



# Samstarf eða samkeppni? -Uppbygging fjarskiptainnviða-

Rit nr. 1/2020





## Formáli

*Í þessu riti er birt minnisblað Samkeppniseftirlitsins um samstarf keppinauta við uppbyggingu fjarskiptainnviða, dags. 18. febrúar 2020. Minnisblaðið var tekið saman í tilefni af tilkynningu á Kauphöllinni þann 19. desember 2019, þar sem var greint var frá því að Síminn hf., Sýn hf. og Nova hf. hefðu undirritað viljayfirlýsingu um viðræður um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainnviða. Einnig var minnisblaðið hugsað sem innlegg í vinnu starfshóps sem ríkisstjórn Íslands skipaði til þess að meta hvaða aðgerðir væru færar til að efla innviði í flutnings- og dreifikerfi raforku og fjarskipta, til þess að tryggja að slíkir grunninnviðir væru sem best í stakk búnir til að takast á við ofsaveður eða aðrar náttúruhamfarir.*



## Efnisyfirlit

1.	Samantekt – leiðbeining og tilmæli .....	4
2.	Kynning á viðræðum fjarskiptafélaga og fundir með eftirlitsstofnunum .....	7
3.	Meginreglur samkeppnisréttar og framkvæmd þeirra .....	9
4.	Um stefnumörkun á Evrópska efnahagssvæðinu og hér á landi.....	11
4.1.	Gildandi réttur og stefnumörkun.....	11
4.2.	Innleiðing tilskipunar nr. 2018/1972 .....	13
4.3.	Stefnumörkun í Bretlandi og á vettvangi OECD .....	13
4.4.	Niðurstaða .....	16
5.	Nánar um samnýtingu fjarskiptainniða.....	16
6.	Niðurlag .....	20



## MINNISBLAÐ

18. febrúar 2020

### Efni: Fyrirhugaðar viðræður Símans hf., Sýnar hf. og Nova hf.

1. Með tilkynningu á Kauphöllinni þann 19. desember 2019 var greint frá því að Síminn hf., Sýn hf. og Nova hf. hefðu undirritað viljayfirlýsingu um viðræður um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainnviða. Var Samkeppniseftirlitinu gerð grein fyrir umræddum viðræðum með tölvupósti þann 18. desember sl. Í janúar sl. áttu Samkeppniseftirlitið og Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) saman fundi með hverju og einu framangreindra fyrirtækja, en gerð er nánari grein fyrir þeim fundum hér á eftir.
2. Nokkrum dögum áður en framangreind áform um viðræður voru kynntar, eða þann 13. desember sl., ákvað ríkisstjórn Íslands að skipa starfshóp fimm ráðuneyta sem falið var að meta hvaða aðgerðir væru færar til að efla innviði í flutnings- og dreifikerfi raforku í fjarskiptum, til að tryggja að slíkir grunninnviðir séu sem best í stakk búnir til að takast á við ofsaveður eða aðrar náttúruhamfarir. Til viðbótar var hópnun ætlað að skoða samgöngur, byggðamál og dreifikerfi RÚV. Var hópnun gert að skila tillögum sínum fyrir 1. mars 2020. Hefur Samkeppniseftirlitið verið boðað á fund starfshópsins.
3. Í ljósi framangreindrar vinnu og áforma um viðræður keppinauta á fjarskiptamarkaði um samstarf í fjarskiptainnviðum telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að setja fram á þessu stigi umfjöllun um samkeppnishagsmuni í fjarskiptainnviðum, þá stefnumörkun sem byggt er í þessum efnum á Evrópska efnahagssvæðinu og túlkun og beitingu samkeppnisreglna að þessu leyti. Jafnframt er gerð grein fyrir fyrirhuguðu samstarfi keppinauta á fjarskiptamarkaði.
4. Í minnisblaði þessu felst jafnframt leiðbeining til fjarskiptafélaga er varðar þær viðræður sem kynntar hafa verið samkvæmt framangreindu. Jafnframt er minnisblaðið sett fram í ljósi þess hlutverks Samkeppniseftirlitsins „að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaði“, sbr. c-lið 8. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.
5. Þess skal getið að Samkeppniseftirlitið hefur við vinnu þessa átt nokkra fundi með PFS.

### 1. Samantekt – leiðbeining og tilmæli

6. Með vísan til umfjöllunar hér á eftir telur Samkeppniseftirlitið mikilvægt að eftirtalin atriði verði m.a. höfð í huga við frekari athugun á mögulegu samstarfi keppinauta á fjarskiptamarkaði um fjarskiptainnviði:
  - Framtíðargrundvöllur að uppbyggingu, þróun og viðhaldi fjarskiptainnviða getur haft afgerandi áhrif á samkeppnishæfni íslensks efnahagslífs, lífsgæði almennings og byggðapróun. Nútímasamfélög styðjast í vaxandi mæli við háhraðafjarskiptanet. Þannig geta mistök í stefnumótun og aðgerðum valdið stórkostlegu tjóni á sama hátt og vel



ígrunduð stefna getur skapað mikinn ábata. Mikilvægt er því að allar aðgerðir á þessu sviði séu vel ígrundaðar.

- Stefnumótun og regluverk á Evrópska efnahagssvæðinu byggir á þeirri grunnforsendu að samkeppni á milli fjarskiptafyrirtækja eigi að knýja áfram framþróun á fjarskiptamarkaði, þ.á m. uppbyggingu, viðhaldi og framþróun innviða. Framkvæmd á almennum og sértækum samkeppnisreglum á sviði fjarskipta styður við þetta. Almenna reglan er sú að rökstyðja þarf sérstaklega allt fráhrarf frá þessari grunnforsendu.
- Í regluverki hér á landi og á Evrópska efnahagssvæðinu er jafnframt viðurkennt að þörf kann að vera á sérstökum aðgerðum á svæðum eða sviðum fjarskiptainnviða þar sem markaðsbrestir eru, t.d. þegar aðilar á markaði telja uppbyggingu eða samkeppni ekki svara kostnaði, s.s. í strjálly byggðum. Í viðræðum Samkeppniseftirlitsins við PFS hefur komið fram að tækifæri kunni að felast í sérstökum aðgerðum stjórnvalda og/eða samstarfi keppinauta á afmörkuðum sviðum.

Sömuleiðis hefur Samkeppniseftirlitið greitt fyrir samstarfi keppinauta þegar forsendur hafa reynst til þess, sbr. einkum ákvörðun nr. 14/2015, *Undanþága Vodafone og Nova vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis*, nr. 11/2018, *Beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur og Mílu um undanþágu fyrir lagningu á ljósleiðara* og nr. 26/2019, *Beiðni Tengis hf. og Mílu ehf. um undanþágu frá samkeppnislögum fyrir lagningu ljósleiðara*.

- Stefnumörkun í fjarskiptainnviðum hér á landi byggir einnig á framangreindum forsendum. Nefna má sem dæmi að skapast hefur samkeppni í innviðauppbyggingu á þéttbýlum svæðum, sem óumdeilanlega hefur t.d. skapað forsendur fyrir og hraðað ljósleiðaravæðingu.
- Í umræðu er því haldið fram að innviðauppbygging hér á landi hafi verið óþarflega kostnaðarsöm. Vekur Samkeppniseftirlitið athygli á því að á bak við þá umræðu virðast ekki liggja til grundvallar neinar rannsóknir eða greiningar þar sem borinn hafi verið saman samfélagslegur kostnaður og ábati af þeirri uppbyggingu sem hér hefur átt sér stað við væntan samfélagslegan kostnað og ábata af þeim fjarskiptainnviðum sem til hefðu orðið án samkeppni á þessu sviði. Í þeim samanburði yrði m.a. að greina hversu mikil innviðauppbygging hefði átt sér stað ef engin samkeppni hefði ríkt í innviðauppbyggingu, s.s. mögulega hægari ljósleiðaravæðingu en ella og öðrum afleiðingum þess.
- Þegar horft er til uppbyggingar á fjarskiptainnviðum á Íslandi þá virðist hún þvert á móti, enn sem komið er, hafa leitt af sér greiðan og góðan aðgang almennings og fyrirtækja til fjarskiptaþjónustu. Þann 5. september 2019 kom út skýrsla póst- og fjarskiptastofnana á Norðurlöndunum og Eystrasaltslöndunum.<sup>1</sup> Í skýrslunni kemur fram að Íslendingar séu með flestar háhraðainternettingar, miðað við höfðatölu, af samanburðarlöndunum fyrir auglýstan niðurhalshraða 30 MB/sek og mesta útbreiðslu háhraðaneta, eða til 96% heimila, með 30 MB/sek eða meira.
- Til stuðnings auknu samstarfi keppinauta í fjarskiptainnviðum hér á landi hefur því verið haldið fram að það sé í samræmi við stefnumörkun og þróun fjarskiptainnviða annars staðar á Evrópska efnahagssvæðinu. Athugun Samkeppniseftirlitsins gefur á hinn bóginn ekki til kynna að slík breyting hafi orðið í stefnumörkun á Evrópska efnahagssvæðinu. Fyrir liggur að tilskipun (ESB) 2018/1972 (Kóðinn), sem til stendur að innleiða hér landi,

<sup>1</sup> Telecommunications Markets in the Nordic and Baltic Countries 2018.



byggir á þeirri meginstefnu að samkeppni skili mestum ábata á þessu sviði, en samrekstur innviða komi til greina þar sem markaðsbrestir eru. Þá gefur nýleg umfjöllun um stefnumörkun einstakra ríkja ekki tilefni til að ætla að meginbreytingar hafi orðið að þessu leyti. Fjallað er nánar um framangreint hér á eftir. Þau dæmi sem nefnd hafa verið um samstarf keppnauta í Evrópu virðast vera af svipuðum meiði og það samstarf sem samkeppnisyfirvöld hafa heimilað hér á landi.

