

Samkeppniseftirlitið  
b.t. Magnúsar Þórs Kristjánssonar  
Borgartúni 26  
125 Reykjavík

Reykjavík, 2. ágúst 2022  
Tilvísun: 2021110004/15.3.4

## Efni: Umsögn Fjaraskiptastofu vegna fyrirhugaðs samruna Ardian og Mílu

### I. Almennt

Þann 21. júlí 2022 barst Fjaraskiptastofu (FST) umsagnarbeiðni frá Samkeppniseftirlitinu (SE) í tengslum við fyrirhugaðan samruna Ardian France SA (Ardian) og Mílu ehf. (Míla). Óskað var umsagnar í fyrsta lagi um andmælaskjal SE frá 1. júlí sl., í öðru lagi um athugasemdir samrunaaðila og Símans, dags. 15. júlí sl., um það frummat SE sem fram kemur í framangreindu andmælaskjali, og loks um tillögur Ardian að skilyrðum, dags. 15. júlí sl. Frestur til að skila umsögn var veittur til 28. júlí, sem svo var framlengdur til 2. ágúst.

Fram kom að þann 1. júlí sl. hafi SE birt samrunaaðilum andmælaskjal, en í því komi fram að eitt meginviðfangsefni málsins sé að ganga úr skugga um að salan á Mílu feli ekki í sér að samkeppnisaðstæður á markaði versni frá því sem nú er. Jafnframt að SE telji að almennt geti talist jákvætt, í ljósi m.a. forsögu fjaraskiptamarkaðar hérlendis og núverandi stöðu Símans og Mílu, að Síminn hafi selt Mílu frá sér. Salan til Ardian ein og sér, ætti að vera til þess fallin að bæta samkeppnisaðstæður á markaði og þar með auka traust keppnauta í garð Mílu.

Vísaði SE til þess að rannsóknin hafi staðið sleitulaust yfir frá 8. febrúar sl., þegar fullbúin samrunatilkynning barst SE. M.a. hafi SE aflað umfangsmikilla innanhússgagna frá samrunaaðilum um undirbúning og forsendur viðskiptanna. Þá hafi SE aflað upplýsinga og sjónarmiða frá samrunaaðilum og hagaðilum á markaði, sem og frá FST. Almennt megi segja að flestir hagaðilar hafi talið það jákvætt að slitið yrði á lóðrétt eignatengsl á milli Mílu og Símans. Á hinn bóginn sé það neikvætt að með samrunanum séu sköpuð formbundin hagsmunatengsl með heildsölusamningi til langs tíma með samningum sem læsi allt að 60% af öllum heildsöluviðskiptum fjaraskiptaþjónustu til næstu 20 ára að lágmarki. Hafi flestir hagaðilar, að samrunaaðilum og Símanum undanskildum, sett fram rökstuddar áhyggjur af samkeppnisaðstæðum á fjaraskiptamarkaði eftir viðskiptin. Ennfremur hafi FST sett fram ítarleg sjónarmið um möguleg skaðleg áhrif viðskiptanna og veitt eftirlitinu upplýsingar sem mikilvægar eru við rannsókn málsins.

Þá hafi SE nýtt sér samstarf samkeppniseftirlita á EES-svæðinu við rannsókn málsins og mátað efnisatriði málsins við þær leiðbeiningar sem fyrir liggja í ESB/EES-rétti. Einnig hafi Samkeppniseftirlitið leitað óformlega í smiðju sambærilegra stofnanna erlendis sem hafa haft til skoðunar samruna og kaup á innviðum líkt og í þessu máli. Gat SE þess sérstaklega að

stofnunin fái ekki séð að til séu dæmi um hliðstæð eða sambærileg kaup á fjarskiptainnvíðum eins og það sem hér liggur til grundvallar. Er vísað til þess að hið selda er rekstrarfélag sem hefur yfir að ráða bæði virka og óvirka fjarskiptainnvíði með mikla markaðshlutdeild á heildsölumarkaði og starfsemi á breiðu sviði fjarskipta. Seljandi er jafnframt stærsti aðilinn á tengdum smásölumörkuðum og markaðsráðandi á einstökum undirmörkuðum. Er síðan gengið út frá því að seljandi og hið selda félag verði bundin nánum viðskiptasamböndum og samstarfi til langs tíma eftir kaupin.

Frummat SE er að kaup Ardian á Mílu hafi, að öllu öðru óbreyttu, í för með sér skaðleg áhrif og verulega röskun á samkeppni á fjarskiptamörkuðum hér á landi, ekki hvað síst vegna alhliða langtíma heildsölusamnings Símans og Mílu, en samningurinn feli í sér einkakaup á milli stærsta heildsölufyrirtækis fjarskipta og stærsta smásala fjarskiptaþjónustu til 20 ára. Til viðbótar mæli samningurinn fyrir um náið samstarf Mílu og Símans eftir samrunann, sem feli í sér verulega afturför frá núverandi samkeppnisaðstæðum. Þá mun markaðsráðandi staða Mílu styrkjast við samrunann, auk þess sem hann skapi hættu á samkeppnishamlandi samhæfðri hegðun keppinauta, auk annarra skaðlegra áhrifa. Ekki hafi verið sýnt fram á að möguleg hagræðing vegi upp líkleg skaðleg áhrif samrunans.

Eftir að hafa fengið andmælaskjalið í hendur snéri Ardian sér til SE og óskaði eftir samrunaviðræðum. Féllst SE á það og er markmið þeirra viðræðna að kanna hvort tillögur Ardian að skilyrðum geti leyst þau samkeppnislegu vandamál sem ella stafa af samrunanum. Að óbreyttu renna lögmæltir frestir fyrir Samkeppniseftirlitið að bregðast við samrunanum með íhlutun út þann 18. ágúst nk.

Með bréfi, dags. 15. júlí sl., sendi Ardian tillögur fyrirtækisins að skilyrðum. Í bréfinu eru einnig gerðar athugasemdir við ýmsa þætti frummats SE í andmælaskjalinu. SE hafi einnig borist athugasemdir frá Símanum, dags. 15. júlí sl.

Fyrir SE liggur að taka afstöðu til annars vegar athugasemda samrunaaðila við frummat eftirlitsins og hins vegar að meta hvort framangreindar tillögur að skilyrðum geti talist fullnægjandi til að vernda samkeppni á afar mikilvægum mörkuðum.

## II. Umsögn FST

### 2.1 Almenn

Áður en lengra er haldið vísar FST til umfangsmikillar umsagnar stofnunarinnar, dags. 9. mars 2022.

Þar kom m.a. fram stofnunin væri fylgjandi því að eignartengsl Mílu við Símann væru endanlega rofin með þeim hætti að samkeppni yrði aukin á bæði heildsölu- og smásölumörkuðum fjarskipta. Mætti í því sambandi horfa til markmiða ákvarðana SE nr. 6/2013 og 6/2015, sem höfðu það að markmiði að tryggja skýran aðskilnað milli annars

vegar grunnkerfa samstæðunnar og þjónustu við fjarskiptafyrirtæki sem tengdust þessum grunnkerfum, og hins vegar smásölustarfsemi Símans. Með þeim hætti mætti tryggja aukna samkeppni á heildsölumarkaði og að innviðasamkeppni mætti áfram vera leiðandi afl til framfara og nýsköpunar á fjarskiptamörkuðum hér á landi. Taldi FST að því mikilvægt að þau skilyrði yrðu áfram leiðandi forsendur fyrir því hvort samruninn kæmi til framkvæmda þannig að hann gæti stuðlað að frekari uppbyggingu, nýsköpun og framþróun í fjarskiptum hér á landi með samkeppni að leiðarljósi.

Hins vegar taldi FST nauðsynlegt að SE rannsakaði samrunann með ítarlegum hætti í samræmi við heimild 17. gr. c samkeppnislaga í ljósi sterkrar stöðu Mílu og Símans, sem og mikilvægis og umfangs þeirra viðskipta sem hér um ræddi, m.a. með hliðsjón af hinum langa heildsölusamningi sem gerður hefði verið milli félaganna, og legði mat á hvort verulegar líkur væru á því að samruninn, kæmi hann til framkvæmda að öllu óbreyttu, gæti dregið umtalsvert úr samkeppni. FST hvatti SE til að meta hvort heildsölusamningur Símans og Mílu gæti leitt til röskunar á samkeppni sem bregðast þyrfti við. Horfa þyrfti til þess hvort þjónustusamningurinn fæli í sér ígildi lóðréttrar samþættingar eða hefði einkenni einkakaupasamnings. Einnig væri mikilvægt að skoða viðskiptasamband Símans og Mílu í kjölfar samrunans og hvort og með hvaða hætti umræddur heildsölusamningur gæti komið til með að binda Símann í viðskiptum við Mílu til mjög langs tíma og þannig mögulega raskað samkeppni. Með framangreindu væri m.a. hægt að fá fullnægjandi mat á líklegum samkeppnislegum áhrifum viðskiptanna á þróun íslensks fjarskiptamarkaðar til framtíðar.

Tekur FST undir þau orð SE sem birtust í frétt á heimasíðu SE þann 19. nóvember 2021, að þrátt fyrir að jákvæð samkeppnisleg áhrif gætu leitt af því að lóðrétt eignartengsl á milli Símans og Mílu væru rofin, þá þyrfti að mati SE að rannsaka hvort önnur atriði tengd samrunanum gætu leitt til skaðlegra áhrifa á samkeppni. Eins væri t.d. mikilvægt að taka til skoðunar viðskiptasamband Símans og Mílu í kjölfar samrunans og möguleg áhrif þess á hagsmuni keppnauta og samkeppni á viðkomandi mörkuðum.

Það væri mat FST að undir venjulegum kringumstæðum myndi umrædd sala Símans á Mílu, og þar með slit á eignartengslum milli félaganna, hafa jákvæð samkeppnisleg áhrif í för með sér eins og framfar segir. Það ætti augljóslega við ef umræddur heildsölusamningur hefði ekki verið útfærður með þeim hætti sem fylgdi kaupunum sem bindur Símann í viðskiptum við Ardian með umtalsverðum hætti og tryggir Mílu nær öll viðskipti Símans, stærsta smásöluaðila landsins, til langs tíma. Eins og fram kemur í framangreindri umsögn FST til SE þann 9. mars 2022 taldi FST að umræddur heildsölusamningur beri sterk einkenni einkakaupasamnings.

Þá kom fram að FST skoraði á SE að meta vandlega hvort umræddur heildsölusamningur kynni að leiða til röskunar á samkeppni sem bregðast þyrfti við, þar sem efni hans og skuldbindingar kynnu að samsvara ígildi lóðréttrar samþættingar þrátt fyrir sölu Símans á Mílu til Ardian. Ennfremur hvort hann fæli í raun í sér einkakaupasamning. Ef svo væri teldi FST að SE þyrfti að bregðast við, t.d. með því að setja samrunanum skilyrði sem myndi eyða skaðlegum ákvæðum heildsölusamningsins.

Ennfremur taldi FST að yfirfærsla eigna frá Símanum til Mílu í ársbyrjun 2021 væri í beinum tengslum við framangreinda sölu Símans á Mílu og því þyrfti SE að meta hvort taka þyrfti umrædda yfirfærslu með í reikninginn við samrunamatið.

FST er sammála niðurstöðu frummats SE, sem fram kemur í ofangreindu andmælaskjali, dags. 1. júlí 2022, um að kaup Ardian á Mílu hafi, að öllu öðru óbreyttu, í för með sér skaðleg áhrif og verulega röskun á samkeppni á fjarskiptamörkuðum hér á landi, ekki hvað síst vegna alhliða langtíma heildsölusamnings Símans og Mílu, en samningurinn feli í sér sterk einkenni um einkakaup á milli stærsta heildsölufyrirtækis fjarskipta og stærsta smásala fjarskiptaþjónustu til 20 ára. Til viðbótar mæli samningurinn fyrir um náið samstarf Mílu og Símans eftir samrunann, sem feli í sér verulega afturför frá núverandi samkeppnisaðstæðum. Þá mun markaðsráðandi staða Mílu styrkjast við samrunann, auk þess sem hann skapi hættu á samkeppnishamlandi samhæfðri hegðun keppinauta, auk annarra skaðlegra áhrifa. Ekki hafi verið sýnt fram á að möguleg hagræðing vegi upp líkleg skaðleg áhrif samrunans.

Að mati FST er frummatið vel unnið og rökstutt. Augljóst er að mikil rannsóknarvinna er að baki og niðurstaðan sannfærandi að mati FST. Þá er FST sammála þeirri aðferðafræði sem SE beitir við samanburð á stöðunni fyrir og eftir samrunann með því að horfa til yfirfærslu eigna frá Símanum til Mílu, sem átti sér stað í ársbyrjun 2021, og að hún hafi verið framkvæmd í tengslum við sölu á Mílu og sé þannig tengd umræddum samruna.

Að ofangreindu virtu, sem og með vísan til frekari umfjöllunar síðar í skjali þessu, er ljóst að til íhlutunar þarf að koma af hálfu SE, í formi fullnægjandi skilyrða og breytinga á umræddum heildsölusamningi, svo unnt sé að samþykkja samrunann þannig að hann hafi ekki skaðleg áhrif á samkeppni á fjarskiptamörkuðum hér á landi.

