkuðum þar sem umrætt samstarf hefur áhrif. Vodafone og Nova er ekki heimilt að hafna óskum um aðgang að fyrrnefndri þjónustu nema til þess standi skýrar málefnalega ástæður sem felast í tæknilegum ómöguleika eða þegar verulegar vanefndir hafa átt sér stað af hálfu viðskiptavinar. Þá er mikilvægt að verð- og söluskilmálar séu almennir og byggðir á viðskiptalegum forsendum. Megin tilgangur þessa skilyrðis er að tryggja virka samkeppni milli Vodafone og Nova á skilgreindum mörkuðum sem leiðir til fleiri valkosta fyrir núverandi og nýja þjónustuaðila (viðskiptavini) á viðkomandi heildsölumarkaði til að bjóða farsímabjónustu á smásölumarkaði. Gangi það eftir að virk samkeppni verði á milli Vodafone og Nova á heildsölumarkaði má ætla að aðrir keppinautar geti öðlast hlutdeild í ávinningi af rekstrarhagræði samstarfsins. Dregur það einnig að mati Samkeppniseftirlitsins úr mögulegum skaðlegum samkeppnislegum áhrifum af samnýtingu tíðniheimilda. Sérstaklega er bannað að hafna viðskiptum nema til þess standi málefnalegar og gildar ástæður og að viðskiptavinum sé ekki mismunað í sambærilegum viðskiptum. Er þessi skipan sett fram í þeim tilgangi að vinna gegn samkeppnislega hamlandi aðstæðum á fákeppnismarkaði. Gangi þetta eftir þá er það til þess fallið að ná því markmiði að auðvelda m.a. nýjum sýndarnets- og endursöluaðilum innkomu á farsímamarkað hér á landi sem stuðlar að aukinni samkeppni með fleiri valkostum fyrir neytendur, samfélaginu öllu til hagsbótar.

Í öðru lagi er gerð krafa um að rekstrarfélagið skuli koma sér upp sérstöku uppgjörskerfi vegna innheimtu kostnaðar sem tengist starfsemi rekstrarfélagsins fyrir samstarfsaðila. Um aðferðafræði við að skilgreina kostnað vísast til 6. kafla í samstarfssamningi aðila (DRAFT Partnership Agreement, fylgiskjal nr. 2 með erindinu). Föstum rekstrarkostnaði (e. fixed costs) skal skipt jafnt milli eigenda rekstrarfélagsins. Skal rekstrarfélagið innheimta fastar þóknanir af samstarfsaðilum fyrir rekstur dreifikerfisins í samræmi við ákvæði í samstarfssamningi. Breytilegur kostnaður (e. variable costs), 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 fyrrnefndum samstarfssamningi. Samstarfsaðilar skulu að minnsta kosti einu sinni á ári, í fyrsta skipti á fyrsta ársfjórðungi 2016, endurskoða hvort uppgjörskerfið endurspeglir með réttum hætti hlutföllin milli breytilegs og fasts kostnaðar í samræmi við ákvæði í samstarfssamningi. Efnislegar breytingar á uppgjörskerfinu krefjast fyrirfram samþykkis Samkeppniseftirlitsins.

Við reikningagerð hjá rekstrarfélaginu skal séð til þess að samstarfsaðilar geti ekki greint upplýsingar um sundurliðaðan kostnað og notkun hvors annars, þar með talið hvernig tölfræðiupplýsingar um einingafjölda svo sem notendafjölda, fjölda símtala og mínútna, fjölda gagnasendinga og magn og netnotkun, deilist niður á samstarfsaðila. Í þessu felst að starfsmenn eða stjórnarmenn samstarfsaðila hafi ekki aðgang að sundurliðuðu tekju- og gjaldabókhaldi rekstrarfélagsins.

Eðli málsins samkvæmt er rekstrarfélaginu ætlað að annast tiltekinn sameiginlegan rekstur fyrir samstarfsaðila sem eru keppinautar. Er afurð félagsins aðfang fyrir eigendur sem gerir þeim kleift að veita heildstæða farsímabjónustu á báðum sölustigum, þ.e. í heildsölu og smásölu. Með þeim hætti er mögulegt að rekstrarkostnaður Vodafone og Nova verði einsleitari en áður. Að því leyti getur skipt máli fyrir samkeppni hvernig kostnaður og þar

með innheimta rekstrarfélagsins skiptist milli fasts og breytilegs kostnaðar hjá Vodafone og Nova. Megin tilgangur þessara ákvæða er að koma í veg fyrir að starfsemi rekstrarfélagsins og uppgjör og reikningagerð þess fyrir þjónustu við eigendurna geti takmarkað eða dregið úr hvata Vodafone og Nova til virkrar samkeppni hvors við annað á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu hér á landi. Frá samkeppnislegu sjónarmiði er að mati Samkeppniseftirlitsins æskilegt að sem mest af kostnaði af starfsemi rekstrarfélagsins sé meðhöndlað sem fastur kostnaður hjá Vodafone og Nova. Skapar það frekari hvata hjá þeim til virkrar samkeppni sín á milli á báðum sölustigum. Er þessu einnig ætlað að tryggja að viðkvæmar rekstrar- og viðskiptalegar upplýsingar um annan samstarfsaðilann berist ekki til hins aðilans. Með þessu er reynt m.a. að koma í veg fyrir þegjandi samhæfingu samstarfsaðila á mörkuðum sem og að koma í veg fyrir að einhverjar þær aðstæður skapist sem geti takmarkað eða hindrað eðlilega samkeppni.

Í þriðja lagi felur eitt skilyrði í sér takmarkanir á skipan í stjórn rekstrarfélagsins. Fyrirhuguð starfsemi rekstrarfélagsins felur í sér formlegt samstarf keppnauta á farsímaþjónustu sem áhrif geta haft á báðum sölustigum. Í því samstarfi getur falist mögulegur vettvangur fyrir samræmingu og samráð keppnauta sem er til þess fallið að skaða og jafnvel hindra samkeppni. Mikilvægt er að koma í veg fyrir að samstarfið skapi þær aðstæður. Þá er þetta enn mikilvægara í ljósi þess að samstarfsaðilar eru með nálægt 50% markaðshlutdeild á smásölumarkaði í farsímaþjónustu hér á landi. Er hér um að ræða afar mikilvægan markað sem varðar nánast öll heimili og fyrirtæki og stofnanir í landinu. Félögin reka, hvort um sig, eigin farsímakerfi sem ná til alls landsins sem leiðir til þess að umsvif þeirra í rekstri farsímakerfa eru umtalsverð og um leið möguleiki þeirra á heildsölumarkaði í farsímaþjónustu í landinu. Með þetta í huga er talið rétt að stjórnarmenn í rekstrarfélaginu séu óháðir Vodafone og Nova. Þó má á hverjum tíma einn stjórnarmaður rekstrarfélagsins vera háður annað hvort Vodafone 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 viðskiptavinum eða þróun á þjónustu á markaði fyrir heildsölusölu eða smásölu.

Þeir skulu teljast óháðir skv. 1. mgr. 3. gr. sem 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.

Eins og lýst er hér á eftir, sbr. 2. mgr. 7. gr., er samstarfsaðilum heimilt, tímabundið, að starfrækja sérstakan tækniþóp (innleiðingarþóp) með það að markmiði að tryggja rekstrarfélaginu í upphafi aðgang að nauðsynlegri tækniþekkingu. Við lok þess tímabils og að fenginni reynslu af starfsemi rekstrarfélagsins er eigendum heimilt að óska eftir endurskoðun á 2. ml., 1. mgr. 3. gr. sáttarinnar. Skal slíkt erindi vera rækilega rökstutt og því skal fylgja álit óháðs kunnáttumanns í samræmi við ákvæði sáttarinnar. Skal kunnáttumaður í því sambandi m.a. leggja mat á rekstrarlega, tæknilega og faglega þörf

fyrir eigendur að hafa frekari beina aðkomu að stjórn rekstrarfélagsins en kemur fram í ákvæðinu.

Eins og fyrr segir felst í starfsemi rekstrarfélagsins viðamikið samstarf tveggja keppinauta á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu. Samkeppniseftirlitið áréttar að megin forsenda undanþágunnar er áframhaldandi virk samkeppni milli Vodafone og Nova á þeim mörkuðum sem samstarfið hefur mögulega áhrif. Tekur það til beggja sölustiga. Að þessu virtu er það að mati Samkeppniseftirlitsins ekki ásættanlegt að framkvæmdastjórar tæknisviða félaganna (tæknistjórar) verði í stjórn rekstrarfélagsins eins og samstarfsaðilar lögðu til í upphaflegu erindi sínu. Með sama hætti er ákvæðunum ætlað að koma í veg fyrir alla miðlun viðkvæmra upplýsinga milli Vodafone og Nova. Er ákvæðunum hér að ofan ætlað að koma í veg fyrir mögulegan samráðsvettvang keppinauta sem geti valdið samkeppnislegum vandamálum, af hvaða tagi sem er, með tilheyrandi skaða fyrir neytendur og samfélagið í heild.

Stjórnarmaður sem er tilnefndur af öðrum hvorum samstarfsaðilanna má ekki móttaka, afhenda eða með öðrum hætti skiptast á eða miðla trúnaðarupplýsingum, sem varða þann samstarfsaðila sem hann er fulltrúi fyrir, til fulltrúa/starfsmanna hins samstarfsaðilans, til annarra stjórnarmanna tilnefndum af hinum samstarfsaðilanum eða til starfsmanna rekstrarfélagsins, þar með talið framkvæmdastjórnarinnar. Þá má stjórnarmaður sem er tilnefndur af öðrum hvorum samstarfsaðilanna og öðlast trúnaðarupplýsingar um hinn samstarfsaðilann ekki afhenda eða með öðrum hætti skiptast á eða miðla þeim upplýsingum til fulltrúa/starfsmanna þess aðila sem tilnefndi hann, né nota þessar upplýsingar í starfi sínu fyrir þann samstarfsaðila sem hann er tilnefndur af. Tilgangur þessa ákvæðis um trúnaðarskyldu er m.a. sá að umræddar upplýsingar og möguleg upplýsingagjöf valdi ekki eða auðveldi þegjandi samhæfingu aðila á markaði. Samstarfsaðilar tryggja að stjórnarmenn rekstrarfélagsins undirriti yfirlýsingu um að framfylgja ákvæðum þessarar greinar.