- Það leiðir af samkeppnisrétti hér á landi og á Evrópska efnahagssvæðinu að sýna þarf fram á að samstarf eða samrekstur fjarskiptainnviða uppfylli tiltekin skilyrði sem beinast að því að tryggja hagsmuni samfélagsins og neytenda, sbr. nánari umfjöllun í hér á eftir. Ráðist keppnautar á markaði í slíkt samstarf hvílir sönnunarbyrðin á þeim um að kostir samstarfs fyrir almenning séu meiri en gallar.
- Að sama skapi kæmi ekki til álita að stjórnvöld, þ.á m. löggjafinn, hefðu forgöngu um slíkan samrekstur nema að undangenginni ítarlegri greiningu þar sem sömu viðmið lægju til grundvallar. Leiðir það m.a. af aðild Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu. Til dæmis kynni að koma til kasta Eftirlitsstofnunar EFTA við slíkar aðgerðir.
- Að undangenginni skoðun er það mat Samkeppniseftirlitsins að mikilvægt sé að frekari greiningar og umræður um væntan kostnað og ábata af samstarfi eða samrekstri fjarskiptainnviða fari á þessu stigi fram og séu á ábyrgð stjórnvalda, fremur en í þeim farvegi þar sem þrír stærstu keppnautarnir á fjarskiptamarkaði hafa markað með sameiginlegri yfirlýsingu þann 19. desember 2019. Ástæður þess eru einkum eftirfarandi:
  - Mikilvægt er að stjórnvöld tryggji framgang þeirra gríðarlegu efnahagslegu og byggðalegu hagsmuna sem eru af samkeppnishæfum og öruggum fjarskiptainnviðum.
  - Af evrópskum samkeppnisrétti verður ráðið að samskipti fyrirtækja á fákeppnismarkaði séu sérstaklega vandmeðfarin. Þátttakendur í hinum kynntu viðræðum fjarskiptafyrirtækja fara með meira en 95% markaðshlutdeild á talsíma- og farsímamarkaði, sé tekið mið af heildarfjölda áskrifenda á miðju ári 2019. Auk þess hafa félögin til samans afar sterka stöðu á öðrum mörkuðum fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu.
  - Sú kynning sem eftirlitið hefur fengið af viðræðum fjarskiptafyrirtækjanna gefur til kynna að þær séu mjög víðtækar, samhliða því að félögin hafi í upphafi nokkuð ólíka sýn á ýmsa kjarnaþætti. Hagræn rök hníga að því að fyrirtæki hafi almennt hagsmuni af því að draga úr óvissu í rekstri sínum, s.s. með því að verja fyrri fjárfestingar. Slíkir hvatar geta t.d. litað samræður fyrirtækja um innleiðingu nýrra kerfa. Fyrir liggur að innleiðing 5G er ein af megináskorunum frekari uppbyggingar á fjarskiptainnviðum. Afar mikilvægt er að viðræður fjarskiptafyrirtækjanna hafi ekki í reynd þau áhrif að dregið sé úr hraða við uppbyggingu mikilvægra innviða. Er þetta rökstutt nánar hér á eftir.
  - Þótt fyrirtækin hafi lýst því yfir að þau muni tryggja að samkeppnislega viðkvæmum upplýsingum verði ekki miðlað, blasir við að viðræður um framtíðaruppbyggingu fjarskiptakerfa varða að verulegu leyti innri stefnumörkun hvers fyrirtækis um það hvernig takast eigi á við samkeppni á fjarskiptamarkaði í heild sinni. Slíkar viðræður eru því mjög vandmeðfarnar.



- Á vettvangi fjarskipta starfar sérfrótt stjórnvald, PFS, sem hefur m.a. það hlutverk að framfylgja stefnumörkun stjórnvalda á þessu sviði og greina markaðsbresti á mörkuðum. Sömuleiðis eiga íslensk stjórnvöld að vera til þess bær að fylgja því regluverki sem er í gildi innan Evrópska efnahagsvæðisins og leita sjónarmiða keppinauta á fjarskiptamarkaði eftir því sem við á.

7. Með vísan til alls framangreinds geldur Samkeppniseftirlitið varhug við frekari milliliðalausum viðræðum þriggja stærstu fjarskiptafyrirtækjanna á þessu stigi um samstarf í fjarskiptainnviðum og leggur áherslu á að slíkar viðræður eru alfarið á þeirra ábyrgð. Telur Samkeppniseftirlitið að þessari umfjöllun sé betur fyrir komið á vettvangi stjórnvalda sem bera ábyrgð á fjarskiptamörkuðum og þ. á m. eftirfylgni við skuldbindingar EES-samningsins.
8. Taka ber skýrt fram að Samkeppniseftirlitið hefur ekki tekið afstöðu til þess hvort og þá hvaða frekara samstarf í uppbyggingu og rekstri fjarskiptainnviða falli að reglum samkeppnisréttar.

## 2. Kynning á viðræðum fjarskiptafélaga og fundir með eftirlitsstofnunum

9. Samkeppniseftirlitinu barst tölvupóstur frá Símanum þann 18. desember 2019. Í honum sagði:

*„Til Símans hefur verið leitað að hefja viðræður um að vinna að hagkvæmri nýtingu fjarskiptainnviða, draga úr umhverfisraski og auka almannaoýruggi með samstarfi um uppbyggingu umræddra innviða. Með samstarfinu, komist það á, verða tilteknir fjarskiptainnviðir samnýttir, umfram það sem nú þegar er gert, og eftir atvikum samreknir.*

*Ekki verður skipst á upplýsingum í þessu samtali sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á markaðslegar aðgerðir aðila, hvorki munnlega né skriflega. Komi síðar til þess að aðilar telji nauðsynlegt að skiptast á trúnaðarupplýsingum skal gerður sérstakur trúnaðarsamningur þar um. Skal í því skyni auðvitað sérstaklega gætt að samkeppnisrétti. Komi til þess, að viðræður aðila leiði til samkomulags um innviðauppbyggingu, verður slíkt samkomulag með fyrirvara um samþykki hlutaðeigandi stjórnvalda, eftir atvikum Samkeppniseftirlits og/eða Póst- og fjarskiptastofnunar. Skal slíkt samkomulag ekki koma til framkvæmda nema samþykki viðeigandi eftirlitsstofnana liggja fyrir, að því gefnu að samkomulagið sé þess eðlis að slíkt samþykki sé nauðsynlegt.”*

10. Þann 19. desember 2019 sendi Sýn með tölvupósti til Samkeppniseftirlitsins undirritaða viljayfirlýsingu Símans, Sýnar, og Nova um „viðræður um samstarf við innviðauppbyggingu fjarskiptaneta“. Í tölvupóstinum kom fram að tilkynning um yfirlýsinguna hefði verið send Kauphöll. Í þeirri tilkynningu sagði:

*„Markmið viðræðna aðila er að kanna möguleika á því að vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins, draga úr umhverfisraski og auka almannaoýruggi með því að eiga með sér samstarf um uppbyggingu fjarskiptainnviða.*

*Með viðræðunum vilja aðilar kanna möguleika á því að fyrirtækin geti byggt undir markmið Alþingis sem koma fram í stefnu Alþingis í fjarskiptum fyrir árin 2019-2033 um aðgengi að fjarskiptum, öryggi fjarskipta, hagkvæmni og skilvirkni fjarskipta sem og að draga úr umhverfisáhrifum fjarskipta.*

*Mikilvægi fjarskipta í tengslum við náttúruhamfarir kom bersýnilega í ljós í óveðri sem nýverið gekk yfir landið þar sem fjarskiptafyrirtækin geta unnið að því samfélagslega markmiði að tryggja eftir fremsta megni uppitíma fjarskipta þegar mikið liggur við, að því marki sem það er í þeirra höndum.*



*Viðræðurnar munu taka mið af fyrirhuguðum breytingum á fjarskiptalögum vegna innleiðingar á regluverki vegna samstarfs Íslands á vettvangi Evrópska Efnahagssvæðisins en þar er í auknum mæli hvatt til samreksturs, samfjárfestinga og samnýtingar fjarskiptainnviða.*

*Viljayfirlýsingin felur ekki í sér fjárhagslegar skuldbindingar fyrir fyrirtækin og hafa ekki áhrif á rekstur eða afkomu þeirra. Fyrirhugaðar viðræðurnar eru samhlíða tilkynntar Samkeppniseftirlitinu og háðar samþykki þess ef þær leiða til samkomulags.“*

11. Í hinni undirrituðu yfirlýsingu fyrirtækjanna segir að með „samstarfinu verði fjarskiptainnviðir samnýttir og eftir atvikum samreknir.“ Þá sé stefnt að því að samstarfið leiði til „minni fjárfestingarþarfar“ og aukins hagræðis sem að endingu leiði til lægra verðs á fjarskiptaþjónustu. Virðist sem viðræðurnar eigi að taka til hvers kyns fjarskiptainnviða, þ.m.t. til fastlínuinnviða og 5G fjarskiptanets. Til viðbótar segir að í viðræðunum eigi að kanna „með hvaða hætti hægt er að bæta samnýtingu annarra innviða í opinberri eigu.“
12. Þá kemur fram í yfirlýsingunni að fyrirtækin skuldbindi sig til að standa í viðræðum á tímabilinu frá undirritun hennar og fram til 1. júní 2020.
13. Í tölvupósti Sýnar til Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2019 kom fram að aðilar að yfirlýsingunni myndu kynna efni og markmið fyrirhugaðs samstarfs fyrir viðeigandi stjórnvöldum með fundi, áður en viðræður um samstarfið hæfust. Var þess farið á leit að slíkur fundur með aðilum yrði haldinn fljótlega á nýju ári. Beiðni um fund forstjóra fjarskiptafyrirtækjanna með PFS barst stofnuninni þann 2. janúar 2020.
14. Samkeppniseftirlitið átti fund með PFS um framangreint þann 8. janúar 2020. Var ákveðið að ekki væri heppilegt að eiga sameiginlegan fund með forstjórum fyrirtækjanna. Var ákveðið að PFS og Samkeppniseftirlitið myndu hitta forstjóra fjarskiptafyrirtækjanna, hvern fyrir sig.
15. PFS og Samkeppniseftirlitið áttu fundi með með Sýn þann 14. janúar, Nova 22. janúar og Símanum 27. janúar 2020.
16. Á fundunum kom fram að Sýn hefði haft frumkvæði að því að óska eftir viðræðum um mögulegt samstarf fjarskiptafyrirtækjanna um uppbyggingu innviða fjarskipta.
17. Til skýringar á tilgangi yfirlýsingarinnar um viðræður bentu fyrirtækin almennt á að nýta mætti fjarskiptainnviði betur en nú væri gert og að sumstaðar á landinu væru fjarskiptainnviðir lítið sem ekkert nýttir. Leggja þyrfti áherslu á fjárfestingu og uppbyggingu þar sem hennar væri mest þörf. Með betri nýtingu fjármagns við framtíðarfjárfestingu væri hægt að draga úr kostnaði við gagnaflutning og hraða uppbyggingu og hagnýtingu á 5G með vel skilgreindu og afmörkuðu samstarfi. Eitt fyrirtækið benti á að 5G gæti að nokkru leyti komið í stað gagnaflutnings á fastlínukerfum. Þrátt fyrir það þyrfti þétt net ljósleiðara milli sendistaða og fjölgun farsímamastra auk þess sem töluverð uppbygging ætti enn eftir að eiga sér stað við lagningu aðgangsnets og þá sérstaklega úti á landi. Samstarf gæti auðveldað þetta.
18. Fyrir utan þessi áþekku almennu viðhorf kom fram á fundunum að mögulegir samstarfsfletir fyrirtækjanna væru óskilgreindir og algjörlega ómótaðir. Því var lýst að yfirlýsingin frá 19. desember 2019 væri mjög opin, auk þess sem fram kom að ekki hafi verið haldnir fundir milli félaganna þar sem fjallað væri um hvað samstarfið ætti í raun að fela í sér ef af því yrði. Bent var á að viðkomandi fyrirtæki væru ólík og hefðu mismunandi hagsmuni. Var útskýrt að sökum þessa gætu hugmyndir um hversu víðtækt samstarfið ætti að vera orðið mjög ólíkar „fyrst í stað.“ Í samræmi við þetta komu fram á fundunum mjög ólíkar hugmyndir og vangaveltur:





- Annars vegar komu fram hugmyndir um að samstarfið gæti verið á mjög breiðum grundvelli þar sem stofnnet, aðgangsnnet og farnet væru til umræðu. Rætt var og um að mögulega kæmu fleiri fyrirtæki að viðræðunum með það að markmiði að gera breytingar sem fælu í sér að eitt fyrirtæki færi með rekstur allra fjarskiptainviða hér á landi.
- Hins vegar komu fram á fundunum hugmyndir um að viðræðurnar mættu ekki vera of viðamiklar heldur snúast um mjög afmarkað samstarf.

19. Komu þannig fram á fundum eftirlitsstofnananna með fjarskiptafyrirtækjunum ólík sjónarmið fyrirtækjanna um þörf á samstarfi og þannig mismunandi sjónarmið um þörf á umfangi viðræðna keppinauta um fjarskiptainviði.
20. Ekkert fyrirtækjanna setti fram eða benti með skýrum hætti á afmörkuð og ápreifanleg vandamál sem aðeins væri raunhæft að leysa með samstarfi keppinauta ásamt því að tryggja á sama tíma þá almannahagsmuni sem mælt er fyrir um í 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

### 3. Meginreglur samkeppnisréttar og framkvæmd þeirra

21. Síminn, Sýn og Nova eru keppinautar á fjarskiptamörkuðum og samkeppni milli keppinauta er lögum samkvæmt ætlað að vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins, sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Í 10. gr. laganna felst að öll samskipti milli keppinauta sem hafi það að markmiði eða af þeim leiði að samkeppni sé raskað eru bönnuð. Hið sama felst í 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993. Ólögmet samskipti geta varðað fyrirtæki stjórnvaldssektum og stjórnendur fyrirtækja refsingu.
22. Samráðsbanni samkeppnisréttarins er ætlað að tryggja að keppinautar hegði sér að öllu leyti sjálfstætt á markaði. Í samkeppnisrétti er það þannig „*meginatriði að eðlileg samkeppni gerir ráð fyrir sjálfstæðum fyrirtækjum sem taka sjálfstæðar ákvarðanir þegar þau ákveða viðskiptastefnu sína*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004, *Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði*. Kröfunni um sjálfstæði keppinauta hefur verið slegið fastri af dómstóli ESB.<sup>2</sup> Í leiðbeinandi reglum Eftirlitsstofnunar EFTA, sem birtar voru í desember 2013, er þessari kröfu um sjálfstæði keppinauta lýst sem „*grunnhugmyndinni að baki samkeppnisreglna EES-samningsins [...]*“<sup>3</sup> Í þessu samhengi hefur verið bent á að sú áhætta sem leiði af óvissu á markaðnum („*risks of uncertainty*“) sé afar mikilvæg fyrir samkeppni. Sjálfstæði keppinauta og þessi æskilega óvissa fyrirtækja um m.a. fyrirætlanir keppinauta séu grunnstoðir fyrir virkri samkeppni.<sup>4</sup> Banni samkeppnisréttarins við samskiptum og samvinnu keppinauta sem gengur gegn framangreindu er ætlað að verja þessar grunnstoðir.
23. Sökum framangreinds getur það falið í sér alvarlegt brot ef keppinautar hafa með sér hagnýta samvinnu til að losna undan þeirri áhættu sem felst í samkeppni.<sup>5</sup> Hið sama getur átt við ef

<sup>2</sup> Sjá t.d. mgr. 78 í dómi dómstóls ESB frá 30. janúar 2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52: „*In accordance with settled case-law, each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the internal market (judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 119).*“

<sup>3</sup> Leiðbeinandi reglur um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum, mgr. 60, birtar 12. desember 2013 í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins (2013/EES/69/01).

<sup>4</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 139: „*The case law under Article 101(1) is based on the premise that each undertaking must determine independently the policy which it intends to adopt on the internal market and the conditions which it intends offer to its customers. The decision-making independence of competing undertakings and the risks of uncertainty are regarded as two „attributes of competition in its ideal form.*““ Í áttundu útgáfu (2018) þessa sama fræðiritis er á bls. 121 bent á að dómstóll ESB hafi ítrekað tekið fram að horfa verði til kröfunnar um sjálfstæði keppinauta þegar bannið við samkeppnishamlandi samráði er túlkað.

<sup>5</sup> Sjá t.d. mgr. 83 í dómi dómstóls ESB frá 30. janúar 2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52: „*Further, the Court has also held that agreements whereby competitors deliberately substitute practical cooperation between them for*



fyrirtæki greina keppinautum sínum frá ákvörðunum sínum eða áformum. Sérstaklega á þetta við um samskipti keppinauta sem geta dregið úr óvissu um tímasetningu, umfang og einstaka þætti í fyrirhugðum aðgerðum þeirra á markaði.<sup>6</sup>

24. Samskipti keppinauta eru sérstaklega varhugaverð á mörkuðum þar sem fákeppni ríkir. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að slíkir markaðir séu viðkvæmir í samkeppnislegu tilliti og að á þeim sé talsverð hættu á samræmdum aðgerðum keppinauta, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 7/2008, *Orkuveita Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbær gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í riti Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2011, *Samkeppni á bankamarkaði*, segir um þetta: „Á fákeppnismörkuðum er samkeppnislegt sjálfstæði keppinauta sérstaklega mikilvægt. Hvers konar samvinna milli keppinauta getur aukið skaðlega fákeppni og valdið viðskiptavinum tjóni.“ Í máli sem varðaði refsivert samráð á byggingavörumarkaði kom fram í dómi Hæstaréttar að mikilvægt sé á fákeppnismarkaði að fyrir hendi sé óvissa fyrirtækja „sem í hlut eiga, um hegðun keppinautanna“, sbr. dóm frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015. Í því máli var um að ræða samráð fyrirtækja sem samanlagt voru með yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.
25. Hjá dómstólum ESB hefur og komið ítrekað fram að samskipti keppinauta á fákeppnismörkuðum séu afar viðkvæm í samkeppnislegu tilliti. Fjallað er um þetta t.d. í dómi dómstólsins frá 5. desember 2013 í máli nr. C-455/11, *Solvay gegn framkvæmdastjórninni*.<sup>7</sup> Framkvæmdastjórn ESB komst að þeirri niðurstöðu að níu framleiðendur á tilteknum efnavörum hefðu haft með sér ólöglegt samráð. Samanlagt voru þessi fyrirtæki með um 90% markaðshlutdeild í sölu á þessum vörum á EES-svæðinu. Fyrir dómstóli ESB hélt viðkomandi fyrirtæki því fram að viðræður þess við keppinauta hafi ekki getað falið í sér samráð sem hefði haft það að markmiði að raska samkeppni. Upplýsingarnar sem viðræðurnar tóku til hafi verið þess eðlis að þær gætu ekki dregið úr óvissu á markaðnum og að á honum hafi ríkt mikil samkeppni. Dómstóll ESB féllst ekki á þetta og benti m.a. á að viðkomandi fyrirtæki störfuðu á mjög samþjöppuðum fákeppnismarkaði. Á slíkum markaði væru upplýsingaskipti keppinauta um viðskiptaleg málefni („commercial information“), ein og sér, til þess fallin að hafa áhrif á samkeppni.<sup>8</sup>
26. Samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga þarf samstarf keppinauta að uppfylla eftirfarandi skilyrði til þess að það teljist stuðla að almannahagsmunum;
- stuðla að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir,
  - veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi sem af þeim hlýst,
  - leggi ekki höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf eru til að settum markmiðum verði náð 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.

the risks of competition can be characterised as ‘restrictions by object’ (see, to that effect, judgment of 20 November 2008, *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, C-209/07, EU:C:2008:643, paragraph 34).“

<sup>6</sup> Sjá t.d. mgr. 40-41 í dómi undirréttar ESB frá 11. júlí 2019 í máli nr. T-530/15, *Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2019:498.

<sup>7</sup> EU:C:2013:796.

<sup>8</sup> Mgr. 39: „In the case of a highly concentrated oligopolistic market, such as the market in question in the present case, the exchange of commercial information between competitors is such as to enable operators to know the market positions and strategies of their competitors and thus to impair appreciably the competition which exists between economic operators (see *T-Mobile Netherlands and Others*, paragraph 34 and the case-law cited).“



27. Sömu efnislegu skilyrði eru í gildi á Evrópska efnahagssvæðinu. Á vettvangi framkvæmdastjórnar ESB og í flestum Evrópuríkjum er framkvæmd þeirra þó meira íþyngjandi fyrir fyrirtæki að því leyti að þau bera alfarið ábyrgð á að tiltekið samstarf uppfylli skilyrði, en hér á landi er Samkeppniseftirlitinu ætlað að heimilda samstarf fyrirfram.
28. Þá ber þess að geta að samkeppnisreglum hér á landi, sem eru efnislega hinar sömu og á Evrópska efnahagssvæðinu, er ætlað að vernda almannahagsmuni þegar ráðist er samrekstur í formi sameiningar fyrirtækja.