Hér í framhaldinu verður fjallað um helstu atriðin í frummati SE, helstu athugasemdir samrunaaðila og þau skilyrði sem Ardian hefur nú teft fram. Í ljósi hins stutta svarfrests og þeirrar staðreyndar að um hásumarleyfistíma er að ræða, gefst aðeins færi á að stikla á stóru og fjalla um aðalatriði málsins í umsögn þessari.

## 2.2 Samkeppnishamlandi einkakaup og „enskt ákvæði“

### 2.2.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að komi samruninn til framkvæmda taki gildi alhliða heildsölusamningur milli Mílu og Símans um öll helstu heildsöluaðföng fjarskiptaþjónustu (fastlínubjónusta, farnetsþjónusta, útlandatengingar, hýsing og öll tengd viðbótarþjónusta) fyrir bæði heimilis- og fyrirtækjamarkað. Taki samningurinn til núverandi þjónustu Mílu til Símans, auk þess sem Símanum sé skylt að panta og kaupa hverja þá þjónustu sem fellur undir samninginn eingöngu af Mílu (heildsölu- og kaupskylda samningsins). Í samningnum sé einnig kveðið á um lágmarks framtíðarkaup Símans í fjölda og veltu hjá Mílu vegna tiltekinna aðfanga. Telji SE framangreint til marks um að Síminn eigi eingöngu að kaupa helstu aðföng sín af Mílu sem hann þarf til að framleiða fjarskiptaþjónustu og selja. Símanum

sé einnig óheimilt að semja við keppinauta Mílu eða aðra sem eiga fjarskiptainnviði um að félagið skuldbindi sig til þess að kaupa tiltekið lágmarksmagn eða annað magn fjarskiptaþjónustu eða taki á sig veltutengdar samningsskyldur, fyrstu 5 ár heildsölusamningsins. Míla skuli því samkvæmt samningnum vera aðalbirgir Símans. Um fleiri skuldbindingar sé að ræða, m.a. um kaup á tilteknu lágmarksmagni ljósleiðaratenginga af Mílu.

Þá sé Símanum skylt að upplýsa Mílu ef félagið fái betra tilboð frá öðrum birgjum svo að Míla geti jafnað boðið (s.k. „enskt ákvæði“). Ef Míla bjóði betur eða jafn gott tilboð skuli Síminn beina viðskiptunum til Mílu, en ef ekki, sé Símanum heimilt að versla við þriðja aðilann.

Nokkrar undantekningar séu á kaup- og notkunarskyldu Símans en þær virðast takmarkast við núverandi innkaup Símans og/eða svæði eða tegund þjónustu þar sem Míla er ekki starfandi og ekki eru forsendur til þess að byggja upp eða uppfæra innviði. Sé Mílu þá þrátt fyrir það veittur kostur á að ná viðskiptum Símans kjósi félagið að ráðast í frekari fjárfestingar á umræddum svæðum eða mörkuðum.

Gildistíminn sé til 20 ára, auk þess sem hann framlengist sjálfkrafa um 5 ár ef honum er ekki sagt upp af öðrum hvorum samningsaðila (tveggja ára fyrirvari af hálfu Símans og fimm ár af hálfu Mílu). Samningurinn virðist þannig óuppsegjanlegur á 20 ára samningstímanum nema með tveimur undantekningum. Annars vegar vegna vanefnda. Hins vegar ef Síminn fái betra tilboð frá öðrum birgja með hagstæðari samningskjörum fyrir alla heildsölupjónustu (e. „all or nothing“), þá hafi Síminn heimild til að segja upp samningnum með þriggja ára uppsagnarfresti (eftir fyrstu 5 árin). Hins vegar geti Míla þá komið með nýtt tilboð og ef það er jafn gott eða betra en tilboð keppinautarins skuli Síminn halda sig við viðskipti hjá Mílu („enskt ákvæði“).

Að frummati SE sé um að ræða einkakaupasamning (e. single branding) milli markaðsráðandi heildsölufyrirtækis og stærsta smásala fjarskipta héraðs, þó með tilteknum undantekningum, sem hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Einnig feli samningurinn í sér svonefnt „enskt ákvæði“, en í evrópskum samkeppnisrétti hafi verið talið mögulegt að gera ráð fyrir því að slík ákvæði hafi sömu áhrif og einkakaupaákvæði, sérstaklega þegar seljandinn sé markaðsráðandi. Ákvæði af þessum toga geti einnig auðveldað samhæfingu keppinauta þegar seljandi viðkomandi þjónustu starfar á fákeppnismarkaði. Fáist að frummati SE ekki heldur séð hvernig heildsölusamningurinn geti verið samþýðanlegur 10. og 11. gr. samkeppnislaga. Séu framangreind ákvæði til þess fallin að útiloka að Síminn eigi viðskipti við önnur innviðafyrirtæki en Mílu næstu 20 ár hið minnsta og hamli samkeppni með því að viðhalda eða styrkja markaðsstöðu Mílu og útiloka keppinauta félagsins.

### 2.2.2 Afstaða FST

FST er sammála ofangreindu mati SE á heildsölusamningnum, þ.e. að hann feli í sér einkakaup og „enskt ákvæði“ heildsöluaðila sem er í markaðsráðandi stöðu á tilteknum heildsölumörkuðum og stærsta smásala fjarskipta hér á landi. Þá telur FST að undantekningarnar séu í raun til málamynda, þar sem Síminn þyrfti að segja upp allri þjónustu

sinni hjá Mílu („all or nothing“). Ekkert innviðafyrirtæki á Íslandi, að Mílu undanskilinni, getur boðið upp á þá heildarþjónustu sem samningurinn kveður á um.

Telur FST ofangreint raunar ein helstu skaðlegu áhrif umrædds heilðsölusamnings. Samrunaaðilar hafa í raun ekki mótmælt því, a.m.k. ekki með traustvekjandi rökum, að um einkakaupasamning sé að ræða. Þó hafa þeir haldið fram því sjónarmiði að umrædd samningsákvæði feli í reynd ekki í sér neina efnislega breytingu á núverandi aðstæðum sem felast í því að Síminn beinir nær öllum viðskiptum sínum að Mílu. FST getur ekki fallist á þessa röksemd, enda verður ekki annað séð, gangi samruninn í gegn á óbreyttum forsendum, en að eðlislæg breyting verði í viðskiptum milli félaganna sem geti haft skaðleg áhrif á markaðinn umfram þá samþættingu milli félaganna sem nú er fyrir hendi. Verður þetta skoðað nánar í eftirfarandi umfjöllun.

Þá eru rök samrunaaðila fyrir því að ekki sé um hefðbundið „enskt ákvæði“ að ræða ekki trúverðug. Þannig er ávallt ljóst á íslenskum fjarskiptamarkaði hvaða innviðafyrirtæki sé að bjóða á mótí Mílu, sökum staðbundinnar útbreiðslu keppinautanna. Þannig virðast samrunaaðilar helst bera fyrir sig að ekki geti orðið af samningnum ef umrædd ákvæði væru ekki til staðar. Ardian nefnir t.a.m. að þá yrði að breyta viðskiptunum í grundvallaratriðum til að tryggja fyrirsjáanleika í sjóðsstreymi Mílu. Um þetta segir í málsgreinum 84-86 í athugasemdum Ardian:

*„Rétt er að ítreka að það er grundvallaratriði í viðskiptunum að í heilðsölusamningnum sé að finna tryggingu á að Síminn haldi áfram að kaupa þjónustu af Mílu á svipuðu stigi og í dag. Áform Ardian um að kaupa Mílu af Símanum hvíla á tilteknum fyrirsjáanleika varðandi sjóðstreymi Mílu, sem heilðsölusamningurinn er grundvöllur fyrir, einkum ákvæði 4.1 og 4.4 í samningnum. Heilðsölusamningurinn gerir þannig Mílu hæfa til fjárfestingar innan skilgreiningar á innviðum sem eignaflokk (e. asset class). Að þessu leyti eru viðskiptin með Mílu ekki einsdæmi. Dæmi um sambærileg viðskipti gefa margvíslegar vísendingar um að langtíma þjónustusamningar með ákvæðum til að tryggja viðskipti lykilverðskiptavinar hafa verið grundvöllur aukinnar sölu fjarskiptafyrirtækja á innviðum þeirra til fjárfesta í Evrópu sl. áratug.*

*Þar af leiðandi myndi það að draga úr gildissviði ákvæða um nýtingu Símans á þjónustunni samkvæmt 4. kafla þjónustusamningsins, eins og andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins gefur til kynna, án þess að breyta verulega grundvelli viðskiptanna, krefjast þess að skipta yfir í annars konar fyrirkomulag sem myndi veita sambærilegan fyrirsjáanleika sjóðstreymis og núverandi þjónustusamningur. Þess ber að geta að það yrði flókið að reyna að líkja eftir sama risk-return profile með öðru fyrirkomulagi en ákvæði 4.1 og 4.4 í þjónustusamningnum gera ráð fyrir.*

*Hins vegar má ímynda sér að útbúinn yrði annars konar fyrirkomulag varðandi ljósleiðara. Í því tilviki mætti mögulega skipta ákvæðum 4.1 og 4.4 í þjónustusamningnum út fyrir langtímagjald sem Síminn greiðir fyrir réttinn til að nota núverandi ljósleiðarakerfi Mílu fram að tilteknu nýtingarhlutfalli. Símanum væri í þessu tilviki frjálst að kaupa þjónustu af öðrum þjónustuveitendum en yrði að greiða Mílu þetta gjald (e. take or pay). Að sama skapi myndi Síminn og Míla gera sérstaka samninga um þau nýju svæði sem Míla hyggst vera með útbreiðslu, þar sem Síminn tekur á sig þá skyldu að nota nýtt*



*Ljósleiðaranet Mílu og greiða gjald fyrir réttinn fram að ákveðnu nýtingarhlutfalli netsins óháð raunverulegri notkun („you buy we build“ fyrirkomulag). Tekið skal fram að ekki hefur verið samið við Símann um slíkt fyrirkomulag.“*

Ber þetta, ásamt þeim dæmum frá Evrópu sem samrunaaðilar tefla fram, vott um að til standi að aðili í markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði og stærsti aðilinn á smásölustigi fjarskipta hér á landi geri með sér langtíma einkakaupasamning með afar takmörkuðum uppsagnarákvæðum, sem einnig felur í sér „enskt ákvæði“, varðandi alhliða kaup Símans á heildarfjarskiptaþjónustu af Mílu á heildsölustigi, bæði að því er varðar virka og óvirka innviði og tryggja að starfsemi Mílu njóti langtímaverndar frá samkeppni að því er viðskipti Símans varðar. Slíkt gæti hugsanlega staðist ef um er að ræða passíva innviði á borð við turna og möstur (stál og steypa), og þá frekar ef ekki er um markaðsráðandi aðila að ræða, en aldrei varðandi svo viðamikil viðskipti slíkra aðila í svona langan tíma.

Ennfremur eru engin evrópsk fordæmi fyrir viðskiptum sem þessum og tekur FST undir framangreind orð SE um að stofnunin fái ekki séð að til séu dæmi um hliðstæð eða sambærileg kaup á fjarskiptainnviðum eins og það sem hér liggur til grundvallar, þar sem hið selda er rekstrarfélag sem tekur til virkra jafnt sem óvirkra innviða og heildsölustarfsemi, markaðshlutdeild hins selda er sterk á jafn breiðu sviði, seljandi er stærsti smásöluaðili á viðkomandi markaði og markaðsráðandi á einstökum undirmörkuðum, og seljandi og hið selda eru bundin jafn þéttum viðskiptaböndum og samstarfi til langs tíma eftir kaupin. Þegar horft er til heildarstarfsemi Mílu er þar um að ræða mun umfangsmeiri starfsemi en dæmi frá Evrópu segja til um, þ.m.t. rekstur á virkum búnaði, sem hefur mun skemmri líftíma en rekstur passívra fjarskiptainnviða, og mun skemmri líftíma en sá langtímasamningur sem hér um ræðir.

Varðandi hugmyndir Ardian um breytt fyrirkomulag á heildsölusamningnum til að tryggja sama fyrirsjáanleika sjóðsstreymis um fyrirliggjandi heildsölusamningur gerir ráð fyrir, þ.m.t. með ákveðnu nýtingarhlutfalli Símans á neti Mílu án tillits til raunverulegrar notkunar (e. „you buy we build“ fyrirkomulag), telur FST að slíkur samningur markaðsráðandi aðila geti einnig talist vera einkakaupasamningur.

Aðrir aðilar á íslenskum fjarskiptamarkaði hafa ekki slíka langtímatryggingu frá samkeppni. Samkeppnislög ganga út á að tryggja eins og unnt er að keppinautar hegði sér að öllu leyti sjálfstætt á markaði. Í samkeppnisrétti er meginatriðið að eðlileg samkeppni geri ráð fyrir sjálfstæðum fyrirtækjum sem taka sjálfstæðar ákvarðanir þegar þau ákveða viðskiptastefnu sína. Þetta er enn mikilvægara þegar um markaðsráðandi fyrirtæki er að ræða. Þetta er grunnhugmyndin að baki samkeppnisreglum EES-samningsins<sup>1</sup>. Í þessu samhengi hefur verið bent á að sú áhætta sem leiði af óvissu á markaðnum (e. „risks of uncertainty“) sé afar mikilvæg fyrir samkeppni. Sjálfstæði keppinauta og þessi æskilega óvissa fyrirtækja um m.a.