Þá eru ákvæði um óhæði framkvæmdastjóra rekstrarfélagsins og lykilstarfsmanna frá eigendum rekstrarfélagsins. Í sama tilgangi og með trúnaðarskyldu stjórnarmanna er starfsmönnum rekstrarfélagsins, þar með töldum þeim sem mynda framkvæmdastjórn félagsins, óheimilt að skiptast á eða miðla trúnaðarupplýsingum um annan samstarfsaðilann til fulltrúa/starfsmanna hins samstarfsaðilans eða til stjórnarmanna í rekstrarfélaginu. Þeim sem eru í framkvæmdastjórn rekstrarfélagsins er óheimilt að vera jafnframt starfsmenn eða á annan hátt vinna fyrir annan hvorn samstarfsaðilann, og er einnig óheimilt að vera í stjórn hjá samstarfsaðila eða hafa beina verulega fjárhagslega hagsmuni af starfsemi samstarfsaðila. Öðrum starfsmönnum rekstrarfélagsins er óheimilt að vera jafnframt starfsmenn hjá eða vinna fyrir annan hvorn samstarfsaðilanna, og einnig óheimilt að vera jafnframt stjórnarmenn hjá samstarfsaðilunum eða hafa verulega fjárhagslegra hagsmuni af samstarfsaðila. Samstarfsaðilar skulu tryggja að starfsmenn rekstrarfélagsins undirriti yfirlýsingu um að framfylgja ákvæðum þessarar greinar. Er þessum ákvæðum ætlað að koma í veg fyrir samkeppnislega hamlandi háttsemi og hagsmuni starfsmanna rekstrarfélagsins á hverjum tíma, sem m.a. geta stuðlað að þegjandi samhæfingu aðila, og að tryggja ákveðna armslengdar fjarlægð milli rekstrarfélagsins annars vegar og Vodafone og Nova hins vegar.

Þá er Vodafone og Nova 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 fjarskiptabjónustu, nema slíkt leiði óhjákvæmilega af ákvæðum laga eða ákvörðunum Póst- og fjarskiptastofnunar.

Eins og lýst hefur verið felst í umræddu samstarfi verulegur tæknilegur rekstur. Komi til þess að tæknivinnu fyrir rekstrarfélagið verði útvistað 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. Skulu viðkomandi tæknimenn undirrita yfirlýsingu þar sem þeir skuldbinda sig til þess að virða framangreint.

Í því skyni að auðvelda tilfærslu á tæknilegri þekkingu til rekstrarfélagsins er heimilt, í allt að 18 mánuði eftir að rekstrarfélagið er stofnað formlega, að starfrækja sérstakan tæknihóp (tímabundinn innleiðingarhóp) með aðild tæknistjóra Vodafone og Nova. Tilgangur og markmið tæknihóps er að tryggja rekstrarfélaginu í upphafi aðgang að nauðsynlegri tækniþekkingu innan Vodafone og Nova þannig að markmið rekstrarfélagsins um hagkvæmni í uppbyggingu og rekstri dreifikerfis fyrir Vodafone og Nova nái fram að ganga. Tæknihópurinn skal þá skipaður 1-2 fulltrúum frá Fjarskiptum, 1-2 fulltrúum frá Nova og 1 fulltrúum frá rekstrarfélaginu. Tæknihópur getur komið saman þegar þurfa þykir en halda skal nákvæma fundargerð yfir þau atriði sem tekin eru fyrir á fundum hópsins og skal óháður kunnáttumaður 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 í fyrsta lagi innleiðing fyrstu almennra framkvæmdaáætlana fyrir rekstrarfélagið, breytingar á gildandi áætlunum og útdeiling ábyrgðar verkefna frá rekstrarfélaginu til eigenda þess. Í öðru lagi 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. Ennfremur önnur mál sem beinlínis varða tæknilega frammistöðu dreifikerfisins í upphafi.

Tæknihópnum er óheimilt að hafa til umfjöllunar sértæk málefni Vodafone annars vegar og Nova hins vegar gagnvart rekstrarfélaginu og jafnframt málefni Vodafone annars vegar og Nova hins vegar gagnvart viðskiptavinum þeirra. Að liðnum 18 mánaða innleiðingartímabili skal Vodafone 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. Við umsókn um slíkt skulu aðilar afla álits óháðs kunnáttumanns.

Af framansögðu er ljóst að rekstrarfélaginu og eigendum þess, Vodafone og Nova, eru sett ítarleg skilyrði. Í því skyni að tryggja að aðilar fylgi þessum skilyrðum er talið nauðsynlegt

að fenginn sé sérstakur eftirlitsaðili. Vodafone og Nova skulu saman tilnefna óháðan kunnáttumann til að hafa eftirlit með því að skilyrðum í sáttinni sé fylgt eftir. Kunnáttumaður telst óháður ef hann eru ekki starfsmaður eða stjórnarmaður hjá rekstrarfélaginu eða Vodafone eða Nova, 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. Rekstrarfélagið ber allan kostnað af starfi kunnáttumannsins. Félögin skulu bera tilnefninguna undir Samkeppniseftirlitið sem skal samþykkja eða synja tilnefningu innan tveggja mánaða og skal kunnáttumaðurinn skipaður til tveggja ára í senn.

Hlutverk kunnáttumanns er sérstaklega að hafa eftirlit með því að ákvæðum um aðgang að þjónustu Vodafone og Nova á heildsölustigi sé í samræmi við ákvæði sáttarinnar. Þá skal kunnáttumaður leggja sérstaklega mat á hvort uppgjörskerfi og reikningagerð rekstrarfélagsins uppfylli markmið og skilyrði 2. gr. sáttarinnar og hvort samningar milli samstarfsaðila og milli hvors þeirra og rekstrarfélagsins uppfylli skilyrði 6. gr. sáttarinnar. Með sama hætti skal kunnáttumaður gefa álit sitt ef eigendur óska eftir endurskoðun á 2. ml., 1. mgr. 3. gr. sáttarinnar um skipan í stjórn rekstrarfélagsins. Skal kunnáttumaður greina Samkeppniseftirlitinu frá því ef hann verður var við að skilyrði sáttar þessarar kunni að hafa verið brotin eða vísbendingar séu um að markmið hennar séu ekki að ná fram að ganga. Þá skal hann leggja mat á hvort Vodafone, Nova og rekstrarfélagið hafi gripið til fullnægjandi ráðstafana í því skyni að tryggja í heild sinni að markmið og tilgangur skilyrða þessarar sáttar nái fram að ganga.

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 verkáætlun og endurskoða hana í tengslum við reglubundna upplýsingagjöf sína til Samkeppniseftirlitsins. Kunnáttumaður skal með reglubundnum hætti hafa eftirlit með því að skilyrðum sáttarinnar sé framfylgt og upplýsa Samkeppniseftirlitið um eftirlit sitt einu sinni á ári, fyrst í september 2015.

Vodafone, 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 látnar í té eða hann verður á annan hátt áskynja um. Trúnaðarskyldan tekur ekki til upplýsingagjafar kunnáttumanns til Samkeppniseftirlitsins.

Sameiginlegt rekstrarfélag hefur ekki verið formlega stofnað. Eðli málsins samkvæmt krefst stofnun félagsins ákveðins skipulags og undirbúnings. Að þeim undirbúningi þurfa starfsmenn bæði Vodafone og Nova að koma. Því er talið nauðsynlegt og eðlilegt að félögunum sé veitt svigrúm til tímabundins samstarfs um að ljúka nauðsynlegri vinnu og gerð skjala til að stofna megi félagið. Í þeim undirbúningi felst vinna við almenna skjalagerð, svo sem lúkning draga að helstu samningum, samþykktir og stofnskrár félagsins. Einnig útfærsla við fjármálalega tilfærslu eigna frá Vodafone og Nova inn í félagið, undirbúningur, verðmöt og skjölun. Einnig felst í þessu tæknilegur undirbúningur með gerð áætlana til 24 mánaða. Til að ljúka tæknilegum undirbúningi er Vodafone og Nova heimilt að tæknisérfræðingar þeirra hittist reglulega og vinni áætlanir um

meginmarkmið fyrir sameiningu dreifikerfanna. Skulu samskipti vera í samræmi við fyrirfram mótaða verkferla, vera samþýðanleg skilyrðum sem sett eru fyrir undanþágunni og þess gætt að málefni sem snerta eða eru til þess fallin að snerta með einhverjum hætti samkeppni Vodafone og Nova á mörkuðum tengist ekki samskiptum eigenda. Þá er tæknisérfræðingum ætlað að leggja fram tillögur um skiptingu verkefna, þ.e. hver þjónustuverkefni hvors eigenda fyrir sig verða fyrir samrekstarfélagið. Á grundvelli tillagna tæknisérfræðinganna skulu gerðir samningar milli hvors eiganda fyrir sig og samrekstrarfélagsins.

Tæknisérfræðingar skulu fela þriðja aðila/ráðgjafa að annast samningagerð við helstu birgja. Umræddur þriðji aðili skal hafa aðgang að helstu gildandi samningum Vodafone 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.

Samstarfsaðilum skal ávallt vera heimilt að óska eftir því að skilyrðum sem fjallað er um í sáttinni verði breytt eða þau felld niður vegna breyttra forsenda, sbr. 24. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Þau fyrirmæli sem felast í skilyrðum sáttarinnar skulu vera kynnt fyrir starfsmönnum rekstrarfélagsins, Vodafone og Nova og hlutaðeigandi stjórnarmönnum. Skulu forstjórar allra félaganna, helstu yfirmenn rekstrarfélagsins/félaganna og stjórnarmenn þess/þeirra og eftir atvikum tæknisérfræðingar undirrita yfirlýsingar um að þeir hafi kynnt sér skilyrði sáttarinnar og skuldbindi sig til þess að framfylgja þeim. Þar skal jafnframt koma fram almenn lýsing á því hvernig skyldum stjórnarmanna verði fylgt.

Brot á þeim fyrirmælum sem fram koma í ákvörðunarorðum varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga. Þá er athygli vakin á því að brot á skilyrðum geta einnig leitt til þess að heimild fyrir umræddu samstarfi verði felld úr gildi.

Fyrirmæli í ákvörðun þessari breytir því ekki að Póst- og fjarskiptastofnun fylgist með þróun þeirra markaða sem umrætt samstarf getur mögulega haft áhrif á og sinnir eftirliti hvað það varðar.

7. Önnur álitamál tengd samstarfinu

Í umsögnum markaðsaðila, sérstaklega Símans, er vikið að öðrum þáttum sem taka þarf afstöðu til verði samstarfið heimilað. Er þar m.a. um að ræða að samstarfsaðilum verði gert skylt að selja frá sér hluta af þeim tíðniheimildum sem þeir hafi til ráðstöfunar. Verði það ekki gert muni af hljótast umtalsverð skaðleg áhrif á samkeppni á farsímamarkaði. Einnig gera aðilar kröfu um að aðgangur að þjónustu rekstrarfélagsins verði opin og án milliliða og um sölu á búnaði og sendiaðstöðu sem samstarfsaðilar hyggjast leggja niður verði af samstarfinu.