#### 4. Um stefnumörkun á Evrópska efnahagssvæðinu og hér á landi

29. Fjarskiptafyrirtækin þrjú vísa til stefnu Alþingis í fjarskiptum og til fyrirhugaðra breytinga á fjarskiptalögum vegna innleiðingar á EES-rétti. Með viðræðunum vilji fyrirtækin kanna hvort þau geti byggt undir eða betur starfað í samræmi við markmið sem þar komi fram. Telja fyrirtækin að þessi markmið hvetji til aukinnar samvinnu fjarskipta um samrekstur, samfjárfestinga og samnýtingar fjarskiptainviða.
30. Í ljósi þessa er rétt að líta til þess hvort orðið hafi eða stefnt sé að grundvallarbreytingu í stefnumörkun hvað varðar samstarf keppinauta á fjarskiptamarkaði og uppbyggingu fjarskiptainviða.

##### 4.1. Gildandi réttur og stefnumörkun

31. Nútímasamfélög hafa mikla og sívaxandi þörf fyrir háhraða fjarskiptanet. Mikilvægi þessa fyrir m.a. neytendur, byggðaþróun og samkeppnishæfni ríkja er viðurkennt af flestum. Sökum þessa er það eðlilega mikilvægt verkefni stjórnvalda að skapa skilyrði fyrir nauðsynlega uppbyggingu fjarskiptainviða.
32. Með einföldun má segja að hér á landi hafi verið stuðst við tvær meginstoðir að þessu leyti:
  - Annars vegar innviðasamkeppni og aðrar markaðslausnir þar sem þær geta átt við. Framkvæmd á almennum og sértækum samkeppnisreglum á sviði fjarskipta styður við þetta. Er þetta í samræmi við EES-rétt.
  - Hins vegar aðkomu stjórnvalda þegar um markaðsbrest er að ræða. Fjarskiptasjóður, sem starfar samkvæmt nr. 132/2005, hefur þannig það hlutverk „að úthluta fjármagni til verkefna sem miða að uppbyggingu stofnkerfa fjarskipta, verkefna sem stuðla að öryggi og samkeppnishæfni þjóðfélagsins á sviði fjarskipta og annarra verkefna, enda sé kveðið á um þau í fjarskiptaáætlun, og ætla má að ekki verði í þau ráðist á markaðsforsendum“, sbr. 1. gr. laganna.
33. Í ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) frá júní 2015 var fjallað um verkefni fjarskiptasjóðs sem bar heitið „**Háhraðanettengingar til allra landsmanna**“. Verkefnið náði til heimila og atvinnuhúsnæðis í dreifbýli sem höfðu ekki aðgang að háhraðanettengingum og að ólíklegt væri að markaðsskilyrði sköpuðust til að veita slíkan aðgang í náinni framtíð. Komst ESA að þeirri niðurstöðu að verkefnið hefði falið í sér ríkisaðstoð sem þó var talin samræmast EES samningnum. Í tilkynningu ESA um þetta sagði að aðgangur „að háhraðanetþjónustu stuðlar að hagvexti og félagslegum umbótum og er mikilvægur til að jafna samkeppnisskilyrði milli landshluta og koma í veg fyrir að stafræn gjá myndist“. Benti ESA á að samkvæmt reglum EES-samningsins um ríkisaðstoð sé hinu opinbera, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum heimilt að fjármagna



uppbyggingu fjarskiptainnviða á svæðum þar sem slík kerfi séu ekki til staðar og þar sem ólíklegt sé að einkafjárfestar byggja þau upp.<sup>9</sup>

34. Frá árinu 2016 hafa stjórnvöld unnið að auknu aðgengi að ljósleiðara í gegnum verkefnið „Ísland ljóstengt“ sem er í umsjá fjarskiptasjóðs. Markmiðið er að 99,9% lögheimila og fyrirtækja eigi kost á 100 Mb/s þráðbundinni nettengingu í árslok 2020. Komið hefur fram að stjórnvöld hafa einnig lagt áherslu á jafnræði landsmanna til aðgangs að fjarskiptainnviðum. Hafi sveitarfélög með beinum hætti tekið þátt í uppbyggingunni og einnig hafi framlag úr byggðasjóðum til háhraðatenginga hjálpað mörgum sveitarfélögum. Þá hefur fjarskiptasjóður í mörg ár lagt fram fé til að mæta kostnaði við uppbyggingu á þeim svæðum þar sem er markaðsbrestur.<sup>10</sup> Þá ber að líta til þess að PFS hefur útbúið leiðbeiningar fyrir sveitarfélög og aðra opinbera aðila vegna uppbyggingar ljósleiðarakerfa. Leiðbeiningarnar fela m.a. í sér upplýsingar um regluverk EES-samningsins á sviði samkeppni og ríkisaðstoðar, tækniröfur, upplýsingar um kröfur í útboðum o.fl.<sup>11</sup>
35. Þann 3. júní 2019 var á Alþingi samþykkt þingsályktun um stefnu í fjarskiptum fyrir árin 2019 – 2023. Samkvæmt henni ber m.a. að leggja áherslu á að „styrkja samkeppni á fjarskiptamarkaði og auka samkeppnishæfni Íslands“. Með þeirri áherslu verði markmiði náð í því að „auka hagkvæmni í fjarskiptum fyrir notendur og samfélagið. Staðið verði að framkvæmdum, viðhaldi og þjónustu með skilvirkum hætti og fjármunir nýttir með eins hagkvæmum hætti og unnt er, að teknu tilliti til samkeppnissjónarmiða.“ Sama dag var samþykkt á Alþingi fjarskiptaáætlun fyrir árin 2019 – 2023. Þar kemur fram að markmiði um hagkvæmni og skilvirkni í fjarskiptum verði m.a. náð með verkefni sem varði „hvata til fjárfestinga í fjarskiptainnviðum á grundvelli samkeppni og samvinnu, svo sem vegna 5G, verði metnir og tillögur útfærðar eftir atvikum.“ Jafnframt kemur fram að uppbyggingu á grundvelli verkefnisins „Ísland ljóstengt“ ljúki fyrir árslok 2021.
36. Þá ber að líta til þess að lög nr. 125/2019 hafa að markmiði að stuðla að og hvetja til hagkvæmrar uppbyggingar háhraðafjarskiptaneta með því að auðvelda sameiginlega nýtingu á núverandi efnislegum grunnvirkjum og með því að hvetja til skilvirkari uppbyggingar á nýjum efnislegum grunnvirkjum þannig að útbreiðsla slíkra neta sé möguleg með lægri kostnaði. Er í lögum að finna úrræði til að stuðla að framangreindu.
37. Hér skiptir máli að í aðdraganda setningu laga nr. 125/2019 var gagnrýnt að ákvæði frumvarpsins veittu ekki aðgang að svonefndum svörtum ljósleiðara. Með vísan til m.a. samkeppnissjónarmiða var ekki fallist á breytingu á frumvarpinu enda hefði slíkur aðgangur geta dregið úr innviðasamkeppni.
38. Í samráðsskjali PFS frá 20. september 2019, *Samstarf og samnýting á fjarskiptainnviða með sérstaka áherslu á uppbyggingu 5G*, segir: „Hið evrópska fjarskiptaregluverk leggur áherslu á að efla sem mest innviðasamkeppni þar sem hún er talin tryggja með bestum hætti sjálfbæra þjónustusamkeppni til langs tíma. Talið er að samkeppni sé best til þess fallin að auka útbreiðslu háhraðaneta á borð við ljósleiðara á svæðum þar sem samkeppni fær þrífist á viðskiptalegum forsendum. Á öðrum svæðum, þar sem svokallaður markaðsbrestur ríkir, verða að koma til önnur úrræði til að tryggja útbreiðslu háhraðaneta, svo sem ríkisstyrkir.“
39. Ljóst er að miklar breytingar geta fylgt 5G netum og þjónustu. Kom fram á framangreindum fundum eftirlitsstofnananna með fjarskiptafyrirtækjunum það mat að 5G gæti að nokkru leyti komið í stað gagnaflutnings á fastlínukerfum. Tilkoma 5G getur því haft veruleg áhrif á

<sup>9</sup> Sjá frétt ESA frá 30. júní 2015.

<sup>10</sup> Vísast um þessi atriði til almennra athugasemda í frumvarpi sem varð að lögum nr. 125/2019.

<sup>11</sup> <https://www.pfs.is/fjarskipti/ljosleidarauppbygging-og-rikisstyrkir/>



samkeppni á fjarskiptamörkuðum til lengri tíma litið. Samkvæmt framansögðu felst í gildandi lögum og þingsályktunum sú stefnumörkun að innviðasamkeppni eigi almennt að stuðla að uppbyggingu fjarskiptakerfa. Þar sem markaðurinn skili ekki fullnægjandi niðurstöðu hafi stjórnvöld úrræði til að stuðla að því að sem flest heimili og fyrirtæki á landinu njóti góðrar fjarskiptaþjónustu.

40. Kemur þá til skoðunar hvort um grundvallarstefnubreytingu verði að ræða í nýrri fjarskiptalöggjöf.

#### 4.2. Innleiðing tilskipunar nr. 2018/1972

41. Fjallað er um þýðingu 5G og uppbyggingu fjarskiptainniða í drögum að frumvarpi til nýrra fjarskiptalaga frá 9. desember 2019. Með frumvarpinu er lagt til að innleidd verði hér á landi ákvæði tilskipunar (ESB) nr. 2018/1972 frá 11. desember 2018 um setningu evrópskra reglna um fjarskipti. Fram kemur í frumvarpinu að meginmarkmið tilskipunarinnar sé tvíþætt:

- Annars vegar að hrinda í framkvæmd innri markaði fyrir fjarskiptanet og -þjónustu sem mun leiða til útbreiðslu og upptöku háhraðaneta, sjálfbærrar samkeppni, rekstrarsamhæfi fjarskiptaþjónustu, aðgengileika, öryggis neta og þjónustu og ávinnings fyrir endanotendur.
- Hins vegar að tryggja að í Evrópu sé framboð af hágæðaþjónustu sem sé öllum aðgengileg á viðráðanlegu verði fyrir tilstuðlan virkrar samkeppni og valkosta, og bregðast við aðstæðum þar sem markaðurinn uppfyllir ekki þarfir endanotenda með fullnægjandi hætti.

