



D Ó M U R
1. apríl 2019

Mál nr. E-3954/2015:
Stefnandi: Síminn hf.
(Stefán A. Svensson lögmaður)

Stefndu: Samkeppniseftirlitinu
(Gizur Bergsteinsson lögmaður)
Sýn hf.
(Snorri Stefánsson lögmaður)
Nova ehf.
(Heimir Örn Herbertsson lögmaður)
og Sendafélagið ehf.
(Bergur Hauksson lögmaður)

Dómarar: Pétur Dam Leifsson, héraðsdómari og dómsformaður, Guðjón St. Marteinnsson, héraðsdómari, og Guðjón Kárason, verkfræðingur

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 1. apríl 2019 í máli nr. E-3954/2015:

Síminn hf.

(Stefán A. Svensson lögmaður)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson lögmaður)

Sýn hf.

(Snorri Stefánsson lögmaður)

Nova ehf.

(Heimir Örn Herbertsson lögmaður)

og Sendafélaginu ehf.

(Bergur Hauksson lögmaður)

Mál þetta, sem dómtekið var að lokinni aðalmeðferð þess þann 7. febrúar sl., er höfðað af Símanum hf., Ármúla 25, Reykjavík, með stefnu birtri 19. nóvember 2015 á hendur Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík, en með stefnu birtri 20. nóvember 2015 á hendur Sýn hf., Skútuvogi 2, Reykjavík og Nova ehf., Lágmúla 9, Reykjavík, og með stefnu birtri 23. nóvember 2015 á hendur Sendafélaginu ehf., Urðarhvarfi 6, Kópavogi.

Stefnandi krefst þess í málinu að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 frá 14. september 2015, í máli Símans hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, þar sem staðfest var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015 frá 22. maí 2015, „Undanþága Vodafone og Nova vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis“. Þá krefst stefnandi málskostnaðar óskipt úr hendi stefndu.

Stefndu krefjast þess hver um sig að verða sýknaðir af öllum dómkröfum stefnanda í máli þessu, en auk þess krefjast stefndu hver um sig málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Ágreiningsefni og málsatvik

Ágreiningur aðila snýst um um lögmæti úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 14. september 2015, í máli nr. 8/2015. Þar var staðfest ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins (hér eftir einnig „SE“), dags. 18. febrúar 2015, í máli nr. 14/2015, um það að veita stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis fyrir farsíma- og farnetsþjónustu.

Stefnandi í málinu er Síminn hf., en félagið veitir farsíma- og farnetsþjónustu hér á landi í samkeppni við stefndu Sýn hf., áður Fjarskipti hf., og Nova ehf. Farsíma- og farnetsþjónusta sem stefndi Sýn hf. veitir er rekin undir merkjum Vodafone. Stefndi Sendafélagið ehf. var stofnað í maí 2015, en yfirlýstur tilgangur þess félags er rekstur farsímasenda og tengds búnaðar og er það í jafnri eigu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf.

Farsíma- og farnetsþjónusta, eða þráðlaus fjarskipti, byggjast á rafsegulbylgjum sem sendar eru, í aðra eða báðar áttir samtímis á milli tveggja eða fleiri staða fyrir tilstuðlan þar til gerðs sendibúnaðar sem veitendur farsíma- og farnetsþjónustu þurfa að hafa aðgang að. Rafsegulbylgjunum er deilt upp í tíðniróf, eða tíðniheimildir, sem Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir einnig „PFS“) skipuleggur, hefur eftirlit með fyrir hönd íslenska ríkisins og úthlutar til rekstraraðila á markaði fyrir farsíma- og farnetsþjónustu, samkvæmt fyrirmælum IV. kafla laga nr. 81/2003 um fjarskipti og lögum nr. 69/2003 um PFS, sbr. einnig reglugerð nr. 1047/2001 um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum. Tíðnirófið telst samkvæmt IV. kafla laga nr. 81/2003 vera takmörkuð auðlind í eigu íslenska ríkisins, enda er aðeins mögulegt að úthluta hverri tíðniheimild til eins aðila hverju sinni. Þannig er lögbundið hlutverk PSF m.a. að ýta undir hagnýta notkun fjarskiptatíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra.

Forsaga málsins er sú að PFS stóð fyrir uppboði á tíðniheimildum á 800 og 1800 MHz tíðnisviðum til uppbyggingar á 4G/LTE-farnetsþjónustu, sem lauk 13. mars 2013. Í skilmálum að baki þeim tíðniheimildum er uppboðið tók til, frá 17. desember 2012, voru sett fram viss skilyrði fyrir útbreiðslu og gæðum þjónustunnar sem hvor tveggja stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undirgengust þegar þeir buðu í og hlutu tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu. Í grein 3.4.2 í skilmálunum frá 17. desember 2012 var gefinn kostur á samnýtingu tíðna eða annars konar samstarfi um tíðnir sem aðilar hefðu nýtingarrétt að. Samkvæmt skilmálunum gátu aðilar sem fengu úthlutað tíðniheimildum á grundvelli uppboðsins sótt um slíkt til PFS. Þann 19. nóvember 2013 óskuðu stefndu Sýn hf. og Nova ehf. eftir heimild PFS til þess að samnýta tíðniheimildir sem stofnunin hafði gefið út þeim til handa, m.a. á grundvelli uppboðsins er lauk 13. mars 2013. Með ákvörðun PFS frá 2. júlí 2014 veitti stofnunin heimild til umbeðinnar samnýtingar á tíðniheimildum. PFS tók ekki afstöðu til þeirra samkeppnislegu áhrifa sem þetta samstarf Sýnar hf. og Nova ehf. hefði eða kynni að hafa á fjarskiptamarkaðinn og leit svo á að slíkt mat væri á valdsviði stefnda SE.

Um mál það sem hér er til úrlausnar er það að segja að samhliða beiðninni 19. nóvember 2013 til PFS sendu stefndu Sýn hf. og Nova ehf. erindi til stefnda SE. Erindið laut að því að hinum stefndu félögum yrði heimilað að stofna sérstakt félag í sameiginlegri og jafnri eigu beggja um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er SE heimilt að veita undanþágu frá almennu banni 10. gr. þeirra laga við samráði fyrirtækja, enda sé slíkt samstarf þá m.a. til þess fallið að stuðla að bættri nýtingu fjármuna og komi neytendum til góða.

Í framangreindu erindi til SE kom fram að Sýn hf. og Nova ehf. hefðu undirritað viljayfirlýsingu í ágúst 2013 þess efnis að stofnað yrði sameiginlegt félag í jafnri eigu beggja um uppbyggingu og rekstur sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu á landsvísu. Markmiðið væri að ná fram verulegri hagræðingu í fjárfestingum og rekstri slíks dreifikerfis fyrir 2G-, 3G- og 4G-farsímaþjónustu. Með samstarfinu mætti búast við að þétting og uppbygging kerfisins yrði hraðari en annars væri mögulegt. Eftir úthlutun tíðna hjá PFS í byrjun árs 2013 hefðu bæði Sýn hf. og Nova ehf. byrjað innleiðingu á farsíma- og netþjónustu með 4G-tækni hér á landi. Með samstarfinu ætti að vinna sameiginlega að þeirri innleiðingu á landsvísu á grunni svokallaðrar MOCN- (e. Multi Operator Core Network) og Single RAN- (e. Radio Access Network) tækni. Fjarskiptakerfi væru samsett af mörgum þáttum, þ.e. kjarnaneti og dreifikerfishluta (e. RAN network) er samanstæði af loftnetum og sendabúnaði sem ynni með úthlutuðum tíðniheimildum. Auk þess væru ýmiss konar fjarskiptalagnir og tækjabúnaður er tengdi kerfi og einingar saman. Fyrirhugaður samrekstur á dreifikerfum aðila tæki eingöngu til dreifikerfishluta en ekki kjarnanets. Sýn hf. og Nova ehf. myndu áfram starfa sem virkir keppinautar á heildsölu- og smásölumarkaði og myndi sala, markaðssetning og stjórn félaganna áfram haldast aðskilin á kjarnaneti hvors um sig. Með sameiginlegu dreifikerfi sem veitti bættu útbreiðslu tíðna og afkastagetu myndu félögin, hvort um sig, hafa verulega aukna burði til þess að veita neytendum farsímaþjónustu sem stæðist öll nútímavíðmið um tæknilega getu sem og landfræðilega útbreiðslu. Með tilkomu hins nýja dreifikerfis ættu að skapast aðstæður sem myndu auka samkeppni á heildsölu- og smásölustigi við dreifikerfi Skipta hf. og smásölukerfi stefnanda Símans hf. Myndi þetta verða til verulegra hagsbóta fyrir fjarskiptamarkaðinn, neytendur og samfélagið í heild sinni og myndi verkefnið stuðla frekar að nýbreytni og framþróun fjarskiptaneta á farsímamarkaði hér á landi og að heilbrigðara samkeppnisumhverfi.

Stefndi SE sendi síðan afrit af framangreindu erindi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., dags. 19. nóvember 2013, til stefnanda Símans hf. og til fleiri hagsmunaaðila og var þeim þannig gefinn kostur á því að koma á framfæri rökstuddum athugasemdum sínum um möguleg samkeppnisleg áhrif af fyrirhuguðu samstarfi Sýnar hf. og Nova ehf. Þá var óskað eftir athugasemdum og sjónarmiðum PFS um fyrirhugað samstarf.

Stefnandi, Síminn hf., var á meðal þeirra aðila sem sendu umsögn við meðferð málsins hjá stefnda SE. Í umsögn stefnanda, dags. 15. janúar 2014, komu fram margvíslegar athugasemdir við fyrirhugað samstarf, meðal annars þau áform stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildir sínar í hinu sameiginlega dreifikerfi. Fram kom það mat stefnanda að með samnýtingu tíðniréttinda með

Þessum hætti skapaðist yfirburðastaða, sem gerði hinum stefndu félögum kleift að bjóða meiri hraða til viðskiptavina en aðrir á sama markaði gætu boðið. Í umræddu erindi og í síðara erindi, dags. 29. apríl 2015, komu síðan fram tillögur stefnanda að leiðum til þess að draga úr þeim aðstöðumun sem gæti skapast með samnýtingu tíðniheimilda, sem t.d. fólust í því að Sýn hf. og Nova ehf. yrði gert að skila hluta af útgefnum tíðniheimildum, settar yrðu tímabundnar takmarkanir á samnýtingu tíðniheimilda o.fl.

Í umsögn PFS var vísað til þess að hlutverk stofnunarinnar væri m.a. að ýta undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra. Að mati PFS yrði ekki annað séð en að umrætt samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. fæli í sér skilvirka fjárfestingu í fjarskiptakerfum þar sem fyrirhugað væri að byggja upp eitt sameiginlegt dreifikerfi í stað tveggja. Þá yrði að mati PFS að telja að samstarf sem þetta gæti verið hagkvæmt fyrir fjarskiptamarkaðinn og neytendur í margvíslegu tilliti. Fram kom að samnýting hinna stefndu félaga á tíðniheimildum væri í samræmi við undirliggjandi skilmála þeirra. En yrði af samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. væri í ljósi stöðu félaganna á farsímamarkaði mikilvægt að skýr skilyrði yrðu sett báðum fyrirtækjunum um framkvæmd opins heildsöluaðgangs, gagnsæi, jafnræði og verðlagningu gagnvart fjarskiptafyrirtækjum er óskuðu eftir aðgangi. Að öðrum kosti gæti hugsanlega svo farið að PFS þyrfti að grípa inn í, þ.e. ef aðgangur að heildsölumarkaði farsímaþjónustu þrengdist eða lokaðist. Einnig liti PFS svo á að samstarfið myndi ekki hafa neikvæð áhrif á samkeppni á tilgreindum mörkuðum, að því gefnu að áform samstarfsaðila um framkvæmd gengju eftir. Aftur á móti væri mikilvægt að stefndi SE setti bindandi skilyrði fyrir samstarfi félaganna tveggja er lytu m.a. að opnum heildsöluaðgangi annarra fjarskiptafyrirtækja að farsímakerfi hvors félags fyrir sig og að jafnframt væri gætt jafnræðis og gagnsæis í viðskiptum aðila. Til þess að tryggja traust og trúverðugleika í framkvæmd slíks aðgangs væri mikilvægt að stjórn sameiginlegs rekstrarfélags yrði a.m.k. skipuð einum óháðum stjórnarmanni sem skyldi einnig vera stjórnarformaður fyrirtækisins.

Fyrir liggur að stefndi SE mat það svo að samstarf þetta myndi ekki uppfylla ákvæði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, nema þá á grundvelli tiltekinna skilyrða, sbr. 2. mgr. 15. gr. laganna. Jafnframt voru stefndu Sýn hf. og Nova ehf. upplýstir um það að skilyrði fyrir samstarfinu sem félögin hefðu lagt til í upphaflegu erindi sínu væru ekki fullnægjandi. Undir rannsókn málsins fóru síðan fram viðræður um þau skilyrði sem SE taldi að þyrfti að setja ætti umrætt samstarf félaganna að verða heimilað.

Þann 18. febrúar 2015 heimilaði síðan SE stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að hafa með sér umrætt samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Forsenda

Þess var sú að félögin féllust á að hlíta tilteknum skilyrðum fyrir samstarfinu sem ætlað var að vinna gegn því að samstarf þeirra um rekstur dreifikerfisins raskaði samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölu- og smásölustigi. Skilyrðunum var einnig ætlað að skapa fleiri valkosti og þar með aukna möguleika fyrir þjónustuaðila sem fyrir voru á markaðnum til farsímaþjónustu á smásölustigi, svo og nýja aðila, og stuðla þannig að virkri samkeppni. Þá var talið að með skilyrðunum væri skapað tækifæri til betri nýtingar á fjárfestingum í undirliggjandi kerfum farsímaþjónustu. Undirrituðu Sýn hf. og Nova ehf. sátt um að hlíta skilyrðum SE.