---

<sup>1</sup> Sjá leiðbeinandi reglur um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum, mgr. 60, birtar 12. desember 2013.

áætlanir keppinauta eru grunnstoðir fyrir virkri samkeppni<sup>2</sup>. Að mati FST gengur framangreindur langtíma heildsölusamningur freklega gegn þessum meginreglum samkeppnisréttar í fjölmörgum atriðum.

Á bls. 673-674 í ritinu Competition Law eftir Richard Whish & David Bailey, 10. útgáfu frá 2021, er fjallað um einkakaupasamninga (e. single branding)<sup>3</sup>. Þar er m.a. vísað til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um lóðréttu samruna (e. Vertical Guidelines). Þar kemur m.a. fram að við mat á einkakaupasamningum sé mikilvægast að horfa til markaðsstyrks birgis, auk þess sem tímalengd slíkra samninga er mikilvæg, sem og umfang þeirra viðskipta sem eru undir. Því hærrí sem markaðshlutdeildin er, sem og tímalengdin, því líklegra er að um brot á bannákvæðum samkeppnisréttar sé að ræða. Þar eru nefnd dæmi um að einkakaupasamningur sem er til minna en eins árs, og um er að ræða aðila sem ekki eru í markaðsráðandi stöðu, sé ólíklegur til að fela í sér brot á bannákvæðunum. Ef samningur er til 1-5 ára gæti það verið og ef samningur er til lengri tíma en 5 ára er hann almennt ólögmatr. Þarna er, eins og áður segir, um að ræða einkakaupasamninga milli aðila sem ekki eru í markaðsráðandi stöðu. Þar segir ennfremur að skaðleg útilokunaráhrif einkakaupasamninga séu líklegri ef um er að ræða markaðsráðandi aðila.

Í því máli sem hér er til umfjöllunar er um að ræða mjög umfangsmikinn einkakaupasamning til langs tíma milli aðila í markaðsráðandi stöðu á öllum helstu heildsölumörkuðum fjarskipta og stærsta aðilans á smásölumörkuðum fjarskipta hér á landi. FST telur að hér séu uppi aðstæður sem geta leitt til þeirrar stöðu sem getið er um í dómi dómstóls ESB í máli *Delimitis gegn Henniger Brau* frá 1989, þ.e. að slíkur samningur geti leitt til þess að mögulegir og núverandi keppinautar Mílu geti átt erfitt með að ná eða auka markaðshlutdeild sína á heildsölumörkuðum fjarskipta hér á landi vegna umrædds heildsölusamnings.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 (Eimskip gegn Samkeppniseftirlitinu) staðfesti nefndin fjölmörg brot Eimskips, sem þá var í markaðsráðandi stöðu á flutningsmarkaði, gegn 11. gr. samkeppnislaga (misnotkun á markaðsráðandi stöðu), þar sem félagið hafði gert einkakaupasamninga, sem sumir hverjir voru með raunverulegan gildistíma undir einu ári. Þar kom m.a. fram að **þegar fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu sé því almennt óheimilt að semja svo um að samningsaðili þess (kaupandi) megi aðeins snúa sér til þess um kaup á þjónustu eða vörum eða stærsta hluta hennar, sem hann þarfnast. Ástæða þess að slík ákvæði um einkakaup eru talin ólögmatr er fyrst og fremst sú að þau eru til þess fallin að útiloka eða takmarka verulega samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Slíkt getur haft skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á slíkum mörkuðum. Skiptir þá ekki venjulega öllu máli hvort slíkur samningur sé gerður að**

<sup>2</sup> Sjá t.d. bls. 9 í Riti Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2020 (Samstarf eða samkeppni? Uppbygging fjarskiptainnviða), dags. 18. febrúar 2020 og Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 139.

<sup>3</sup> Þar er m.a. vísað til dóma dómstóls ESB í máli nr. 23/67 (Brasserie de Haecht) og í máli nr. C-234/89 (Delimitis gegn Henniger Brau). Í umfjöllun um síðarnefnda dóminum segir m.a.: „the Court held that an exclusive purchasing obligation would infringe Article 101(1) if it were difficult for competitors to gain access to the market or to increase their market share and if the agreement in question made a significant contribution to those difficulties.” Var því talið að slíkur einkakaupasamningur fæli í sér brot á ákvæði sem bannar ólögmatr samráð.



beiðni kaupanda eða fyrir tilstilli hins markaðsráðandi fyrirtækis. Gildistími einkakaupasamnings sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að getur skipt máli enda er augljóst að því lengri sem gildistíminn er því líklegri er hann til að hafa samkeppnishömlur í för með sér. Féllst nefndin á röksemdir SE um að horfa megi til bundinnar markaðshlutdeildar hins ráðandi fyrirtækis við matið.

Hér má ennfremur benda á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 (Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli gegn Samkeppniseftirlitinu). Þar taldist Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli, sem talin var í markaðsráðandi stöðu, hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þar var um að ræða samninga til 3-4 ára, sem nefndin taldi vera til langs tíma.

Að ofangreindu virtu virðist mögulegt að sá samningur sem hér er til umfjöllunar myndi teljast fela í sér brot gegn bannákvæðum 10. og/eða 11. gr. samkeppnislaga. SE hefur enda sagt í umsagnarbeiðni sinni að ekki verði séð að umræddur samningur geti verið samþýðanlegur 10. og 11. gr. samkeppnislaga.

Telur FST því einsýnt að sníða þurfi þessa vankanta af heildsölusamningnum svo unnt sé að samþykka samrunann með fullnægjandi skilyrðum. Í því felst að mati FST að einkakaup, „enskt ákvæði“ og „all or nothing“ uppsagnarákvæði komi ekki til greina í máli þessu.

Í tillögum Ardian að skilyrðum er ekki að sjá neina viðleitni til að sníða þessa agnúa af heildsölusamningnum, fyrir utan það að lagt er til að gildistíminn styttest úr 20 árum í 17 ár. Að mati FST er það augljóslega ekki fullnægjandi til að koma í veg fyrir skaðlegar afleiðingar samrunans, miðað við þau fordæmi sem rakin voru hér að framan, sem og tilvísun til umfjöllunar fræðimanna. Raunverulegar breytingar á þessum ákvæðum samningsins þurfa að koma til svo hinar skaðlegu afleiðingar komi ekki fram.

Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB um viðbótartakmarkanir (e. ancillary restraints) í tengslum við samruna frá 2005<sup>4</sup> er t.a.m. fjallað um ásættanlegan gildistíma viðskiptasamninga (e. purchase and supply obligations) og er miðað við að þeir hafi ekki lengri gildistíma en 5 ár í kjölfar samruna. Þar kemur ennfremur fram að viðbótartakmarkanir í formi viðskiptasamninga, þ.e. um kaup eða sölu á vörum og þjónustu, falli ekki undir það að geta talist nauðsynlegar viðbótartakmarkanir ef samningarnir kveða á um einkakaup eða

---

<sup>4</sup> Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, 2005(C 65/03). Fram kemur að tilkynningin sé gerð með stoð í Samrunareglugerð ESB nr. 139/2004 (EC Merger Regulation). Í 10. tölul. segir að allir samningar um sölu á hlutabréfum eða tilteknum eignum sem tengjast samrunum séu óaðskiljanlegur hluti hans. Til viðbótar geta samningar sem samrunaaðilar kunna að gera í tengslum við samruna, sem ekki geta talist óaðskiljanlegur hluti hans, takmarkað frelsi viðkomandi aðila á markaðnum. Skv. 4. tölul. tilkynningarinnar var hún sett til að auka réttaröryggi gagnvart þeim fyrirtækjum sem hyggja á samruna og byggjast þær á framkvæmd framkvæmdastjórnar ESB um túlkun á viðbótartakmörkunum. Er þar greint frá meginreglum sem gilda þegar mat er lagt á hvort og þá að hvaða leyti helstu samningsákvæði geti talist vera nauðsynlegar viðbótartakmarkanir í tengslum við samruna. Þá kemur fram í tölulið 5 að mál sem fela í sér óvenjulegar kringumstæður (e. exceptional circumstances) geta réttlætt frávik frá þessum meginreglum. Slíkar kringumstæður geta ekki verið uppi þegar um prófmál (e. novel and unresolved questions) er að ræða sem ekki hafa fengið umfjöllun áður hjá framkvæmdastjórninni.

sambærilega takmörkun. Því virðist ekki vera unnt að kveða á um gildistíma í allt að 5 ár ef um einkakaupasamning er að ræða, eins og í tilviki því sem hér er til umfjöllunar, hvað þá ef horft er til þess að Míla er í markaðsráðandi stöðu á mikilvægum heildsölumörkuðum.

Ef til greina kemur að mati SE að heimila einhverja tímalengd fyrir heildsölusamning í þessu máli sem felur í sér einkakaup eða einkenni einkakaupa, sem FST telur skv. ofangreindu ekki í samræmi við samkeppnislög, er mikilvæg að slíkt skapi ekki hættulegt fordæmi gagnvart öðrum fjarskiptafyrirtækjum, sem eiga samkvæmt tillögum Ardian að skilyrðum að njóta jafnræðis á við Símann og geta fengið sambærilegan samning og Símann. Ef tímalengdin er of rífleg er raunveruleg hættu á að bundin markaðshlutdeild Mílu verði enn hærri en hún er í dag í þann tíma sem um ræðir.

Samrunaaðilar hafa bent á ákvörðun SE nr. 32/2021 (Kaup Digital Bridge á óvirkum fjarskiptainnviðum Sýnar og Nova), dags. 23. nóvember 2021, skapi fordæmi fyrir 20 ára gildistíma í máli þessu. Þessu er FST ósammála enda var þar aðeins um að ræða sala á passívum innviðum (stál og steypa) og ekki var um markaðsráðandi aðila að ræða, sbr. það sem fram kom í umsögn FST til SE, dags. 9. mars 2022. Vísast nánar um þetta til rökstuðnings SE í því máli.

## 2.3 Samkeppnisbönn

### 2.3.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að í heildsölusamningnum sé að finna ákvæði sem fela í sér samkeppnisbönn (e. non-competitive clauses) sem gilda eiga í 20 ár. Þeim er í aðalatriðum ætlað að koma í veg fyrir að Símann keppi við Mílu í heildsölu og Míla keppi við Símann í smásölu. Samkeppnisbönn geti verið eðlilegur þáttur í kaupum á fyrirtækjum til þess að tryggja m.a. að virði hins selda færast í raun yfir til kaupenda. Beri að taka til skoðunar hvort slíkar takmarkanir séu þess eðlis að þær geti í raun talist vera nauðsynlegar viðbótartakmarkanir (e. ancillary restraint) í skilningi samkeppnisréttarins. Samkvæmt tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB um viðbótartakmarkanir frá 2005, skuli við samrunaeftirlit taka afstöðu til samninga sem séu beintengdir samrunanum og nauðsynlegir til þess að framkvæma hann. Viðkomandi fyrirtækjum beri að tryggja að viðbótartakmarkanir gangi ekki lengra en nauðsynlegt geti talist. Í leiðbeiningunum sé t.a.m. fjallað um ásættanlegan gildistíma viðbótartakmarkana sem varða samkeppnisbann, og sé miðað við að slíkar takmarkanir taki ekki til lengri tíma en 3ja ára í kjölfar samruna. Aðeins í algjörum undantekningartilvikum (e. exceptional cases) geti lengri tími verið réttlætanlegur og hvílir sönnunarbyrðin á samrunaaðilum varðandi það. Í andmælaskjalinu er rökstutt það frummat SE að samrunaaðilar hafi ekki sýnt fram á nauðsyn ofangreindra ákvæða í heildsölusamningnum.

### 2.3.2 Afstaða FST

FST er sammála frummati SE varðandi ofangreind viðskiptabönn. Þau ættu samkvæmt framangreindri tilkynningu ESB um viðbótartakmarkanir í öllu falli ekki að vera til lengri tíma en 2-3 ára<sup>5</sup>.

Ardian brást við þessari athugasemd SE með þeim hætti að leggja til breytingar á heildsölusamningnum að því er varðar takmörkun á samstarfi Mílu og Símans, fjarlægja ákvæði um samstarf félaganna varðandi útbreiðsluáform, fjarlægja ákvæðu um sameiginlegar nefndir, takmarka heimildir félaganna til að láta framkvæma úttektir á starfsemi hins aðilans, takmarka kauprétt Símans á Mílu og fjarlægja ákvæði um að félögin skuli ræða breytingar á verðum ef verulegar breytingar verða á reglustýringu eða ef kvöðum verður aflétt.

Tillögur þessar eru að mati FST góðra gjalda verðar og draga úr samstarfi og samskiptum félaganna, en þær koma á engan hátt til móts við ofangreinda athugasemd SE um mögulega skaðsemi hins langa samkeppnisbanns. 17-20 ár er mjög langur tími í heimi fjarskipta, sem eru undirorpin hröðum tækninýjungum. Það myndi auka samkeppnisdýnamík á fjarskiptamarkaði ef Míla og Síminn, í aðskildu eignarhaldi, gætu veitt hvort öðru samkeppnislegt aðhald með mögulegri innkomu á viðkomandi heildsölu- eða smásölumarkaði. Það er einnig í samræmi við fyrrgreinda meginforsendu virkra samkeppnismarkaða að hæfileg óvissa ríki á mörkuðum varðandi aðgerðir keppinauta.