7.1 Samningur Vodafone og Nova frá 2007

Síminn bendir á að í erindi félaganna komi fram að samstarf á milli keppinauta sé til þess fallið að hafa neikvæð áhrif á samkeppni. Félögin séu í raun með því að viðurkenna að samstarf félaganna frá 26. júní 2007 um gagnkvæma samnýtingu á 2G og 3G kerfum félaganna feli í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Í erindi félaganna komi skýrt fram að félögin séu nú þegar í víðtæku samstarfi enda sé vísað til þess að gerður hafi verið samningur um gagnkvæma samnýtingu dreifikerfa sem byggja á 2G og 3G. Beri að líta til þess að hinn gagnkvæmi samningur Nova og Vodafone hafi staðið yfir frá árinu 2007 eða í rúm sex ár.

Í athugasemdum aðila segir að fram til þessa hafi Vodafone og Nova rekið hvort sitt dreifikerfi. Vodafone mótmæli þeirri fullyrðingu Símans að félagið hafi ekki farið í samkeppni um 3G þjónustu. Þvert á móti hafi Vodafone lagt út í gríðarmikinn kostnað og fjárfestingar til að byggja upp innviði sína fyrir 3G þjónustu, og barist fyrir markaðshlutdeild á þessum markaði. Vodafone hafi hins vegar talið í upphafi 3G væðingar að ekki væri skynsamlegt að byggja upp landsþekjandi 3G dreifikerfi heldur hafi tekið þá ákvörðun að nýta tækni sem leyfi samnýtingu á 3G í sendum. Vodafone, sem hafi lagt mikla fjármuni í uppbyggingu á landsdekkandi GSM kerfi, hafi ekki talið skynsamlegt að byggja upp 3G dreifingu á þeim tímapunkti.

Samstarfsaðilar benda á að sjónarmið Símans um þetta séu sett fram í framhjálaupi í athugasemdum sem Samkeppniseftirlitið hafi óskað eftir vegna erindis Nova og Vodafone og án nokkurs rökstuðnings. Til umrædds samstarfs hafi verið stofnað á sínum tíma með vitneskju bæði Samkeppniseftirlitsins og PFS auk þess sem engin leynd hafi nokkru sinni hvílt yfir því samstarfi. Núgildandi samningar tryggja að bæði Vodafone og Nova geti starfað á neytendamarkaði og heilðsölumarkaði. Í engu hafi félögin tekið tillit til hvors annars á markaði líkt og Síminn haldi fram. Í raun haldi Síminn því fram án þess að færa fyrir því nokkur rök. Þvert á móti hafi samkeppni aukist jafnt og þétt á markaðnum. Hvað sem öðru líði hafni Vodafone og Nova því alfarið að eldri samningur félaganna feli í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og þar af leiðandi sé ekkert tilefni til beitingar einhverra viðurlaga. Óski Síminn þess að samhliða afgreiðslu þess erindis verði lagðar stjórnvaldssektir á fyrirtækin vegna samstarfssamnings frá árinu 2007 án þess að fram hafi komið nein kvörtun af hendi Símans eða annarra sem tekin geti verið til einhvers konar efnismeðferðar. Að mati félaganna beri einfaldlega að líta fram hjá þessum sjónarmiðum í heild sinni.

Það er rétt sem fram kemur í málflutningi samstarfsaðila að Samkeppniseftirlitinu var kynntur umræddur samstarfssamningur frá árinu 2007. Er Símanum kunnugt um það og eins að Samkeppniseftirlitið hafi á þeim tíma ekki tekið afstöðu til efnisatriða samningsins. Byggði það á því að við skoðun á samningnum virtist hann og uppgjör milli aðila samkvæmt honum líkjast hefðbundnum reikisamningum og því miðað við aðstæður á þeim tíma ekki ástæða til formlegrar rannsóknar. Hins vegar hefur komið í ljós við rannsókn þessa máls að Vodafone og Nova hafa gert viðaukasamninga við upphaflega samninginn sem Samkeppniseftirlitið var ekki upplýst um. Með hliðsjón af þessu og einnig því að Síminn hefur sent eftirlitinu formlegt erindi vegna þessa samstarfs þá mun Samkeppniseftirlitið í framhaldinu taka afstöðu til þess hvort samningurinn verður tekinn til skoðunar í sérstöku stjórnarsýslumáli. Verður því ekki fjalla nánar um samstarfssamning Vodafone og Nova frá 2007 í þessu máli.

7.2 Tíðniheimildir

Í undanþágubeiðni samstarfsaðila kemur fram að aðgangshindranir séu á fjarskiptamarkaði, m.a. vegna mikillar fjárfestingarþarfar og kostnaðar við uppsetningu og rekstur dreifikerfa og úthlutunar takmarkaðra tíðniheimilda. Fjárfesting í tíðniheimildum sé kostnaðarsamur liður í starfsemi fjarskiptafyrirtækja. Með því að auka hagkvæmni í rekstri þeirra dreifikerfa og tíðniheimilda sem þegar séu til staðar á markaði geti minni aðilar á markaði með þessu móti yfirstigið þær aðgangshindranir sem til staðar séu á fjarskiptamarkaðnum.

Fram kemur að MOCN tæknin geri það mun hagkvæmara fyrir fjarskiptafyrirtæki að reka dreifikerfi þar sem hún veiti bestu hugsanlegu samnýtingu tíðna og þar með dreifikerfa, sem vöð sé á í dag. Með MOCN tækni geti fjarskiptafyrirtæki því sparað sér miklar fjárfestingar í sendibúnaði og öðrum tengdum búnaði, neytendum til hagsbóta. Þá kunni samnýting á tíðnum að leiða til þess að svigrúm skapist til nýtingar annarra aðila á hluta tíðnisviðs.

Þá segir í erindinu að rekstrarfélagið muni samnýta þær tíðniheimildir sem úthlutað hafi verið til Nova og Vodafone í samræmi við kröfur fjarskiptalaga og möguleg skilyrði sem PFS kunni að setja samnýtingu tíðniheimilda. Félögin muni áfram halda á tíðniheimildum sínum en ekki framselja þær inn í rekstrarfélagið meðan slíkt sé óheimilt samkvæmt lögum. Rekstrarfélagið muni ekki halda á tíðniheimildum félaganna heldur aðeins nýta þær. Ef hluti tíðniréttinda sé seldur þá sé grunnforsenda rekstrarfélagsins horfin, þ.e. aukin hagkvæmni í rekstri. Félögin hafi sín tíðniréttindi sem ekki megi framselja. Rekstrarfélagið hafi aldrei getað boðið eitt í tíðnirnar. Ef og þegar tíðniheimildir verði framseljanlegar þá muni þær verða framseldar til rekstrarfélagsins og í framhaldi af því muni rekstrarfélagið taka þátt í þeim tíðniréttaruppboðum sem haldin verði. Þá verði ekki séð að það sé yfir höfuð framkvæmanlegt að skila tíðniheimildum aftur til PFS að loknu uppboði. Það sé PFS sem fari með úthlutun tíðna skv. fjarskiptalögum og það sé PFS að afturkalla eða breyta tíðniréttindum. Hafa beri í huga að tíðniréttindin séu grundvöllur afkastagetu dreifikerfisins.

Sjónarmið hagsmunaaðila

Síminn gerir verulegar athugasemdir við stöðu samstarfsaðila hvað varði tíðniheimildir. Þráðlaus fjarskipti fari fram á tilteknum tíðniböndum. Fyrir farsímaþjónustu hér á landi séu notuð tíðnibönd kringum 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz. Einnig sé tíðnisvið kringum 2600 MHz ætlað til farsímaþjónustu en Vodafone hafi þar bráðabirgðaleyfi til að dreifa sjónvarpi á þráðlausan hátt. Búist sé við því að 2600 MHz tíðnisviðið komi til úthlutunar hér á landi fyrir farsímaþjónustu innan fárra missera. Tíðnisviðin hafi mismunandi eiginleika m.a. sem varði útbreiðslu radíóbylgna. Þannig gildi almennt að langdrægni sé meiri á lægri tíðnum og því henti 800 MHz og 900 MHz tíðnisviðin betur þegar þjóna þurfi stórum landsvæðum eða svæðum út til sjávar. Þjónustugæði og fjöldi notenda fari eftir því hve stórt tíðniband innan hvers tíðnisviðs (bandbreidd) hver þjónustuveitandi hafi til umráða. Bandbreiddin geti einnig haft mikil áhrif á það hve hagkvæm uppbygging þjónustuveitanda geti verið.

Ljóst sé að sameinað félag muni að óbreyttu hafa yfirburðastöðu hvað varði tíðniréttindi, sem þýði að félagið muni hafa til umráða tíðniheimildir sem með samnýtingu geri því kleift að bjóða meiri hraða til viðskiptavina en aðrir á sama markaði geti boðið. Uppboð tíðniheimilda á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum hafi farið fram á útmánuðum 2013.

Þá hafi Vodafone og Nova komið fram sem tveir aðskildir aðilar en alls hafi fjórir aðilar tekið þátt í uppboðinu. Líklegt sé að lyktir uppboðsins hefðu orðið aðrar ef þrír aðilar hefðu boðið í tíðniheimildir. Sameining tíðnisviða aðila skekki stöðu þeirra á markaðnum. Til þess að draga úr neikvæðum áhrifum af þessari sameiningu félaganna sé ekkert annað í stöðunni en að skylda félögin til þess að skila tíðnum.

Rétt sé að geta þess að PFS hafi sett takmarkanir á úthlutun til einstakra félaga í uppboði stofnunarinnar á tíðniheimildum vorið 2013 en samkvæmt skilmálum uppboðsins hafi Nova og Vodafone aðeins mátt fá að hámarki 2x20 MHz, hvort. Samanlagðar tíðniheimildir Nova og Vodafone vegna uppboðsins séu umfram það sem hvert og eitt fyrirtæki hafi haft heimild til þess að fá úthlutað, þ.e. tíðniheimildir félaganna séu 2x25 MHz. Sé augljóst að fyrirtækin verði að minnsta kosti að skila því sem þeim hafi verið úthlutað umfram 2x20 MHz. Fyrst og fremst þurfi að skoða tíðniheimildir félaganna á öllum tíðnisviðum þar sem PFS hafi úthlutað tíðniheimildum til félaganna í skjóli þess að þau hafi verið aðskilin og sjálfstæð. Tíðniheimildir hins sameinaða félags verði nærri því tvöfalt meiri en næsta fyrirtækis á eftir, sem sé Síminn.

