

Samkeppniseftirlitið
b.t. Páls Gunnars Pálssonar forstjóra
Borgartún 26
125 Reykjavík

Reykjavík, 15. júlí 2022

Efni: Sjóarmið Símans hf. vegna andmælskjals Samkeppniseftirlitsins dags. 1. júlí 2022 varðandi sölu á öllu hlutafé í Mílu ehf. til Ardian

1 Inngangur

1. Umbjóðandi okkar, Síminn hf. (hér eftir „Síminn“ eða „umbjóðandi okkar“), hefur falið LOGOS lögmannsþjónustu að koma á framfæri sjóarmiðum Símans vegna andmælskjals Samkeppniseftirlitsins, dags. 1. júlí 2022, vegna sölu til Ardian á öllu hlutafé í Mílu ehf. (hér eftir „andmælskjalið“, Míla ehf. hér eftir nefnd „Míla“). Í andmælskjalinu kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að samruninn raski samkeppni og tilefni sé til að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með síðari breytingum (hér eftir „samkeppnislög“). Með andmælskjalinu er aðilum máls gefinn kostur á að nýta andmælarétt sinn, auk þess að setja fram nánari skýringar á því sem fram kemur í andmælskjalinu.
2. Frá því að andmælskjalið var sent hefur Síminn átt fund með Samkeppniseftirlitinu þar sem samruninn og helstu efnisatriði andmælskjalsins hafa verið til umræðu. Í erindi þessu verður sérstaklega vikið að þeim atriðum sem til umræðu komu á fundi forsvarsmanna Símans með fulltrúum Samkeppniseftirlitsins þann 7. júlí sl. Verður leitast við að koma á framfæri helstu skýringum, athugasemdum og röksemdum Símans vegna þess sem þar var sérstaklega rætt varðandi efni andmælskjalsins, en rétt er að geta þess að ekki er um tæmandi talningu sjóarmiða að ræða vegna þess skamma tíma sem gefist hefur til að vinna að athugasemdum. Verði tilefni til mun Síminn senda frekari sjóarmið sín á síðari stigum samrunamálsins.
3. Í stuttu máli setur Síminn í erindi þessu fram helstu skýringar og röksemdir varðandi þau ætluðu samkeppnislegu vandkvæði sem Samkeppniseftirlitið tilgreinir í andmælskjalinu, með þeim fyrirvara sem að framan greinir að frekari sjóarmið kunna að verða sett fram síðar verði tilefni til. Samandregið eru sjóarmið Símans sem hér segir:
 - a. Síminn gerir fjölmargar athugasemdir við mat á væntanlegum heildsölusamningi samrunaaðila, sbr. lið 3 í erindi þessu. Þannig telur Síminn að samkeppnisaðstæður verði ekki verri eftir samruna en fyrir, heldur þvert á móti. Þá er í andmælskjali ekki að finna fullnægjandi rök fyrir því að samningurinn feli í sér einkakaup en auk þess séu samkeppnishömlur réttlætanagerar. Svokallað „enskt ákvæði“ samningsins er ekki slíkt ákvæði í samkeppnisréttarlegum skilningi, þar sem ekki er gert ráð fyrir því að upplýsingar verði gefnar um það hver gefur umrætt tilboð eða hvernig

verðlagningu þess er háttað. [...]¹, auk þess sem ákvæðið gildir aðeins um hluta þeirrar þjónustu sem veitt yrði á grundvelli samningsins. Er frummat eftirlitsins í andmælaskjalinu á ætluðum samkeppnishömlum samningsins því ekki á rökum reist.