## 2.4 Heildsöluvöndlun

### 2.4.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að Míla sé eftir samrunann í kjörstöðu til þess að takmarka aðgengi viðskiptavina og keppinauta á lægri sölustigum að mikilvægum aðföngum og hindra þannig samkeppni. Auk þess hafi fyrirtækið hvata og getu til þess að takmarka aðgengi keppinauta sinna að viðskiptavinum í krafti stöðu sinnar, svo sem með því að gera viðskiptavinum ókleift eða erfiðara um vik að kaupa heildsöluþjónustu með aðskildum eða sundurgreindum hætti, eða með sömu skilyrðum og áður eftir samrunann, með tilheyrandi útilokun og skaðlegum lóðréttum áhrifum á samkeppni, og mögulegri yfirfærslu markaðsstyrks frá einum heildsölumarkaði til annars.

### 2.4.2 Afstaða FST

FST er sammál þessu frummati SE. Hið sameinaða fyrirtæki býr nú yfir stofnlínukerfi í formi IP-MPLS kerfis, farsímadreifikerfi og internetgátt allt í senn, fyrir utan alla þá heildsöluþjónustu sem félagið starfrækti fyrir yfirfærsluna í ársbyrjun 2021. Hið sameinaða fyrirtæki starfar því í

---

<sup>5</sup> Í 20. tölul. tilkynningarinnar segir: „Non-competitive clauses are justified for periods of up to three years, when the transfer of the undertaking includes the transfer of customer loyalty in the form of both goodwill and know-how. When only goodwill is included, they are justified for periods up to two years.”

allri virðisdeðju gagnaflutnings, eitt íslenskra fjarskiptafyrirtækja, og er því í einstakri stöðu að því leyti, svo ekki sé talað um markaðshlutdeild félagsins.

Samruni getur falið í sér útilokandi áhrif fyrir keppinauta á lægra sölustigi ef hann er líklegur til að auka kostnað keppinauta á lægra sölustigi með því að takmarka aðgang þeirra að mikilvægum vörum á efra sölustigi (e. input foreclosure), s.s. með sölusynjun, og auka þannig kostnað keppinauta á lægra sölustigi með því að gera þeim erfiðara um vik að nálgast vörurnar á sambærilegu verði og skilyrðum og fyrir samrunann. Þetta getur haft í för með sér að sameinaða fyrirtækið hækki verð og raski þannig samkeppni með umtalsverðum hætti. Til þess að þessi staða geti skapast verður hið sameinaða fyrirtæki að vera með mikilvæga vöru í heildsöluþreifingu (e. important input) og umtalsverða markaðshlutdeild á einum þeirra markaða sem um ræðir.

Í andmælaskjali SE kemur m.a. fram að [ ... ]<sup>6</sup> hafi m.a. lýst áhyggjum sínum yfir því að félaginu verði synjað um eða verði gert mun erfiðara um vik eftir samrunann að nálgast gagnaflutningssambönd um stofnlínur og internetgátt (útlandatengingar) með sömu skilmálum, viðskiptakjörum og verði og fyrir samrunann. Þannig muni Míla breyta vörum og skilmálum útlandatenginga með innföldum gagnaflutningi um IP-MPLS stofnnet (sem áður var hjá heildsölu Símans), sér í lagi hvað varðar mælingar á nýtingu [ ... ]<sup>7</sup> á sambandinu, sem hafi veruleg áhrif til verðhækkunar á vörunni fyrir [ ... ]<sup>8</sup> og muni leiða til þess, að sögn forsvarsmanns [ ... ]<sup>9</sup>.

Ardian hafnar því að um sé að ræða útilokunaráhrif í garð smærri aðila. Hið sanna sé að Míla hafi tekið yfir samninga Símans og hafi síðastliðið ár unnið að endurskoðun á vöruframboði fyrir útlandasambönd í takt við þarfir markaðarins og kostnaðarforsendur Mílu. Við þá vinnu hafi komið í ljós að samningur við [ ... ]<sup>10</sup> um magnmælt samband til útlanda hafi ekki verið í samræmi við nýtingu samkvæmt samningum á kerfum Mílu. Tekjur Mílu af samningnum standi ekki undir raunkostnaði. Til þess að samræma vöruframboð og gæta jafnræðis hafi samningi við [ ... ]<sup>11</sup> verið sagt upp og muni félaginu standa til boða nýtt vöruframboð sem byggi á jafnræði, umferðaflæði og kostnaðarforsendum Mílu. Þá sé Míla ekki í einokunarstöðu í þessari þjónustu á landinu.

Telur SE framangreint vera dæmi um útilokunaráhrif í garð lítils keppinautar Mílu á fráliggjandi markaði eða lægra sölustigi með því að takmarka aðgang hans að mikilvægum vörum á efra sölustigi með breytingum á viðskiptakjörum, þ.e. skilmálum og verðhækkunum, sem Míla hafi aukna getu og hvata til í kjölfar samrunans.

---

<sup>6</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>7</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>8</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>9</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>10</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>11</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

FST getur tekið undir það mat SE. Ólíklegt er að vara sem Síminn gat selt [ ... ]<sup>12</sup> á upphaflegu verði sé Mílu ókleift eftir að IP-MPLS kerfið og útlandagáttin kom til Mílu, sérstaklega í ljósi þess að samrunaaðilar telji að yfirfærslan hafi leitt til mikils hagræðis í rekstri þessara kerfa innan samstæðunnar.

Þá hefur Míla, í svörum til SE, lýst því yfir að með því að eiga IP-MPLS kerfi og internetgátt sjái félagið tækifæri til þess að [ ... ]<sup>13</sup>

Að mati SE geti samruninn einnig haft í för með sér útilokandi áhrif fyrir keppinauta hins sameinaða fyrirtækis á efra sölustigi með því að takmarka aðgang núverandi eða mögulegra keppinauta þeirra á efra sölustigi að viðunandi viðskiptavinagrunni á lægra sölustigi (e. customer foreclosure) og takmarka þannig möguleika þeirra og hvata til að keppa á markaðnum.

Félagið hafi semsagt hvata og getu til þess að tengja eða tvinna í auknum mæli saman mismunandi heildsöluþjónustur, og fækka með því valkostum viðskiptavina og fjarskiptafélaga á lægra sölustigi til þess að kaupa hlutaða eða sundurgreinda heildsöluþjónustu af félaginu annars vegar og öðrum birgjum hins vegar. Með því að sameina mismunandi og fleiri stig virðisikeðju gagnaflutnings í kjölfar samrunans geti Míla ekki aðeins yfirfært markaðsstyrk frá einu sviði til annars, heldur geti félagið takmarkað aðgengi keppinauta að viðskiptunum, með tilheyrandi skaðlegum útilokunaráhrifum og minni möguleikum þeirra til þess að stunda samkeppni. Í andmælaskjali Mílu komi fram að framangreint fengi frekari stoð í öðrum samtímagögnum, m.a. í markaðsefni Mílu til markaðsaðila.

FST er þessu frummati SE sammála. FST taldi í fyrri umsögn sinni til SE þann 9. mars 2022 mikilvægt að eftirlitið myndi skoða umrædda eignayfirfærslu frá Símanum til Mílu í tengslum við samruna þennan. Að mati FST hefur SE sýnt fram á með innanhússgögnum frá samrunaaðilum að umrædd eignayfirfærsla hafi verið í beinum eða í a.m.k. nægum tengslum við söluna svo það væri unnt að komast að því frummati. Ljóst er að með þessu getur Míla flutt markaðsstyrk frá einu sviði til annars og vöndlað heildsöluvörur með þeim hætti að aðrir geti ekki keppt við það, sem getur leitt til útilokunar á bæði efra og neðra sölustigi. Getan og hvatinn er til staðar.

Þá kemur eftirfarandi fram í málsgrein 480 í andmælaskjali SE:

[ ... ]<sup>14</sup>

Samkvæmt svörum [ ... ]<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>13</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>14</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>15</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

Þá komi fram í andmælaskjali SE að með framangreindum hætti virðist Míla í krafti stöðu sinnar, sem lýst er að ofan og í áreiðanleikakönnun, með heildstæðu og „einstöku“ vöruframboði geta gert alhliða heildsölusamning við fjarskiptafélög um gagnaf lutning um stofnlínur, IP-net og útlandatengingar, sem og um sölu lágmarksmagns ljósleiðartenginga allt í senn, með mögulegri tilheyrandi útilokun gagnvart smærri keppinautum á heildsölustigi sem hingað til hafa þjónustað umrædd fjarskiptafélög með sérhæfðari og aðgreindari hætti, svo sem eingöngu eða aðallega heimtaugar og bitastraum. Það sé frummat SE að mögulegt sé að hið sameinaða félag muni hafa getu og hvata til þess að útiloka keppinauta sína með framangreindum hætti ef að samrunanum verði, og því geti samruninn haft lóðrétt skaðleg áhrif á samkeppni.

FST tekur fyllilega undir ofangreint frummat SE varðandi þá hættu sem af samrunanum geti leitt að þessu leyti fyrir samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Þetta styður einnig það sjónarmið, sem fram hefur komið í máli FST í kafla 2.2.2 um skaðleg áhrif einkakaupasamnings, að ef samruninn fer í gegn með einkennum langtíma einkakaupasamnings og jafnræðiskvöð á Mílu, þá geti það leitt til meiri samkeppnisvandamála á heildsölustiginu ef keppinautar Símans fá einnig að gera slíka einkakaupasamninga til langs tíma. Þá er verið að binda enn meiri markaðshlutdeild hjá Mílu til langs tíma. Við þessu verður að bregðast með öflugum skilyrðum að mati FST, eigi samruninn að verða samþykktur með skilyrðum af hálfu SE. Ótækt er að markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölustigi á fjarskiptamarkaði fái að gera einkakaupasamninga sem aldrei yrðu leyfðir í öðrum geirum atvinnulífsins, auk þess sem slíkt myndi geta skapað vont fordæmi sem erfitt yrði að vinda ofan af í framtíðinni.

Til að bregðast við ofangreindum áhyggjum eru samrunaaðilar reiðubúnir til þess að gangast undir skilyrði sem fela í sér skuldbindingar af hálfu Mílu til þess að bjóða annars vegar opinn og gagnsæjan aðgang, á jafnræðisgrundvelli, að fjarskiptakerfum sínum og hins vegar að ólíkir þjónustupættir séu nægjanlega aðgreindir í rekstri félagsins. Slíkar skuldbindingar séu til þess fallnar að draga úr líkunum á því að keppnautar Mílu útilokist og eyða þar sem þeim lóðréttu samkeppnishömlum sem SE telur stafa af samrunanum.

Varðandi jafnræðiskvöðina leggur Ardian til að hún skuli orðast þannig að Míla skuli veita viðskiptavinum jafnan aðgang að fjarskiptakerfum með sama afgreiðsluhraða, skilmálum, gæðum, þjónustustigi og kjörum. Viðskiptavinir Mílu skulu enn fremur hafa sama aðgang að upplýsingum um tæknileg og önnur nauðsynleg atriði sem tengjast með eðlilegum hætti fyrirspurnum og beiðnum um aðgang.

Undir venjulegum kringumstæðum væri að sjálfsgöðu gott að hafa slíka jafnræðiskvöð en á sama tíma gengur það ekki upp að að Míla geti gert einkakaupasamninga við Símann og aðra viðskiptavini sína en með því væri samkeppni á heildsölustigi raskað, sbr. áðurgreinda umfjöllun í kafla 2.2.2 hér að framan. Sýnir þetta glöggst hversu öfugsnúin áhrif skuldbindingar um einkakaup geta haft á meginreglu um jafnræði sem almennt er talin góð og gild á sviði samkeppnis- og fjarskiptaréttar. Búndin hlutdeild Mílu til langs tíma myndi þá aukast enn meira. Sýnir þetta að mati FST hversu mikilvægt það er að öll ákvæði sem stuðla að einkakaupum verði afnumið úr heildsölusamningnum. Í þessu felast m.a. hinar eðlislægu



breytingar frá þeirri stöðu sem var uppi fyrir samrunann með viðskiptum Símans og Mílu innan samstæðunnar.

Varðandi ákvæðið um aðgreiningu þjónustubátta leggur Ardian til að það orðist þannig að Míla skuli tryggja að ólíkir þjónustubættir séu nægilega aðgreindir í rekstri félagsins, þ.á.m. svo unnt sé að tryggja markmið sáttar þessarar.

Að mati FST er þetta nokkur viðleitni að hálfu samrunaaðila, en hún gengur of skammt. Míla verði að vera gert að bjóða upp á sundurgreindar heildsölubjónustur (þ.m.t. stakan IP-MPLS flutning, annars konar leigulínubjónustu, heimtaugar, bitastraumsþjónustu, farnetsdreifingu, útlandagátt, hýsingu og tengda þjónustu) aðskilið á verðum sem koma þurfa í veg fyrir að heildsöluvöndlar séu hagstæðari kostur fyrir aðgangsbíðendur en að kaupa stakar þjónustur af Mílu og e.t.v. stakar þjónustur hjá keppinautum Mílu eða að nýta eigin innviði að hluta. Það gæti verið mjög skaðlegt fyrir samkeppni á heildsölustiginu ef stórir aðilar færi sig alfarið yfir til Mílu vegna þess að ekki sé hægt að keppa við slíka heildsöluvöndla Mílu. Gæti fyrirmynd að slíku ákvæði verið að finna í 23. gr. sáttar Fjarskipta hf. við SE í tengslum við samruna Fjarskipta og 365 miðla, sbr. ákvörðun SE nr. 42/2017.