Sjónarmið samstarfsaðila

Í sjónarmiðum samstarfsaðila segir að Síminn víki í umsögn sinni að tíðniheimildum Vodafone og Nova og telji að sameinað félag muni að óbreyttu hafa yfirburðastöðu hvað varði tíðniréttindi. Þessu hafni samstarfsaðilar þar sem samrekstrarfélagið muni ekki hafa yfirburðastöðu um tíðniútheimildir þar sem það sé ekki sjálfstæður markaðsaðili. Í þessu sambandi sé rétt að benda á að Síminn hafi ekki boðið í tíðniheimild á 800 MHz tíðnibandi líkt og Vodafone hafi gert. Síminn hafi hins vegar haft alla möguleika á því að bjóða í tíðnileyfin en hafi valið að sitja hjá. Rökstuðningur Símans fyrir því að nú beri Vodafone og Nova að skila tíðnileyfum sem félögin hafi keypt dýrum dómum í uppboði á vegum PFS sé með öllu óskiljanleg. Aðilar bendi á að það sé PFS sem fari með úthlutun tíðna skv. fjarskiptalögum. Það sé PFS að afturkalla eða breyta tíðniréttindum skv. fjarskiptalögum.

Jafnframt sé rétt er að taka fram að félögin muni áfram halda á tíðniheimildum sínum en ekki framselja þær inn í rekstrarfélagið meðan slíkt sé óheimilt samkvæmt lögum. Rekstrarfélagið muni annast rekstur, uppbyggingu, þróun og viðhald á 3GPP fjarskiptabúnaði sem sé í eigu félagsins vegna reksturs á RAN kerfinu. Félagið muni ekki halda á tíðniheimildum félaganna heldur aðeins nýta þær. Þegar uppboð hafi farið fram á umræddum tíðniheimildum hafi Vodafone og Nova ekki átt í neinum samskiptum. Hafi verið undirrituð sérstök yfirlýsing þess efnis að umræður um hugsanlegan samrekstur á dreifikerfi aðila héldu ekki áfram fyrr en uppboðinu væri lokið.

Einnig þurfi að hafa í huga að samrekstrarfélagið annist tíðnirekstur í þágu tveggja aðgreindra félaga sem hafi sitthvorn viðskiptamannahópin. Með sölu tíðna sé geta samrekstrarfélagsins rýrð til þess að veita aðgangspjónustuna og standast útbreiðslukröfur og aðra uppboðsskilmála. Í skilmálum uppboðs á tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum hafi verið sett fram ákveðin skilyrði fyrir útbreiðslu og gæðum þjónustunnar sem bæði Vodafone og Nova hafi undirgengist. Í skilmálunum hafi PFS einnig opnað fyrir möguleika á samnýtingu tíðna, eða fyrir annars konar samstarf um tíðnir, en samkvæmt uppboðsskilmálum hafi aðilar, sem fengu úthlutað tíðniheimildum, getað sótt um slíkt til PFS. Þannig sé beinlínis gert ráð fyrir því að tíðnir séu samnýttar. Aldrei áður hafi, með jafn skýrum hætti, verið tekið af skarið af hálfu PFS um að samnýting á tíðnum aðila sé

möguleg. Segi í umsögn PFS að opnað hafi verið fyrir möguleikann með þessum hætti í ljósi þeirra tækniframfara sem hafi orðið og geri slíka samnýtingu mögulega sem og vegna þeirrar hagræðingar sem slíkt geti haft í för með sér. Einnig sé rétt að geta þess að í skilmálum uppboðs fyrir 3G tíðniréttindi hafi aðilum verið heimilað að hafa samstarf um hvernig þeir uppfylli útbreiðslukröfur sínar. Það sé því rangt hjá Símanum að halda því fram að forsenda fyrir úthlutun tíðniréttinda hafi verið að þær væru aðskildar og sjálfstæðar.

Í umsögn PFS í málinu hafi ekki komið fram neinar áhyggjur stofnunarinnar af því að Nova og Vodafone samnýti tíðnir eða að slíkt muni hafa neikvæð samkeppnisréttarleg áhrif. Þvert á móti komi fram að PFS telji mikla hagræðingu fóligna í samstarfi aðila. Jafnframt komi fram að þróun sé með því móti að fleiri sækji sér farnetsþjónustu í gegnum símtæki sín. Af því leiði að auknar kröfur séu gerðar til gæða þjónustunnar og gagnamagnshraða í gegnum afkastamikil og traust dreifikerfi með mikilli bandvidd. Þannig geti samnýting á tíðnibandinu verið nauðsynleg til að tryggja að nægjanleg bandvidd náist fyrir slíka þjónustu. Af ofangreindu sé ljóst að það sé síður en svo tilefni til þess að Nova og Vodafone verði gert að skila tíðniréttindum. Slíkt muni einungis leiða til þess að dregið yrði úr hagkvæmni samstarfsins sem muni skila sér í hærra verði til neytenda. Þá sé til þess að líta að í hinu tilvitnaða danska máli Telia og Telenor frá 2012 hafi samstarfsaðilum ekki verið gert að skila tíðniréttindum. Telji Nova að atvik í þessu máli séu hliðstæð og hafi Síminn ekki rökstutt hvers vegna svo róttæk skilyrði eigi að gilda um samstarf Nova og Vodafone.

Engar forsendur séu fyrir kröfu Símans um að skylda Vodafone eða Nova til að skila hluta þeirra tíðna sem þeim hafi verið úthlutað á grundvelli uppboðs PFS. Félögin muni áfram halda á tíðniheimildum sínum en hafi sótt um leyfi til PFS til að samnýta þær líkt og heimild sé fyrir í skilmálum uppboðsins. Þá verði ekki séð að það sé yfir höfuð framkvæmanlegt að skila tíðniheimildum aftur til PFS að loknu uppboði.

Það sé málinu algerlega óviðkomandi hvernig félögin hyggjast ná útbreiðslukröfum sínum. Félögin hafi sín tíðniréttindi sem ekki megi framselja. Rekstrarfélagið hefði aldrei getað boðið eitt í tíðnirnar. Ef og þegar tíðniheimildir verði framseljanlegar þá muni þær verða framseldar til rekstrarfélagsins og í framhaldi af því muni rekstrarfélagið taka þátt í þeim tíðniréttaruppboðum sem haldin verði.

Umsögn PFS um sjónarmið Símans um tíðnimál

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir umsögn PFS um tiltekin sjónarmið Símans um tíðniúthlutanir og tíðnimál. Fram kemur í henni að ætla megi að fyrirhugað samstarf Vodafone og Nova byggji, a.m.k. að hluta til, á núverandi samstarfi félaganna um gagnkvæman reiknaðgang að GSM og 3G þjónustu hvors félags fyrir sig. Í uppboði PFS á tíðniheimildum á 800 og 1800 MHz tíðnisviðunum, sem fram hafi farið í byrjun árs 2013, hafi verið gert ráð fyrir að fjarskiptafyrirtæki gætu átt með sér slíkt samstarf um uppbyggingu og aðgang að þjónustu, jafnvel gengið lengra með því að samnýta tíðnisvið, að fengnu samþykki PFS og Samkeppniseftirlitsins, en þessi hluti skilmálans hafi verið orðaður með eftirfarandi hætti:

„Aðilar geta sótt um til PFS að samnýta tíðnir eða eiga annars konar samstarf um tíðnir sem þeir kunna að hafa nýtingarrétt að. Komi til slíkrar samnýtingar

kann það að leiða til skerðingar á tíðnisviði rétthafa, sem þá er ekki lengur nýtt vegna samnýtingar. Samstarf samkvæmt þessari grein er háð samþykki Samkeppniseftirlitsins, sbr. ákvæði samkeppnislaga, nr. 44/2005."

Þessi forsenda uppboðsins hafi legið fyrir áður en uppboðið hafi farið fram og hafi hagsmunaaðilum áður gefist kostur á því að gera athugasemdir við skilmálann, án þess að fram hafi komið gagnrýni á hann. Möguleikar til samstarfs um samnýtingu tíðna hafi því staðið öllum hagsmunaaðilum til boða að afloknu uppboðinu og að fengnu samþykki viðeigandi stjórnvalda. Ákvörðun Vodafone og Nova um að nýta sér þennan möguleika geti því ekki talist forsendubrestur varðandi niðurstöðu uppboðsins.

Bendir PFS á að fyrirvarinn sem fram hafi komið í téðum skilmála, þ.e. um skerðingu á tíðnisviði rétthafa, hafi eingöngu átt við ef samnýting fæli í sér að tíðnisvið yrði af þeim sökum ekki nýtt. Það eigi hins vegar ekki við varðandi fyrirhugað samstarf Vodafone og Nova, en það geri einmitt ráð fyrir fullri nýtingu á öllum tíðnisviðum félaganna. Komi því ekki til þess að umræddum fyrirvara verði beitt eins og hér hátti til.

Vísað hafi verið til þess að PFS hafi í uppboðsskilmálum sínum frá 17. desember 2013 sett fram takmarkanir á því hve miklu af tíðnisviði þátttakendur hafi getað boðið í á 800 og 1800 MHz tíðnisviðunum. Segir PFS að tilgangur þessa skilmála hafi verið tvíþættur. Annars vegar að gæta að samkeppnislega æskilegri skiptingu á takmarkaðri auðlind og þannig stuðla að jafnri samkeppnisstöðu og hins vegar, og ekki síður, að koma í veg fyrir að fjársterkur bjóðandi gæti útilokað aðra þátttakendur frá því að fá nauðsynlegan aðgang að tíðnisviðunum. Því sé ekki hægt að líta svo á að það hafi verið megingtilgangur skilmálans að jafna út aðgengi fjarskiptafyrirtækja að umræddum tíðnisviðum, heldur fremur að koma í veg fyrir að einn og sami aðilinn gæti einokað notkun á þeim. Í því sambandi hafi verið talað um sama lögaðila og tengda aðila, t.d. innan sömu samstæðu. Í slíkum tilvikum nái markaðshlutdeild þess aðila yfir umrætt tíðnisvið, auk þess sem framlegð og hagnaður af nýtingu tíðnisviðsins renni óskiptur í vasa slíks fjarskiptafyrirtækis. PFS telur það ekki vera sambærilegt við þau samstarfsáform sem Vodafone og Nova hafi nú uppi, enda muni þau áfram veita hvort öðru samkeppni og keppa um markaðshlutdeild á fjarskiptamarkaði. Þá geri samstarfið ekki ráð fyrir framsali á tíðniheimildum til sameiginlegs félags eða skiptingu hagnaðar af rekstri. Sé hér um að ræða tvær mikilvægar forsendur sem ekki séu til staðar, miðað við það að um sama lögaðilann væri að ræða, eða fyrirtæki innan sömu samstæðu. Megi einmitt ætla, komi til þess að Samkeppniseftirlitið samþykki samstarf fyrirtækjanna, að einkum verði horft til þess að tryggja aðskilnað fyrirtækjanna hvað þetta varðar, þannig að þau muni áfram koma til með að veita hvort öðru samkeppni. Samkvæmt framansögðu telji PFS að þær takmarkanir sem sett hafi verið fram í uppboðsskilmálum vegna uppboðs á 800 og 1800 MHz tíðnisviðinu, eigi ekki að leiða til þess að skerða þurfi nú tíðniheimildir Vodafone og Nova vegna fyrirhugaðs samstarfs þeirra, enda verði tryggt að þau veiti hvort öðru samkeppni áfram.