42. Í drögum að frumvarpinu er einnig bent á að 5G muni kalla á umtalsverðar fjárfestingar á komandi árum. Í hinu nýja regluverki skv. tilskipuninni sé lögð áhersla á sjálfbæra samkeppni og hvata til handa fjarskiptafyrirtækjum til uppbyggingar ekki síst ljósleiðara og 5G farnets. Í því sambandi beri m.a. að „greiða fyrir innviðasamkeppni“ og sameiginlegum fjárfestingum við uppbyggingu innviða. Fram kemur að PFS muni eftir atvikum geta lagt kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk um aðgang að mannvirkjum. Þetta atriði eigi að „ýta undir samkeppni í uppbyggingu háhraðaneta með því að veita fyrirtækjum aðgang að aðstöðu til þess að byggja upp ný net, s.s. lagnaleiðum, en ákvæðið getur einnig náð til strengja og leiðslna og gengur þar með lengra en lög nr. 125/2019.“ Jafnframt kemur fram í frumvarpinu að hið nýja regluverk muni fela í sér að fyrirtæki sem hefur umtalsverðan markaðsstyrk og hyggist byggja upp nýtt háhraðanet, geti lagt fram tilboð um að veita öðrum fyrirtækjum möguleika á sameiginlegri fjárfestingu og/eða aðgangi að netinu og geti, að tilteknum lögmæltum skilyrðum uppfylltum, losnað undan öðrum kvöðum hvað varðar hið nýja net.

43. Meginstefnan samkvæmt framansögðu er því sú að samkeppni milli fjarskiptafyrirtækja eigi sem fyrr að knýja áfram framþróun á fjarskipamarkaði. Engin breyting hefur þannig orðið á því grunnviðhorfi að innviðasamkeppni skili mestum ábata. Að sama skapi og áður er hins vegar ljóst að þörf getur verið á viðbótarúrræðum og er í tilskipun nr. 2018/1972 þannig að finna nýmæli þar að lútandi sem munu þegar frumvarpið verður að nýjum fjarskiptalögum fela PFS ný úrræði til að stuðla að hraðari uppbyggingu fjarskiptaneta.

#### 4.3. Stefnunmörkun í Bretlandi og á vettvangi OECD

44. Víða er unnið að stefnumótun til að undirbúa samfélög sem best fyrir stafræna framtíð, sbr. m.a. framangreinda tilskipun 2018/1972 og frumvarp að nýjum fjarskiptalögum. Til hliðsjónar er



gagnlegt að líta til stefnumörkunar í Bretlandi og á vettvangi OECD. Kemur þá til skoðunar hvort fram hafi komið breytt sjónarmið um aukin ábata af samvinnu keppinauta í stað samkeppni við uppbyggingu innviða.

#### 4.3.1. Bretland

45. Í júlí 2018 var birt ítarleg skýrsla þar sem fram kemur stefna þarlendrar stjórnvalda um framtíðaruppbyggingu fjarskiptainnviða.<sup>12</sup> Samkvæmt skýrslunni er markmiðið að öll bresk heimili og fyrirtæki verði tengd ljósleiðara<sup>13</sup> eigi síðar en á árinu 2033.<sup>14</sup> Jafnframt sé það markmið að Bretland verði leiðandi á heimsvísu í uppbyggingu á 5G og að hin nýja tækni nái til meirihluta landsins eigi síðar en á árinu 2027.
46. Fram kemur að við þessa stefnumörkun hafi m.a. verið horft til þess sem gefist hafi vel og illa í öðrum ríkjum.<sup>15</sup> Samkvæmt skýrslunni er samkeppni talin gegna lykilhlutverki í að ná fram umræddu markmiði hvað varðar uppbyggingu ljósleiðara.<sup>16</sup> Bent er m.a. á að þau ríki sem hafi reitt sig á innviðasamkeppni hafi náð mestri útbreiðslu ljósleiðara.<sup>17</sup> Samkeppni hafi að sama skapi grundvallarþýðingu varðandi útbreiðslu og innleiðingu 5G. Þegar þeir sem reki farsímanet fari að bjóða upp á 5G muni það knýja önnur fjarskiptafyrirtæki til að bregðast við og vernda markaðshlutdeild sína. Muni þessir samkeppniskraftar knýja á um 5G uppbyggingu.<sup>18</sup>
47. Hluti af aðgerðum til að stuðla að framangreindum markmiðum er fólgin í því að tryggja fullan lagalegan aðskilnað á milli BT og Openreach.<sup>19</sup> Búast megi við aðgerðum stjórnvalda ef BT og Openreach starfi ekki í samræmi við fyrirmæli sem ætlað sé að tryggja samkeppni og þarfir þeirra sem þurfi aðgang að grunnkerfum Openreach.<sup>20</sup>
48. Annar opinber aðili hefur einnig fjallað um uppbyggingu fjarskiptainnviða í Bretlandi. Á árinu 2015 skipuðu bresk stjórnvöld nefnd sérfræðinga til að veita óháða ráðgjöf um stefnumörkun varðandi mikilvæga innviði (National Infrastructure Commission).<sup>21</sup> Í júlí 2018 setti nefndin fram

<sup>12</sup> Future Telecom Infrastructure Review, Department for Digital, Culture, Media & Sport, birt 23. júlí 2018.

<sup>13</sup> Hér er átt við beina tengingu; FTTP (fibre to the premises).

<sup>14</sup> Ný ríkisstjórn hefur flýtt þessu til ársins 2025. Sjá „The Conservative and Unionist Party (2019) Conservative Party Manifesto“

<sup>15</sup> Í ávarpi viðkomandi ráðherra í inngangskafila skýrslunnar segir: „We announced the Future Telecoms Infrastructure Review last year, as part of the Government’s Industrial Strategy, and launched our public Call for Evidence to gather views on how we can best achieve these ambitions. Since then, we have had extensive discussions with industry, consumer groups and investors, undertaken detailed market analysis, and drawn lessons from what has worked – and not worked – in other countries.“

<sup>16</sup> „A telecoms market that promotes competition between rival networks where possible is best placed to deliver the Government’s objectives of extending full fibre coverage across the country as rapidly as possible. [...] The Government’s overarching strategic priority is to promote efficient competition and investment in world-class digital networks. Investment is key to improving consumer outcomes, in terms of choice, service quality, innovation and price over the longer-term.“

<sup>17</sup> „Countries that have relied on infrastructure competition have generally seen higher levels of fibre coverage [...]“

<sup>18</sup> **„5G deployment will be driven by competition and efficiency benefits“**

The roll out of 5G will require significant investment by mobile network operators and other players in all network domains, including spectrum, radio access network infrastructure, fibre backhaul and core networks. The wireless sector will need to develop strategies to cope with this expected growth in network costs to meet future demand, including infrastructure sharing and new infrastructure models.

The competitive dynamics in the mobile market, alongside the efficiency and capacity benefits of 5G, are likely to underpin the early business case for 5G investment. Mobile operators may seek to gain a competitive advantage by marketing 5G to existing and potential customers, and thereby spur a response from other operators to protect market shares.“

<sup>19</sup> Líkt og Míla hér á landi rekur Openreach mikilvæg fjarskiptagrunnkerfi. Fjallað var um BT og Openreach á bls. 40-42 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, Breytingar á skipulagi Skiptasamstæðunnar og aðrar aðgerðir til þess að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði.

<sup>20</sup> „The Government will closely monitor legal separation, including Ofcom’s reports on the effectiveness of the new arrangements. The Government will consider all additional measures if BT Group fails to deliver its commitments and regulatory obligations, and if Openreach does not deliver on its purpose of investing in ways that respond to the needs of its downstream customers.“

<sup>21</sup> Hlutverk hennar orðað svo: „The National Infrastructure Commission was established in 2015 to provide independent, impartial advice on the UK’s long term infrastructure needs.“



tillögur sínar um stefnu í innviðamálum á árunum 2020 - 2050.<sup>22</sup> Tók hún m.a. til stefnu og aðgerða við uppbyggingu samgöngu-, orku- og fjarskiptainniða.

49. Hvað fjarskipti áhræfir lagði nefndin áherslu á að öll heimili og fyrirtæki í Bretlandi tengist ljósleiðara. Uppbygging ljósleiðaranets myndi styðja við uppbyggingu 5G. Að mati nefndarinnar er innviðasamkeppni besta aðferðin til þess að tryggja þessa uppbyggingu. Aðkoma stjórnvalda væri hins vegar nauðsynleg í dreifbýli.<sup>23</sup>

#### 4.3.2. OECD

50. Á vettvangi OECD hefur frá árinu 2017 verið unnið að verkefni sem nefnt er „*Going Digital*“. Tilgangur þess er að móta stefnu til að tryggja sem mestan ábata fyrir sem flesta af hinni „stafrænu byltingu“ sem framundan sé.<sup>24</sup> Í þessu sambandi er m.a. horft til stefnu í samkeppnismálum, innviðum, öryggi, atvinnumálum, nýsköpun o.fl.
51. Í skýrslu OECD frá mars 2019 („*Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives*“) er fjallað um sjö lykilatriði sem eiga að auðvelda stjórnvöldum að stuðla að því að hin „stafræna bylting“ muni bæta hag almennings. Þessi atriði eru m.a. aðgengi, traust, störf og nýsköpun. Með aðgengi er átt við að bæta verði aðgengi að fjarskiptainniðum, þjónustu og gögnum. Til þess að ná þessu fram verði stjórnvöld, að mati OECD, að leggja áherslu á eftirfarandi:

#### Enhancing access: What matters most for policy?

- Promote competition to drive investment in communications infrastructures and services. Depending on local market conditions, the presence of more mobile network operators (e.g. four rather than three) can result in more competitive and innovative services, and passive infrastructure sharing and co-investment can help extend coverage.
- Ensure technical enablers are in place, such as Internet exchange points, efficient allocation of spectrum, and new generation Internet protocol addresses. Reduce administrative barriers to investment such as burdensome licensing requirements and complex rights of way.
- Boost connectivity in rural and remote areas, for example by investing directly in high-speed fixed networks or incentivising private investment, including by competitive tendering, tax exemptions, low interest loans or lower spectrum fees.
- Enhance access to and sharing of data, while balancing its benefits with the risks, taking into account legitimate national, private and security interests, for example through contractual agreements, restricted data sharing arrangements, data portability, and open government data.