## 2.5 Verðtryggð heildsöluverð

### 2.5.1 Úr umsagnarbeiðni SE og útskýringar Ardian

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að samkvæmt heildsölusamningnum taki verð Mílu, sem ekki sé háð reglusettri verðlagningu fjarskiptayfirvalda, aðeins breytingum samkvæmt samningnum í samræmi við vísitölu neysluverðs. Ardian byggir m.a. á því að sökum þessa muni samruninn ekki leiða til verðhækkana þar sem tryggður sé fyrirsjáanleiki í verðlagningu og að Míla hafi ekki möguleika á að hækka verð til Símans. Það sé frummat SE að verðtryggð heildsöluverð geti ekki talist til jákvæðra áhrifa samrunans eða heildsölusamningsins. Þvert á móti megi leiða að því líkur að samkeppnislegt aðhald í innviðum og heildsölubjónustu, ásamt tækniþróun síðustu áratuga hafi stuðlað að lægra verði.

Eftir því sem SE komist næst hafi einingaverð fjarskipta undanfarna áratugi lækkað þó nokkuð, eða í öllu falli hækkað töluvert minna en almennt verðlag héraendis sem vísitala neysluverðs endurspeglar. Gangi þetta eftir sé hætt við að mögulegur ábati af áframhaldandi tækniþróun og eftir atvikum samkeppni renni allur eða að stærstum hluta beint til Mílu, í stað þess að endurspeglast í lægra heildsöluverði félagsins til Símans og eftir atvikum til annarra smásala fjarskiptaþjónustu héraendis, sem ætti með virkri samkeppni að leiða til lægra verðs til neytenda.

Ardian hafnar þessum sjónarmiðum SE í andmælum sínum, dags. 15. júlí sl., og bar fram frekari útskýringar.

Í fyrsta lagi sé óhjákvæmilegt, í samningi um þjónustu og verðlagningu hennar sem gilda eigi í langan tíma, að kveða skýrt á um það hvernig breytingar á kostnaði þjónustuveitanda af

völdum verðlagsbreytinga komi fram í gjaldskrá. Sérstaklega varðandi þjónustu sem kallar á verulegar fjárfestingar. Um sé að ræða viðskiptavenju, m.a. varðandi útleigu atvinnuhúsnæðis, sem og verklag FST við útreikning á kostnaðargreindum gjaldskrám fjarskiptafyrirtækja.

*Í öðru lagi* að ef tækniþróun leiði til lægri framleiðslukostnaðar án þess að það sé endurspeglad í verðum Mílu til viðskiptavina séu líkur á að viðskiptavinir í heildsölu hverfi frá Mílu og/eða Símanum. Af þeim sökum hafi Míla hvata til þess að endurspeгла mögulega tækniþróun sem kann að leiða til lægri framleiðslukostnaðar í verðum sínum.

*Í þriðja lagi* muni aðeins um 40% af viðskiptum Mílu vera verðtryggð.

*Í fjórða lagi* séu verð fyrir innanlands- og utanlands MPLS burðarnet ekki verðtryggð, en þar sé búist við talsverðri lækkun einingaverðs.

*Í fimmta lagi* skulu félögin setjast niður og semja að nýju um heildsöluverð ef aðstæður breytast verulega, m.a. af tæknilegum sökum.

*Í sjötta lagi* hafi í Evrópulöggjöf verið viðurkennt að fyrirtæki sem veita fjarskiptaþjónustu geti haft lögmæta hagsmuni af því að aðlaga verð og gjöld sem þau rukka fyrir þjónustu sína að breytingum á vísitölu neysliverðs, sbr. t.d. *dóm Evrópudómstólsins í máli nr. C-326/14, Telecom Austria AG*.

*Í sjöunda lagi* geti verðtrygging ýtt undir nýsköpun, eða a.m.k. tryggt núverandi stig nýsköpunar, og geti þar með verið samkeppnishvetjandi. Með slíku fyrirkomulagi sé komið í veg fyrir að framlegð dragist saman og tryggir þannig nægan ávinning sem geti gengið til endurfjárfestinga.

*Í áttunda lagi* sé mikið af þjónustu Mílu sem væri verðtryggð, þ.m.t. gjöld fyrir ljósleiðaraheimtaugar og ljósleiðarabitastraumstengingar, verðlögð á grundvelli hvernar tengingar án þess að í verðskrá sé sérstaklega tilgreindur tæknilegur hraði eða gæði þessarar þjónustu. Þetta veiti nauðsynlegt svigrúm til að leyfa tækninýjungum að knýja fram hraða- og gæðaaukningu innan sama þjónustugjalds. Verðtrygging vinni því ekki gegn því að lækkun einingaverðs skili sér til endanotenda.

Í athugasemdum Símans, dags. 15. júlí 2022, er bætt við þeirri skýringu að þar að auki geri heildsölusamningurinn ráð fyrir árlegu [ ... ]<sup>16</sup>% þaki á vísitöluhækkun.

### 2.5.2 Afstaða FST

FST er sammála SE um að verðtryggð heildsöluverð geti ekki talist til jákvæðra áhrifa samrunans eða heildsölusamningsins, né til tryggingar eða takmörkunar á mögulegum neikvæðum áhrifum. Þvert á móti megi leiða að því líkur að samkeppnislegt aðhald í innviðum

---

<sup>16</sup> Fellt brott vegna trúnaðar.

og heildsölubjónustu, ásamt tækniþróun síðustu áratuga hafi stuðlað að lægra verði. Að mati FST geta áhrif slíkrar verðtryggingar verið þeim mun alvarlegri því lengur sem þær vara.

Það er vissulega rétt hjá samrunaaðilum að ýmislegt geti dregið úr skaðlegum áhrifum þessa fyrirkomulags, svo sem ákvæðið um [...] <sup>17</sup>% þak á árlegri hækkun. Þá geti slík ákvæði átt misvel við eftir tegund þjónustu. Meiri líkur eru á að slíkt gæti gengið t.d. þegar um er að ræða hýsingu eða aðgang að passívum innviðum fremur en að virkri þjónustu. Því getur dæmið um verðtryggingu samninga um leigu á atvinnuhúsnæði ekki gengið varðandi kaup á virkri þjónustu svo dæmi sé tekið.

Almennt má telja að á markaði þar sem samkeppni ríkir getur seljandi ekki reitt sig á vísitölubundin verð nema ef vera skyldi að viðskiptavinir séu bundnir í viðskiptum með einkakaupasamningi líkt og Síminn hefur gert við Mílu í þessu máli. Á samkeppnismarkaði eiga aðilar að geta leitað til þess aðila sem býður hagstæðustu verð og þjónustu á hverjum tíma og telur FST að vísitölubundin verð ekki vera til þess fallin að stuðla að jákvæðum hvötum til nýsköpunar og framfara sem leiða af samkeppni. Taka má þó fram að í ljósi hins skamma umsagnarfrests og sumarleyfa starfsmanna hefur FST ekki gefist tími til að sannreyna að rétt sé hjá samrunaaðilum að aðeins 40% af viðskiptum Mílu verði verðtryggð og verður því að gera fyrirvara um að þetta hlutfall sé rétt. Gæti það verið eitthvað hærra án þess að slíkt sé fullyrt hér. Má m.a. benda á að undir verðtryggingarákvæðinu fellur öll sala Mílu á ljósleiðaraheimtaugum og bitastraumstengingum um ljósleiðara. Þá er ljóst er að þróunin mun eflaust verða í þá átt á næstu árum að meira af þjónustu Mílu fellur undir umrædda verðtryggingu. Samkvæmt nýsamþykktum fjarskiptalögum getur FST t.a.m. ekki lengur kveðið á um kostnaðargreind verð, nema ef samkeppnisaðstæður versna verulega frá því sem nú er.

Þá hafnar FST því að þetta sé í samræmi við verklag stofnunarinnar við útreikning á kostnaðargreindum gjaldskrár fjarskiptafyrirtækja. Við ákvörðun gjaldskráa hefur stofnunin miðað við kostnaðargreind verð eða verðsamanburð. Þó að vísitala sé að einhverju leyti notuð í kostnaðargreiningar, t.d. til að ákvarða fjárfestingarstofn þegar miðað er við sögulegan kostnað þá er það alls ekki það sama og að uppfæra gjaldskrár með vísitölu til margra ára án þess að taka tillit til verðþróunar á undirliggjandi fjárfestingu, hugsanlegri hagræðingu í rekstri og nýtingu fjárfestingarinnar. Í ákvörðun FST nr. 5/2021 er kveðið á um að gjaldskrá koparheimtauga skuli endurskoðuð reglulega í samræmi við uppfærslu kostnaðargreiningarinnar hverju sinni. Miðað er við að gjaldskráin verði endurskoðuð á 2-3 ára fresti, en auk þess er Mílu heimilt að hækka gjaldskrána árlega með vísitölu neysluverðs að teknu tilliti til hagræðingarkröfu sem ákvörðuð er við hverja endurskoðun á gjaldskrá út frá kostnaðargreiningu. Þetta er eina tilfelli þess að vísitala sé tengd við gjaldskrárhækkun Mílu og er það eingöngu til 2-3 ára, auk þess sem gerð er krafa um hagræðingu.

Ardian segist reiðubúið að endurskoða grein 17.4 í heildsölusamningnum til þess að endurspegla þá staðreynd að líklegustu viðbrögð aðila við slíkri tækniþróun verði sú að Míla leggi til að verðlagning verði endurskoðuð með þeim hætti sem gerir Símanum og öðrum

---

<sup>17</sup> Fellt brott vegna trúnaðar.

heildsöluviðskiptavinum Mílu kleift að vera áfram samkeppnishæfir á viðeigandi smásöllumörkuðum. Um leið verði tryggt að Míla geti viðhaldið viðunandi framlegð í tengslum við heildsöluþjónustu sína.

FST telur þetta jákvæða viðleitni af hálfu samrunaaðila. Ljóst er þó að skilyrði þetta er óútfært og það yrði að vera útfært þannig að það hafi ekki skaðlegar afleiðingar í för með sér fyrir samkeppni og neytendur. FST ítrekar að ákvæði sem þetta er þeim mun skaðlegra því lengur sem það varir. Kæmi þá m.a. til álita að mati FST að skoða styttingu þess í tíma.

## 2.6 Heildsölusamningurinn og núgildi sátt

### 2.6.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að í gildi séu ítarleg skilyrði sem m.a. sé ætlað að vinna gegn samkeppnishamlandi áhrifum hinnar lóðréttu samþættingar sem leiðir af eignarhaldi Símans á Mílu, sbr. ákvörðun SE nr. 6/2015, og séu þau skuldbindandi gagnvart Mílu og Símanum.

Skilyrðunum hafi verið ætlað að tryggja að Míla væri sjálfstætt heildsölufyrirtæki með sjálfstæðan rekstur, sjálfstæða stjórn og sjálfstæða viðskiptastefnu sem mótaðist af hagsmunum félagsins en ekki eiganda þess. Þá ættu keppinautar á markaði að hafa jafnan aðgang að kerfum og þjónustu Mílu, auk þess sem skilyrðunum hafi verið ætlað að koma í veg fyrir samninga sem fela í sér útilokun keppinauta Mílu. Þau hafi einnig verið til þess fallin að tryggja að heildsala Símans væri enn hluti af Símanum og fyrirtækið því áfram mikilvægur þjónustuaðili og keppinautur á heildsölumarkaði. Leiddi þannig af framangreindum skilyrðum að þau fjarskiptakerfi sem eftir voru hjá Símanum, þ.e. IP-MPLS og internetgátt, gagnaflutningskerfi fyrir aðgangsléið 3 og internetþjónustu, talsímakerfi, farsímakerfi og sjónvarpskerfi, voru talin mikilvæg fyrir heildsöluþjónustu heildsöluviðs Símans og samkeppni á heildsölumarkaði.

Þrátt fyrir eignarhald Símans á Mílu hafi framangreindu sjálfstæði og skipulagi sérstaklega verið komið á með skilyrðunum, til þess að vega upp á móti neikvæðum áhrifum lóðréttrar samþættingar, takmarka samkeppnislegt forskot sem af henni leiddi, og koma í veg fyrir hvata og getu til þess að nýta þá aðstöðu og beita samkeppnishömlum. Fela þessi fyrirmæli, sem Síminn og Míla hafi samþykkt að una, í sér verulegt inngrip og takmörkun á möguleikum Símans til að beita áhrifum sínum gagnvart Mílu. Í andmælaskjalinu komi fram að framangreint hafi verulega þýðingu þegar horft væri til umfjöllunar Ardian í samrunaskrá um stöðu Mílu fyrir og eftir kaup Ardian. Virðist sú umfjöllun byggja á því að fyrir samrunann hafi aðgerðir Mílu á markaði í raun lotið boðvaldi Símans. Virðist lagt til grundvallar að í raun hafi ekki ríkt jafnræði milli Símans og keppinauta varðandi þjónustu Mílu. Jafnframt hafi verið viðvarandi hætta á útilokandi aðgerðum gagnvart keppinautum Símans sem minnki við samrunann.