Samkvæmt sjónarmiðum Símans felist ójöfn samkeppnisstaða fyrst og fremst í því að með nýtingu á samliggjandi tíðnisviði, af þeirri stærð sem tíðniheimildir félaganna beggja bjóði upp á, geti félögin náð fram mjög miklum gagnaflutningshraða á hagkvæman hátt. Skilja megi málatilbúnað Símans á þann hátt að félagið geti ekki keppt við þessar aðstæður. PFS getur ekki fallist á þessi sjónarmið Símans. Að áliti PFS sé aðgangur að 2x20 MHz tíðnisviði á 1800 MHz tíðnisviðinu nægur til að bjóða hröðustu og skilvirkustu þjónustu sem LTE

tæknin bjóði upp á, eða gagnaflutningshraða upp á a.m.k. 100 Mb/s. Sömu forsendur séu lagðar til grundvallar í samrunaákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 1. mars 2010, í máli nr. 139/2004 vegna samruna T-Mobile og Orange. Síminn hafi á hinn bóginn aðgang að mun stærra aðliggjandi tíðnisviði á 1800 MHz tíðnisviðinu eða samtals 2x30 MHz. Verði því að telja að Síminn hafi allar forsendur til að byggja upp mjög hagkvæmt og hraðvirkt farnet, a.m.k. á þéttbýlum svæðum landsins. Telja verði að það hafi verið viðskiptaleg ákvörðun Símans að freista þess ekki að fá aðgang að 800 MHz tíðnisviðinu, sem hefði enn betur treyst stöðu og möguleika fyrirtækisins á því að veita öflugna 4G þjónustu um landið allt.

Þá sé það hluti af röksemdum Símans að framkvæma samanburð á aðgangi félagsins að tíðnisviðum m.t.t. sameiginlegrar stöðu Vodafone og Nova. PFS geti ekki allskostar fallist á forsendur og framsetningu samanburðarins. Í fyrsta lagi sé eingöngu tækt að bera saman þau tíðnisvið sem heimilt sé að nota fyrir 4G þjónustu, en 900, 2100 og 2600 MHz tíðnisviðin séu ekki meðal þeirra, eins og staðan sé í dag. Reyndar sé tilgreining á 2600 MHz tíðnisviðinu í þessu sambandi nánast villandi, enda sé það tíðnisvið alls ekki notað fyrir farnetsþjónustu í dag, og verði það ekki a.m.k. til loka árs 2016, samkvæmt nýlegri endurnýjun stofnunarinnar á tíðniheimild Vodafone fyrir MMDS sjónvarpsdreifingu. Þá leiði af samanburðinum að Síminn hafi ekki tíðnir á 800 MHz, en það sé eðlilegt þar sem félagið gerði ekki tilraun til þess að bjóða í þær tíðnir í uppboðinu. Í öðru lagi telji PFS eðlilegt að tilgreina einnig 365 miðla ehf. sem tíðniréttihafa á 800 MHz tíðnisviðinu, með umráð yfir 2x15 MHz á því tíðnisviði, en sú staða jafni samkeppnisstöðuna á markaðinum almennt séð. Með því væri ekki verið að horfa aðeins til samkeppnishagsmuna Símans. Hvað varði samanburð á 1800 MHz tíðnisviðinu að þá hafi Síminn samtals 60 MHz (2x30 MHz) á meðan sameiginlegt tíðnisvið Vodafone og Nova á umræddu tíðnisviði sé samtals 80 MHz (2x40 MHz). Hér muni 20 MHz (2x10 MHz) á milli aðila. Með tilliti til þess hve mikinn aðgang Síminn hafi nú þegar á 1800 MHz tíðnisviðinu, að teknu tilliti til þeirra forsendna til uppbyggingar sem sú aðstaða veiti, telji PFS á hinn bóginn að sá munur hafi ekki samkeppnislega skaðleg áhrif.

Hvað varðar framtíðarþróun og aðgengi að tíðnisviðum kemur fram að PFS viðurkenni að með mögulegri samnýtingu Vodafone og Nova á þeim tíðnisviðum sem þau hafi umráð yfir skapist nokkur aðstöðumunur, miðað við önnur félög á markaði. Á hinn bóginn sé það álit PFS að ekki reyni á þennan aðstöðumun á næstu tveimur árum eða svo. Taka verði tilliti til þess að 4G netin séu nú í uppbyggingu. Byrjað sé á því að ná fram auknum gagnaflutningshraða frá því sem 3G þjónustan bjóði upp á, þ.e. viðunandi gagnaflutningshraða upp á 10 Mb/s á sem flestum markaðsvænum svæðum. Síðan verði hafist handa við að auka gagnaflutningshraðann, þetta dreifinetið, með því að setja upp fleiri senda, með meiri tilkostnaði. Forsendur fyrir slíkri uppbyggingu sé m.a. að eftirspurn sé eftir mjög auknum hraða, t.d. 30-100 Mb/s, að fyrir hendi sé búnaður og framboð á þjónustu (efnisframboð) sem styðji við þá þróun. Að mati PFS sé þetta þróun sem geti tekið 2-4 ár ef vel gengur. Það sé því ekki í náinni framtíð sem mögulegur aðstöðumunur á milli Símans og Vodafone og Nova fari að segja til sín að einhverju marki. Í ljósi framangreinds sé ljóst að Síminn hafi tök á því að bæta stöðu sína frá því sem nú sé, en fyrirsjáanlegt sé að framboð á tíðnisviðum fyrir háhraða farnetsþjónustur muni aukast á allra næstu árum.

Fram kemur að tíðnisviðið 700 MHz (694-790 MHz) hafi m.a. verið skilgreint fyrir sjónvarpsdreifingu. Hins vegar hafi það einungis í takmörkuðu mæli verið notað héraðs fyrir slíka þjónustu. Á hinn bóginn séu þráðlausir hljóðnemar staðsettir á þessu tíðnisviði, auk nokkurra fastasambanda. Því geti PFS með tiltölulega lítilli umsýslu gert þetta tíðnisvið aðgengilegt fyrir fjarskiptafyrirtæki. Nánari tímasetning á framboði tíðnisviðsins ráðist af þróun markaðarins, framboði á sendibúnaði og endabúnaði fyrir þetta tíðnisvið o.s.frv. Engu að síður megi þó búast við því, með öllum fyrirvörum um þróun og markaðsaðstæður, að þessu tíðnisviði verði úthlutað einhvern tíman á árabílinu 2016-2018.

Þá segir að tíðnisviðið 900 MHz (880-960 MHz) hafi verið notað til að veita farsímapjónustu frá árdögum þeirrar tækni. Fyrst fyrir GSM þjónustu og frá árinu 2012 einnig fyrir UMTS þjónustu (3G). Frá því að viðbótartíðnisvið á 900 MHz tíðnisviðinu hafi verið tekið til notkunar árið 2007, m.a. að hluta til ráðstafað til Nova og við tilfæringar sem átt hafi sér stað tíðnisviðinu, hafi verið ljóst við endurútgáfu tíðniheimilda Símans og Vodafone á þessu tíðnisviði árið 2012, að laust yrði til ráðstöfunar 2x10 MHz á árinu 2017. PFS hafi ekki markað endanlega stefnu varðandi framtíðarnýtingu á tíðnisviðinu frá þeim tíma, en líklegt megi telja að umræddu 2x10 MHz tíðnisviði verði annað hvort úthlutað tæknilega hlutlaust eða fyrir háhraða farnetsþjónustu. Verði þá jafnframt tekin afstaða til þess hvort að aðrar tíðniheimildir, sem gefnar hafi verið út á tíðnisviðinu, verði opnaðar fyrir 4G þjónustu, en 2x10 MHz tíðniheimild Símans (með gildistíma til ársins 2022) sé meðal þeirra.

PFS bendir á að tíðnisviðið 2600 MHz (2500-2690 MHz) hafi á undanförunum árum verið notað svæðisbundið af hálfu Vodafone við sjónvarpsdreifingu með MMDS tækni. Þessi þjónusta standi til boða á suður- og suðvesturhorni landsins. Umrætt tíðnisvið sé þó ætlað til notkunar fyrir háhraða farnetsþjónustu samkvæmt samræmingarákvörðun framkvæmdastjórnar ESB. Vodafone hafi í tvígang farið fram á að fá framlengdan gildistíma tíðniheimildar félagsins á þessu tíðnisviði. Við ákvörðun um forsendur þess hafi PFS í tvígang haft samráð við markaðsaðila vegna þeirra nota, þ.e. til að kanna hvort eftirspurn væri eftir tíðnisviðinu til nota fyrir háhraða farnetsþjónustu. Samkvæmt niðurstöðum síðasta samráðs, sem birt hafi verið þann 25. júní 2014, hafi það verið nær samhljóða skoðun markaðsaðila, að Vodafone undanskildu, að ekki væri þörf á þessu tíðnisviði í nánustu framtíð fyrir háhraða farnetsþjónustu. Nefndi Síminn í þessu sambandi að tíðnisviðið yrði að vera laust til þessara þarfa á árabílinu 2016-2017. Styður það álit PFS, hér að framan, að ekki sé þörf á aukinni bandbreidd fyrir 4G þjónustu á allra næstu árum. Hafi það því verið niðurstaða PFS að framlengja tíðniheimild Vodafone til ársloka 2016. Verði þetta tíðnisvið því laust til notkunar fyrir háhraða farnetsþjónustu þann 1. janúar 2017, ef raunhæf eftirspurn verður eftir því af hálfu markaðsaðila.

Tíðnisviðið 3,4-3,8 GHz (3400-3800 MHz) hafi á vettvangi Evrópusambandsins nýlega verið skilgreint til framtíðarnýtingar fyrir háhraða farnetsþjónustu. Hér á landi sé þetta tíðnisvið í dag að hluta til í notkun fyrir staðbundin þráðlaus aðgangsnét með WiMax tækni, en tíðniheimildum til slíks hafi verið úthlutað árið 2007 til 10 ára, en að öðrum hluta fyrir fastasambönd (örbylgjusambönd) á nokkrum stöðum á landinu. Á þessu stigi sé ótímabært að spá fyrir um tímasetningu á því hvenær þetta tíðnisvið geti verið laust til ráðstöfunar fyrir háhraða farnetsþjónustu, en ætla megi að það verði í fyrsta lagi eftir árið 2017.