Framangreind sátt snýst í meginráttum um eftirtalin atriði: Í fyrsta lagi að við heildsölu Sýnar hf. og Nova ehf. á markaði, m.a. fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímakerfum, fyrir t.d. sýndarnetsaðila og endursöluaðila, skuli gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart fjarskiptafyrirtækjum sem óska eftir slíkum aðgangi. Í öðru lagi eru fyrirmæli um visst óhæði þeirra sem sitja í stjórn rekstrarfélagsins, þar sem girt er fyrir að stjórnendur Sýnar hf. og Nova ehf. geti setið þar saman í stjórn, en með því sé komið í veg fyrir að samstarfið geti orðið uppspretta frekara samstarfs sem skaði samkeppni. Í þriðja lagi eru fyrirmæli um óhæði stjórnenda og lykilstarfsmanna rekstrarfélagsins. Í fjórða lagi eru fyrirmæli um tilhögun tæknilegs samstarfs, m.a. um skipan og umgjörð tímabundins tæknihóps við innleiðingu starfseminnar. Í fimmta lagi eru síðan ákvæði um eftirfylgni vegna ákvæða sáttarinnar, kynningu o.fl. Umrædd skilyrði voru sögð byggð á mati á samkeppnisaðstæðum á viðkomandi mörkuðum og athugasemdum sem hefðu borist frá hagsmunaaðilum á fjarskiptamörkuðum. Þá var sögð höfð hliðsjón af sambærilegum erlendum úrlausnum og þróun á fjarskiptamarkaði, einkum hvað varðaði samnýtingu innviðakerfa í fjarskiptaþjónustu, m.a. í Svíþjóð og Danmörku.

Framangreind heimild SE til stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. frá 18. febrúar 2015 birtist síðan í ákvörðun SE, dags. 22. maí 2015, nr. 14/2015. Þar kemur fram að SE fallist á beiðni félaganna um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga vegna samstarfs þeirra um rekstur dreifikerfis. Í ákvörðuninni kemur fram að skilyrðunum sem stefndu félögin hafi undirgengist, gegn veitingu undanþágunnar, sé ætlað að vinna gegn því að samstarfsverkefni Sýnar hf. og Nova ehf. raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölu- og smásölustigi. Meðal annars eigi skilyrðin að tryggja að félögin starfi áfram sem sjálfstæðir og óháðir keppinautar á heildsölu- og smásölumörkuðum fyrir farsímaþjónustu, þannig að þau hvorki hindri né hamli viðskiptum við önnur fjarskiptafyrirtæki með ómálefnalegum hætti. Með skilyrðunum sé stefnt að því að tryggja virka samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum þannig að samstarfið leiði til fleiri valkosta í

farsímaþjónustu og stuðla megi að enn frekari samkeppni. Í umræddri ákvörðun SE var jafnframt tekin rökstudd afstaða til sjónarmiða hagsmunaaðila, þar á meðal fyrrgreindra sjónarmiða stefnanda, Símans hf.

Með stjórnslukæru, dags. 16. júní 2015, kærði stefnandi Síminn hf. umrædda ákvörðun stefnda SE nr. 14/2015 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í kærinni var þess krafist að ákvörðunin yrði felld úr gildi og að áfrýjunarnefndin tæki ákvörðun um, eða legði fyrir stefnda SE, að binda samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin teldi nauðsynlegt, einkum hvað varðaði samnýtingu á tíðniheimildum. Byggði stefnandi einkum á því að óheft heimild til samnýtingar tíðniheimilda, eins og hin kærða ákvörðun fæli í sér, væri í ósamræmi við 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, sbr. einkum c- og d-liði hennar, enda skapaði hún eða væri a.m.k. til þess fallin að skapa félögum yfirburðastöðu gagnvart keppinautum og raskaði um leið samkeppni á hlutaðeigandi mörkuðum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti framangreinda ákvörðun SE nr. 14/2005 í úrskurði í máli nr. 7/2015. Í úrskurðinum var vísað til þeirra forsendna sem fram koma í niðurstöðukafla ákvörðunar SE um að samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. um samnýtingu tíðniheimilda raskaði ekki samkeppni með þeim hætti að andstætt væri d-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga og það fullnægði að öðru leyti öðrum ákvæðum 1. mgr. 15. gr. laganna. Kom fram að tekið væti tillit til þeirra skilyrða sem SE setti samstarfinu og félögum væri gert að hlíta, m.a. um samnýtingu þeirra á tíðniheimildum. Þá leit áfrýjunarnefndin svo á að ekki væri ástæða til þess að setja samnýtingu tíðniheimilda frekari skilyrði eða takmarkanir en gert hefði verið. Þá var hvorki talið að meðferð SE á málinu, er lauk með ákvörðun nr. 14/2015, hefði brotið gegn meðalhófssjónarmiðum né rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.

Stefnandi Síminn hf. telur engu að síður í máli þessu að framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála skorti lagastoð, auk þess sem hann sé byggður á röngum forsendum, og hefur stefnandi því höfðað mál þetta til ógildingar á honum.

Um atvik eftir að mál þetta var höfðað er það að segja að undir rekstri þess aflaði stefnandi, í því skyni að renna stoðum undir dómkröfur sínar, matsgerðar tveggja dómkvaddra matsmanna, Katrínar Ólafsdóttur hagfræðings og Kristins Haukssonar rafeindateknifræðings. Lagðar voru þrjár spurningar fyrir matsmenn, en í forsendum matsgerðar var tekið fram að hún miðaðist við aðstæður 26. nóvember 2015.

Fyrsta matsspurningin laut að því hver væru áhrif eða líkleg áhrif samnýtingar tíðniheimilda Sýnar hf. og Nova ehf. á vettvangi Sendafélagsins ehf. á markaði

fyrir fjarskiptþjónustu, þ.e. 2G-, 3G- og 4G-, þ.m.t. LTE Advanced 4G-þjónustu. Í því sambandi var spurt um áhrif eða líkleg áhrif samnýtingar tíðniheimilda á samskipti á fjarskiptamarkaði hérlandis, þ.m.t. áhrif eða líkleg áhrif hennar á samkeppnisstöðu og -hæfni Sýnar hf. og Nova ehf. hvað varðaði þjónustugæði, t.d. gagnaflutningshraða, hámarks- og meðalhraða svo og þjónustuframboð í farnetsþjónustu. Í svari við fyrstu matsspurningu kom fram að samnýting tíðniheimilda fæli ekki í sér beina hagræðingu fyrir Sýn hf. og Nova ehf. aðra en væntanlega lægri stofnkostnað til framtíðar. Aftur á móti gerði hún þeim kleift að bjóða betri þjónustu en ella, t.d. með meiri hraða, ekki síst þar sem þarfir viðskiptavina þeirra væru ólíkar og álagstímar væru væntanlega á mismunandi tímum dags. Samnýtingin breytti því ekki tekjumöguleikum fyrirtækjanna, sem gætu þá boðið fleiri og dýrari þjónustuleiðir á kerfum sínum en keppinautar sem hefðu yfir minni tíðniheimildum að ráða gætu. Samnýting tíðna hefði nánast engin áhrif á 2G-þjónustu, einhver áhrif á 3G- og 4G/LTE-þjónustu en langmest á LTE-Advanced og LTE-A pro-kerfin. Þetta skapaðist aðallega af því að með nýrri og betri tækni hefði skapast sá möguleiki að samtengja mismunandi tíðnibönd og ná þannig meiri bandbreidd og þar með meiri hraða. LTE-A-kerfin væru félögin nú þegar byrjuð að byggja upp á Íslandi. Með samnýtingu tíðna hefði Sendafélagið ehf. yfir að ráða meira en 50% tíðniheimilda á öllum tíðniböndum. Búast mætti við að þetta efli samkeppnisstöðu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á markaði og væru þeim ekki sett nægjanleg skilyrði sem tryggðu áframhaldandi samkeppni á milli þeirra væri þá mögulegt að þau fengju sameiginlega markaðsráðandi stöðu.

Önnur matsspurning laut að því hvert samhengi væri á milli tíðniheimilda, annars vegar, og mögulegs gagnaflutningshraða, þ.e. hámarks- og meðalhraða, í farnetsþjónustu hins vegar, t.d. af tegundinni 2G-, 3G- og 4G-, þ.m.t. LTE Advanced-4G þjónustu. Í því sambandi var spurt hversu miklar tíðniheimildir fjarskiptafyrirtæki þyrfti til þess að geta boðið 4G-farnetsþjónustu af mestu mögulegu gæðum/gagnaflutningshraða, þ.e. hámarks- og meðalhraða, ef miðað væri við fullkomnustu 4G-tækni, svo sem LTE Advanced. Í svari matsmanna við annarri matsspurningu kom fram að samhengi á milli gagnaflutningshraða og tíðniheimilda birtist í neðangreindri töflu um hámarksniðurhalshraða og bandbreidd farsímakerfa:

3GPP staðall	Kynslóð	Ár	Hámarkshraði Mb/s	Bandbreidd MHz
GPRS	2G	1998	0,04	0,2
EDGE	2.5G	2002	0,3384	0,2
HSPA	3G	2005	14	5

HSPA+	3.5G	2009	42	5
LTE	4G	2010	300	20
LTE-Advanced	4.5G	2014	1000	5x20
LTE-A-Pro	4.9G	2018	>3000	32x20

Taflan sýndi hámarkshraða sem viðkomandi tegund farnetsþjónustu gæti gefið, en meðalhraðinn væri mælikvarði yfir raunhraða sem viðkomandi farsímanotandi gæti fengið. Meðalhraðinn væri háður mörgum utanaðkomandi þáttum, svo sem fjarlægð frá sendistað, fjölda samtímanotenda á sendi, veðri, o.fl. Erfitt væri því að segja til um hver meðalhraðinn væri þar sem hann væri háður svo mörgum og breytilegum þáttum. Aftur á móti yrði meðalhraðinn við bestu aðstæður aldrei meiri en hámarkshraðinn, þannig að beint samband væri á milli þessara tveggja stærða. Meiri hámarkshraði gæfi þannig af sér meiri meðalhraða. Eins og sæist á töflunni væri beint samhengi á milli bandbreiddar, m.ö.o. tíðniúthlutunar, og gagnaflytningshraðans, þótt með nýrri tækni hefði tekist að auka hraðann á 2G-, 3G- og 4G-kerfunum án þess að auka bandbreidd að sama skapi á móti. Frá og með 4.5G LTE-Advanced-tækninni væri boðið upp á samnýtingu tíðnibanda, t.d. byði LTE-A upp á það að samnýta allt að 5 tíðnibönd með 20MHz bandbreidd hvert eða allt að 100MHz bandbreidd.

Þriðja matsspurningin laut síðan loks að því hvort samnýting tíðniheimilda væri nauðsynleg forsenda fyrirbyggjandi samstarfs Sýnar hf. og Nova ehf. um rekstur dreifikerfis eða forsenda fyrir slíku samstarfi almennt. Í því samhengi var einnig spurt hvort og eða að hvaða leyti samnýting tíðniheimilda sem samstarfið fæli í sér væri nauðsynleg forsenda þess að yfirlýst markmið með því næðust, þ.m.t. um kostnaðarhagræði við rekstur dreifikerfis, samkvæmt erindi félaganna til stefnda SE frá 19. nóvember 2013. Í svari matsmanna við þriðju matsspurningunni kom fram að ekki yrði séð að samnýting tíðniheimilda væri nauðsynleg forsenda fyrir samstarfinu. Kostnaðarhagræði af samstarfinu lægi aðallega í sparnaði á stofnkostnaði sem byggðist á samrekstri búnaðar og hýsinga, en samnýting tíðniheimilda gerði félögunum kleift að bjóða upp á meiri hraða og mögulega dýrari þjónustuleiðir.

Aðalmeðferð máls þessa fór fram dagana 4. og 7. febrúar 2019. Fyrir dóminn komu dómkvaddir matsmenn, Katrín Ólafsdóttir hagfræðingur og Kristinn Hauksson rafeindateknifræðingur, og staðfestu niðurstöður matsgerðar sinnar. Fyrir dóm komu auk þess vitnin Kjartan Briem, starfsmaður Sýnar hf., og Jóakim Hlynur Reynisson, rafmagnsverkfræðingur og fyrrum starfsmaður Nova ehf. en núverandi sjálfstæður ráðgjafi. Verður framburður þeirra reifaður eins og þurfa

þykir hér í niðurstöðukafla.

Málsástæður og lagarök stefnanda Símans hf.

Stefnandi, Síminn hf., byggir ógildingarkröfu sína á því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 og þar með einnig ákvörðun stefnda SE nr. 14/2015 séu í ósamræmi við áskilnað 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samstarf stefndu í núverandi búningi, þá einkum óheft samnýting tíðniheimilda, raski verulega samkeppni og umfram það sem nauðsynlegt sé. Brjótí það í bága við c- og d-liði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Hafi því borið að hafna undanþágubeiðni félaganna, eða þá í öllu falli setja samnýtingu tíðniheimilda viðhlítandi skilyrði með stoð í 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, til að koma í veg fyrir eða a.m.k. draga úr samkeppnishömlum. Það hafi ekki verið gert og séu umræddar stjórnvaldsákvæðanir því ólögmætar og því sé nú óhjákvæmilegt að fella þær úr gildi í heild sinni. Jafnframt sé á því byggt að ákvarðanirnar brjótí gegn ákvæðum stjórnslulaga nr. 37/1993, þá einkum 10. og 12. gr. þeirra, enda hafi ekki verið rannsakað með viðhlítandi hætti hvort samnýting tíðniheimilda án skilyrða væri nauðsynleg forsenda umrædds samstarfs. Þá sé úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála einnig byggður á röngum forsendum.