Í samrunaskrá sé við það miðað að skilyrðin frá 2015 gildi áfram þar til SE ákveði annað. Efnislega sé hins vegar ekkert tillit tekið til þeirra fyrirmæla sem felast í skilyrðunum í

samrunaskrá. Í aðalatriðum er ranglega lagt til grundvallar að fyrir samrunann hafi Síminn að lögum verið í aðstöðu til að hafa áhrif á aðgerðir Mílu og eftir samrunann verði verulegar umbætur á samkeppnisumhverfinu þar sem Síminn hafi ekki lengur slík áhrif. Sé þetta verulegur ágalli á umfjöllun í samrunaskrá um samkeppnisleg áhrif samrunans. Síminn hafi ítrekað óskað eftir endurskoðun eða niðurfellingu sáttarinnar, auk þess sem samrunaaðilar hafi væntingar til þess að skilyrðin verði endurskoðuð í ljósi breyttra aðstæðna eftir samrunann. Í samrunamáli þessu sé því óvissa uppi um hvort eða að hvaða leyti SE telji að umrædd skilyrði geti gilt áfram. Sökum þessa verði í samrunamatinu byggt á því að nógildandi skilyrði falli niður eftir samrunann. Ella væri hætta á því að rangt mat yrði lagt á samkeppnisleg áhrif hans. Það sé því frummat SE að við mat á samrunanum beri að leggja tvenns konar samkeppnisaðstæður til grundvallar sem bera þurfi saman að mati eftirlitsins:

1. *„Annars vegar aðstæður þar sem samruninn á sér ekki stað og Síminn er áfram eigandi að Mílu og skilyrðin frá 2015 um sjálfstæði Mílu og jafnan aðgang keppinauta Símans að þjónustu Mílu eru enn í gildi. Við þessar aðstæður er heildsala Símans ennþá starfandi keppinautur á heildsölumörkuðum og eigandi IP-MPLS kerfis, internetgáttar og RAN farsímadreifikerfis, auk tilheyrandi reksturs sem fór frá Símanum yfir til Mílu um áramótin 2020/2021.*
2. *Hins vegar aðstæður þar sem samruninn kemur til framkvæmda og samstarf Símans og Mílu verður í samræmi við heildsölusamninginn. Skilyrðin frá 2015 um sjálfstæði Mílu og jafnan aðgang keppinauta eru ekki í gildi.“*

#### 2.6.2 Afstaða FST

FST er sammála þessu frummati SE og telur þessa nálgun nauðsynlega til að ná utan um möguleg skaðleg áhrif samrunans. Sýnt hefur verið fram á að eignayfirfærslan hafi verið í beinum eða a.m.k. nægilegum tengslum við samrunann þannig að eðlilegt sé að taka eignayfirfærsluna með í reikninginn við samrunamatið. Það er að mati FST rétt að ella væri hætta á að rangt mat yrði lagt á áhrif samrunans.

Samrunaaðilar halda því fram að Síminn og Míla hafi ekki verið keppinautar og því geti SE ekki farið framangreinda leið við samanburð á aðstæðum fyrir og eftir samruna. FST getur ekki fallist á þetta nema að hluta til. Ljóst er að Síminn var með ýmiskonar heildsölupjónustu fyrir framangreinda eignatilfærslu, og er raunar enn með nokkra slíka þjónustu. Keppinautar Símasamstæðunnar gátu fyrir eignayfirfærsluna leitað bæði til Símans og Mílu um heildsölupjónustu. T.a.m. er ljóst að [ ... ]<sup>18</sup> er ennþá að versla heildsölupjónustu hjá Símanum og [ ... ]<sup>19</sup> var með útlandasambönd hjá Símanum fyrir yfirfærsluna. Þetta fyrirkomulag veitti Símanum og Mílu því aðhald, sem minnka mun við samrunann. Því er ljóst að bæði Síminn og Míla voru, og eru enn að hluta, að veita heildsölupjónustu á fjarskiptamarkaði sem veitti félögunum og markaðnum tiltekið aðhald þótt taka megi undir með samrunaaðilum um að Síminn og Míla hafi ekki verið hefðbundnir keppinautar innbyrðis. Sáttin kom því á tilteknu fyrirkomulagi innan samstæðunnar sem koma átti í veg fyrir tiltekna skaðlega hegðun

---

<sup>18</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>19</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

samstæðunnar, sem samruninn mun breyta. Það mun að mati FST auka hættu á skaðlegum áhrifum.

Þá hafa samrunaaðilar haldið því fram að SE sé heldur ekki unnt að fara framangreinda leið við samanburðinn vegna þess að FST hafi talið í markaðsgreiningum sínum að Síminn og Míla myndi *eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar*.

Það er rétt hjá samrunaaðilum að FST hefur í markaðsgreiningum sínum litið á samstæðuna sem eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar eins og beita ber honum í fjarskiptarétti þrátt fyrir framangreinda sátt, enda mikilvægt við markaðsgreiningar til að ná utan um heildarstyrk samstæðunnar og m.a. lóðréttu samþættingu.

SE hefur ekki gert sérstakar athugasemdir við þá niðurstöðu FST í athugasemdum sínum við markaðsgreiningar FST. SE tekur þó ávallt fram, þegar stofnunin gerir athugasemdir við markaðsgreiningar FST, að athugun eftirlitsins á markaðsgreiningardrögum FST einskorðist við skilgreiningu á viðkomandi þjónustu- og vörumarkað og landfræðilegum markað og þeim þáttum sem ætla megi að áhrif hafi við mat á mögulegum aðgangshindrunum að mörkuðunum og nauðsynlegum álögðum kvöðum. Þá tekur SE skýrt fram að eftirlitið hafi það hlutverk að beita ákvæðum samkeppnislaga á fjarskiptamarkaði og að niðurstaða eftirlitsins um skilgreiningu markaða og stöðu fyrirtækja ráðist af atvikum í hverju máli fyrir sig. Í því ljósi sé SE, eðli málsins samkvæmt, ekki bundið af þeirri aðferðafræði og þeim ályktunum sem fram koma í drögum FST, þegar það í framtíðinni tekur hugsanlega til meðferðar mál sem varða umrædda markaði. FST er því ekki sammála samrunaaðilum um að framangreind aðferðafræði SE geti ekki staðist vegna þessa.

Í andmælaskjalinu er bent á það að heildsölusamningurinn innihaldi ákvæði um náð lóðrétt samstarf Mílu og Símans. Komi samruninn til framkvæmda á grundvelli óbreytts heildsölusamnings myndi það að frummati SE fela í sér verulega afturför frá núverandi samkeppnisaðstæðum sem skilyrðunum frá 2015 hafi verið ætlað að vernda. Yrði um að ræða samstarf Símans og Mílu sem ekki væri samþýðanlegt núgílandi fyrirmælum um sjálfstæði Mílu og jafnan aðgang keppinauta. Þá beri að horfa til þess að skilyrðin frá 2015 lögðu ekki einkakaupakvaðir á Símann gagnvart Mílu. Hið sama gildi um aðra heildsöluviðskiptavinir Mílu. Í skilyrðunum hafi heldur ekki verið að finna nein „ensk ákvæði“. Tilgangur sáttarinnar hafi þvert á móti verið að skilja á milli félaganna og efla samkeppni bæði í heildsölu og smásölu í fjarskiptum. Sökum þessa sé kveðið á um það í 20. gr. sáttarinnar að Míla og Síminn skuli tryggja, eins og unnt er, að heildsöluviðskiptavinir sem þess óska geti með auðveldum hætti fært hluta eða öll viðskipti sín frá félagunum til annars netrekanda í samkeppni við Símann/Mílu.

FST er sammála þessu frummati SE. Þetta er einmitt ágætt dæmi um að samrunamat SE leiðir í ljós að samkeppnisskilyrði á fjarskiptamarkaði myndu versna miðað við núverandi ástand, þrátt fyrir að slit á eignartengslum séu í sjálfu sér jákvæð fyrir samkeppni. Umræddur heildsölusamningur hefur að geyma svo samkeppnishamlandi áhrif að hin jákvæðu áhrif að aðskildu eignarhaldi ná ekki tilgangi sínum.



## 2.7 Hætta á samkeppnishamlandi samhæfðri hegðun keppinauta

### 2.7.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að í láréttum leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB segi að samruni á markaði sem einkennist af mikilli samþjöppun geti haft verulega skaðleg áhrif á virka samkeppni í gegnum styrkingu sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu samrunaaðila og þriðja aðila, þar sem slík staða geti aukið líkur á því að fyrirtækin á markaðnum geti samhæft hegðun sína til að hækka verð, jafnvel án samráðs, sem fari gegn bannreglum samkeppnisréttarins. Framangreindur markaðsstyrkur og styrking á stöðu Mílu á þegar samþjöppuðum heildsölumarkaði fjarskipta (einkum á markaði fyrir gagnaflutning um stofnlínur) þar sem fákeppni ríki, sé að frummati SE til marks um skaðleg áhrif samrunans, þar sem Síminn mun áfram verða bundinn Mílu í gegnum heildsölusamning.

Til viðbótar þessu hverfi Síminn að mestu leyti af heildsölumörkuðum þar sem IP-MPLS gagnaflutningsnet, RAN farsímadreifikerfi og internetgátt fyrir útlandasambönd voru flutt frá heildsölu Símans til Mílu í aðdraganda samrunans, en sú tilfærsla komi til skoðunar í samrunamatinu. Samruninn kundi að þessu leyti að leiða til samhæfðra áhrifa sem geti leitt til verðhækkana og skaðlegra áhrifa fyrir samkeppni.

Varðandi ástæður þess að talin sé hætta á samhæfðri hegðun keppinauta beri fyrst að nefna að með tilkynningu í Kauphöllinni þann 19. desember 2019 hafi verið greint frá því að Síminn, Sýn og Nova hefðu undirritað viljayfirlýsingu um viðræður um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainnviða. SE hafi af því tilefni birt minnisblað og rit nr. 1/2020, dags. 18. febrúar 2020, þar sem fjallað hafi verið um mikilvægi samkeppni í fjarskiptainnviðum með leiðbeiningum til fjarskiptafyrirtækja og stefnumótunaraðila. Stjórnendur umræddra félaga hafi þó lýst því yfir að minnisblað og innlegg SE hefði haft neikvæð áhrif á hið mögulega samstarf.

Að mati SE bendi samtímagögn, sem aflað hafi verið við vinnslu samrunamálsins til þess að ein af megin forsendum samrunans sé að umrætt samstarf, sem fyrst var ráðgert með ofangreindri viljayfirlýsingu frá desember 2019, muni ná fram að ganga. Í þessu sambandi megi nefna að samkvæmt áreiðanleikakönnun sem unnin hafi verið fyrir Símann sé gert ráð fyrir að gagnaflutningur muni stóraukast á næstu árum, m.a. bæði vegna uppbyggingar ljósleiðara, háhraða farneta og þróunar á tækni eða hegðun neytenda. Áreiðanleikakönnunin gæfi þó ekki aðeins til kynna mögulegan vöxt Mílu vegna aukinnar eftirspurnar eftir gagnaflutningi heldur sé fjallað um áætlanir um mjög umfangsmikið framtíðarsamstarf fjarskiptafélaga fyrir gagnaflutning um stofnlínur og mögulega útlandasambönd. Hafi þetta verið nefnt „Backbone Alliance“ í gögnunum, sem þýða megi sem „grunnkerfabandalagið“ eða „netkerfa samstarfið“. Virðist lagt til grundvallar að Míla, Síminn, Sýn og Nova muni mynda þetta „grunnkerfabandalag“.

Samkvæmt þessu mögulega samstarfi um gagnaflutning sé m.a. skýrt gefið til kynna að Míla muni sinna framtíðar gagnaflutningi Sýnar og Nova um stofn- og leigulínur vegna fastlínu- og

farnetsþjónustu félaganna utan höfuðborgarsvæðisins. Virtist hann eiga að nema 50% af framtíðar gagnaflutningi Nova, 30% af flutningi Sýnar og 50% af flutningum annarra fjarskiptafélaga. Áætlað sé að Míla muni sinna 33% af framtíðar gagnaflutningsþörfum þriðju aðila (annarra en Símans) utan höfuðborgarsvæðisins árið 2023, 67% árið 2024 og að það aukist í 100% fram til ársins 2030.

Í þessu sambandi sé mikilvægt að horfa til þess að Sýn hafi lengi rekið sitt eigið stofnnet með ljósleiðaraneti og eigin IP-MPLS kerfi, aðallega til eigin nota, en einnig í heildsölu til annarra fjarskiptafélaga. Sýn hafi því verið keppinautur Mílu á heildsölumörkuðum, auk þess að vera annar helsti keppinautur Símans á smásölumörkuðum. Helsti forði stofnnets Sýnar hafi verið þráður á NATO ljósleiðarahring sem félagið hafi leigt af íslenska ríkinu, en sá leigusamningur renni út í árslok 2022. Þá hafi félagið leigt töluverða vegalengd ljósleiðaraþráða af öðrum fyrirtækjum utan þeirra svæða. Jafnframt byði félagið upp á gagnaflutning til útlanda um internetgátt/útlandasambönd gegnum Farice.