52. Samkvæmt þessu er innviðasamkeppni almennt talin mikilvægasti drifkrafturinn til að stuðla að uppbyggingu fjarskiptainniða. Í skýrslunni kemur þannig einnig fram að stjórnvöld verði að efla samkeppni til þess að notendur hafi aukið val um fjarskiptakerfi og þjónustuveitendur.

<sup>22</sup> Skýrsla nefndarinnar frá júlí 2018 „National Infrastructure Assessment“. Í inngangi segir: „*In the National Infrastructure Assessment, the first of its kind, the Commission has been able to look across infrastructure sectors, and come to independent conclusions based on the best available evidence. The Assessment sets out a clear, long term strategy for the UK's economic infrastructure from 2020 to 2050, providing long term clarity for industry and the supply chain.*“

<sup>23</sup> „*Competition is the best way to get full fibre and the market is already starting to deliver - companies are planning to make full fibre available to up to 14 million premises by 2025. But government support will be needed in rural areas.*“

<sup>24</sup>Sjá <https://www.oecd.org/going-digital/project/> Þar kemur fram: „*The digital transformation holds many promises to spur innovation, generate efficiencies and improve services while boosting more inclusive and sustainable growth and enhancing well-being. But these benefits come with disruptions. Our interactions with one another and with society more broadly are being transformed, as are organisations and markets, raising important issues around jobs and skills, privacy, security, and how to ensure that technological changes benefit society as a whole. To bring about stronger and more inclusive growth from the digital revolution, it is essential to build a coherent and comprehensive policy approach. This is the essence of the OECD's Going Digital project.*“



Samnýting á t.a.m. óvirkum fjarskiptainnvíðum (e. passive infrastructure sharing) geti hins vegar dregið úr kostnaði.<sup>25</sup> Það sé hins vegar afar mikilvægt úrlausnatriði („critical decision“) hjá stjórnvöldum í hverju ríki fyrir sig að ákveða annars vegar hvenær innviðasamkeppni skuli ríkja og hins vegar hvenær skuli stuðla að samnýtingu á innviðum til að efla samkeppni í smásölu.<sup>26</sup>

#### 4.4. Niðurstaða

53. Samkvæmt öllu framansögðu er meginreglan sú í íslenskum rétti og í EES/ESB-rétti að samkeppni milli fjarskiptafyrirtækja í m.a. innviðaupbyggingu sé besta leiðin til þess að knýja áfram framþróun á fjarskipamarkaði. Hið saman kemur fram í stefnumörkun í Bretlandi og á vettvangi OECD.
54. Hins vegar liggur einnig fyrir að samvinna fjarskiptafyrirtækja geti undir vissum kringumstæðum haft jákvæð áhrif. Rétt er að víkja nánar að því.

### 5. Nánar um samnýtingu fjarskiptainnvíða

55. Fjarskiptafyrirtæki geta samnýtt („sharing“) tiltekna þætti í fjarskiptainnvíðum.<sup>27</sup> Einnig geta fjarskiptafyrirtæki ráðist í sameiginlega fjárfestingu í innviðum („co-investment“) og eftir atvikum samrekstur á þeim. Við réttar aðstæður getur samstarf skilað ábata fyrir bæði viðkomandi fyrirtæki og viðskiptavinum þeirra. Eins og fram kemur í drögum að frumvarpi til fjarskiptalaga getur samstarf verið nauðsynlegur hluti af uppbyggingu mikilvægra fjarskiptainnvíða og fyrirhugað er að lögfesta ný úrræði til að stuðla að því að samstarf hafi jákvæð áhrif. Þá hefur Samkeppniseftirlitið í eldri málum talið forsendur fyrir því að veita fjarskiptafyrirtækjum undanþágu frá samráðsbanni samkeppnislaga vegna tiltekinna verkefna.<sup>28</sup>
56. Samstarf keppinauta á þessu sviði þarf hins vegar að uppfylla þau skilyrði sem sett eru í lögum hér á landi og EES-samningnum, enda getur það að öðrum kosti verið mjög skaðlegt. Í skýrslu BEREC<sup>29</sup> frá júní 2018 er fjallað um kosti og galla við samnýtingu á fjarskiptainnvíðum.<sup>30</sup> Varðandi gallanna kemur fram að mörg fjarskiptayfirlögd í Evrópu telji að samnýting á fjarskiptainnvíðum dragi úr fjárfestingarhvata og samkeppni milli innviða um meiri útbreiðslu.<sup>31</sup> Þá hafi bæði fjarskipta- og samkeppnisyfirlögd áhyggjur af langtímaáhrifum samnýtingar

<sup>25</sup> Óvirk samnýting vísar þá til samnýtingar á búnaði sem er beinn hluti af fjarskiptakerfum, þ.e. búnaði sem geta ekki flutt eða breytt fjarskiptamerkjum, t.d. hluti fasteignar. Virk samnýting vísar til samnýtingar á búnaði sem beinn hluti af fjarskiptakerfum, þ.e. búnaði sem getur flutt eða breytt fjarskiptamerkjum.

<sup>26</sup> Skýrsla OECD, Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives, mars 2019: „As convergence continues, policy makers must promote competition to ensure that users benefit from greater choice from network and service providers, either through bundled or simple voice, data and video offers. Promoting competition can positively influence investment and pricing decisions and can drive up the overall quality and speed of broadband offers, including to underserved populations. Sharing network components, for example through passive infrastructure sharing, can also sometimes reduce costs. It is a critical decision for each country to determine the balance between end-to-end infrastructure competition and the joint provisioning of facilities by rivals to support greater retail competition.“

<sup>27</sup> Oft er gerður greinarmunur milli virkrar samnýtingar („active sharing“) og óvirkrar („passive sharing“). Óvirk samnýting vísar þá til samnýtingar á búnaði sem er beinn hluti af fjarskiptakerfum, þ.e. búnaði sem getur ekki flutt eða breytt fjarskiptamerkjum, t.d. hluti fasteignar. Virk samnýting vísar til samnýtingar á búnaði sem beinn hluti af fjarskiptakerfum, þ.e. búnaði sem getur flutt eða breytt fjarskiptamerkjum. Sjá t.d. OECD, Wireless Market Structures and Network Sharing, janúar 2015.

<sup>28</sup> Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015, Undanþága Vodafone og Nova vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis, ákvörðun nr. 11/2018, Beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. og Milu ehf. um undanþágu frá samkeppnislögum fyrir lagningu á ljósleiðara og ákvörðun nr. 26/2019, Beiðni Tengis hf. og Milu ehf. um undanþágu frá samkeppnislögum fyrir lagningu á ljósleiðara.

<sup>29</sup> BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) er samsamstarfsvettvangur evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana.

<sup>30</sup> BEREC, Report on infrastructure sharing, 14. júní 2018.

<sup>31</sup> „[...] many NRAs are of the view that sharing decreases the incentives to investment and infrastructure competition for better coverage.“





keppinauta á fjarskiptainnvíðum á mikilvæga samkeppnisþætti, s.s. útbreiðslu fjarskiptaneta og innleiðinga á nýrri tækni.<sup>32</sup>

57. Hér má nefna sem dæmi að austurísk stjórnvöld settu sér það markmið í apríl 2018 að Austurríki yrði frumkvöðull í 5G væðingu í Evrópu. Útboð á tíðnum yrðu til að mynda ekki nýtt sem tekjustofn og að stjórnvöld legðu fram fjármagn til að styðja við uppbyggingu innviða (nefnt „Breitbandmilliarde“). Tengt þessu birtu þarlend fjarskiptayfirvöld stefnu sína í tengslum við útboð á tilteknum tíðnum. Í henni kom fram að í aðalatriðum yrði virk samnýting fjarskiptafyrirtækja ekki heimiluð í stærstu borgum Austurríkis.<sup>33</sup> Tilgangur þessa væri að innviðasamkeppni hraðaði uppbyggingu 5G. Bent var á að samvinna fjarskiptafyrirtækja, sem samanlagt hefðu mikla markaðshlutdeild, gæti dregið úr samkeppnislegu sjálfstæði þeirra og hægt á uppbyggingu innviða.<sup>34</sup> Einnig var tekið fram að bann við samnýtingu gæti komið til greina utan helstu þéttbýlisstaða ef það væri nauðsynlegt að tryggja innviðasamkeppni.<sup>35</sup>
58. Í júní 2019 birti BEREC sameiginlega afstöðu („Common position“) til samnýtingar á farnetum.<sup>36</sup> Kemur þar fram að eitt meginmarkmiðið við mat á samnýtingu á fjarskiptainnvíðum sé að tryggja að hún raski ekki samkeppni. Taki það bæði til innviðasamkeppni og samkeppni í fjarskiptaþjónustu. Varðandi áhrif samnýtingar á innviðasamkeppni er bent á að það sé markmið framangreindrar tilskipunar nr. 2018/1972 að efla eða verja slíka samkeppni þar sem hún skapi meginhvatann fyrir fjárfestingu og uppbyggingu innviða.<sup>37</sup> Hins vegar geti samstarf haft jákvæð áhrif við vissar aðstæður.<sup>38</sup> Þá sé ljóst að í einhverjum tilvikum séu ekki efnahagslegar forsendur fyrir innviðasamkeppni. Þegar um náttúrulega einokun af þessum toga sé að ræða verði að gæta almannahagsmuna með reglusetningu.