Samkvæmt framangreindu verði fjölmörg tíðnisvið aðgengileg fyrir háhraða farnetsþjónustu á allra næstu árum, aðallega á árunum 2016-2018. Varðandi nýtingu á

2600 MHz tíðnisviðinu, sem víða um Evrópu sé notað fyrir háhraða farnetsþjónustu, hafi Síminn sjálfur talið að ekki væri þörf fyrir það fyrr en 2016-2017. Með hliðsjón af þessu megi ætla að Síminn hafi rúmt svigrúm til að skipuleggja tíðninotkun sína og bæta stöðu sína í tíðniheimildum á komandi árum, án þess að þörf sé á því að skerða tíðniheimildir samkeppnisaðila félagsins, sem hyggist nýta sér möguleika til samstarfs og samnýtingar á tíðnum sem almennt hafi verið boðið upp á í forsendum uppboðs á tíðnum fyrir 4G þjónustu. Að þessu virtu geti PFS ekki tekið undir með Símanum að aðstæður í tíðnimálum valdi verulegu ójafnvægi á milli annars vegar Símans og hins vegar Vodafone og Nova, sem leiði til skertrar samkeppnisstöðu Símans. Af þessum sökum geti PFS heldur ekki mælt með því að fallist verði á tillögur Símans um að Vodafone og Nova verði gert að skila hluta tíðniheimilda sinna.

Frekari öflun sjónarmiða

Í framhaldi af framangreindri málsmeðferð hafði Síminn frumkvæði af því að koma að frekari sjónarmiðum gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Er þar hnykkt á sjónarmiðum sem Síminn hafði komið á framfæri á fyrri stigum málsins. Í sjónarmiðunum er einnig tekið fram að Síminn telji að PFS hafi borið skylda til að taka afstöðu til samkeppnislegra áhrifa af samstarfi Vodafone og Nova og endurskoða tíðniúthlutanir á þeim grunni. Í andstöðu við það hafi PFS vísað mati á samkeppnislegum áhrifum af samnýtingu tíðna til Samkeppniseftirlitsins einvörðungu. Telur Síminn að fjarskiptalög styðji ekki þá afgreiðslu. Jafnframt gerir Síminn athugasemdir við það að PFS hafi við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins lagt fram sjónarmið um samkeppnisleg áhrif samstarfsins, þrátt fyrir að hafa vísað frá sér því mati í eigin meðferð á málinu.

Fram komin gögn bera með sér að Síminn hefur haft uppi sambærilegar kröfur á hendur Samkeppniseftirlitinu og PFS. Gagnvart Samkeppniseftirlitinu er það m. a. krafa Símans að eftirlitið grípi inn í mistök sem PFS hafi gert í afgreiðslu sinni. Er fullyrt af hálfu Símans að hvorugur eftirlitsaðilanna, PFS og Samkeppniseftirlitið, vilji taka ábyrgð á þessu mikilvæga atriði um framtíð fjarskiptamarkaðar á Íslandi.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Rétt er hér í upphafi að gera grein fyrir verkaskiptingu PFS og Samkeppniseftirlitsins að því er varðar þau álitæfni sem fjallað er um í þessum kafla, en Síminn hefur í sínum sjónarmiðum gert þessa verkaskiptingu að umtalsefni, sbr. það sem á undan er rakið.

Samkvæmt 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun skal hún m.a. stuðla að samkeppni á sviði póst- og fjarskiptaþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti með því m.a. að hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum og með því að ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þessara gæða. Þessu hlutverki sinnti PFS t.d. með því að gangast fyrir uppboði PFS á tíðniheimildum á 800 og 1800 MHz tíðnisviðunum í byrjun árs 2013 eins og rakið er í sjónarmiðum PFS hér að framan. Í skilmálum þess uppboðs fólst m.a. hvatning til samnýtingar tíðna með hagkvæmni og skilvirkni að leiðarljósi. Ennfremur var tilgreint við hvaða aðstæður kynni að koma til skerðingar á tíðnisviði rétthafa og útskýrð valdmörk PFS annars vegar og Samkeppniseftirlitsins hins vegar.

Í ákvörðun PFS nr. 14/2014 um heimild Fjarskipta hf. og Nova ehf. til samnýtingar tíðniheimilda var tekin afstaða til málsins á grunni m.a. 7. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003,

þar sem fjallað er um réttindi til að nota tíðnir og númer og framsalsbann á tíðnum, og tekin afstaða til 8. gr. sömu laga, sem heimilar PFS m.a. að fella tíðniréttindi úr gildi eða breyta skilyrðum réttinda ef réttahafar eru aðilar að samruna og forsendur breytast af þeim sökum.

Í fyrrgreindri ákvörðun og umsagnarferli í aðdraganda hennar tók PFS hins vegar réttilega fram að það væri ekki hlutverk stofnunarinnar að taka afstöðu til þeirra samkeppnislegu áhrifa sem fyrirhugað samstarf hafi á fjarskiptamarkaðinn þar sem slíkt sé á valdssviði Samkeppniseftirlitsins. Kemur þar til kasta 15. gr. samkeppnislaga, sem heimilar Samkeppniseftirlitinu að veita samstarfi fyrirtækja undanþágu, sem ella teldist ólögmætt samkvæmt 10. gr. sömu laga. Þurfa fyrirtæki sem hyggja á slíkt samstarf að sýna fram á að tilgreind skilyrði 15. gr. séu uppfyllt og er Samkeppniseftirlitinu heimilt að setja skilyrði fyrir slíkri undanþágu. Í þessari ákvörðun tekur Samkeppniseftirlitið afstöðu til undanþágubeiðnar Nova og Vodafone á grundvelli 15. gr., sbr. umfjöllun hér að framan.

Framangreind verkaskipting er skýr og leiðir af þeim lögum sem stofnanirnar tvær starfa eftir. Verkaskiptingin byggir á þeim rökræna grunni að PFS hefur það hlutverk að skapa skilyrði fyrir samkeppni til framtíðar (ex ante), í þessu tilviki með ráðstöfun tíðna, á meðan Samkeppniseftirlitinu er ætlað að grípa inn í og stöðva brot á samkeppnislögum og þær samkeppnishindranir sem af þeim geta hlotist. Í þessu tilviki gefst Samkeppniseftirlitinu færi á að grípa inní brotin í fæðingu, þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki hafa haft frumkvæði að því að skýra eftirlitinu frá samstarfi sem fer gegn banni 10. gr. við ólögmætu samráði í því skyni að tryggja að samstarfið sé í samræmi við samkeppnislög.

Þessi verkaskipting er ennfremur æskileg, því ekki fer vel á því að stjórnvald sem hefur það hlutverk að skipuleggja markaði og m.a. samkeppni á þeim til framtíðar, þ.e. PFS, sé sett í þá stöðu að fjalla um samkeppnishindranir sem hugsanlega tengjast fyrri gjörðum þess. Í því geta falist hagsmunaárekstrar.

Á hinn bóginn er mikilvægt að Samkeppniseftirlitið leiti umsagnar PFS, svo eftirlitið geti m.a. vegið og metið áhrif ráðstafana PFS á viðfangsefni þess. Veitti PFS réttilega slíka umsögn. Um samstarf stofnananna fer að öðru leyti eftir leiðbeinandi reglum PFS og Samkeppniseftirlitsins nr. 265/2001, um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála, sem settar eru á grundvelli 3. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

Af sjónarmiðum og kröfugerð Símans má ráða að óskýr verkaskipting sé á milli Samkeppniseftirlitsins og PFS í máli þessu. Hafna verður þeim málalíbúnaði með hliðsjón af framangreindu. Verður verkaskiptingin ekki óskýr við það eitt að hagsmunaaðili misskilji hana. Sömu leiðis verður að hafna fullyrðingum Símans um að stofnanirnar vilji ekki taka ábyrgð á því álitaefni sem fyrirtækið ber fram.

Hér á eftir verður tekin afstaða til þess hvort núgildandi tíðniúthlutun veiti Vodafone og Nova færi á að koma í veg fyrir samkeppni „að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða“, eins og það er orðað í d-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Um leið verður tekin afstaða til þess hvort forsendur séu til þess að setja skilyrði sem feli í sér m.a. breytingar á tíðniúthlutun samstarfsfyrirtækjanna, á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga.

Yfirráð yfir tíðnileyfum er nauðsynlegt skilyrði fyrir farsímaþjónustu í eigin farsímaneti. Heildar umráð farsímarekanda á tíðniheimildum hefur mikla þýðingu um hraða og afkastagetu í farsímanetinu. Samkvæmt erindi samstarfsaðila er ein af grundvallar forsendum samstarfsins að geta samnýtt tíðniheimildir samstarfsaðila í starfsemi hins nýja félags.

Eins og fram hefur komið telur Síminn að staða samstarfsaðila hvað varðar tíðniheimildir sé til þess fallin að hafa áhrif á samkeppni á markaðnum þar sem helsti keppinauturinn, Síminn, sé verr settur. Standi Síminn, að öðru óbreyttu, ekki jafnfætis hvað varðar möguleika að bjóða sama hraða og afkastagetu í sínu farsímaneti sem varði einnig þjónustu sem byggir á nýrri tækni, þ.e. 4G/LTE og LTE Advanced.

Á fundi Samkeppniseftirlitisins með PFS, 9. apríl 2014, um tíðniheimildir sem þegar hefur verið úthlutað hér á landi, kom fram að lok núverandi úthlutunar væri almennt árin 2022 og 2023. Þá kom fram að sérstakar ástæður þurfi að vera til staðar ef innkalla ætti tíðniheimildir. Hins vegar væri óúthlutað hluta á tíðnisviðinu 2100 MHz fyrir 3G. Einnig kom fram að innan ekki margra ára væri möguleiki á uppboði og úthlutun á tíðnisviðum 700 MHz og 2600 MHz sem gæfi nýjum aðilum og þeim sem þegar hefur verið úthlutað tíðniheimildum möguleika og tækifæri á að öðlast nýjar eða frekari heimildir. Auk þessa er rakin hér að framan ítarleg umsögn PFS um sjónarmið Símans um stöðu tíðnimála og möguleg samkeppnisleg áhrif þeirrar stöðu.