Sömuleiðis hafi Nova einnig byggt upp sitt eigið burðar- eða stofnnet með IP-MPLS netkerfi sem nái að mynda hring kringum Ísland með tengingar við helstu þéttbýlisstaði. Nova eigi aftur á móti ekki eigin strengi og leigi þá í virku og óvirku formi af öðrum félögum, þó aðallega af Mílu. Nova starfræki einnig útlandagátt á grundvelli samnings við Farice. Nova sé a.m.k. mögulegur keppinautur Mílu á heildsölumörkuðum, auk þess að vera annar helsti keppinautur Símans á smásölumörkuðum.

Þann 30. júní sl. hafi verið tilkynnt opinberlega um að Ljósleiðarinn og utanríkisráðuneytið hafi samið um afnot þess félags af tveimur ljósleiðaraþráðum í ljósleiðarastreng NATO. Eftir því sem SE komist næst hafi Ljósleiðarinn í hyggju að nota þræðina til að ljúka við hringtengingu eigin ljósleiðarakerfis á landinu öllu, sem þýði að félagið muni geta boðið upp á innviðasamkeppni á landsvísu. Í því samhengi sé Ljósleiðarinn þó háður samstarfi við önnur innviðafyrirtæki, þ.m.t. Mílu, sem búi yfir víðtækum tengingum frá hringþræðinum að hinum dreifðu byggðum, bæjum og þorpum sem Ljósleiðarinn geri ekki.

Með vísan til ofangreinds sé það frummat SE að samruninn og samtímagögn sem aflað hafi verið vegna hans séu til marks um aukna hættu á samhæfðum aðgerðum keppinauta í gagnaflutningi sem takmarkað geti möguleika annarra en Mílu til að sinna gagnaflutningi um stofnlínunet, IP-MPLS net og eftir atvikum útlandasamböndum.

Í sjónarmiðum sínum frá 15. júlí sl. hafi Ardian ekki mótmælt skilningi SE á framangreindum samtímagögnum, en hafi þó tekið fram að heiti aðgerðanna, þ.e. „Backbone Alliance“ hafi verið „óheppilegt og í raun rangnefni“. Hugmyndin að baki hugtakinu lýsi mögulegum framtíðaráætlunum um aukin viðskipti þriðju aðila við Mílu í heildsölu fjarskiptaþjónustu í kjölfar nýs eignarhalds, sem að mati Ardian sé til þess fallið að stuðla að stórauðkinni samkeppni.

[ ... ]<sup>20</sup>.

Að frummati SE sé jákvætt að hið sameinaða fyrirtæki Mílu í höndum nýs eiganda telji raunhæft að stórauka viðskipti sín og gagnaflutning fyrir önnur fjarskiptafélög. Geti það undir réttum og eðlilegum kringumstæðum verið til marks um eftirsóknarvert þjónustuframboð félagsins, mögulegt aukið traust fjarskiptafélaga í garð Mílu og aukinn trúverðugleika á fjarskiptamarkaði. Aftur á móti er markaðsstyrkur félagsins þegar mikill á öllum helstu heildsölumörkuðum fjarskipta. Ljóst er því að hinn áætlaði vöxtur verður að eiga sér stað á samkeppnisréttarlegum og rekstrarlegum grundvelli (e. competition on the merits). Sé það frummat SE að öll framangreind atriði og samtímagögn séu til marks um hættu á samhæfðum aðgerðum Mílu [ ... ]<sup>21</sup>.

[ ... ]<sup>22</sup>.

Með hliðsjón af framangreindu óski SE sérstaklega eftir sjónarmiðum hagaðila á því hvort þeir telji að framangreind möguleg samhæfing eða samstillt áhrif samrunans, sem samtímagögn í málinu lýsa og Ardian mótmæli ekki að unnið verði að, nái samruninn fram að ganga, stórefli samkeppni eins og fyrirtækið heldur fram eða takmarki hana.

#### 2.7.2 Afstaða FST

FST er sammála því frummati SE að ofangreind umfjöllun, sem og ítarleg umfjöllun í kafla 6.2 (Samhæfð hegðun) og 8.2 (Önnur lóðrétt áhrif vegna samrunans og yfirtöku fjarskiptakerfa), sýni fram á aukna hættu á samhæfðum aðgerðum keppinauta í gagnaflutningi sem takmarkað geti möguleika annarra en Mílu til að sinna gagnaflutningi um stofnlínunet, IP-MPLS net og eftir atvikum útlandsamböndum. Þá telur FST einsýnt að slík þróun myndi ekki stórefla né efla samkeppni á heildsölumörkuðum á nokkurn hátt, heldur þvert á móti. Búndin markaðshlutdeild Mílu, sem þegar er með sterka stöðu á flestum heildsölumörkuðum fjarskipta, myndi aukast enn frekar.

Eins og bent hefur verið á að framan í kafla 2.4 (heildsöluvöndun) eru einnig talsverðar líkur á að slíkt samstarf um stofnnet teygi sig einnig inn í aðgangnetin (heimtaugar og bitastraumur). Geti slík þróun að mati FST haft verulegar og skaðlegar afleiðingar í för með sér fyrir samkeppni á heildsölumörkuðum fjarskipta hér á landi, og í versta falli stuðlað að einokun Mílu á stofnnetum og stórbættri stöðu þess félags í aðgangnetunum. Samtímagögn sýna fram á það [ ... ]<sup>23</sup>.

Skýringar samrunaaðila varðandi umrætt „Backbone Alliance“ eru ekki trúverðugar að mati FST. Áformin koma m.a. fram í bæði áreiðanleikakönnun Kearny fyrir Símann og

---

<sup>20</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>21</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>22</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>23</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

áreiðanleikakönnun Analysys Mason fyrir Ardian. Ekki eru þar settir fyrirvarar við þau. Ennfremur sýna önnur samtímagögn, m.a. [ ... ]<sup>24</sup>.

Bendir SE m.a. á framangreinda viljayfirlýsingu Símans, Sýnar og Nova, dags. 19. desember 2019, um viðræður um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainnviða. SE hefði brugðist við þessum hugmyndum með því að birta rit nr. 1/2020 þann 18. febrúar 2020, þar sem fjallað var um samkeppnishagsmuni í fjarskiptainnviðum með leiðbeiningum til fjarskiptafyrirtækja og stefnumótunaraðila. Þar kom m.a. fram að ljóst hafi verið að efni komandi viðræðna hafi verið lítt skilgreint og afar opið, auk þess sem ræða hafi átt hvers konar samstarf varðandi uppbyggingu fjarskiptainnviða (farneta og fastaneta). Þá virtist einnig geta fallið undir viðræðurnar „fram tíðarskipulag fjarskiptamarkaðarins“, sbr. upplýsingar um að til stæði að skoða stofnun eins fyrirtækis sem færi með rekstur allra fjarskiptainnviða hér á landi. Hafi þannig staðið til að ræða t.d. um þann hluta fjarskiptainnviða þar sem samkeppni ríkti og engin augljós markaðsbrestur væri fyrir hendi.

Í ofangreindum leiðbeiningum SE kemur m.a. fram að meginregla samkeppnisréttar sé að það skilaði samfélaginu mestum ábata þegar ákvarðanir um fjárfestingar séu teknar á samkeppnisgrundvelli af sjálfstæðum keppinautum. Sú aðferð stuðlaði m.a. að innviðasamkeppni. Ef samvinna keppinauta um innviðauppbyggingu uppfyllti ekki skilyrði samkeppnisréttar á EES-svæðinu gæti hún hins vegar haft þveröfug áhrif. Slík samvinna gæti dregið verulega úr samkeppnislegu aðhaldi sem aftur gæti dregið úr dreifingu fjarskiptaneta og hægt á innleiðingu nýrrar tækni. Þá var það mat SE að nær ómögulegt væri að viðræðurnar myndu ekki fela í sér könnun á möguleikum á því að samræma að einhverju leyti afstöðu fyrirtækjanna til þess að forsendur sköpuðust fyrir m.a. samrekstri eða samnýtingu fjarskiptainnviða þar sem eftir atvikum samkeppni ríkti í dag. Slíkt samstarf væri að öðru jöfnu ólöglegt, sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Slíkar milliliðalausar viðræður þriggja stærstu fjarskiptafyrirtækjanna gætu skapað hættu á alvarlegum samkeppnishindrunum, með hliðsjón af 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.

FST er sammála þessum áhyggjum SE og telur samkeppni mikilvægasta tækið til að stuðla að innviðauppbyggingu, sem svo leiðir af sér aukna þjónustusamkeppni, þar sem samkeppni verður við komið. Aðeins á markaðsbrestssvæðum eða í nánar afmörkuðum tilvikum komi samstarf um uppbyggingu innviða eða samnýting innviða til greina. Benda má á að SE hefur heimilað slíkt afmarkað samstarf, m.a. í tilviki Sýnar og Nova varðandi farnet, og samstarf við lagningu ljósleiðara á tilteknum svæðum milli Mílu og Ljósleiðarans annars vegar og Mílu og Tengis hins vegar. Þá má einnig geta þess að FST hefur í hyggju í tengslum við endurnýjun tíðniheimilda að leggja afmarkaða kvöð á farnetsfyrirtækin um samnýtingu og samstarf um að koma á slitlausri háhraða farnetsþjónustu á öllu stofnvegakerfinu, en telja verður það afleiðingu markaðsbrests að því markmiði hafi ekki verið náð á markaðsforsendum.

[ ... ]<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>25</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

FST er því sammála ofangreindum áhyggjum SE og í raun er ljóst að [ ... ]<sup>26</sup>.

[ ... ].<sup>27</sup>

## 2.8 Möguleg hagræðing

### 2.8.1 Úr umsagnarbeiðni SE og skýringar Ardian

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga skuli við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Beri samrunaaðila ábyrgð á því að sýna fram á að samruni sé neytendum til hagsbóta haldi þeir slíku fram og takist samrunaaðilum ekki að leggja fram fullnægjandi rök um slíkt beri SE engin skylda til þess að rannsaka þær fullyrðingar frekar.

Í máli SE komi fram að sérstök umfjöllun Ardian í samrunaskrá um hagræðingu sé engin og umfjöllun um hagkvæmni í tengslum við áhrif samrunans knöpp. Í gögnum málsins sé staðhæft að tilflutningur fjarskiptakerfa til Mílu og starfsemi hins sameinaða félags í kjölfarið, muni auka hagkvæmni í rekstri Mílu (og samstæðu Símans), sem og í gagnaflutningi hérlendis, bæði innanlands og til útlanda með samnýtingu keppinauta. Samrunaaðilar hafi aftur á móti ekki lagt fram gögn eða sýnt fram á hvaða hagræðing muni eiga sér stað og hvernig hún muni skila sér til neytenda. Að frummati SE hafi því ekki verið sýnt fram á með fullnægjandi hætti að möguleg hagræðing vegi upp líkleg skaðleg áhrif samrunans eða að ástæða sé til þess að taka tillit til hagræðingarraka við mat á áhrifum samrunans.

Ardian andmælir þessu í athugasemdum sínum, dags. 15. júlí sl. Ardian viðurkennir að umfjöllun í samrunaskrá sé ekki umfangsmikil, en ástæða þess sé sú að samrunaaðila telji að viðskiptin séu ekki samkeppnishamlandi. Hvað sem því liði hefði nú verið aflað greiningar frá Analysys Mason, þar sem gerð væri grein fyrir jákvæðum áhrifum viðskiptanna fyrir íslenskan fjarskiptamarkað. Þrátt fyrir að Míla starfi nú þegar sem sjálfstæður aðili, gæti flutningur á eignarhaldi frá Símanum til fullkomlega sjálfstæðs aðila hjálpað til við að bæta samkeppnisárangur á viðkomandi mörkuðum með nokkrum lykilkáttum:

1. Viðskiptin munu veita Mílu bættan aðgang að fjármagni sem styðji við aukna fjárfestingu í innlendum fjarskiptainnvíðum. Þetta endurspeglar í áætlunum Ardian um allt að 28 milljarða króna fjárfestingu til ársins 2030.
2. Gert er ráð fyrir að viðskiptin muni auka traust þriðju aðila til Mílu, sem gera aukna samkeppni á íslenskum fjarskiptainnvíðamarkaði mögulega og (ef eftirspurn eykst) skapar kostnaðarhagræði, sem getur aukið kostnaðarhagræði, sem geti svo aukið eftirspurn enn frekar og valdið jákvæðri hringrás (e. positive feedback cycle).

---

<sup>26</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

<sup>27</sup> Felld brott vegna trúnaðar..

3. Viðskiptin munu hvetja til samnýtingar innviða á íslenskum fjarskiptamarkaði sem geri það kleift að fyrirbyggjandi auðlindir séu nýttar á skilvirkari hátt og undirbyggja efnahagsleg rök fyrir frekari stækkun netkerfa eða bætt gæði eins og hraða.