Eingöngu nauðsynlegar samkeppnishömlur geti hlotið undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga á grundvelli c-liðar 1. mgr. 15. gr. laganna og að krafa sé þar gerð um það að samningsaðilar gætu ekki náð settu markmiði með vægari úrræðum, þ.e. úrræðum sem fælu í sér minni samkeppnishömlur. Varðandi d.-lið ákvæðisins þyrfti að meta að hve miklu leyti samstarfið kæmi í veg fyrir samkeppni á milli sjálfra aðila samstarfsins og það hvaða samkeppni mætti vænta frá öðrum aðilum á markaði.

Túlka verði 15. gr. samkeppnislaga til samræmis við sambærilegar reglur evrópsks samkeppnisréttar, sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993 um EES. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins (ESB) um beitingu á áður 3. mgr. 81. gr. en nú 3. mgr. 101. gr. Sáttmálans um starfshætti ESB sé lögð áhersla á að vernda samkeppni við mat á því hvort samstarf fyrirtækja skuli undanþegið banni við ólögmætu samráði. Skuli það vega þyngra á metum en mögulegt hagræði af samstarfinu. Hafi þetta vægi við skýringu d-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Þá sé áskilið að settum markmiðum verði ekki náð eftir vægari leiðum, svo sem mælt sé fyrir um í c-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, sbr. og 12. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 og almennar reglur stjórnsluréttar. Séu rökin m.a. þau að röskun á samkeppni verði á endanum talin valda neytendum meira tjóni en nemi hugsanlegum skammtímaábata af samstarfi.

Við skýringu á 15. gr. samkeppnislaga beri að líta til þess að ákvæðið sé undantekning frá banni við ólögmatu samráði samkvæmt 10. gr. laganna, en slík háttsemi sé í eðli sínu talin skaðleg samkeppni, sbr. einnig 1. gr. laganna. Óumdeilt sé að umrætt samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. falli undir 10. gr. laganna. Teljist það því vera óheimilt nema undanþága samkvæmt 15. gr. kæmi til. Stefndu hafi hins vegar ekki tekist að sýna fram á það að skilyrði ákvæðisins séu hér öll fyrir hendi.

Stefnandi byggir á því að samstarf Sýnar hf. og Nova ehf., þá einkum samnýting tíðniheimilda, valdi, eða sé til þess fallið að valda, verulegri samkeppnisröskun á viðkomandi mörkuðum, í andstöðu við 15. gr. samkeppnislaga, einkum c- og d-liði 1. mgr. ákvæðisins. Það samkeppnisforskot sé einkum fólgið í því að félögin geti þá boðið farnetsþjónustu með umtalsvert meiri gæðum en keppinautar með minni tíðniheimildir, bæði m.t.t. meðal- og hámarkshraða í gagnaflutningi. Framangreint raski samkeppnisstöðu og -hæfni keppinauta stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á fjarskiptamarkaði, þ.m.t. stefnanda, og þar með samkeppni í fjarskiptum almennt.

Áhrif samnýtingar tíðniheimilda komi einkum fram á markaði fyrir fjórðu kynslóðar farsímabjónustu, en sé litið til samnýttra tíðniheimilda stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á tíðnisviðunum 800 MHz og 1800 MHz, alls 110 MHz, gætu félögin boðið viðskiptavinum sínum hátt í 412 Mb/s gagnaflutningshraða að hámarki í 4G-þjónustu miðað við fullkomnustu 4G-tæknina sem vöð hafi verið á þegar málið hafi verið höfðað, LTE Advanced. Keppinautum sé ókleift að bjóða þann hraða eða sambærileg þjónustugæði eins og skipulagi tíðniheimilda sé háttáð. Tíðniheimildir stefnanda á fyrrgreindum tíðnisviðum séu alls 60 MHz á 1800 MHz tíðnisviðinu, eða tæplega helmingi minni tíðniheimildir en stefndu Sýn hf. og Nova ehf. geti nýtt á grundvelli samnýtingar á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðinu. Sá munur skipti sköpum fyrir möguleika á að bjóða fullkomnustu 4G-þjónustu, LTE Advanced, af hámarksgæðum. Í þessu sambandi sé það rangt sem komi fram í umsögn PFS til stefnda SE að aðgangur að 2x20 MHz tíðnisviði á 1800 MHz tíðnisviðinu sé nægur til að bjóða hröðustu og skilvirkustu þjónustu sem LTE-tæknin bjóði upp á eða gagnaflutningshraða upp á a.m.k. 100 Mb/s. Hið rétta sé að nútíma 4G-þjónusta geti náð allt að 400–500 Mb/s hámarkshraða og þurfi til þess ákveðinn fjöldi tíðniheimilda. Þá muni gagnaflutningshraði fyrirsjáanlega aukast í náninni framtíð samfara bættri 4G-tækni og það kalli á auknar tíðniheimildir. Af samnýtingu tíðniheimilda leiddi því að stefndu Sýn hf. og Nova ehf. öðluðust samkeppnishamlandi forskot á keppinauta sína þegar kæmi að því að bjóða háhraða farnetsþjónustu og þá af bestu mögulegu gæðum.

Áhrifa samnýtingar tíðniheimilda gæti líka í 2G- og 3G-farnetsþjónustu þar sem auknar tíðniheimildir myndu einnig auka afköst og gæði, þar á meðal hámarks- og meðalhraða. Sama gildi á smásölumarkaði enda geti stefnandi ekki boðið jafn mikinn gagnaflutningshraða og Sýn hf. og Nova ehf. sé gert kleift með samnýtingunni. Sama sé að segja um heildsölumarkað, sérstaklega á þeim hluta fjarskiptamarkaðar er lúti að farnetsþjónustu, ekki síst 4G-háhraðafarnetsþjónustu. Af þessu leiði að aldrei hefði átt að heimila samnýtingu tíðniheimilda, sbr. 15. gr. samkeppnislaga.

Tíðniheimildir séu takmörkuð gæði sem úthlutað sé eftir viðmiðunum um það að úthlutun tíðniheimilda til einstakra fyrirtækja megi ekki fara fram úr því hámarki sem PFS ákveði, sbr. og 11. og 14. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti og 1. gr. reglugerðar nr. 1047/2011, sbr. 3. gr. laga nr. 69/2003 um PFS og meginreglur fjarskiptaréttar um að gætt skuli samkeppnissjónarmiða við ráðstöfun tíðniheimilda o.fl. er endurspeglis í fjölmörgum ákvæðum laga nr. 81/2003. Með samnýtingu tíðniheimilda sé vikið frá þeim viðmiðunum, enda geti hvor samstarfsaðili þá bæði nýtt sér eigin tíðniheimildir og tíðniheimildir hins, jafnvel þó að samanlagður fjöldi tíðniheimilda fari fram úr úthlutunarmörkum á einstök fyrirtæki. Tíðniheimildir fyrirtækja sem á hinn bóginn taki ekki þátt í samnýtingu tíðniheimilda takmarkist við úthlutunarmörkin og séu þau því lakar sett en fyrirtæki er fengið hafi úthlutað tíðnum hvort í sínu lagi og samnýtt þær. Samnýting tíðniheimilda sé því varhugaverð frá samkeppnislegu sjónarmiði. Hafi því verið brýnt að grípa til allra tiltækra ráðstafana af hálfu samkeppnisyfirvalda til að draga úr hættu á samkeppnishömlum af völdum samnýtingar tíðniheimilda, en það hafi þau látið ógert. Gangi það í berhögg við 15. gr. samkeppnislaga, þ.m.t. c-lið ákvæðisins, sbr. og 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, og það leiði til ógildingar. Til samanburðar þá hafi erlend samkeppnis- og fjarskiptayfirvöld takmarkað samnýtingu tíðniheimilda, þ.m.t. með því að setja henni skilyrði. Í ákvörðun danska samkeppnis- og neytendaráðsins hafi þannig samstarfsaðilunum Telia og Telenor verið gert að bjóða eftirleiðis í tíðniheimildir í sameiningu undir formerkjum rekstrarfélags síns til þess að draga úr sams konar hættu á samkeppnishömlum og leiði af samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. Hefði a.m.k. borið að setja fyrirbyggjandi samstarfi slíkt eða viðlíka skilyrði, eða þá tryggja keppinautum frekari tíðniheimildir, ætti að heimila slíka samnýtingu á annað borð og þrátt fyrir þá samkeppnisröskun sem af henni leiddi.

Ekki sé unnt að jafna umræddan aðstöðumun í síðari úthlutunum tíðniheimilda af hálfu PFS. Samnýting tíðniheimilda af hálfu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. skekki samkeppnisstöðu keppinauta, þ.m.t. stefnanda, bæði til skemmri og lengri tíma litið. Nýjasta 4G-tæknin sé þegar komin á markað og séu stefndu félögin þar

með ótvírætt forskot, að óbreyttu, en útgefnar tíðniheimildir þeirra á tíðnisviðunum 800 MHz og 1800 MHz gildi til tíu ára. Með sameiginlega rekstrarfélaginu hafi þau nú forskot á keppinauta í framboði og markaðssetningu á viðkomandi þjónustu, einkum 4G-háhraðafarnetsþjónustu. Geti hugsanleg úthlutun tíðna á komandi árum að réttu lagi ekki haft þýðingu við úrlausn sakarefnisins. Þá sé úthlutun tíðniheimilda í framtíðinni háð ýmsum óvissuþáttum sem ekki séu á forræði stefnanda. Ekki liggi fyrir hvenær og þá hversu margar tíðnir komi næst til úthlutunar, hver hámarksúthlutun yrði, hvort tíðniheimildir yrðu bundnar kvöðum, hvaða kjör myndu þá bjóðast eða hverjir tíðniskilmálar yrðu að öðru leyti. Því geti samkeppnisyfirvöld ekki vikið sér undan lögbundnum skyldum sínum til þess að setja samnýtingu tíðniheimilda nauðsynlegar skorður með vísan til þess að frekari tíðniheimildir kunni að koma til úthlutunar síðar. Til samanburðar, þá hafi sjónarmiðum af viðlíka toga almennt verið hafnað í framkvæmd danskra samkeppnisyfirvalda,. Þá hafi samkeppnisyfirvöld litið fram hjá því að við síðari úthlutanir tíðniheimilda muni stefndu Sýn hf. og Nova ehf. allt eins geta viðhaldið og styrkt yfirburðastöðu sína, svo sem með því að bjóða í tíðniheimildir sitt í hvoru lagi og óska síðan eftir því að samnýta þær, enda væru félögunum engar sérstakar skorður settar að því leyti með umþrættum stjórnvaldsákvörðunum.

Sú ákvörðun stefnanda að bjóða ekki í tíðniheimildir á tíðnisviðinu 800 MHz í uppboði PFS árið 2013 hafi enga þýðingu við mat á skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga. Mat samkvæmt 15. gr. taki til áhrifa samstarfs á samkeppni á viðkomandi markaði til skemmri og lengri tíma litið og geti ákvarðanir einstakra fyrirtækja engu breytt í því efni. Samkvæmt skilmálum uppboðsins árið 2013 hafi stefnandi að hámarki getað fengið 10 MHz (2x5) á 800 MHz tíðnisviðinu án þess að skerða úthlutun á 1800 MHz tíðnisviðinu. Fyrirnefnda tíðnisviðið hafi auk þess verið bundið kvöðum um útbreiðslu og uppbyggingu, en kostnaður við að uppfylla þær kvaðir hafi að mati stefnanda farið fram úr ávinningi af jafn lítilli tíðniúthlutun á 800 MHz, ef halda ætti óskertri úthlutun á 1800 MHz. Því hafi það verið mat stefnanda að bjóða ekki í tíðniheimildir á 800 MHz. Þá sé fyrirbyggjandi samnýting stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á tíðniheimildum ekki einskorðuð við tíðniheimildir sem félögunum hafi verið úthlutað í uppboði PFS árið 2013, heldur taki hún einnig til eldri tíðniheimilda félaganna. Hefði samnýting tíðniheimilda verið takmörkuð við þær tíðniheimildir sem úthlutað hafi verið í uppboðinu 2013 hefði samnýtingin aðeins tekið til alls 50 MHz, en ekki 100 MHz, sem sé raunin á tíðnisviðunum 800 MHz og 1800 MHz. Skaðleg áhrif samnýtingarinnar séu því mun meiri en þau þyrftu að vera. Gangi það meðal annars í berhöggi við c.-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga og meðalhófsreglu, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Af þessu hafi leitt að samkeppnisyfirvöldum hafi að lágmarki verið skylt að binda samstarfið nauðsynlegum skilyrðum, m.a. til að koma í veg fyrir frekari samþjöppun tíðniheimilda, í þá veru að félögunum yrði framvegis skylt að bjóða sameiginlega í tíðniheimildir í framtíðinni í gegnum rekstrarfélagið eða að keppinautum yrði úthlutað frekari tíðniheimildum, en fyrrnefnda leiðin hafi verið farin í áðurgreindri ákvörðun danska samkeppnis- og neytendaráðsins. Með því að láta það undir höfuð leggjast fari umþrættar stjórnvaldsákvörðanir í bága við c- og d-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og almennar meginreglur stjórnsýsluréttar.