Í þessu sambandi er rétt að geta þess að í ákvörðun sinni nr. 14/2014 heimilar PFS Nova og Vodafone að samnýta tíðniheimildir sem stofnunin hefur gefið út þeim til handa, sem nánar eru tilgreindar í ákvörðuninni, til veitingar 2G/GSM, 3G/UMTS og 4G/LTE farsíma- og farnetsþjónustu á 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz tíðnisviðum að því tilskildu að fyrirhuguð samnýting gangi ekki gegn ákvæðum laga nr. 81/2003, um fjarskipti og skilyrðum undirliggjandi tíðniheimilda.

Til viðbótar við umsögn sína, dags. 15. janúar 2014, hefur Síminn komið ítrekað á framfæri við Samkeppniseftirlitið áhyggjum félagsins af stöðu tíðniútheimilda, verði Vodafone og Nova ekki gert skylt að skila hluta af sínum tíðniheimildum verði af samstarfinu. Telji Síminn m.a. að þannig hátti til, að Vodafone og Nova fái eftir samruna sinna kerfa að halda öllum þeim tíðniheimildum, sem PFS hafi í gegnum árin úthlutað þeim sem óskyldum aðilum. Þá sé Síminn að gefa sér, að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins þýði að niðurstaða PFS frá því á árinu 2014 standi. Með því hafi hið opinbera á Íslandi, þ.e. Samkeppniseftirlitið og PFS, framkallað „eðlisfræðilega“ einokun á tilteknum hlutum fjarskiptamarkaðar. Þetta háttalag eftirlitsstofnana sé einsdæmi í heiminum og sérlega andstætt samkeppnissjónarmiðum og hagsmunum neytenda. Gangi það eftir að hið sameinaða félag haldi öllum fyrri úthlutunum á þeim takmörkuðu auðlindum, sem í tíðniheimildum felist, muni tiltekinn gagnahraði í farsíma eingöngu vera á færi hins sameinaða félags að veita. Miðað við núverandi tækni í heiminum og tíðniúthlutanir PFS, muni ekkert annað fyrirtæki á Íslandi, hvorki Síminn né önnur fjarskiptafélög, eiga kost að bjóða slíka hraða, þótt þau muni verja óendanlegu fé til fjárfestinga.

Til frekari stuðnings máli sínu kom Símann á framfæri skýrslu til eftirlitsins og PFS, sem félagið fékk ráðgjafarfyrirtækið Analysis Mason til að gera um áhrif samnýtingar

tíðniheimilda Nova og Vodafone.¹³ Í samantekt sem fylgdi umræddri skýrslu dregur Síminn fram að hvernig til takist um samnýtinguna muni hafa úrslitaáhrif á útkomuna. Framkvæmd samstarfssins sem lögð sé til leiði til tiltekinna álitaeftna að mati höfundar skýrslunnar.¹⁴ Í fyrsta lagi verulegrar hættu á þegjandi samhæfingu og upplýsingaleka. Í öðru lagi séu engar ráðstafnir til að tryggja að væntur ávinningur neytenda nái fram og í þriðja lagi að samnýtingin muni hafa veruleg áhrif á aðra samkeppnisaðila, þar á meðal Símann. Hefur Síminn fylgt þessum sjónarmiðum eftir m.a. á fundum, í símtölum og í tölvupóstum til Samkeppniseftirlitsins. Fyrir liggur að PFS telur að umrædd skýrsla færi ekki fram nýjar upplýsingar sem breyti forsendum umsagnar PFS til Samkeppniseftirlitsins í þessu máli.

Úthlutaðar tíðniheimildir fyrir farnetsþjónustu samkvæmt upplýsingum frá PFS eru eftirfarandi:

	Nova	Vodafone	Saman	Síminn	365 miðlar
Tíðnisvið 800 MHz	10 MHz	20 MHz	30 MHz	0 MHz	30 MHz
Tíðnisvið 900 MHz	10 MHz	30 MHz	40 MHz	30 MHz	0 MHz
Tíðnisvið 1800 MHz	40 MHz	40 MHz	80 MHz	60 MHz	0 MHz
Tíðnisvið 2100 MHz	35 MHz	35 MHz	70 MHz	35 MHz	0 MHz
Samtals	95 MHz	125 MHz	220 MHz	125 MHz	30 MHz

Framsetning PFS á úthlutaðum tíðnisviðum er frábrugðin framsetningu Símans að því leyti að 2600 MHz tíðnisviðið er ekki talið með, enda er því í dag eingöngu úthlutað til sjónvarpsdreifingar. Um er að ræða bráðabirgðaúthlutun til Vodafone sem varir til ársloka 2016. Fyrir liggur, skv. upplýsingum frá PFS, að eftir þann tíma verður þetta tíðnisvið notað eingöngu fyrir háhraða farsnetsþjónustu að því gefnu að raunhæf eftirspurn verði til staðar hjá markaðsaðilum. Flestar aðrar tíðniúthlutanir renna út á árunum 2022 og 2023 en hluti af 900 MHz tíðnunum í byrjun árs 2017.

Þá er rétt í þessu samhengi að árétta að í uppboði PFS á tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum, sem fram fór í byrjun árs 2013, hafi verið gert ráð fyrir að fjarskiptafyrirtæki gætu átt með sér slíkt samstarf, eins og hér um ræðir, með því að samnýta tíðnisvið, að fengnu samþykki PFS og Samkeppniseftirlitsins. Þessi hluti skilmálans hafi verið orðaður þannig að aðilar geti sótt um til PFS að samnýta tíðnir eða eiga annars konar samstarf um tíðnir sem þeir kunni að hafa nýtingarrétt að. Komi til slíkrar samnýtingar kunni það að leiða til skerðingar á tíðnisviði rétthafa, sem þá verði ekki lengur nýtt vegna samnýtingar. Samstarf samkvæmt þessu sé háð samþykki Samkeppniseftirlitsins, sbr. ákvæði samkeppnislaga. Þá er rétt að geta þess að í því útboði gerði Síminn ekki tilraun til þess að fá úthlutun í 800 MHz tíðnisviðinu. Var því tíðnisviði úthlutað eins og fram kemur í töflunni hér fyrir ofan. Verður ekki annað ráðið en að það hafi verið ígrunduð og upplýst viðskiptaákvörðun Símans að gera ekki tilboð.

¹³ Barst með bréfi frá Símanum, dags. 24. september 2014.

¹⁴ Byggt á upplýsingum sem Síminn veitti Analysis Mason.

Gefur fyrirhugað samstarf 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. Við það mat er rétt og málefnalegt að greina á milli þýðingar tíðniútheimilda til skamms tíma og lengri tíma t.d. til 3-5 ára. Með samnýtingunni hafa samstarfsaðilar yfir að ráða 2x55 MHz tíðnisviði til veitingar 4G þjónustu sem gefur möguleika á þróun á LTE-Advanced tækni. Innan þessa hafa félögin 2x15 MHz á 800 MHz tíðnisviðinu sem veitir tækifæri til góðrar útbreiðslu á landsvísu. Sambærilegt á við varðandi GSM og 3G þjónustu sem samstarfsaðilar hafa heimild til að veita á 900 MHz og 2100 MHz tíðnisviðunum en þar hafa þau jafnframt yfir að ráða 2x55 MHz. Hér er um umfangsmeiri tíðniheimildir að ræða en helsti keppinautur samstarfsaðila, Síminn, hefur yfir að ráða. Hins vegar þá gefa þau tíðniréttindi sem Síminn er réttihafi að á 1800 MHz tíðnisviðinu, þ.e. 2x30 MHz, félaginu jafnframt tækifæri til að þróa LTE-Advanced tækni. Þá hefur Síminn yfir að ráða rúmum 2x30 MHz til að veita GSM og 3G þjónustu á 900 MHz og 2100 MHz tíðnisviðunum.

Í athugasemdum PFS við umsögn Símans í málinu kemur fram að fjölmörg tíðnisvið verða aðgengileg fyrir háhraða farnetsþjónustu á árunum 2016-2018. Varðandi nýtingu á 2600 MHz tíðnisviðinu, sem víða um Evrópu er notað fyrir háhraða farnetsþjónustu, bendir PFS á að Síminn sjálfur hafi talið að ekki væri þörf fyrir það fyrr en 2016-2017. Með hliðsjón af þessu megi ætla að Síminn hafi tækifæri og svigrúm til að skipuleggja tíðninotkun sína og bæta stöðu sína í tíðniútheimildum á komandi árum, án þess að þörf sé á því að skerða tíðniheimildir samkeppnisaðila félagsins.

Við þetta mat horfir Samkeppniseftirlitið einnig til þess að tiltölulega stuttur tími er í úthlutun PFS á tíðniheimildum á 700 MHz, viðbót á 900 MHz, 2600 MHz og 3400-3800 MHz tíðnisviðum. PFS hefur heimild til þess að setja takmarkanir á hvað hver einstakur rekstraraðili getur haft til ráðstöfunar af tíðniheimildum og þannig stýrt með ákveðnum hætti aðstæðum og fyrirkomulagi á hverjum tíma. Í uppboði/útboði getur PFS sett takmarkanir vegna tíðniheimilda sem hver og einn bjóðandi hefur þegar fengið á tíðnisviði fyrir sambærilega þjónustu.¹⁵ Hvernig PFS nýtir sér þessa heimild getur ráðist af afstöðu til sem hagkvæmastrar nýtingar á tíðnunum hverju sinni. Því er líklegt að samsvarandi tafla og hér er fyrir ofan líti öðruvísi út á árunum 2017 og 2018. Í þessu sambandi er minnt á þá ákvörðun Símans að bjóða ekki í heimildir á 800 MHz tíðnisviðinu í tilvitnuðu uppboði árið 2013.

Við úrlausn máls þessa horfir Samkeppniseftirlitið einnig til þess að ekki er um framsal á tíðniheimildum að ræða eða samruna fyrirtækja sem leiðir til fækkunar á fyrirtækjum á markaði sem hafa yfir að ráða heildstæðu farsímakerfi. Þvert á móti leiðir fremur af þessu að rekstraraðilum (e. network operators) sem geta boðið landsdekkandi farsímaþjónustu á heildsölumarkaði fjölgar í raun um einn. Nova og Vodafone munu áfram starfa að öllu leyti sjálfstætt og vera í samkeppni á smásölumarkaði og keppinautar í framtíðinni á heildsölumarkaði. Gefur það möguleika til fjölgunar keppinauta á smásölumarkaði t.d. sýndarnets- og endursöluaðilar, samanber skilyrði sem samstarfinu eru sett varðandi starfsemi Nova og Vodafone á heildsölumarkaði. Getur þessi þróun vissulega haft áhrif á stöðu einhverra þeirra farsímafyrirtækja sem fyrir er á markaðnum. Samkeppniseftirlitið

¹⁵ Sbr. d-liður, 3. mgr. 24. gr. reglugerðar nr. 1047/2011 um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum.

metur aðstæður hins vegar þannig að mun meiri líkur séu á því en minni að starfsemi rekstrarfélagsins sé til þess fallin, að auka samkeppni á skilgreindum mörkuðum, en skilyrði sem Samkeppniseftirlitið setur fyrir samstarfinu eiga að stuðla að þessu. Af framangreindu leiðir að valmöguleikum neytenda getur fjölgað og gæði þjónustunnar aukist sem er til þess fallið að bæta stöðu neytenda og almennt samkeppnina á markaðnum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki 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. Einstök fyrirtæki á samkeppnismarkaði geta ekki búist við því að Samkeppniseftirlitið sé með inn grip í skipulag á tilteknum markaði, sem mögulega hefur skapast m.a. vegna viðskiptaákvæðana þeirra sjálfra á fyrri stigum. Hlutverk Samkeppniseftirlitsins er ekki að verja stöðu einstakra keppinauta á markaði heldur er eftirlitið málsvari samkeppni í landinu, neytendum og atvinnulífinu til hagsbóta.