Þá býst Ardian við að þessi áhrif muni leiða til nokkurra hugsanlegra hagstæðra áhrifa fyrir íslenskan fjarskiptamarkað, sbr. aukna útbreiðslu fasta- og farsímaneta, meiri gæði þjónustu, lægra verð fyrir sambærilega þjónustu og aukinnar notkunar fjarskipta og stafrænnar þróunar á Íslandi. Þessum hagsbótum yrði ekki náð með öðrum hætti, enda væri grundvöllur þeirra slit á eignatengslum milli Símans og Mílu.

### 2.8.2 Afstaða FST

FST er sammála því frummati SE að samrunaaðilar hafi ekki sýnt fram á með fullnægjandi hætti að möguleg hagræðing vegi upp líkleg skaðleg áhrif samrunans eða að ástæða sé til þess að taka tillit til hagræðingarraka við mat á áhrifum samrunans.

Um er að ræða samkeppnismarkaði, þar sem samkeppni hefur verið að aukast stig af stigi í um tvo áratugi. Míla er þó enn í mjög sterkri stöðu á öllum helstu heildsölumörkuðum fjarskipta og staða félagsins mun án efa styrkjast fari samruninn í gegn. Hefur staða félagsins þegar styrkst verulega með flutningi áður nefnda eigna frá Símanum til Mílu í ársbyrjun 2021, eins og fjallað hefur verið um hér að framan. Þá hefur að framan verið færð sannfærandi rök fyrir því að samhæfð hegðun sé líkleg í kjölfar samrunans, verði hann að veruleika að öllu óbreyttu. [...]<sup>28</sup>.

Ljóst er að gangi áform hins sameinaða félags eftir, m.a. um stórauðna hlutdeild á stofnlínumarkaði, og e.t.v. á aðgangsmarkaði líka, mun það að mati FST ekki leiða til aukinnar innviðasamkeppni, sem að mati FST er forsenda blómlegrar þjónustusamkeppni á smásölumarkaði. Virk samkeppni er almennt talin leiða til lægri verða, meiri hagkvæmni, meiri gæða, meira valfrelsi fyrir neytendur og aukinnar nýsköpunar. Mjög há markaðshlutdeild eða jafnvel einokun er talin leiða til hins gagnstæða.<sup>29</sup>

Þá mun Ljósleiðarinn fá tvo þræði á NATO strengnum um næstu áramót og því má, að öðru óbreyttu, búast við aukinni samkeppni á stofnlínum og í aðgangsnæmum á landsbyggðinni. Að mati FST er slík innviðasamkeppni mun líklegri til að leiða til jákvæðrar samkeppnisniðurstöðu og hraðari innviðauppbýggingar en samstarf og/eða mjög há markaðshlutdeild eða jafnvel einokunarstaða eins innviðafyrirtækis í fjarskiptum.

Að framangreindu virtu ná hin meintu jákvæðu áhrif samrunans, þ.á.m. aðskilið eignarhald Símans og Mílu, ekki að vega upp hin neikvæðu áhrif umrædds heildsölusamnings. Því þarf að mati FST að gera verulegar breytingar á honum.

---

<sup>28</sup> Fellt brott vegna trúnaðar.

<sup>29</sup> Sjá m.a. bls. 6 og 9-10 í Whish & Bailey, Competition Law, tenth edition, 2021.



## 2.9 Markaðsráðandi staða að myndast og styrkjast

### 2.9.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að það sé frummat SE að staða Mílu sé verulega sterk á mörkuðum málsins og samþjöppun mikil. Á mögulegum heildarmarkaði fyrir sértækan gagnaflutning, þ.e. allan gagnaflutning, heimtaugaleigu og bitastraum, er hlutdeildin [ ... ]<sup>30</sup> og yfir 50% á einstökum undirmörkuðum (fyrir utan aðstöðuleigu á óvirkum farsímainnviðum). Allir þessi markaðir einkennast af mikilli samþjöppun.

Þetta bendi að frummati SE til markaðsráðandi stöðu Mílu, a.m.k. á heildsölumörkuðum fyrir heimtaugaleigu, gagnaflutning um heimtaugar, lúkningarluta leigulína, stofnlínuhluta, IP-MPLS gagnaflutning (hvort sem litið er á IP netið sérstaklega eða sem hluta af stofnlínum) og virka farsímainnviði og senda. Eftir samrunann styrki Míla markaðsráðandi stöðu sína a.m.k. á markaði fyrir gagnaflutning um stofnlínur og þá einnig á mögulegum heildarmarkaði fyrir sértæka gagnaflutningsþjónustu, með tilflutningi fjarskiptaneta til Mílu með tilheyrandi tekjuvexti. Sterk staða Símans á smásölumörkuðum fyrir fjarskiptaþjónustu hafi einnig mikla þýðingu fyrir mat á samrunanum vegna þjónustusamnings Símans við Mílu.

### 2.9.2 Afstaða FST

FST er sammála ofangreindu frummati SE. Ljóst er að staða Mílu er verulega sterk á öllum helstu heildsölumörkuðum fjarskipta og augljóst er af samtímagögnum málsins að félagið stefnir á að stórauka hlutdeild sína á næstu árum. Að mati FST mun það ekki leiða til aukinnar innviðasamkeppni, né vera til góðs fyrir þjónustusamkeppni á smásölumörkuðum til lengri tíma litið.

Samrunaaðilar hafa gert athugasemdir við að SE hafi byggt útreikning á markaðshlutdeildartölum á tekjum en ekki fjölda tenginga þar sem því væri viðkomandi. Ennfremur skekkti það stöðuna að SE taki ekki tillit til innri veltu.

FST bendir á að SE miðar almennt við veltutölur en FST í markaðsgreiningum sínum fyrst og fremst við fjöldatölur. Símasamstæðan hefur oft gagnrýnt FST fyrir að byggja ekki á tekjutölum en nú gagnrýna samrunaaðila SE fyrir að byggja á slíku. Ekki er því samræmi við málflutningi Símasamstæðunnar að þessu leyti. FST telur að hvor aðferðin sem er gefi ágæta og nægilega skýra mynd af stöðu mála. Varðandi hlutdeild Símans í smásölu á internetþjónustu er ljóst að hún er hærri ef fjöldatölur væru lagðar til grundvallar. Því virðist sú aðferð sem SE beitir leiða til lægri hlutdeildar Símans á þeim markaði, svo dæmi sér tekið.

Í markaðsgreiningum sínum tekur FST mið af innri veltu, í samræmi við leiðbeiningar af vettvangi EES-samstarfsins um framkvæmd slíkra greininga. FST leggur ekki mat á hvað eðlilegt

---

<sup>30</sup> Felld brott vegna trúnaðar.

er fyrir SE að gera varðandi það í samrunamálum, þar sem önnur sjónarmið og leiðbeiningar geta átt við.

## 2.10 Tillögur Ardian að skilyrðum

### 2.10.1 Úr umsagnarbeiðni SE

Í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., kemur fram að í sjónarmiðum Ardian sé fjallað um heildsölusamning Mílu og Símans og andmæli fyrirtækið nánast öllum þeim atriðum sem að ofan hafi verið reifuð og nánari grein sé gerð fyrir í andmællaskjalinu. Þrátt fyrir það sé Ardian tilbúið að leggja til tilteknar breytingar á samningnum. Nánar tiltekið að tímalengd heildsölusamningsins verði stytta úr 20 árum í 17 ár og að fyrsta mögulega framlenging verði 8 ár í stað 5 og frekara framlengingartímabil verði til 5 ára. Þá leggi Ardian til nokkra frekari breytingar.

Óskar SE sérstaklega eftir sjónarmiðum hagaðila um þessar breytingartillögur og hvort þær séu nægjanlegar til að eyða þeim skaðlegu áhrifum sem SE hafi bent á að gætu orðið vegna samrunans. Einnig sé óskað sjónarmiða um það hvort hagaðilar telji að breytingarnar samræmist áður nefndum leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um mat á viðbótartakmörkunum í samrunamálum.

### 2.10.2 Afstaða FST

Að mati FST eru tillögur Ardian að breytingum á heildsölusamningnum og skilyrðum jákvæðar eins langt og þær ná. Sérstaklega að því er varðar ýmis ákvæði um samstarf milli Símans og Mílu, s.s. sameiginlegar nefndir, takmarkanir á samstarfi þegar kemur að þróun frekari farsíma- og fastlínuinnviða, útbreiðsluáætlanir, framkvæmd á gagnkvæmum úttektum. Ardian segist einnig reiðubúið til samtals um breytingar á verðtryggingarákvæðum samningsins, en engar tillögur komu fram um útfærsluna. Þá telur FST að tillagan um óháðan kunnáttumann sé til bóta.

Skilyrðin eins og þau liggja nú fyrir nægja hins vegar ekki að mati FST til að sníða af þau neikvæðu áhrif sem felast í framangreindum einkakaupum, „ensku ákvæði“, „all or nothing ákvæði“ og hættu af heildsöluvöndlum, eins og fjallað hefur verið um hér að framan. Eina sem Ardian býður upp á hér er að stytta gildistímann niður í 17 ár og ófullnægjandi skilyrði um aðgreiningu þjónustupáttá. Ljóst er að mati FST að gera þarf verulegar breytingar á heildsölusamningnum svo þessum neikvæðu áhrifum sé eytt eða a.m.k. dregið verulega úr þeim. Minnir FST á að það er almenna reglan í samkeppnisrétti að aðili í markaðsráðandi stöðu megi almennt ekki gera einkakaupasamninga. Samrunaaðilum hefur ekki tekist að rökstyðja með fullnægjandi hætti hvers vegna víkja ætti frá þeirri meginreglu í máli þessu. Þá hefur FST lýst því hér að framan að breytingartillögurnar séu ekki í samræmi við ofangreindar leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB.

Að lokum telur FST jafnræðiskvöðina, sem Ardian leggur til, ekki nægilega nema einkenni einkakaupasamnings séu afnumin eða takmörkuð verulega. Annars væri hætt á að bundin hlutdeild Mílu myndi hækka enn frekar.

### III. Lokaorð

FST er í meginatriðum sammála frummati SE, dags. 1. júlí 2022, sem og umfjöllun og ályktunum sem fram koma í umsagnarbeiðni SE, dags. 21. júlí sl., að því er aðferðafræði og fyrirhugaðar niðurstöður varðar í samrunamáli þessu, þ.e. að kaup Ardian á Mílu hafi, að öllu öðru óbreyttu, í för með sér skaðleg áhrif og verulega röskun á samkeppni á fjarskiptamörkuðum hér á landi, ekki hvað síst vegna framangreinds alhliða langtíma heildsölusamnings Mílu og Símans sem ber merki einkakaupasamnings.

Þá telur FST að athugasemdir Ardian og Símans séu ekki þess eðlis að þær kalli á grundvallarbreytingar á frummati SE, a.m.k. ekki hvað helstu atriði varðar, né á niðurstöðunni.

Helstu neikvæðu þættirnir fyrir samkeppni felast í því að fyrirbyggjandi heildsölusamningur milli Símans og Mílu telst í raun langtíma einkakaupasamningur sem aðilum í markaðsráðandi stöðu er ekki heimilt að gera. Svokallað „enskt ákvæði“ og svokallað „all or nothing“ ákvæði gera umræddan einkakaupasamnings svo enn skaðlegri fyrir samkeppni á heildsölumarkaði, þar sem mikil styrking á markaðstöðu Mílu, sem þegar er í sterkri stöðu á helstu heildsölumörkuðum fjarskipta, svo ekki sé talað um einokun þess fyrirtækis á tilteknum heildsölumörkuðum, myndi hafa skaðleg áhrif. Slík einkakaup, með áðurgreindum ákvæðum, geta svo hæglega dregið úr samkeppni á smásölumarkaði þegar til lengri tíma er litið og þannig verið neytendum til tjóns.

Komi til greina að samþykkja samrunann með skilyrðum sem fela í sér einhvers konar einkakaupaeinkenni geta svo gert jafnræðiskvöð skaðlega fyrir samkeppni á umræddum heildsölumörkuðum, þar sem bundin hlutdeild Mílu gæti þá aukist enn frekar, en hún yrði þegar mikil með tryggð viðskipti við Símann til langs tíma.

Samkeppnisbönn og ákvæði um verðtryggingu heildsöluverða til Símans og annarra fjarskiptafyrirtækja geta einnig haft slík skaðleg áhrif í för með sér.

Þá er FST sammála SE um að samruninn styrki markaðsráðandi stöðu Mílu sem gæti aukið hættu á samkeppnishamlandi samhæfðri hegðun keppinauta á samkeppnismarkaði, sem hæglega gæti verið skaðleg samkeppni á umræddum heildsölumörkuðum og á smásölumörkuðum þegar til lengri tíma er litið.

Ennfremur er FST sammála SE um að sú mögulega hagræðing og neytendaábatí sem samrunaaðilar halda fram að felist í samrunanum, vegi ekki upp líkleg skaðleg áhrif samrunans sem SE hefur greint.

Þá telur FST framkomnar tillögur Ardian að breytingum á heildsölusamningnum og að skilyrðum gangi ekki nægilega langt til að leysa þau samkeppnislegu vandamál sem ella stafa af samrunanum né að vernda samkeppni með fullnægjandi hætti á afar mikilvægum mörkuðum.

Virðingarfyllst,  
f.h. Fjarskiptastofu

---

Björn Geirsson

---

Óskar Hafliði Ragnarsson

---

Birgir Óli Einarsson