Keppinautar stefnanda hafi styrkt stöðu sína verulega á undanförunum árum og saxað mjög á hlutdeild hans á fjarskiptamarkaði og jafnvel tekið fram úr honum í tilviki stefnda Nova ehf. Eigi það t.d. við um flokkinn „fjöldi áskrifta fyrir netið [breiðbandstengingu] í farsímamann“, en á fyrri helmingi árs 2015 hafi stefndi Nova ehf. verið þar með 40% markaðshlutdeild á móti 33,1% stefnanda og 23,6% stefnda Sýnar hf. Sömu sögu sé að segja um flokkinn „gagnamagn, netið í farsímamann“, sem inniberi meðal annars gagnamagn með 3G- og 4G-þjónustu, en á fyrri helmingi ársins 2015 hafi stefndi Nova ehf. verið þar með 65,5% á móti 18,3% stefnanda og 13,4% stefnda Sýnar hf. Á fyrri helmingi ársins 2013 hafi hlutföllin verið 35,5% hjá stefnda Nova ehf., 34% hjá stefnanda og 25,3% hjá Sýn hf. í fyrrnefnda flokknum, en 46,8% hjá Nova ehf., 29,3% hjá stefnanda og 19,5% hjá Sýn hf. í þeim síðarnefnda. Vöxtur stefnda Nova ehf. á þessu sviði hafi því verið mjög ör árin fyrir 2015 og hlutdeild stefnanda dregist saman að sama skapi. Með samnýtingu tíðniheimilda hafi staða þessara tveggja keppinauta styrkst enn frekar og verði því að gera enn ríkari kröfur til þess að sýnt sé fram á að skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga sé fullnægt. Í þessu ljósi séu umþrættar ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í grundvallaratriðum byggðar á röngum forsendum, þ.m.t. hvað snerti stöðu/hlutdeild viðkomandi fyrirtækja á fjarskiptamarkaði og leiði sá annmarki þegar til ógildingar að mati stefnanda. Jafnframt hafi ákvarðanirnar af framangreindum ástæðum brotið í bága við 10. og 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 sem einnig leiði til ógildingar. Þar fyrir utan geti ætlaður markaðsstyrkur stefnanda ekki breytt þeim skaðlegu áhrifum er samnýting hafi á samkeppni á fjarskiptamarkaði, þ.m.t. þann aðstöðumun að keppinautum sé ókleift að bjóða sambærilega þjónustu, þ.m.t. 4G, og stefndu Sýn hf. og Nova ehf. geti boðið með samnýttum tíðniheimildum.

Sé litið til fjölda viðskiptavina á markaði vegna farsímaþjónustu, þ.e. talþjónustu, árið 2013 þá hafi stefnandi verið með 35,4% eða 126.022 talsins, stefndi Nova ehf. með 31,8% eða 113.218 talsins og stefndi Sýn hf. með 27,7% eða 98.605 talsins. Samkvæmt því hafi stefndu félögin árið 2013 verið með samanlagt

211.823 viðskipta- vini á móti 126.022 viðskiptavinum stefnanda. Til samanburðar hafi hlutföllin árið 2010 verið þau að stefnandi hafi verið með 41,1% eða 140.045 talsins, stefndi Nova ehf. 21,3% eða 72.625 talsins og stefndi Fjarskipti hf. 31,8% eða 108.530 talsins.

Hafi samkeppnisyfirvöld því ekki rannsakað málið með fullnægjandi hætti og því brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga og meginreglum stjórnsýsluréttar. Hafi þeim borið að rannsaka sérstaklega hvort samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. gæti farið fram án samnýtingar tíðniheimilda eða hvort draga mætti úr samkeppnis- hömlum af samnýtingu með öðru móti, t.d. með setningu skilyrða eða úthlutun frekari tíðniheimilda til keppinauta. Þannig hafi einnig verið brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Sú samnýting tíðniheimilda sem fyrirliggjandi samstarf feli í sér sé hvorki órjúfanlegur þáttur í samstarfi um rekstur fjarskiptadreifikerfis né nauðsynleg forsenda þess að fyrirliggjandi samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. nái yfirlýstu markmiði, sbr. 15. gr. samkeppnislaga. Rekstur „RAN“-fjarskiptadreifikerfis geti verið bæði með og án samnýtingar tíðniheimilda. Þá hafi samnýting tíðniheimilda almennt ekki sérstakt hagræði í för með sér m.t.t. jaðarkostnaðar umfram aðra þætti samstarfsins, heldur væri unnt að ná fram meirihluta kostnaðarhagræðis með annars konar virkri samnýtingu dreifikerfa án þess að til samnýtingar tíðniheimilda þyrfti að koma. Hafi stefndu ekki fært fram viðhlítandi útskýringar á því hvernig samnýting tíðniheimilda tengist yfirlýstum markmiðum um kostnaðarhagræði o.fl., og hvernig hún geti talist nauðsynleg með tilliti til þeirra markmiða. Fari samnýting tíðniheimilda því gegn markmiðum um vernd samkeppni og sé neytendum í óhag. Hvíli það og alfarið á stefndu að renna stoðum undir skilyrði 15. gr. samkeppnislaga að þessu leyti, þ.m.t. um nauðsyn samnýtingar, en þá byrði hafi þeir ekki axlað. Einnig sé ljóst að óheft samnýting tíðniheimilda, eins og umþrættar stjórnvaldsáskvarðanir feli í sér, komi beinlínis í veg fyrir að svigrúm skapist til nýtingar annarra á hluta tíðnisviðsins.

Verði ekki fallist á dómkröfur stefnanda á grundvelli framangreindra málsástæðna beri engu að síður að fella úr gildi úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála, enda sé hann reistur á röngum forsendum og því haldinn ógildingaranmarka. Í úrskurðinum sé lagt til grundvallar að tekið hafi verið tillit til þeirra skilyrða sem SE hafi sett vegna samstarfs stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. og félögunum hafi verið gert að hlíta, m.a. um samnýtingu þeirra á tíðniheimildum. Engum slíkum skilyrðum sé hins vegar fyrir að fara í ákvörðuninni. Sé úrskurðurinn að þessu leyti byggður á röngum forsendum, þ.m.t. um inntak ákvörðunar SE, en um sé að ræða atriði er hafi grundvallarþýðingu í málinu. Hafi málið því ekki hlotið viðhlítandi meðferð á æðra stjórnsýslustigi. Úrskurðurinn sé

ógildanlegur á þessum grunni samkvæmt reglum stjórnáslulaga nr. 37/1993 og meginreglum stjórnásluréttar. Rannsókn áfrýjunarnefndarinnar og rökstuðningur úrskurðarins um þetta grundvallaratriði sé því af þeim ástæðum haldinn ógildingaranmörkum, sbr. einkum 10. og 22. gr. síðastnefndra laga.

Málsástæður og lagarök stefnda Samkeppniseftirlitsins

Sýknukrafa stefnda SE byggi á því að ákvörðun þess nr. 14/2015 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 samræmist 15. gr. samkeppnis laga nr. 44/2005. Að teknu tilliti til þeirra skilyrða sem hafi verið sett fyrir samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. þá hafi samstarfið uppfyllt skilyrði a–d-liða 1. mgr. 15. gr. laganna þannig að veita hafi mátt félögunum undanþágu frá 10. gr. laganna. Ekki hafi verið ástæða til þess að setja samstarfinu frekari skilyrði en gert hafi verið í umræddri ákvörðun stefnda SE. Stefndi SE hafi aflað fullnægjandi upplýsinga áður en hann hafi tekið ákvörðun í málinu, sbr. 10. gr. stjórnáslulaga nr. 37/1993 og sama gildi um úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Stjórnáslumeðferð hafi verið vönduð og engir efnislegir annmarkar séu á ákvörðun SE eða í úrskurði nefndarinnar.

Við stjórnáslumeðferð málsins hafi SE leitað umsagnar PFS um tíðnimál og tíðniheimildir og tekið rökstudda afstöðu til þess hvaða skilyrði hafi þurft að setja samstarfi Sýnar hf. og Nova ehf. í því tilliti í ákvörðun. Rannsókn SE á möguleikum keppinauta stefndu félaganna til þess að veita þeim samkeppnislegt aðhald hafi m.a. leitt til þess að í ákvörðun SE hafi verið kveðið á um það skilyrði fyrir samstarfinu að önnur fjarskiptafyrirtæki fengju aðgang að umræddu dreifikerfi félaganna í heildsölu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi einnig leitað umsagnar PFS við málsmeðferðina vegna kæru stefnanda og niðurstaðan orðið sú að rétt væri að staðfesta ákvörðun SE.

Fyrirtæki er leiti eftir undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga beri sönnunarbyrðina gagnvart samkeppnisyfirvöldum fyrir því að skilyrði a–d-liðar 1. mgr. 15. gr. laganna séu uppfyllt. Telji stefndi SE hins vegar að lokinni rannsókn sinni að fyrirtækin hafi axlað þá sönnunarbyrði og skilyrði séu til að veita undanþágu á grundvelli ákvæðisins þá gildi almennar reglur um sönnunarbyrði í máli sem keppinautur fyrirtækjanna höfði í því skyni að fá úrlausn samkeppnisyfirvalda ógilta. Stefndi beri því sönnunarbyrði fyrir staðhæfingu sinni um það að ekki hafi verið lagaskilyrði til þess að veita stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu í umræddu máli frá 10. gr. samkeppnislaga.

Stefndi SE mótmælir því að samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., einkum samnýting fyrirtækjanna á tíðniheimildum, valdi eða sé að minnsta kosti til þess fallin að valda verulegri samkeppnisröskun á mörkuðum, í andstöðu við c- og d-liði

1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Þá sé því mótmælt að með því að samnýta tíðni heimildir öðlist fyrirtækin samkeppnisforskot er lýsi sér í því að þau geti boðið far netsþjónustu með meiri gæðum en keppinautar þeirra sem hafi yfir að ráða minni tíðniheimildum.

Skilyrði hafi verið til þess að veita Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga. Samstarfið uppfylli skilyrði 1. mgr. 15. gr. laganna, enda stuðli það jafnt að bættri framleiðslu og dreifingu á þjónustu fyrirtækjanna, efla tæknilegar og efnahagslegar framfarir og veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi er af þeim hljótist, sbr. a- og b-liði 1. mgr. 15. gr. Þá leggi samstarfið hvorki höft á fyrirtækin, sem séu óþörf til að ná settum markmiðum, né veiti þeim færi á að koma í veg fyrir samkeppni um verulegan hluta þeirrar þjónustu sem um ræði, sbr. c- og d-liði 1. mgr. 15. gr. Beiðni Sýnar hf. og Nova ehf. um undanþágu frá 10. gr. hafi varðað rekstur þeirra á sameiginlegu dreifikerfi fyrir farsímaþjónustu með samnýtingu tíðniheimilda. Með samstarfinu væri unnt að ná fram jákvæðum áhrifum, þ.á.m. aukinni getu hvors fyrirtækis um sig til að veita farnetsþjónustu sem stæðist kröfur um tæknilega getu og landfræðilega útbreiðslu. Með samstarfinu sé stefnt að hagkvæmari uppbyggingu og auknum gæðum 4G-farnetsþjónustu í formi hraðvirkari og afkastameiri þjónustu til hagsbóta fyrir viðskiptavinum fyrirtækjanna tveggja. Hið sama eigi við um þróun 2G- og 3G-þjónustu fyrirtækjanna. Markmiðið með samnýtingunni sé það að anna eftirspurn neytenda eftir auknum hraða og meiri gæðum á gagnaflutningsmarkaði. Þessum markmiðum samstarfsins verði aðeins náð með samnýtingu tíðniheimilda. Í skilmálum uppboð PFS á 800 og 1800 MHz tíðnisviðum á árinu 2013 hafi verið gert ráð fyrir því að tvö eða fleiri fjarskiptafyrirtæki gætu samnýtt tíðniheimildir með hagkvæmni og skilvirkni að leiðarljósi. Skilmálarnir hafi fallið í sér hvatningu til slíkrar samnýtingar.

Ákvörðun stefnda SE um að veita fyrirtækjunum tveimur undanþágu hafi verið tekin í kjölfar ítarlegrar og vandaðrar rannsóknar á áhrifum samstarfsins og mats á því hvort og þá hvaða skilyrði væri nauðsynlegt að setja samstarfinu vegna hættu á að það raskaði samkeppni, til skemmri eða lengri tíma, á hinum skilgreindu mörkuðum. Í ákvörðun SE sé gerð grein fyrir jákvæðum áhrifum samstarfsins fyrir neytendur og hvernig það stuðli að meiri samkeppni á umræddum heildsölu- og smásöluörkuðum almenningi til hagsbóta. Einnig segir þar að samstarfið efla möguleika stefnda Sýnar hf. til virkrar samkeppni á heildsöluarkaði fyrir sýndarnetsrekstur og endursölu á farsímaþjónustu og að stefnda Nova ehf. verði í fyrsta skipti kleift að bjóða og sinna slíkri þjónustu, en stefnandi hafi áður setið einn að umræddum viðskiptum. Fyrirtækjum sem geti veitt heildstæðan heildsöluaðgang um land allt hafi þannig fjölgað úr tveimur í þrjú, en um leið hafi

aukist möguleikar keppinauta fyrirtækjanna þriggja, þeirra sem fyrir voru og nýrra, á smásöllumarkaði. Því sé samstarf þetta til þess fallið að örva samkeppni almennt á farsímamarkaði neytendum til hagsbóta.

Skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga sé ekki ætlað að vernda hagsmuni eða stöðu einstakra fyrirtækja. Því sé ekki unnt að neita fyrirtækjum um undanþágu fyrir samstarf er uppfylli skilyrði 15. gr. samkeppnislaga með vísan til þess að undanþágan skapi þeim sem eftir henni leiti samkeppnisforskot á keppinauta. Eðli máls samkvæmt geti marvíslegir samstarfssamningar fyrirtækja, t.d. rannsóknar- og þróunarsamningar, framleiðslusamningar og innkaupasamningar, skapað fyrirtækjum hagræði og forskot á keppinauta. Einu skilyrðin fyrir því að veita samstarfssamningum keppinauta undanþágu komi fram í a–d-lið 1. mgr. 15. gr. laganna. Ákvæðið eigi sér hliðstæðu í 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins, en í leiðbeiningum eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) um beitingu ákvæðisins segi að þegar fjórum skilyrðum ákvæðisins sé fullnægt auki samningur samkeppni á viðkomandi markaði, enda stuðli hann að því að hlutaðeigandi fyrirtæki bjóði neytendum ódýrari eða betri vörur og bæti þannig upp neikvæð áhrif af samkeppnishömlum. Öll skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga hafi verið fyrir hendi til að veita stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga og verði stefnandi þar af leiðandi að sæta því að hagsmunir neytenda og hagsmunir virkrar samkeppni vegi þyngra á metunum en hans eigin hagsmunir. Samstarf stefndu félaganna hafi þannig skapað grundvöll fyrir líflegri samkeppni á mörkuðum og samrýmdst það markmiði samkeppnislaga um að efla virka samkeppni.

Stefnandi, Síminn hf., hafi hvorki sýnt fram á það að samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., að teknu tilliti til þeirra skilyrða sem því hafi verið sett, legði höft á fyrirtækin, sem óþörf séu til þess að settum markmiðum verði náð, sbr. c-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, né að það veiti þeim færi á að koma í veg fyrir samkeppni um verulegan hluta þjónustunnar sem um ræði, sbr. d-lið sömu mgr. Í ákvörðun stefnda SE, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi staðfest, hafi samstarfi félaganna verið sett ítarleg og ströng skilyrði. Þeim hafi verið ætlað að tryggja jafnan og málefnalegan aðgang fjarskiptafyrirtækja að heildsölu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. og heildsölu hvors um sig, sbr. 1. gr. ákvörðunarorða stefnda SE. En einnig skyldu þau tryggja virka samkeppni á milli stefndu félaganna á heildsölu- og smásöllumarkaði og þar með hlutdeild núverandi og nýrra keppinauta á smásölustigi í rekstrarhagræði samstarfsins.

Stefnandi Síminn hf. hafi yfir að ráða tíðniheimildum sem hafi veitt honum færi á að þróa og veita þjónustu með 2G-, 3G- og 4G-tækni, auk þess sem stefnanda og öðrum mögulegum keppinautum hafi verið kleift að koma inn á markaðinn og eða bæta tíðniheimildar sínar, enda hafi umtalsverðum

tíðniheimildum verið úthlutað á árunum 2016–2018. Sterk alhliða staða stefnanda á fjarskiptamörkuðum hafi gert honum kleift að veita þróttmikla samkeppni á sviði fjarskipta, þ.m.t. í rekstri dreifikerfa í farsímaþjónustu og í heildsölu og smásölu á þeirri þjónustu. Að mati SE veiti samstarfið Sýn hf. og Nova ehf. ekki færi á því að koma í veg fyrir samkeppni á markaðnum. Skilyrði sem samstarfinu séu sett girði fyrir að það geti skapað samráðsvettvang fyrir Sýn hf. og Nova ehf. Þá gangi samstarfið ekki lengra en nauðsynlegt sé til þess að ná markmiðunum sem stefnt sé að með því. Eins séu skilyrðin er stefndi SE hafi sett fyrir samstarfinu fullnægjandi til að koma í veg fyrir samkeppnisröskun á mörkuðum og því ekki forsendur til að setja frekari skilyrði, og áfrýjunarnefndin hafi staðfest það.

Umfjöllun stefnanda um ákvörðun danska samkeppnis- og neytendaráðsins frá 29. febrúar 2012 vegna undanþágubeiðni fjarskiptafyrirtækjanna Telia og Telenor sé röng. Þar hafi þeim fyrirtækjum verið heimilað að eiga samstarf um rekstur sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu. Eins og í ákvörðun SE nr. 14/2015 hafi þar ekki verið mælt fyrir um sérstakar kvaðir um samnýtingu tíðniheimilda og því ekki verið settar meiri hömlur á samnýtingu tíðniheimilda en í máli nr. 14/2015. Félögunum hafi hins vegar verið sett skilyrði um útfærslu tilboðsgerðar í framtíðinni, þannig að eftirleiðis skyldu þau bjóða í tíðniheimildir í nafni rekstrarfélags síns. Lög um fjarskipti nr. 81/2003 heimili ekki slíkt framsal tíðni heimilda frá fjarskiptafyrirtækjum til rekstrarfélaga né heimili lögin slíkum félögum að bjóða í tíðniheimildir. Samkvæmt upplýsingum PFS, sem aflað hafi verið undir rekstri málsins, hafi umtalsverðar tíðniheimildir fyrir háhraðafarnetsþjónustu verið boðnar upp á árunum 2016–2018. Keppinautar Sýnar hf. og Nova ehf. hafi því haft möguleika á að afla sér nýrra tíðniheimilda og eða auka við tíðniheimildir sínar. Það sé hins vegar ekki á hendi SE að úthluta tíðniheimildum og setja þeim takmarkanir heldur sé það hlutverk PFS.

Það hafi verið málefnanlegt að líta til þess að stefnandi hafi ekki boðið í frekari heimildir á 800 MHz tíðnisviðinu við síðustu úthlutun PFS á árinu 2013. Að mati SE verði að leggja til grundvallar að sú ákvörðun stefnanda að auka þá ekki frekar við tíðniheimildir sínar fyrir 4G-þjónustu hafi byggst á viðskiptalegum forsendum og að stefnandi hafi gert sér grein fyrir því að handhafar tíðniheimilda gætu sótt um heimild til samnýtingar tíðna. Stefndi SE árétti þó að aðeins sé þar um að ræða einn þátt í skoðun stefnda á aðstæðum á markaðnum. Engin ástæða hafi verið til að einskorða undanþágu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. við samrekstur tíðniheimilda sem félögunum hafi verið úthlutað á árinu 2013. Sömu rök eigi jafnframt við um allar þær tíðniheimildir er beiðni stefndu félaganna hafi varðað enda sé stór hluti hagræðisins af samstarfinu og auknum gæðum þjónustunnar tengdur samnýtingu tíðna.

Málið hafi verið rannsakað með fullnægjandi hætti í skilningi 10. gr. stjórnisýslu- laga. Við málsmeðferð hafi stefndi SE aflað upplýsinga um tekjur Símans hf., Sýnar hf. og Nova ehf. og annarra aðila á árinu 2013. Þær upplýsingar hafi leitt í ljós að stefnandi hafi verið með á bilinu 45–50% markaðshlutdeild á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu á árinu 2013. Sýn hf. og Nova ehf. hafi hvort um sig verið með 20–25% hlutdeild, en aðrir minni hlutdeild. Smásöllumarkaður fyrir farsímaþjónustu hafi verið skilgreindur markaður í málinu og bæði málefnalegt og eðlilegt að líta til sterkrar stöðu stefnanda á skilgreindum markaði við heildstætt mat á samkeppnis- legum áhrifum samstarfsins. Í samkeppnisrétti sé rétt að meta markaðshlutdeild miðað við tekjur af þjónustu er um ræði. Það sé eðlilegt og málefnalegt enda ráðist styrkur aðila til markaðsaðgerða og úthald að mestu leyti af efnahagslegum styrk. Þýðingarlaust hefði verið að fjalla um stöðu fyrirtækja í flokkunum fjöldi áskrifta fyrir netið (breiðbandstengingu) í farsímann, og gagnamagn, netið í farsímann, í tengslum við umfjöllun um markaði málsins og mat á stöðu fyrirtækja á þeim.

Litið hafi verið til þess samkeppnislega aðhalds sem stefnandi Síminn hf. geti veitt til samræmis við þau sjónarmið sem líta beri til við mat á því hvort skilyrði d- liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt. Stefnandi sé í mjög sterkri stöðu á öllum sviðum fjarskipta, þ.m.t. í rekstri dreifikerfa í farsímaþjónustu og í heildsölu og smásölu í þeirri þjónustu. Sé því ljóst að mati stefnda SE að umrætt samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. sé ekki til þess fallið að koma í veg fyrir samkeppni um verulegan hluta þjónustunnar sem um ræði, hvorki á heildsölu- né smásöllumarkaði.

Samnýting tíðniheimilda sé hvorki órjúfanlegur þáttur í samstarfi um rekstur fjarskiptadreifikerfis né helsta forsenda þess að samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. nái markmiði sínu og það hafi legið fyrir frá upphafi. Samnýting tíðniheimilda sé hins vegar forsenda þess að samstafið nái yfirlýstu markmiði sínu. Með henni sé m.a. stefnt að því að anna eftirspurn neytenda eftir meiri hraða, gæðum og útbreiðslu á gagnaflytningumarkaði. Aðgangur að tíðniheimildum sé því ein meginforsendan fyrir því að starfsemi rekstrarfélagsins nái markmiðum sínum, sbr. framangreinda umfjöllun um skilyrði fyrir veitingu undanþágu samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga. Stjórnisýslumeðferð málsins sé því ekki haldin annmörkum að þessu leyti.

Ekki sé unnt að líta svo á að „óheft“ samnýting stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á tíðniheimildum komi í veg fyrir að svigrúm skapist til nýtingar annarra aðila á hluta tíðnisviðsins. Þeim skilyrðum sem hafi verið sett fyrir samstarfinu hafi verið ætlað að tryggja jafnan og málefnalegan aðgang fjarskiptafyrirtækja að heildsöllum beggja stefndu félaganna og hlutdeild annarra fjarskiptafyrirtækja í hagræði

samstarfsins, m.a. þeim tíðniheimildum sem félögin samnýttu.

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé ekki reistur á röngum forsendum og rannsókn og rökstuðningi áfrýjunarnefndarinnar því hvergi ábótavant, sbr. 10. og 22. gr. stjórnáráðlaga, en sú málsástæða stefnanda sé auk þess vanreifuð. Úrskurður áfrýjunarnefndarinnar sé skýr um það að ekki hafi verið tilefni fyrir stefnda SE til þess að setja samnýtingu Sýnar hf. og Nova ehf. á tíðniheimildum frekari takmarkanir. Sú afstaða áfrýjunarnefndarinnar hafi verið studd tilvísun til skilyrðis 1. gr. ákvörðunar- orða stefnda SE um rétt keppinauta til aðgangs að heildsölu stefndu fyrirtækjanna og á þann hátt aðgengis að samnýtingu þeirra á tíðniheimildum. Málið, sem lauk með ákvörðun nr. 14/2015 og svo úrskurði nr. 72015, hafi því hlotið viðhlítandi stjórnáráðlumeðferð og prófun á æðra stjórnáráðlustigi. Eins hafi málið verið upplýst með fullnægjandi hætti og í umþrættum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið tekin rökstudd afstaða til krafna stefnanda. Því séu engir efnis- eða formannmarkar á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sem leitt geti til ógildingar hans.

Málsástæður og lagarök stefnda Sýnar hf.

Stefndi Sýn hf. byggir sýknukröfu sína á því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 og ákvörðun stefnda SE nr. 14/2015 séu efnislega réttar úrlausnir og að ekki sé ástæða til ógildingar úrskurðarins. Þá leiði veigamiklir hagsmunir stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. til þess að ómögulegt sé að ógilda ákvörðun SE, enda myndi það leiða til óhóflegrar röskunar á hagsmunum þeirra. Stefndi Sýn hf. tekur jafnframt undir málsástæður og lagarök annarra stefndu í málinu.

Stefndi Sýn hf. byggir á því að öllum fjórum skilyrðunum í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga fyrir veitingu undanþágu frá banni 10. gr. þeirra sé fullnægt í málinu. Það meginsjónarmið hafi ráðið úrslitum á stjórnáráðlustigi að umrætt samstarf Sýnar hf. og Nova ehf. stuðlaði að bættri framleiðslu, efldi tæknilegar og efnahagslegar framfarir og neytendur hlytu sanngjarna hlutdeild í þeirri hagkvæmni er af samstarfinu leiddi, sbr. a- og b-liði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Eins var talið að samstarfið legði engin höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf væru til að settum markmiðum yrði náð, sbr. c-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Markmið d-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga sé svo það að tryggja að undanþága fyrir samstarfi, frá banni 10. gr. samkeppnislaga, veiti fyrirtækjum í samstarfi ekki færi á því að koma í veg fyrir samkeppni um verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar er um sé að ræða. Það skilyrði sé uppfyllt varðandi stefnda Sýn hf. í málinu. Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB sé beinlínis notað hugtakið „eliminate competition“ í umfjöllun um skilyrði hliðstæðu d-liðar 1. mgr.

15. gr. samkeppnislaga. Því þurfi einnig að vera fullnægt um „substantial part of the products concerned“. Farnets- þjónusta sé aðeins hluti þjónustu sem fjarskiptafélög bjóði upp á og hafi viðskiptavinir ólíkar þarfir. Viðskiptavinir er reiði sig aðallega á farsíma til að hringja símtöl, senda smáskilaboð og taka á móti tölvupósti muni ekki finna sérstaklega fyrir breytingum á gagnaflytningshraða. Þá eigi ekki allir farsímaeigendur símtæki sem styðji 4G. Verði því ekki litið svo á að samkeppni sé útrýmt á stórum hluta markaðarins.