- b. Síminn telur umfjöllun í andmælaskjali um ætlað samstarf fjarskiptafyrirtækjanna þriggja byggja á misskilningi þar sem þrjú meginatriði sem Samkeppniseftirlitið leggur út af vega hvað þýngst, sbr. lið 4 í athugasemdum þessum. Fyrir það fyrsta var aðeins undirrituð viljayfirlýsing fyrir meira en tveimur og hálfu ári um mögulegt samstarf varðandi uppbyggingu fjarskiptainnið. Í annan stað er á það að benda að það sem fram kemur í skýrslum og greiningum ráðgjafa Símans eru þeirra útlistanir og greiningar en ekki eitthvað sem kemur frá Símanum eða Ardian. Af framangreindu leiðir að ályktanir sem Samkeppniseftirlitið dregur af ætluðu samstarfi eiga sér ekki stöð og jafnvel þótt samið yrði um slíkt samstarf þá er til þess að líta að umrædd fyrirtæki yrðu eftir sem áður bundin af ákvæðum samkeppnislaga varðandi samstarfið eða samvinnu. Loks í þriðja lagi er allt samstarfið óháð samruna máls þessa. Eina afleiðing samruna máls þessa sem þýðingu hefur er að Míla hverfur úr eignarhaldi aðila á smásölumarkaði, sem eykur líkurnar á því að aðrir smásöluaðilar hafi áhuga á viðskiptum við félagið. Skaðakenning andmælaskjals ætti því við um eignarhald allra annarra aðila á Mílu en Símans, sem vart getur staðist. Kjarni málsins er sá að með því eignarhaldi þriðja aðila sem leiðir af samruna máls þessa er einmitt ólíklegra að þörf sé á samstarfi samkeppnisaðila á fjarskiptamarkaði í ætt við það sem hugmynd var um í viljayfirlýsingunni. Míla getur þá einfaldlega boðið öllum smásöluaðilum fjarskiptapjónustu líkt og Ljósleiðarinn eða aðrir heildsöluaðilar. Felast í því óumdeilanleg jákvæð áhrif á samkeppni í formi annars vegar meiri innviðasamkeppni og hins vegar að dregið sé úr líkum á samstarfi smásöluaðila.
- c. Síminn telur umfjöllun andmælaskjals um sölu tiltekinna kerfa frá Símanum til Mílu í lok árs 2020 til marks um að frekari skýringa aðila hafi verið þörf. Eru þær af hálfu Símans settar fram í lið 5 í athugasemdum þessum. Í hnotskurn er það svo að salan var óháð þeim tiltekna samruna sem mál þetta lýtur að og því ekki rétt að líta til hennar við mat á staðleysuáhrifum samrunans. Óháð því hefur salan jákvæð áhrif á samkeppni, einkum á heildsölumörkuðum fjarskipta, líkt og þar er nánar útlistað. Hvort sem litið er á sölu eignanna sem hluta samruna máls þessa eður ei, hefur samruninn þannig í hvorugu tilvikinu skaðleg áhrif á samkeppni.
- d. Kjarni málsins er sá að hvað sem framangreindu líður vega þau jákvæðu samkeppnislegu áhrif sem af samrunanum leiða mun þýngra en ætluð skaðleg áhrif. Þá er það mat Símans að það séu mun meiri líkur á því að jákvæðu áhrifin verði að veruleika.
4. Í andmælaskjalinu er lítið vikið að því undir hversu miklu eftirliti og ströngu regluverki Míla starfar. Þannig þarf Míla að lúta tilteknum kvöðum og eftirliti Fjarskiptastofu í starfsemi sinni, auk þess sem samkeppnislög gilda líkt og um önnur fyrirtæki hér á landi. Meðal þeirra kvaða sem hvíla á fyrirtækinu er jafnræðiskvöð á ákveðnum mörkuðum, en það tryggir að allir viðskiptavinir fyrirtækisins sitji við

¹ Trúnaðarmál.

sama borð hvað varðar þjónustuframboð, verð, skilmála og annað. Það lætur nærri að fá fyrirtæki hér á landi þurfi að sæta jafn miklu eftirliti og Míla. Síminn telur að horfa beri til þessa við mat á mögulegum áhrifum samrunans á samkeppni.

5. [...] ²
6. Þær upplýsingar sem Síminn óskar eftir að meðhöndlaðar verði sem trúnaðarupplýsingar, sbr. 17. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og 2. mgr. 16. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfirlitvalda nr. 880/2005, eru merktar með hornklofa [] og skáletraðar. Óskað er eftir því að með þessar upplýsingar verði farið sem trúnaðarmál enda er um viðkvæmar viðskiptaupplýsingar að ræða sem mikilvægt er að leynt fari.