Í umsögn PFS kemur fram að forsenda uppboðsins um mögulega samnýtingu lá fyrir áður en uppboðið fór fram. Möguleikar til samstarfs um samnýtingu tíðna hafi því staðið öllum hagsmunaaðilum til boða að afloknu uppboðinu og að fengnu samþykki viðeigandi stjórnvalda. Ákvörðun Vodafone og Nova um að nýta sér þennan möguleika geti því ekki talist forsendubrestur varðandi niðurstöðu uppboðsins að mati PFS.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til þess að ætla að óbreytt úthlutun á tíðnum til Vodafone og Nova veiti þeim færi á að koma í veg fyrir samkeppni á verulegum hluta þeirrar þjónustu sem um er að tefla. Af sömu ástæðu eru ekki forsendur til að gera það að skilyrði í máli þessu að fyrirtækin skili áður úthlutaðum tíðniheimildum. Eins og áður greinir er ekki síst horft til þess að Síminn ásamt öðrum mögulegum keppinautum samstarfsaðila getur í náinni framtíð komist inn á markaðinn eða bætt stöðu sína hvað varðar tíðniheimildir, sbr. m.a. framkomnar upplýsingar frá PFS. Þá eru þau víðtæku skilyrði sem samstarfsaðilar hafa samþykkt til þess fallin að hindra að umrætt samstarf hafi alvarleg samkeppnisleg áhrif fyrir markaðinn í heild. Meðal annars er skilyrði um jafnan og málefnalegan aðgang að heildsölu hvors samstarfsaðila ætlað að tryggja hlutdeild keppinauta á smásölustigi í rekstrarhagræði samstarfsins. Að framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu málefnaleg rök fyrir því að setja í skilyrði fyrirmæli um að samstarfsaðilar selji eða með öðrum hætti láti frá sér hluta af núverandi tíðniheimildum. Er þessi niðurstaða, hvað varðar afstöðu til þegar úthlutaðra tíðniheimilda, að þessu leyti í samræmi við niðurstöðu í sambærilegu máli hjá dönskum samkeppnisyfirkvöldum frá árinu 2012 sem vísað hefur verið til.

7.3 Krafa um beinan aðgang

Í umsögnum Símans, Tals og Símafélagsins er krafist eða talið eðlilegt að aðgangur að þjónustu rekstrarfélagsins verði opinn og án milliliða. Til þess að samvinna af þessu tagi veiti neytendum þann ábata sem sóst sé eftir þá sé óhjákvæmilegt að veita opinn aðgang að þeim innviðum sem samstarfið nái til á jafnræðisgrundvelli við þá sem standi að samstarfinu.

Vodafone og Nova benda á að forsendur fyrir skilyrði um opinn aðgang séu ekki fyrir hendi. Rekstrarfélagið reki aðeins radíóhluta dreifikerfisins en ekki kjarnakerfi. Félagið hafi ekki

yfir að ráða búnaði til að veita aðgang að dreifikerfinu. Allur kjarnabúnaður verði áfram í eigu og rekstri hjá Vodafone og Nova. Þar með sé ljóst að af tæknilegum ástæðum geti félagið t.d. ekki veitt reikiaðgang. Það sé forsenda fyrir samstarfinu að rekstur dreifikerfisins sé til hagsbóta fyrir eigendur samrekstrarfélagsins og þar af leiðandi viðskiptavinum þeirra, hvors um sig. Rekstrarfélaginu sé ætlað að ná fram hagkvæmni í framleiðslu á afkastagetu sem þannig skapi eigendum þess möguleika til þess að auka hagkvæmni síns eigin heildarreksturs. Það muni gera Nova og Vodafone, sitt í hvoru lagi, samkeppnishæfari við keppinauta sína og betur í stakk búin til að koma til móts við þarfir viðskiptavina sinna. Samstarfið feli því í sér hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta og muni þannig koma neytendum til góða. Aðkoma þriðju aðila að eignarhaldi sé ekki í boði og engin rök hafi komið fram frá umsagnaraðilum sem leiði til slíkrar niðurstöðu sem myndi kollvarpa hugmyndafræði verkefnisins. Aðgangur þriðju aðila verði tryggður með skilyrði um heildsöluaðgang hjá Vodafone og Nova á viðskiptalegum forsendum. Kostnaðarlegar forsendur verðsins ætti eingöngu að gilda gagnvart eigendunum. Hafa verði í huga að Nova og Vodafone muni áfram starfa sem keppinautar.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er tilgangur Vodafone og Nova með samstarfi um rekstur dreifikerfis að ná fram m.a. aukinni skilvirkni og gæðum í þjónustu og hagræðingu. Er Samkeppniseftirlitið sammála þessum markmiðum að því gefnu að ekki komi til aðstæður sem með einhverjum hætti hamla samkeppni á markaðnum, neytendum til tjóns. Telur Samkeppniseftirlitið að viss hættu sé á þessu og setur samstarfinu því tiltekin skilyrði sem ætlað er að koma í veg fyrir slíkt ástand. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafa engin þau rök komið fram í málinu sem styðja það að samkeppni á skilgreindum mörkuðum sé betur borgið ef fleiri aðilar komi beint að starfsemi rekstrarfélagsins, hvort heldur með opnum aðgangi að þjónustu þess eða eignaraðild. Þá fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að umrætt samstarf og aðrar aðstæður á markaði sé með þeim hætti að um ómissandi aðstöðu sé að ræða. Hins vegar er talið nauðsynlegt að samstarfsaðilum sjálfum, Vodafone og Nova, verði sett skilyrði um opinn aðgang að heildsölumörkuðum af þeirra hálfu þar sem áhrifa samstarfsins gætir. Getur það aukið samkeppni á mörkuðum. Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið að ekki standi rök til þess að sett sé krafa um beinan aðgang annarra en samstarfsaðila að rekstrarfélaginu. Er þetta í samræmi við niðurstöðu í áður nefndri ákvörðun danskra samkeppnisyfirvalda í sambærilegu máli og við sjónarmið PFS í þessu máli.

7.4 Krafa um sölu á búnaði og aðstöðu

Í umsögn sinni leggur Síminn til að hinu sameiginlega félagi verði gert að bjóða til sölu sendistaði sem eigi að loka. Vodafone telji ekkert því til fyrirstöðu að hafa slíkt skilyrði fyrir samstarfinu. Hins vegar kemur fram í athugasemdum Nova að fullyrðingar Símans um að Nova og Vodafone þurfi að lúta slíkum skilyrðum standist ekki skoðun enda sé þeim þáttum ólíkt farið í hinu danska máli og í samstarfi Nova og Vodafone. Möstur og aðstaða fyrir sendabúnað séu að mestu leigð líkt og komi fram í erindi Nova og Vodafone en hafi verið að mestu leyti eignir Telenor og Telia í hinu danska máli. Því sé engin þörf á slíku skilyrði í tilfalli Nova og Vodafone. Samkvæmt upplýsingum frá Nova í tölvupósti, dags. 12. ágúst 2014, mun yfirgnæfandi hluti búnaðar Nova varðandi 3G og 4G nýttast áfram eða fram að eðlilegri úreldingu hans. Samkvæmt upplýsingum frá Vodafone í tölvupósti, dags. 15. ágúst 2014, kemur fram að sá búnaður sem tekinn verði niður af hálfu félagsins hafi í raun takmarkað virði enda kominn til ára sinna. Vel geti verið að meðan á verkefninu standi verði einhverjum búnaði, sem skipt er út fyrir nýjan á einum stað, að hann verði settur

upp á öðrum stað til að bæta þjónustu þangað til endurnýjun hafi átt sér stað heilt yfir allt kerfið.

Verði af umræddu samstarfi Vodafone og Nova er líklegt að einhver hluti af búnaði í núverandi dreifikerfi félaganna verði tekinn úr rekstri að mati Samkeppniseftirlitsins. Sérstaklega á það við um búnað sem tengist 2G tækni. Ekki er þó ástæða til að ætla að það verði í umtalsverðu magni eða verðmæti. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðstæður hér á landi séu með þeim hætti að viðskiptaleg sjónarmið hvors samstarfsaðila um sig muni ráða því hvort ástæða sé til þess að bjóða þann búnað sem tekinn verður úr rekstri til sölu eða ekki. Með hliðsjón af þessu telur Samkeppniseftirlitið að ekki sé ástæða eða rök til þess að setja sérstök tiltekin skilyrði um þá framkvæmd í þessu máli.

8. Niðurlag

Þann 18. febrúar 2015 heimilaði Samkeppniseftirlitið Vodafone og Nova að hafa með sér umrætt samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Gerð var grein fyrir þessu í frétt á heimasíðu eftirlitsins sama dag. 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 ákvörðun þessari er gerð grein fyrir forsendum framangreinds og fjallað um atriði sem ekki þótti ástæða til að fella undir sáttina. Efni umræddrar sáttar er hér birt í ákvörðunarorði.

IV. Ákvörðunarorð

„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 uppgjóri milli þeirra.

Samstarfsaðilar skulu að minnsta kosti einu sinni á ári, í fyrsta skipti á fyrsta ársfjórðungi 2016, láta endurskoða hvort uppgjörskerfið endurspegli 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. mál. 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 tölfræðilegar 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 útvistað 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 í 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 tækniþekkingu 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 kunnátumaður 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 samþykkja 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 meginráttum 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 nái fram að ganga.
3. Hafa eftirlit með því að ákvæðum um aðgang að þjónustu Fjarskiptua 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 verkáætlun 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 látnar 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 eigenda 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 slitið.

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. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

12. gr.

Kynning o.fl.

Þau fyrirmæli 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 fyrirmælum 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.“

Samkeppniseftirlitið