Hvorki hafi verið færðar á það sönnur að komið hafi verið í veg fyrir samkeppni með stjórnvaldsákvörðunum í málinu né að meint röskun taki til verulegs hluta þeirrar þjónustu er fjarskiptafélög veiti en fyrir því beri stefnandi sönnunarbyrði. Undanþágan hafi verið veitt enda hafi Sýn hf. og Nova ehf. ekki talist markaðsráðandi. Við þær aðstæður sé almennt ólíklegra en ella að samstarf hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Til þess þyrftu fyrirtækin að hafa nægilegan efnahagslegan styrk til að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti. Ekkert bendi til þess að Sýn hf. og Nova ehf. muni geta komið í veg fyrir samkeppni á verulegum hluta markaðarins vegna samstarfsins. Skapi samstarfið engan hvata til þess að takmarka samkeppni og muni það því ekki hafa slík áhrif á samkeppni á milli stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. Með samnýtingu tíðniheimilda náist betri nýting á tækjabúnaði og bætt upplifun notenda og auk þess meiri ávinningur af samstarfi aðilanna. Bætt þjónusta og lægri kostnaður séu hvoru tveggja á meðal lykilforsendna ákvörðunar SE. Verði því ekki litið svo á að ónaðsynlegt hafi verið að heimila samnýtingu tíðna heldur sé þvert á móti um að ræða nauðsynlegan hluta þess að fullum ávinningi samstarfsins yrði náð. Samstarfið takmarki hvergi möguleika stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. til samkeppni sín á milli á fjarskiptamarkaði. Ekkert í samstarfi félaganna leiði til þess að möguleikar þeirra til að eiga í samkeppni á smásölumarkaði eða heildsölumarkaði séu takmarkaðir, sbr. c-lið 15. gr. samkeppnislaga, en stefnandi hafi ekki sýnt fram á hið öndverða.

Enginn sá aðstöðumunur hafi skapast vegna undanþágu fyrir umræddu samstarfi Sýnar hf. og Nova ehf. sem gæti leitt til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Ekki stoði þá að vísa til aðstöðumunar sem verði til vegna þess að félagin hafi náð hagstæðum samningum í ljósi fyrirmæla d-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Öðru máli myndi gegna um aðstöðumun sem fæli í sér einokun á mikilvægum aðföngum á tilteknum mörkuðum og útilokaði þá samkeppni um verulegan hluta framleiðsluvara eða þjónustu þaðan. Með samstarfi Sýnar hf. og Nova ehf. um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu nái félagin að lækka kostnað á afmörkuðu sviði starfsemi sinnar og bæta þjónustu. Samreksturinn sé einnig til þess fallinn að bæta stöðu á heildsölumarkaði, en vegna samstarfsins

geti bæði félögin selt í heildsölu aðgang að fjarskiptaneti sem nái um land allt, en þar hafi stefnandi lengst af notið yfirburða í markaðshlutdeild. Stefnandi sé enn í sterkri stöðu á fjarskiptamarkaði og breyti þetta samstarf stefndu félaganna engu þar um enda varði það aðeins afmarkaðan hluta markaðarins og geti ekki haft umtalsverð áhrif til þess að draga úr samkeppni. Í forsendum ákvörðunar nr. 14/2015 hafi SE vísað til þess að skilyrði 15. gr. laganna meinuðu ekki fyrirtækjum að komast í betri aðstöðu með samstarfi. Skilyrði d-liðar 15. gr. legði bann við veitingu undanþágu hefðu fyrirtæki færi á því að koma í veg fyrir samkeppni. Verði að ætla að samningar sem fullnægi skilyrðum 15. gr. um veitingu undanþágu séu þannig að þeir bæti almennt stöðu þeirra sem að þeim standi; annars myndu keppinautar líklega ekki semja þannig hver við annan.

Veiting undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga velti ekki á því hvort samkeppni við markaðsráðandi fyrirtæki kunni að aukast. Verði þá ekki annað lagt til grundvallar en að samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. myndi hafa jákvæð áhrif á samkeppni á fjarskiptamarkaðnum í heild. Samstarf stefndu geti ýmist farið fram með RAN-tækni eða með samnýtingu tíðna með MOCN-samnýtingu. Með RAN Share í Single Ran-búnaði sé þetta allt samnýtt fyrir tvo netrekendur. Sé þá tækni og burðarbylgja hvors netrekenda fyrir sig keyrð með sjálfstæðum hætti. Þegar notuð sé MOCN-tækni í Single Ran-búnaði sé allt samnýtt og því mögulegt að setja tíðniróf beggja aðila saman, en það myndi auka afkastagetu og mögulegan hámarkshraða. Afköst séu því mögulega meiri þegar notuð er MOCN-samnýting á tíðnum og upplifun notandans betri. Komi þetta fram í þeim málalíbúnaði stefnanda að með samnýtingu tíðna sé mögulegt að bjóða meiri hámarksbandvidd. Stefndi Sýn hf. leggi áherslu á að rétt sé að þetta sé aðeins mögulegt en hins vegar ekki líklegt. Ólíklegt sé við núverandi aðstæður að viðskiptavinir á þéttbýlli svæðum finni fyrir miklum gæðamun. Gæðamunur eigi þó að verða tilfinnanlegur þar sem færri notendur eru um hvern sendi. Í þéttbýli séu að jafnaði mun fleiri notendur um hvern sendi og það takmarki þá bandvidd sem hver og einn notandi fái not af. Ekki yrði því umtalsverður munur á afköstum dreifikerfis stefnanda og dreifikerfis stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. Stefndu félögin hafi samanlagt fleiri notendur en stefnandi, eða um 60% notenda í umræddum dreifikerfum, og þegar margir notendur séu um sendi sé ekki víst að munur í afkastagetu verði tilfinnanlegur enda deilist afkastageta niður á alla notendur viðkomandi sendis. Geti það því varla talist óeðlilegt að stefndu Sýn hf. og Nova ehf. ráði yfir töluverðum tíðniheimildum og jafnvel meiri en stefnandi. Af sömu ástæðu sé þess ekki endilega að vænta að viðskiptavinir stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. finni almennt mikinn mun vegna samnýtingar tíðniheimilda.

Líta beri til þess að stefnandi hafi sjálfur ákveðið að bjóða ekki í 800 MHz tíðniheimildir í uppboðinu sem lokið hafi 13. mars 2013. Það sé því á hans eigin ábyrgð að ráða yfir færri tíðniheimildum en ella væri. PFS hafi heimild til þess að setja takmarkanir á tíðniheimildir þeirra sem taki þátt í útboðum tíðniheimilda samkvæmt 24. gr. reglna nr. 1047/2011 um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum. Það hafi verið gert í umræddu útboði, sbr. kafla 3.2.3 í útboðsskilmálunum. Um þetta sé haft eftir PFS, í ákvörðun stefnda SE nr. 14/2015, að ekki sé hægt að líta svo á að það hafi verið megingilgangur skilmálanna að jafna út aðgengi fjarskiptafyrirtækja að umræddum tíðnisviðum, heldur fremur það 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. Megi því ljóst vera að PFS sé meðvituð um mikilvægi þess að tíðniheimildir dreifist með eðlilegum hætti á markaðsaðila.

Af þessu leiði að engin þess háttar röskun verði á samkeppni að ástæða sé til þess að setja samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. frekari skilyrði en gert hafi verið af hálfu SE. Rökstuðningur SE fyrir skilyrðunum sé ítarlegur í ákvörðun nr. 14/2015 og í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Tekið sé undir sjónarmið SE um stöðuna á markaði. Stefndu félögin tvö verði eftir sem áður keppinautar í smásölu og heildsölu. Helsti keppinautur þeirra sé stefnandi og myndi samstarfið gera félögunum kleift að mæta samkeppni stefnanda, en einnig það að veita smærri keppinautum betri þjónustu á heildsölumarkaði. Ætti samstarfið því að hafa jákvæð áhrif á samkeppni hvort sem lítið væri til skamms eða langs tíma. Þá sé stefndu Sýn hf. og Nova ehf. óheimilt að synja stefnanda um aðgang að dreifikerfi sínu, óski hann eftir því að kaupa af þeim þjónustu, nema ef til þess stæðu málefnalegar ástæður. Teldi stefnandi að tíðniheimildir hans væru ófullnægjandi þá hefði hann því jafnframt ætíð þann kost að kaupa aðgang að heildsöluneti stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. enda séu þeir skyldaðir til þess að bjóða stefnanda þar málefnaleg kjör.

Lögaðilar njóti almennt samningafrelsis en undantekningu frá því megi þó finna í 10. gr. samkeppnislaga um bann við tilteknum samningum á milli keppinauta. Hugsunin með undanþágu frá banni ákvæðisins sé sú að visst samstarf keppinauta kunni þó að vera jákvætt fyrir samkeppni og neytendur. Þannig hátti til um samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. og sé það þar með í fullu samræmi við samkeppnislög og markmið þeirra, sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Enga þýðingu hafi að vísa til 105. gr. reglna framkvæmdastjórnar ESB um túlkun á 3. mgr. 81. gr. Rómarsáttmálans, nú 3. mgr. 101. gr. Sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, við túlkun á 15. gr. samkeppnislaga. Ákvæðið fjalli einungis um það að vernd samkeppni sé mikilvæg við túlkun á skilyrði sem sé hliðstætt d-lið 15. gr. samkeppnislaga enda gæti ávinningur aukinnar hagkvæmni horfið fljótt ef

samkeppni hyrfi samhliða. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. verði áfram keppinautar þrátt fyrir samstarfið um rekstur dreifikerfis. Valdi samstarf þetta því ekki að félögin tvö hafi hag af því að hætta að keppa sín á milli eða við aðra. Beri því að túlka ákvæði 15. gr. samkeppnislaga samkvæmt orðanna hljóðan en ekki þröngt, svo sem stefnandi byggir á. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi sýnt samkeppnisyfirvöldum fram á það með fullnægjandi hætti að skilyrði fyrir veitingu undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga hafi verið uppfyllt.

Með samnýtingunni sé ekki farið gegn skilmálum tíðniheimilda Sýnar hf. og Nova ehf. Félögin séu ótengdir aðilar sem full samkeppni ríki á milli. Engin breyting hafi orðið í starfsemi þeirra vegna samstarfsins gagnvart viðskiptavinum félaganna og þörf Sýnar hf. og Nova ehf. fyrir tíðniheimildir hafi ekki breyst þrátt fyrir samrekstur í dreifikerfum. Úthlutuðum tíðnum hafi ekki fjölgað við samnýtinguna. Samnýting tíðna, svo langt sem hún nái, kunni að leiða til betri upplifunar notenda, en ekki sé þó um að ræða að tvöföldun verði í hraða allra notenda stefndu félaganna. Hámark tíðniheimilda sem vísað sé til í máltilbúnaði stefnanda hafi ekki heldur áhrif á mál það sem hér sé til úrlausnar, enda sé slíkt ekki á valdsviði samkeppnisyfirvalda.

Ekki hafi verið farið á svig við meðalhófsregluna við veitingu undanþágunnar fyrir Sýn hf. og Nova ehf. í þeim stjórnvaldsákvörðunum sem deilt sé um í málinu. Með samnýtingu tíðna náist fram aukin hagkvæmni sem ekki yrði náð með öðru móti enda eigi hún að leiða til þess að gæði þjónustunnar verði meiri fyrir notandann og til lægri rekstrarkostnaðar fyrir stefndu félögin sem gagnist viðskiptavinum. Ekki sé ljóst hvernig ná hefði mátt þeim markmiðum sem að hafi verið stefnt með öðrum hætti. Þá hafi fyrrgreindir skilmálar sem gildi um samstarfið leitt til þess að ekki sé ástæða til að ætla að samkeppni verði takmörkuð né að brotið sé gegn meðalhófssjónarmiðum.

Ekki hafi heldur verið brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga, heldur hafi henni þvert á móti verið fylgt í hvívetna. Rannsókn SE hafi tekið langan tíma og verið afar ítarleg og sama sé að segja um málsmeðferð í aðdraganda þess að hinn umstefndi úrskurður var kveðinn upp. Með stjórnsýsluathöfnum í málinu hafi verið tekin afstaða til allra atriða sem máli hafi skipt varðandi niðurstöðu þeirra og hafi stefnandi ekki sýnt fram á annað. Á stjórnvöldum hvíli almennt ekki skylda til þess að tilgreina öll sjónarmið og rök sem mál kunni að varða í rökstuðningi ákvarðana. Þá sé rökstuðningur SE og áfrýjunarnefndar samkeppnismála skýr um alla meginþætti máls. Þegar samhliða rökstuðningur sé veittur sé gjarnan fjallað um megin sjónarmið sem leiði til niðurstöðunnar sem stjórnvald komist að. Rökstuðningur þurfi ekki að þessu leyti að endurspegla það hvernig stjórnsýslumál hafi verið rannsakað. En jafnvel þó svo að talið yrði að brotið hafi verið gegn

rannsóknarreglunni þá gæti það þó hér engan veginn leitt til ógildingar umræddra stjórnvaldsákvarðana í málinu.

Ákvörðun stefnda SE og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála séu skýr að efni til og byggð á réttum forsendum, auk þess sem þar komi greinlega fram að áfrýjunarnefndin og SE hafi skilið til hlítar þau málefni sem um hafi verið fjallað. Engu breyti þar um þótt áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísi á einum stað til þess að skilyrði hafi verið sett „m.a. um samnýtingu þeirra á tíðniheimildum“. Skilyrðin séu sniðin að samstarfi Sýnar hf. og Nova ehf. í heild, er varði einnig samnýtingu tíðna, þótt það orðalag komi ekki fram í skilyrðunum. Samnýting tíðna hafi ekki grund- vallahýðingu í málinu þótt hún skipti verulegu máli. Meginatriði undanþágubeiðni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. lúti að því að með samrekstri á fjarskiptakerfum megi ná fram lækkun kostnaðar og auknum gæðum án þess þó að dregið sé með því úr samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þeim ávinningi megi meðal annars ná fram með samnýtingu tíðni en þó aðallega með samrekstri dreifikerfis vegna fækkunar senda.