<sup>32</sup> „To summarize, competition and regulatory authorities may tackle some competitive concerns with remedies – but they seem to be especially concerned about the long-term impact of infrastructure sharing on competitive parameters such as network coverage and the deployment and spread of new technologies. For the latter competitive concern, there were no effective remedies in the ex-post assessment but fines.“

<sup>33</sup> Fjallað er um þetta í skýrslu OECD frá júlí 2019, The Road to 5G Networks – Experience to Date and Future Developments. Í skýrslunni er Austurríki nefnt sem dæmi um ríki sem skoðað hefur vel áhrif samnýtingar fjarskiptafyrirtækja á innviðum á uppbyggingu 5G. Lýst svo: „Some countries have considered the question of infrastructure sharing implications on 5G deployment with more detail and have already taken a stance. Such is the case of Austria, where the responsible regulatory body, Telekom-Control-Kommission (TKK), published a position paper on infrastructure sharing in mobile networks. While TKK’s measures aim to encourage investment in 5G networks, they also plan to prohibit active infrastructure sharing in the largest cities for the deployment of sub 6-GHz spectrum during ongoing/upcoming spectrum awards – with the exception of some indoor and nonreplicable infrastructure.“ Sjá skýrslu OECD frá júlí 2019, The Road to 5G Networks

<sup>34</sup> Skýrsla austurrískra fjarskiptayfirvalda (TKK), Position Paper on Infrastructure Sharing in Mobile Networks, 28. maí 2018. Þar segir: „[...] all three MNOs have to have coverage of more than 90% or 95% (broadband) respectively 98% (narrowband) of the population with the respective services. Within the area of already achieved coverage with stand-alone active access network, each MNO might be able to independently carry out a new or renewed investment in the active access network. Active sharing – even if networks are logically separated – is likely to reduce the ability for independent decision-making since many medium-term decisions, such as the rollout of a new site or the installation of new equipment, often require coordination measures between the competitors.“

<sup>35</sup> Í skýrslu TKK segir um þetta: „[...] regulatory authority may also exclude active sharing in other areas (also to meet coverage requirements) in the ancillary provisions of frequency allocation notices. For example, a regional award may require a minimum of infrastructure investments on a regional basis in order to regionally secure a level of services for customers on competing infrastructures.“

<sup>36</sup> BEREC, Common position on infrastructure sharing, 13. júní 2019.

<sup>37</sup> „Efficient Infrastructure-based competition: the European Electronic Communications Code explicitly mentions efficient infrastructure-based competition as an objective which competent authorities should pursue. Infrastructure-based competition ensures the independent ability and incentive to invest for individual operators. It involves stand-alone network roll-out but may also involve passive infrastructure sharing. The prospect of protecting or increasing profitable sales by offering customers greater benefit (e.g. by improved coverage) or a better-value offer due to efficiency enhancements drives investments and constitutes a central incentive for the build-up and expansion of mobile communications infrastructure. The larger an operator’s market share is, the smaller is the incentive to make such investments in order to win additional customers from other competitors. And the lower the competitive pressure of others, the smaller is the incentive to retain the existing customers through investments and better offers.“

<sup>38</sup> „At the same time, joint rollout and joint operation of mobile communications infrastructure, as opposed to several independent infrastructures, might bring savings in many areas. In areas with low usage the benefits from network sharing in mobile communications are comparatively high.“



59. Í framangreindri breskri stefnumörkun kemur fram að þarlend stjórnvöld muni aðeins styðja við samnýtingu fjarskiptainnviða ef hún raski ekki samkeppni.
60. Í umræddri skýrslu OECD frá mars 2019 kemur fram að samnýting á innviðum geti eftt samkeppni þegar fyrir hendi sé markaðsráðandi fyrirtæki. Undir slíkum kringumstæðum gefi samnýting smærri og nýjum keppinautum færi á að veita hinu ráðandi fyrirtæki samkeppni. Um sameiginlega fjárfestingu fjarskiptafyrirtækja í innviðum segir þetta:
- „Co-investment arrangements, whereby two or more operators co-invest in network deployment could, in some circumstances, spur coverage and increase competition. Such arrangements have emerged in countries like the Netherlands, Portugal, Spain and Switzerland as a means of sharing risk and overcoming financing constraints. However, the impacts of such arrangements and the ideal conditions for network access for third parties depend on local market conditions and factors such as the number of operators and the areas of co-investment, and the overall effect is unclear at this stage.“*
61. OECD telur þannig m.a. samkeppnislegar aðstæður á markaði skipta miklu þegar horft er til mögulegra áhrifa sameiginlegra fjárfestinga fjarskiptafyrirtækja. Til viðbótar telur OECD að almennt séð séu áhrif slíkrar samvinnu ekki ljós.
62. Ljóst má því vera að við samkeppnislegt mat á samvinnu fjarskiptafyrirtækja hefur verulega þýðingu hver staða viðkomandi fyrirtækja er á markaðnum. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015, *Undanþága Vodafone og Nova vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis*, kemur fram það mat viðkomandi fyrirtækja að með sameiginlegu dreifikerfi geti þau veitt Símanum mun meiri samkeppni. Sagt var að það sé ljóst *„að með tilkomu hins nýja dreifikerfis á heildsölustigi skapist aðstæður sem auki samkeppni á heildsölustigi og smásölustigi við dreifikerfi Skipta og smásölukerfi Símans hf. (hér eftir Síminn). Muni þetta verða til mikilla hagsbóta fyrir fjarskiptamarkaðinn, neytendur og samfélagið í heild sinni og muni verkefnið stuðla frekar að nýbreytni og framþróun fjarskiptaneta á farsímamarkaði hér á landi og heilbrigðara samkeppnisumhverfi.“* Var þannig lögð áhersla á mikilvægi innviðasamkeppni. Í niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins var horft til stöðu Símans á markaðnum og fallist á að með samstarfinu og tilteknum skilyrðum gætu Vodafone og Nova veitt Símanum meira samkeppnislegt aðhald. Við blasir að önnur staða hefði hins vegar verið uppi ef fyrirtækin þrjú hefðu verið aðilar að þessu samstarfi.
63. Í Markaðnum, fylgiriti Fréttablaðsins, var fjallað 12. febrúar 2020 um viðræður Sýnar, Símans og Nova um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainnviða. Haft var eftirfarandi eftir forstjóra Símans:
- „Spurður um erlendar fyrirmyndir segir Orri að hægt sé að líta til Norðurlandanna þar sem samvinna fjarskiptafélaga hefur heppnast vel og samkeppni blómstrað. Hann nefnir sænsku félögin Telia og Tele2 sem hafa unnið að innviðauppbyggingu fyrir farsímaþjónustu og gagnaveitufyrirtækið Stokab sem er í eigu Stokkhólmsborgar og hefur selt aðganga að svörtum ljósleiðara til að koma í veg fyrir offjárfestingu. „Sama er uppi á teningnum í Bretlandi þar sem Vodafone og Telefonica/O2 hafa unnið saman við uppbyggingu og rekstur á farsímanetum síðan 2012. Einnig hljótum við að líta til fordæma erlendra stofnana þar sem fjallað hefur verið um ákveðna samnýtingu farskiptafyrirtækja með jákvæðum hætti. Við hljótum að geta lært eitthvað af stærri þjóðum um það sem er þjóðhagslega hagkvæmt en raskar jafnframt ekki samkeppni,“ segir Orri.“*
64. Sökum þessa er rétt að líta til eftirfarandi:



65. Í kynningu sænskra fjarskiptayfirvalda frá október 2019 „Network sharing – from 3G to 5G with a Swedish view“ kemur eftirfarandi fram:<sup>39</sup>

### Three network sharing companies in Sweden

- SUNAB has a national 3G network.
- 3GIS has a 3G network outside major cities.
- Net4Mobility has a national 2G/4G network.
- They all use active sharing with spectrum sharing, but have their own core networks.



PTS



66. Einnig kemur fram í þessari kynningu sænskra yfirvalda að samkeppni sé meðal nauðsynlegra þátta til knýja áfram 5G uppbyggingu. Bent er m.a. á þetta:

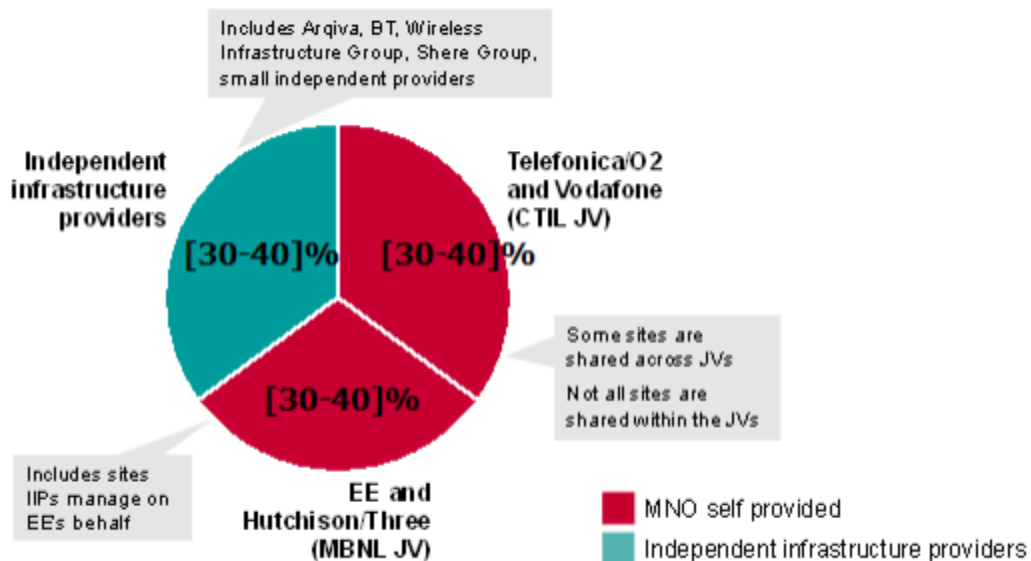
*„Parallel networks are required in order to maintain infrastructure competition“*

67. Í mgr. 231 í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 11. maí 2016 í máli nr. M.7612, Hutchison 3G UK/Telefonica UK, var fjallað um breska farsímamarkaðinn:

As shown in the Figure 15 below,<sup>188</sup> in the United Kingdom, about a third of the passive wireless infrastructure is under the control of the TowerCos. Approximately [60-70]% remains under the control of the two network shares (MBNL and CTIL), established and controlled by the MNOs.<sup>189</sup>

<sup>39</sup> Kynning PTS, Network sharing – from 3G to 5G with a Swedish view (Presentation prepared for WIK conference in Brussels, October 15-16, 2019).