Engir þeir annmarkar hafi verið á málsmeðferð samkeppnisyfirvalda sem geti valdið því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé ógildanlegur. Ekkert hafi komið fram sem sýni fram á að hann hafi ekki byggst á fullnægjandi rannsókn eða að brotið hafi verið gegn málsmeðferðarreglum eða efnisreglum stjórnsluréttar. Yrði hins vegar á það fallist að úrskurðurinn væri haldinn annmörkum þá væri ekki um að ræða ógildingarannmarka. Að því leyti sem formannmarkar kunni að vera fyrir hendi hafi þeir ekki skipt máli fyrir hina efnislegu niðurstöðu. Einnig þurfi að horfa á þá ríku hagsmuni er stefndu Sýn hf. og Nova ehf. og neytendur á fjarskiptamarkaði hafi af því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði látinn standa óhaggaður.

Undanþága vegna samrekstrarfélags Sýnar hf. og Nova ehf. hafi verið veitt með sátt 18. febrúar 2015 og eigi félögin tvö ekki að þurfa að sæta því að ákvörðuninni hafi verið áfrýjað sex mánuðum síðar vegna þess hversu seint stefndi SE hafi birt ákvörðunina og þeirrar óvissu sem fylgdi því að í kjölfarið tæki við löng málsmeðferð fyrir dómstólum. Leiddi það til tafa og óvissu, auk þess sem ákvæði 15. gr. yrði marklaust ef ekki væri unnt að koma á heimiluðu samstarfi innan skynsamlegs tíma. Eins myndi það skerða verulega réttaröryggi þeirra sem nyttu undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga ef þeir þyrftu að sæta því að undanþáguheimild þeirra væri kærð eða sætti mögulega endurskoðun mörgum mánuðum eftir að niðurstaða fengist, einungis vegna þess að stefnda SE hefði kosið að birta ákvörðun sína löngu eftir að niðurstaða hefði fengist í málið. Raunar ætti ekki að játa stefnanda aðild að málinu, m.a. vegna þess að hann hafi ekki notið aðildar á lægra stjórnslustigi og ekki sýnt fram á það að ákvörðun SE nr. 14/2015

varði hann með þeim hætti að hann ætti að njóta stöðu aðila.

Þá hafi matsgerð í málinu enga þýðingu, en matið taki til atriða sem PFS og stefndi SE hafi rannsakað og liggi afstaða þeirra ljós fyrir, en hvort um sig hafi sérfræðiþekkingu á fjarskiptamálum og samkeppni. Hafi í reynd verið óskað eftir mati á því sem stjórnvöld hafi þegar komist að niðurstöðu um. Hljóti endurskoðun á afstöðu stjórnvalda að heyra undir dómstóla en ekki matsmenn að því leyti sem slíkar ákvarðanir yrðu endurskoðaðar. Sé því hér í reynd um að ræða þarflausa sönnunarfærslu í skilningi 3. mgr. 46. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Málsástæður og lagarök stefnda Nova ehf.

Stefndi Nova ehf. byggir á því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015 skorti hvorki lagastoð né séu í ósamræmi við ákvæði 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þá brjóti stjórnvaldsathafnir þessar hvorki gegn 10. né 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þá sé því mótmælt að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála byggist á röngum forsendum. Einnig taki stefndi Nova ehf. undir málalíbúnað annarra stefndu í málinu.

Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga sé íþyngjandi gagnvart fyrirtækjum og sé það undantekning frá meginreglu íslensks réttar um sammingsfrelsi. SE væri ekki heimilt að beita 10. gr. gagnvart stefndu Sýn hf. og Nova ehf. nema ótvírætt væri að skilyrði hennar væru uppfyllt. Þá væri SE sömuleiðis ekki heimilt að setja samstarfi stefndu félaganna ríkari skilyrði en svo, samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga, en að komið væri í veg fyrir óþarfa röskun á samkeppni. Þyrfti því að liggja fyrir með ótvíræðum hætti að lögbundna nauðsyn hefði borið til að hafna undanþágubeiðni stefndu eða setja henni frekari skilyrði en gert hafi verið með tilliti til framangreindra lagaákvæða. Hvað sem öðru líði þá sé ósannað að slík lögbundin nauðsyn hafi verið fyrir hendi.

Ákvörðun um það hvort og eftir atvikum með hvaða skilyrðum heimilt sé að samnýta tíðnir heyri ekki undir stefnda SE heldur PFS, sem hafi tekið ákvörðun þar að lútandi í máli hennar nr. 14/2014 um það að heimila Sýn hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildir sínar. Sú ákvörðun hafi legið fyrir áður en ákvörðun SE nr. 14/2015 hafi verið tekin og sé ekki til skoðunar í máli þessu. Fyrir SE hafi aðeins legið að meta hvort samstarf stefndu félaganna um sameiginlegt farsímadreifikerfi gæti samrýmst ákvæðum samkeppnislaga og hvort rétt væri að setja því samstarfi einhver skilyrði.

Mismunandi fræðilegur hámarkshraði gagnaflutninga á milli Símans hf. annars vegar og Sýnar hf. og Nova ehf. hins vegar veiti stefndu ekki samkeppnisforskot á stefnanda af þeim toga sem SE hefði borið að koma í veg fyrir. Af málalíbúnaði

stefnanda sjálfs megi sjá að hann hafi yfir að ráða 125 MHz tíðnibandi en Sýn hf. og Nova ehf. 95 MHz. Stefnanda hafi í öllu falli ekki tekist að sýna fram á með hvaða hætti stefndu Sýn hf. og Nova ehf. ættu að hafa hlotið samkeppnisforskot á stefnanda. Stefnandi hafi verið fyrirtæki í eigu ríkisins með einokun á fjarskiptamarkaði, sem hvað fjárhagslega stærð og styrk varði og alla innviði til fjarskiptastarfsemi hafi algera yfirburði yfir keppinauta á markaði, og margstaðfest hafi verið í framkvæmd samkeppnismála undanfarin ár. Stefnandi eigi ekki heimtingu á því að stjórnvöld gæti sérstaklega að því að yfirburðir hans séu tryggðir áfram með því að banna öðrum að nýta lögbundnar heimildir til þess að auka hagræðingu og nýtingu í starfsemi sinni.

Stefndi árétti að fullyrðingar stefnanda um þýðingu þess fyrir samkeppni hver sé fræðilegur hámarkshraði tiltekins fjölda MHz af tíðnibandi séu rangar og villandi. Stefndu félögin hafi sameiginlega yfir að ráða fleiri MHz en stefnandi en þau þurfi líka að þjóna miklu fleiri notendum en stefnandi og margfalt meira gagnamagn fari um kerfi stefndu en stefnanda. Ef það væri rétt hjá stefnanda að farsímadreifikerfi stefndu, á grunni samstarfs þeirra og hugsanlegrar samnýtingar tíðna, væri svo miklu betra en kerfi stefnanda að ógnaði samkeppnisstöðu og hagsmunum viðskiptavina hans, þá gæti stefnandi einfaldlega óskað eftir aðgangi að kerfi stefndu fyrir sína viðskiptavini. Til þess standi honum allar leiðir opnar samkvæmt skilyrðum fyrir undanþáguheimild stefndu sem leiða megi af ákvörðunarorðum ákvörðunar SE. Sama gildi um öll önnur fjarskiptafyrirtæki, þ.e. telji þau samkeppnishagsmunum betur borgið með því að kaupa aðgang að farsímadreifikerfi stefndu en með því að byggja upp sitt eigið kerfi, þá geti þau leitað til stefnda eða meðstefnda um slíkan aðgang.

Stefnandi Síminn hf. hafi vitað, eða mátt vita, það sem tekið hafi verið fram í skilmálum uppboðsins sem lokið hafi 13. mars 2013, að samnýting tíðna milli tíðnirétthafa kynni að verða heimiluð og að tveir eða fleiri tíðnirétthafar kynnu að geta, með samnýtingu tíðna, myndað meiri fræðilegan hámarkshraða en stefnandi. Stefnandi sjálfur hafi ákveðið í hvaða tíðniheimildir hann byði og hafi ekki leitað eftir því við stefnda Nova ehf. að eiga samstarf við hann um rekstur farsímadreifikerfa eða samnýtingu tíðna. Ómögulegt sé að bera mál þetta saman við aðstæður í Danmörku enda sé framsal fjarskiptatíðna þar óheimilt samkvæmt ákvæðum fjarskiptalaga þar í landi. Í ákvörðun SE, sem og í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sé ítarlega lýst þeirri viðamiklu og tímafreku rannsókn sem málið hafi sætt. Málsmeðferðin hafi því verið fullnægjandi og í samræmi við 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Ekki hafi borið að rannsaka frekar en gert hafi verið hvort samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. gæti átt sér stað á forsendum sem væru stefnanda meira að skapi.

Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi stofnað til samstarfs um uppbyggingu og rekstur á sameiginlegu farsímadreifikerfi í því skyni að auka hagræðingu og draga úr kostnaði til hagsbóta fyrir viðskiptavini félaganna og almenning allan. Liður í því samstarfi sé hugsanleg samnýting stefndu á tíðniheimildum þeirra. Fjarskiptalög hafi gert ráð fyrir þeim möguleika að fjarskiptafyrirtæki samnýttu tíðniheimildir og slík samnýting sé í samræmi við markmið fjarskiptalaga um hagkvæma nýtingu tíðnirófsins. Fyrir liggja stjórnvaldsákvörðun PFS sem heimili samnýtinguna og hafi þar verið tekin rökstudd afstaða til allra athugasemda stefnanda Símans hf. við hana. Mat á því hvort samstarf stefndu um sameiginlega farsímadreifikerfið væri í samræmi við ákvæði samkeppnislaga og markmið þeirra hafi heyrt undir stefnda SE. Við úrlausn um það efni hafi SE borið að meta heildstætt margvíslega þætti þar sem hagsmunir neytenda væru í fyrirrúmi. Það hafi SE gert með rökstuddum hætti í framangreindri ákvörðun sinni og málsástæður stefnanda hér hnekki því mati í engu.

Málsástæður og lagarök stefnda Sendafélagsins ehf.

Stefndi Sendafélagið ehf. krefst sýknu af kröfum stefnanda í málinu. Þær kröfur sínar styður sá stefndi með því að taka alfarið undir málsástæður og lagarök stefndu Samkeppniseftirlitsins, Nova ehf. og Sýnar hf. í málinu, sem hann geri hér að sínum.

Niðurstaða

Í máli þessu krefst stefnandi, Síminn hf., þess að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 verði ógiltur með dómi. Úrskurðurinn staðfestir ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins (SE) nr. 14/2015, dags. 22. maí 2015, um það að veita stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 til þess að hafa með sér samstarf um rekstur dreifikerfis fyrir farsíma- og farnetsþjónustu, sbr. heimild til þess í 15. gr. sömu laga. Forsenda þeirrar undanþágu sem var veitt var sú að hin stefndu félög féllust á það að hlíta vissum skilyrðum sem vinna áttu gegn því að samstarf félaganna tveggja um rekstur dreifikerfisins raskaði samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölustigi og smásölustigi.

Samkvæmt 10. gr. samkeppnislaga þá eru allir samningar og samþykktir á milli fyrirtækja, hvort sem þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað, bannaðar. Lagaheimild fyrir hinni umdeildu undanþágu frá banninu er hins vegar að finna í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, þar sem kveðið er á um að stefndi SE geti veitt undanþágu frá banni 10. gr.

samkeppnislaga, að uppfylltum skilyrðum sem fram koma í stafliðum a–d. í framangreindri 1. mgr. 15. gr. laganna.

Skilja verður málatilbúnað stefnanda, Símans hf., á þann veg að í málinu teljist vera óumdeilt að það skilyrði a-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga hafi verið uppfyllt við veitingu undanþágunnar til stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. að umrætt samstarf félaganna stuðlaði að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efldi tæknilegar og efnahagslegar framfarir á fjarskiptamarkaði. Sama á við um skilyrði b-liðar ákvæðisins, þannig að stefnandi gerir ekki ágreining um það að samstarfið veiti neytendum á markaði sanngjarna hlutdeild í þeim ávinningi sem af samstarfinu hlýst.

Ágreiningur í málinu varðar þar af leiðandi einkum það hvort skilyrði c- og d-liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga teljist vera uppfyllt. Lúta umrædd skilyrði að því að samningar, samþykktir og samstilltar aðgerðir leggi ekki höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf séu til að settum markmiðum verði náð, sbr. c-lið, og veiti fyrirtækjunum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða, sbr. d-lið ákvæðisins.

Stefnandi Síminn hf. byggir samkvæmt framangreindu í máli þessu á því að ekki hafi verið fyrir hendi umrædd lagaskilyrði til þess að veita stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga fyrir samstarfi um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu í hinum umdeilda úrskurði. Ber stefnandi í málinu að mati dómsins hér sönnunarbyrði fyrir þeirri staðhæfingu sinni, sbr. 1. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991, en ekkert í málatilbúnaði stefnanda rennir að mati dómsins stöðum undir þá fullyrðingu stefnanda að sönnunarbyrði um þessi atriði skuli öfugt farið í máli þessu.

Heimilt er samkvæmt 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 að veita undanþágu frá því banni við samstarfi keppinauta sem mælt er fyrir um í 10. gr. laganna. Því hefur löggjafinn metið það svo að þegar sú staða sé uppi að skilyrði sem tíunduð eru frekar í stafliðum málsgreinarinnar séu uppfyllt, þá mæli hagsmunir frekar með því að heimila samstarfið en gegn því, þótt nokkra röskun kunni að leiða af því fyrir samkeppni á hlutaðeigandi markaði. Með öðrum orðum þá er skilyrðum 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga ekki ætlað að vernda hagsmuni eða stöðu fyrirtækja á hlutaðeigandi markaði, heldur fremur það að vernda hagsmuni neytenda og skapa grundvöll fyrir virkri samkeppni á markaði, sem skuli þá vega þyngra.

Að því sögðu þá kemur fram sú afstaða í ákvörðun SE nr. 14/2015 að starfsemi rekstrarfélagsins, nú stefnda Sendafélagsins ehf., gæti með augljósum hætti haft samkeppnisleg áhrif á skilgreinda markaði fyrir farsímaþjónustu þar sem eigendur

Þess, stefndu Sýn hf. og Nova ehf., starfa. Eins kemur fram að samstarfssamningurinn sé að mati stefnda SE lárétt framleiðslusamstarf á milli tveggja keppinauta og ljóst sé að slíkt samstarf keppinauta geti bæði haft í för með sér röskun á samkeppni og eftir atvikum eftir samkeppni og stuðlað að hagræðingu á viðkomandi markaði. Hins vegar var til þess litið að samstarfið fæli hvorki í sér samræmda né sameiginlega verðlagningu eða skiptingu markaða eða viðskiptavina. Um væri að ræða samstarf sem aðallega varðaði tæknilegar lausnir og væri ekki heldur til þess fallið að binda hendur aðila eða takmarka sjálfstæða þróun og útfærslu þjónustulausna og markaðs- setningu gagnvart einstaka neytendum eða aðilum sem hygðust kaupa þjónustu af félögum í heildsölu. Yrði því ekki séð að samstarfið hefði það að markmiði að raska samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga. Eftir sem áður væri það þó til þess fallið að hafa áhrif á samkeppni, óháð markmiðum þess. Þar af leiðandi var það niðurstaða stefnda SE að rétt væri að setja samstarfinu þau skilyrði sem rakin eru hér að framan og voru talin vera til þess fallin að koma í veg fyrir röskun á samkeppni.

Samkvæmt gögnum málsins aflaði stefndi SE tvívegis í ferlinu umsagnar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) um fyrirhugaða samnýtingu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á úthlutuðum tíðniheimildum og um önnur tengd álitaefni. Fyrst var þetta í tilefni af umsókn Sýnar hf. og Nova ehf. um undanþágu fyrir samstarfinu, 19. nóvember 2013, en öðru sinni í tilefni af fram komnum athugasemdum stefnanda, Símans hf., við fyrirhugað samstarf. Af umræddri ákvörðun verður einnig ráðið að rökstudd afstaða hafi þar verið tekin til þess sem fram kom í umsögnum PFS við mat á því hvaða skilyrði þyrfti að setja fyrir samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. í samkeppnislegu tilliti, sbr. 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2004. Ekki verður því annað ráðið en að stefndi SE hafi gert ítarlega rannsókn á því hver áhrif fyrirhugaðs samstarfs gætu verið á samkeppni á þeim mörkuðum fyrir farsímaþjónustu sem skilgreindir voru í ákvörðun þess nr. 14/2015. Sú rannsókn stefnda SE leiddi meðal annars í ljós að til að keppinautar stefndu félaganna tveggja gætu veitt þeim samkeppnislegt aðhald þá væri rétt að setja skilyrði fyrir samstarfinu í ákvörðun stefnda SE um það að önnur fjarskiptafyrirtæki fengju aðgang að dreifikerfi félaganna í heildsölu.

Dómurinn telur nægilega í ljós leitt að þegar ákvörðun var tekin um það að veita stefndu Sýn hf. og Nova ehf. undanþágu til samstarfs um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu hafi stefndi SE metið það svo að hagsmunir af samstarfinu væru það ríkir að rétt væri að heimila samstarfið þrátt fyrir fyrirsjáanleg áhrif þess á samkeppni. Ítarleg framangreind skilyrði voru eftir sem áður sett fyrir undanþágunni í ákvörðun SE, sem var síðan staðfest í umþrættum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Allt var þetta gert að teknu tilliti til þeirra

umsagna sem annað sérfræðistjórnvald, PFS, hafði þá veitt SE í stjórnsýslumeðferð málsins, meðal annars í tilefni af fram komnum athugasemdum Símans hf. um þörf á frekari skilyrðum fyrir samstarfinu m.t.t. samnýtingar tíðniheimilda. Liggur því að mati dómsins ótvírætt fyrir í málinu að rannsókn stefnda SE, sem áfrýjunarnefndin byggir síðan að meginstefnu til úrskurð sinn á þar sem ákvörðun stefnda SE er staðfest, var bæði vönduð og ítarleg í alla staði.

Engu að síður deilir stefnandi, Síminn hf., á túlkun SE, einkum á c-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sem áfrýjunarnefndin lagði einnig til grundvallar í úrskurði sínum í máli nr. 7/2015. Leggur stefnandi áherslu á það að sú óhefta samnýting tíðniheimilda sem heimiluð var af PFS og síðan af SE hafi ekki verið nauðsynleg forsenda fyrir heimiluðu samstarfi hinna stefndu félaga Sýnar hf. og Nova ehf. um rekstur farsímanetsins sem Sendafélagið ehf. var stofnað um. Af þeirri ástæðu færi undanþágan sem SE veitti stefndu félögunun og áfrýjunarnefndin staðfesti að væri lögmæt því í bága við skilyrði umrædds ákvæðis sem áskilji slíka nauðsyn og að slíkt heimilað samstarf megi ekki fela í sér samkeppnislegar raskanir sem gangi lengra en þörf kræfi til að ná því lögmæta markmiði sem að væri stefnt með undanþágunni.

Af hálfu stefnda SE hefur hins vegar verið lögð áhersla á það að litið hafi verið heildrænt til þess að heimila bæði rekstur á dreifikerfi og samnýtingu tíðniheimilda. Þótt samnýting tíðniheimilda teljist ekki vera órjúfanlegur þáttur við uppbyggingu umrædds dreifikerfis þá hafi slíkt þó þótt vera til þess fallið að hámarka nýtingu í kerfinu og þar með greiða fyrir opnun á heildsöluaðgangi á markaði og örva samkeppni. Síðar hafi svo komið í ljós að þetta tiltekna hagræði hafi í reynd einkum nýst við uppbyggingu þjónustu í hinum dreifðu byggðum úti á landi, eins og staðfest var jafnframt í framburði vitnanna Jóakims Reynissonar og Kjartans Briem hér fyrir dómi. Hafi umræddar ákvarðanir samkeppnisyfirvalda því ekki falið í sér óþarfa höft eða samkeppnisraskanir heldur hafi þær grundvallast á málefnalegum sjónarmiðum með aukna samkeppni í huga. Þá hafi þess jafnframt verið gætt að setja samstarfinu nauðsynleg skilyrði, t.d. um aðgengi aðila á markaði að dreifikerfinu.

Sé litið til alls framangreinds er liggur fyrir í málinu þá er að mati dómsins engin ástæða til að draga í efa réttmæti þessa mats stefnda SE, sem er sérfræðistjórnvald á sviði samkeppnisréttar, og síðar var svo einnig staðfest í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að skilyrði þau sem ákvörðun SE setur fyrir samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., hafi verið fullnægjandi í ljósi fyrirsmæla c- og d-liða 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Eru því engin skilyrði til að hrófla við því mati, það er að samnýting tíðniheimilda með þeim skilyrðum sem samstarfinu voru sett hafi verið nauðsynleg til þess að ná með skilvirkari hætti því

lögmæta markmiði sem að hafi verið stefnt.

Fyrir liggur að undir rekstri máls þessa leitaðist stefnandi, Síminn hf., við að styðja málatilbúnað sinn með öflun matsgerðar dómkvaddra matsmanna, sbr. lýsingu málavaxta hér að framan. Ekkert sem þar kemur fram, né annað í málatilbúnaði stefnanda, hróflar þó að mati dómsins við framangreindu hagsmunamati stefnda SE. Er þá einnig til þess að líta að eins og matsmenn staðfestu fyrir dómi þá er nálgunin í matsgerðinni einkum af fræðilegum toga með tilliti til framsetningar matsspurninga, en aðrir þættir eins og fjöldi notenda og gagnmagn í kerfi hafi einnig afgerandi þýðingu fyrir þann hraða sem í reynd birtist neytendum hverju sinni, auk þess sem að ályktanir um hegðun ólíkra notendahópa byggji ekki á raungögnum þar að lútandi.

Stefnandi byggir málatilbúnað sinn jafnframt á skýrslu sem unnin var af breska ráðgjafarfyrirtækinu Analysys Mason og ber yfirskriftina: „Rökstutt álit um samnýtingu Nova og Vodafone á dreifikerfum og fyrirhugaða samnýtingu þeirra á tíðniheimilum“. Verður þá að líta til þess að stefnandi aflaði þeirrar skýrslu einhliða í tilefni af ágreiningi málsaðila og felur sú heimild ein og sér ekki í sér fullnægjandi sönnunarfærslu fyrir þýðingu samkeppnisréttarlegra áhrifa ákvörðunar stefnda SE á fjarskiptamarkaðinn hér á landi þannig að lagt verði til grundvallar annarri niðurstöðu.

Að öllu framangreindu virtu er það mat dómsins að stefnanda hafi ekki tekist að færa fullnægjandi sönnur fyrir þeirri málsástæðu sinni að hinn umdeildi úrskurður sé ógildanlegur þar sem ekki hafi verið skilyrði fyrir veitingu undanþágu fyrir samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., sbr. c- og d-liði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Verður ákvörðun sú sem í úrskurðinum felst því ekki ógilt af þeim ástæðum.

Stefnandi Síminn hf. telur jafnframt að samkeppnisyfirvöld hafi ekki rannsakað málið með fullnægjandi hætti og því brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga. Með vísan til alls þess sem að framan greinir í þessu samhengi verður þó ekki annað séð en að stefndi SE hafi rannsakað málið með fullnægjandi hætti og aflað allra nauðsynlegra upplýsinga áður en ákvörðun þess nr. 14/2015 var tekin og sömuleiðis áfrýjunarnefnd samkeppnismála vegna hins umþrætta úrskurðar í máli nr. 7/2015. Af sömu ástæðum verður hér ekki fallist á þá mótbáru stefnanda að samkeppnisyfirvöld hafi ekki gætt meðalhófs við meðferð málsins og með því brotið í bága við 12. gr. stjórnsýslulaga.

Samkvæmt framangreindu er það því mat dómsins að stjórnsýslumeðferð málsins hafi verið fullnægjandi. En aðrar málsástæður stefnanda þar að lútandi verður að telja haldlausar, þ.m.t. að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið reistur á röngum forsendum. Er með hliðsjón af forsendum í úrskurðinum

ekki unnt að fallast á það með stefnanda að orðalag í úrskurðinum um skilyrði þau sem SE setti fyrir umræddu samstarfi beri að skilja svo þröngum skilningi sem stefnandi gerir og leiðir það því ekki heldur til þess að fallist verði á ógildingarkröfu stefnanda. Ber því að hafna öllum mótbárum stefnanda sem varða málsmeðferðina á stjórnarsýslustigi.

Með hliðsjón af öllu framangreindu verður að mati dómsins heldur ekki talið að aðrar fram komnar röksemdir eða málsástæður hafi við svo búið sérstaka þýðingu í málinu eða geti leitt til annarrar niðurstöðu, sbr. e-lið 1. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991.

Verður niðurstaða dómsins því eindregið sú að kröfu stefnanda um ógildingur úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015 beri að hafna, og verða stefndu því sýknaðir af öllum dómkröfum stefnanda.

Samkvæmt þeirri niðurstöðu, og 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, ber stefnanda að greiða stefndu hæfilegan málskostnað. Með hliðsjón af umfangi málsins og atvikum öllum skal stefnandi greiða stefnda Samkeppniseftirlitinu 2.000.000 króna í málskostnað, en stefndu Sýn hf. og Nova ehf, hvorum um sig 2.480.000 krónur í málskostnað og hefur þá verið tekið tillit til virðisaukaskatts. Ekki verður séð að stefndi Sendafélagið ehf. hafi haldið fram sérstakri kröfu um málskostnað sér til handa við aðalmeðferð máls þessa og verður sú krafa því ekki tekin hér til greina.

Málið fluttu við aðalmeðferð þess Stefán A. Svansson lögmaður fyrir stefnda Símann hf., Gizur Bergsteinsson lögmaður fyrir stefnda Samkeppniseftirlitið, Snorri Stefánsson lögmaður fyrir stefnda Sýn hf., Heimir Örn Herbertsson lögmaður fyrir stefnda Nova ehf., en tveir síðastnefndu gættu hagsmuna stefnda Sendafélagsins ehf.

Mál þetta dæma Pétur Dam Leifsson héraðsdómari, sem dómsformaður, Guðjón St. Marteinnsson héraðsdómari og Guðjón Kárason verkfræðingur.

Geta ber þess að dómsuppsaga í málinu hefur dregist vegna umfangs málsins og embættisanna dómsformanns, en gætt var ákvæða 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991.

D ó m s o r ð

Stefndu, Samkeppniseftirlitið, Sýn hf., Nova ehf. og Sendafélagið ehf., eru sýknaðir af dómkröfum stefnanda, Símann hf., í máli þessu.

Stefnandi, Síminn hf., greiði stefnda, Samkeppniseftirlitinu, 2.000.000 króna og stefndu, Sýn hf. og Nova ehf., hvorum um sig 2.480.000 krónur í málskostnað.

Pétur Dam Leifsson
Guðjón St. Marteinsson
Guðjón Kárason