**Figure 15: Market share of mobile microsites in the United Kingdom**



68. Samkvæmt þessu var hlutdeild Vodafone og Telefonica/O2 30-40% á ofangreindum innviðamarkaði. Keppinautarnir EE (sem er í eigu BT) og Hutchison hafa einnig með sér innviðasamvinnu og hafa sömu hlutdeild. Þá starfa einnig á markaðnum óháð innviðafyrirtæki.
69. Í framangreindri ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB var samruni Hutchison og Telefonica ógiltur. Eins og framangreint ber með sér hefði sá samruni leitt af sér tengsl milli innviðasamvinnu annars vegar Vodafone/Telefonica og hins vegar EE/Hutchison. Var samruninn ógiltur m.a. sökum þess að hann hefði sökum þessa með alvarlegum hætti dregið úr innviðsamkeppni:

**„Future development of entire UK mobile network infrastructure hampered:** *The merged entity would have been part of both network sharing arrangements [...] It would have had a full overview of the network plans of both remaining competitors, Vodafone and EE. Its role in both networks would have weakened EE and Vodafone and hampered the future development of mobile infrastructure in the UK, for example with respect to the roll-out of next generation technology (5G), to the detriment of UK consumers and businesses.*“<sup>40</sup>

70. Fráhvarf frá áherslu á innviðasamkeppni verður því ekki byggð á framangreindum dæmum frá Bretlandi og Svíþjóð.

## 6. Niðurlag

71. Síminn, Sýn og Nova eru keppinautar á markaði og þau þrjú langstærstu fjarskiptafélög sem starfa á smásölumarkaði hér á landi. Auk þess er dótturfélag Símans, Míla, stærsta félagið hér á landi sem veitir gagnaflutningsþjónustu á heildsölumarkaði en það félag á og rekur heildstætt undirliggjandi fjarskiptanet sem nær til allra sveitarfélaga landsins.

<sup>40</sup> Fréttatilkynning framkvæmdastjórnar ESB, 11. maí 2016.



72. Fyrrgreind þrjú fyrirtæki sem standa að yfirlýsingunni um uppbyggingu og skipulag fjarskiptainniða hér á landi hafa samanlagt meira en 95% markaðshlutdeild á talsíma- og farsímamarkaði sé tekið mið af heildarfjölda áskrifenda á miðju ári 2019 skv. tölfræðiskýrslu PFS. Staða þeirra á öðrum fjarskiptamörkuðum er einnig mjög sterk. Er því um að ræða þau þrjú fyrirtæki sem hafa hvað mestra hagsmuna að gæta varðandi fyrirkomulag og þróun fjarskiptainniða í nánustu framtíð. Ræður þar mestu væntanleg uppbygging og fjárfesting í 5G farneti sem mun veita hefðbundnum fastlínusamböndum samkeppni og valda byltingu í auknum hraða og bandvídd nýja kerfisins og auknu þjónustuframboði því tengdu.
73. Hér á landi hefur verið byggt á því að innviðasamkeppni sé mikilvæg til þess að tryggja almannahagsmunum. Þá er lögð áhersla á innviðasamkeppni í reglugerð nr. 2018/1972 sem stendur til að lögfesta. Ekki er því unnt að fallast á það með fjarskiptafyrirtækjum að orðið hafi grundvallarbreytingar í stefnumörkun hvað varðar samstarf keppinauta á fjarskiptamarkaði og uppbyggingu fjarskiptainniða. Mikilvægt er einnig að líta til framangreindra ráðlegginga OECD og rannsókna breskra stjórnvalda sem sýna að þau ríki sem hafi reitt sig á innviðasamkeppni hafi náð mestri útbreiðslu á mikilvægum fjarskiptanetum. Mikilvægi og þörfin á innviðasamkeppni hér á landi hlýtur því að standa óhöggð.
74. Eins og skýrlega kom fram á fundum PFS og Samkeppniseftirlitsins með fyrirtækjunum eru hagsmunir og áherslur þeirra ekki þær sömu. Fyrirtæki á fjarskiptamarkaði þurfa nú að marka stefnu sína í umhverfi þar sem sérstaklega miklar breytingar virðast vera framundan. Ákvarðanir sem teknar eru núna geta haft mikla þýðingu fyrir stöðu viðkomandi fyrirtækja í breyttu samkeppnisumhverfi og fyrir framþróun á íslenskum fjarskiptamarkaði. Meginregla samkeppnisréttar er að það skili samfélaginu mestum ábata þegar slíkar ákvarðanir eru teknar á samkeppnisgrundvelli af sjálfstæðum keppinautum. Sú aðferð stuðlar m.a. að innviðasamkeppni.
75. Í aðstæðum þar sem fullt sjálfstæði fjarskiptafyrirtækja og æskileg óvissa á markaði ríkir gæti eitt fyrirtæki séð sér hag í því að flýta sér ekki um of við 5G uppbyggingu í því skyni að hafa sem mestan hag af fyrirliggjandi fjárfestingum í innviðum. Annað fyrirtæki gæti hins vegar séð sér mikinn ábata í því að hraða 5G uppbyggingu sem mest til þess að skapa sér samkeppnisforskot. Eiginleikar 5G geta leitt til þess að það fyrirtæki geti boðið mun betra verð og/eða gæði. Hin fyrirtækin á markaðnum yrðu þá knúin til að bregðast við og til yrðu öflugir hvatar sem stuðluðu að auknum fjárfestingum og hraðari 5G uppbyggingu en ella. Er þetta mikilvægt þar sem þekkt er að aðgreining í þjónustu í formi dreifingar („coverage”) er þýðingarmikill samkeppnisþáttur þegar þjónusta byggð á nýrri tækni er markaðsett. Sá sem er fyrstur getur þannig náð sterkri stöðu á hinum nýja markaði.
76. Ef samvinna keppinauta um innviðauppbbyggingu uppfyllir ekki skilyrði samkeppnisréttar á Evrópska efnahagssvæðinu getur hún hins vegar haft þveröfug áhrif. Slík samvinna getur dregið verulega úr samkeppnislegu aðhaldi sem aftur getur dregið úr dreifingu fjarskiptaneta og hægt á innleiðingu nýrrar tækni. Það getur t.d. falist í því að keppinautar með ólíka hagsmuni stilli saman hraða á uppbyggingu kerfa. Þá geta af slíkri samvinnu leitt samkeppnishamlandi samhæfing og upplýsingaskipti sem hafa skaðleg áhrif á öllum sviðum þar sem viðkomandi fyrirtæki keppa, t.d. í smásölu til neytenda. Hætta á slíkum samkeppnishömlum, sem skaðar hagsmuni viðskiptavina og dregur úr samkeppnishæfni samfélagsins, er enn meiri ef viðkomandi fjarskiptafyrirtæki hafa samanlagt yfirburðahlutdeild á markaði.
77. Þegar efni yfirlýsingarinnar frá 19. desember 2019 er virt og horft er til þess sem fram kom á fundunum með fjarskiptafyrirtækjunum er ljóst að efni komandi viðræðna er lítt skilgreint og afar opið. Auk þess að ræða hvers konar samstarf varðandi uppbyggingu fjarskiptainniða, þá



virðist einnig geta fallið undir viðræðurnar framtíðarskipulag fjarskiptamarkaðarins, sbr. framangreindar upplýsingar um að til standi að skoða stofnun eins fyrirtækis sem færi með rekstur allra fjarskiptainnviða hér á landi. Stendur þannig til að ræða t.d. um þann hluta fjarskiptainnviða þar sem samkeppni ríkir og engin augljós markaðsbrestur er fyrir hendi.

78. Þótt staðhæft sé að í þessum viðræðum verði ekki skipst á upplýsingum „*sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á markaðslegar aðgerðir aðila*“ er ljóst að um getur verið að ræða viðræður sem gætu haft afar mikil áhrif á samkeppni á fjarskiptamarkaði til frambúðar enda stefna aðilar, sem eru með yfirburðarhlutdeild á markaði, að samstarfi sem leiði til „*minni fjárfestingaþarfar*“. Eins og rakið er hér að framan virðast hagsmunir og áherslur viðkomandi fyrirtækja vera ólíkar. Af framangreindu leiðir að það er nær ómögulegt að viðræðurnar feli ekki í sér könnun á möguleikum á því að samræma að einhverju leyti afstöðu fyrirtækjanna til þess að forsendur skapist fyrir m.a. samrekstri eða samnýtingu fjarskiptainnviða þar sem eftir atvikum samkeppni ríkir í dag. Slíkt samstarf er að öðru jöfnu ólögmeitt, sbr. b. lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga. Sjálfstæðar fjárfestingar keppinauta er grundvallarþáttur í innviðasamkeppni sem er sem fyrr segir afar mikilvæg á fjarskiptamarkaði.
79. Byggt á öllu framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að þær milliliðalausur viðræður þriggja stærstu fjarskiptafyrirtækjanna sem kynntar hafa verið Samkeppniseftirlitinu geti skapað hættu á alvarlegum samkeppnishindrunum, með hliðsjón af 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Jafnframt séu þær þess eðlis að þær geti stefnt í hættu því mikilvæga markmiði að innviðasamkeppni eigi að skapa meginhvatann fyrir fjárfestingu og hraða uppbyggingu grundvallarinnviða eins og 5G. Byggist þetta á þeim opinberu upplýsingum um samstarfið sem fyrir liggja og umgjörð og efni viðræðnanna sem fyrirtækin hafa kynnt Samkeppniseftirlitinu og lýst yfir.
80. Vakin er hins vegar athygli á því að afmarkaðar viðræður keppinauta sem byggja á markmiðum 15. gr. samkeppnislaga og ætlað er að stuðla að t.d. hagkvæmni, öryggi, umhverfisvernd eða bættum hag neytenda geta að öllu jöfnu ekki skapað samkeppnisleg vandamál. Jafnframt þarf ávallt að vera tryggt að afmarkað samstarf sem byggir á framangreindum markmiðum verði ekki til þess að raska samkeppni um uppbyggingu fjarskiptainnviða og veitingu þjónustu á heildsölu- og smásölumarkaði.

-----