2 Staðleysuaðstæður samruna máls þessa (e. counterfactual)

7. Í upphafi telur Síminn rétt að nefna að svonefnt mat á staðleysuaðstæðum (e. counterfactual) hefur nokkur áhrif á frummat Samkeppniseftirlitsins og þær ályktanir sem þar eru dregnar.
8. Eru þessi áhrif einkum tvenns konar. Annars vegar er lagt til grundvallar að líta beri á þær samkeppnisaðstæður sem fyrir voru á markaðnum áður en tiltekin kerfi voru seld frá Símanum til Mílu. Um það er fjallað í kafla 5 athugasemda þessara.
9. Hins vegar er lagt til grundvallar við mat á þeim samkeppnisaðstæðum sem verða á markaðnum í kjölfar samrunans, að óvissa ríki um hvort þau skilyrði sem hvíla á Símanum og Mílu á grundvelli ákvörðunar nr. 6/2015, verði áfram fyrir hendi. Því sé rétt að rannsaka áhrif samrunans og starfsemi hins sameinaða fyrirtækis án skilyrða sáttarinnar.
10. Að mati Símans á sú aðferðafræði sér ekki stoð.
11. Þannig er ljóst að þau skilyrði sem hvíla á félögunum munu gera það áfram þrátt fyrir samruna máls þessa, verði þau ekki felld niður með sérstakri stjórnsýsluákvörðun þess efnis. Er þetta skýrt í ákvörðuninni sjálfri, sbr. 2. mgr. 30. gr. hennar. Þá er það raunar óumdeilt af hálfu samrunaaðila, seljanda og Samkeppniseftirlitsins að svo sé.
12. Hvort afleiðing samruna máls þessa sé sú að kvaðir skv. ákvörðun nr. 6/2015 séu þarflausar, í heild eða hluta, er ekki til skoðunar í samrunamáli þessu. Slíkt kæmi eingöngu til skoðunar bærisk endurupptökubeiðni frá aðilum á grundvelli 26. gr. ákvörðunarinnar eða eftir atvikum á grundvelli 24. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.
13. Við mat á því hvort fella beri skilyrðin úr gildi, er Samkeppniseftirlitinu skylt, og eftir atvikum áfrýjunarnefnd og dómstólum, að meta hvort slíkar verulegar breytingar hafi orðið að réttlætt geta niðurfellingu skilyrðanna, í heild eða að hluta.
14. Ferlinu er þannig réttilega lýst í mgr. 214 í andmælaskjali, hvar segir:

„Samkeppniseftirlitið getur á þessu stigi enga afstöðu tekið til þess hvort fallist yrði á mögulega kröfu m.a. Mílu um niðurfellingu eða verulega breytingu á

² Trúnaðarmál.

skipulagssáttinni. Mun niðurstaða í slíku máli ráðast ekki síst af mati á því hvaða áhrif Samkeppniseftirlitið, og eftir atvikum áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólar, telur í raun leiða af breyttu eignarhaldi Mílu þegar sú breyting er virt í samhengi við þau tengsl og samskipti sem verða til langs tíma milli Símans og Mílu á grundvelli heildsölusamningsins."

15. Af þessu verður hins vegar ekki dregin sú ályktun, líkt og gert er í mgr. 215 andmælaskjals, að þar sem ekki sé útséð um afdrif skilyrðanna, sé óhjákvæmilegt að leggja mat á samruna máls þessa á þeim grunni að þau hverfi.
16. Þvert á móti verður af þessu dregin sú ályktun að óhætt sé af hálfu Samkeppniseftirlitsins að ganga út frá því við mat á áhrifum samruna máls þessa að skilyrðin haldi sér, enda er það óumdeilt. Þetta er óhætt vegna þess sem greinir í mgr. 214 andmælaskjals. Berist slík beiðni í framtíðinni getur Samkeppniseftirlitið við það tækifæri metið: „*hvaða áhrif Samkeppniseftirlitið, og eftir atvikum áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólar, telur í raun leiða af breyttu eignarhaldi Mílu þegar sú breyting er virt í samhengi við þau tengsl og samskipti sem verða til langs tíma milli Símans og Mílu á grundvelli heildsölusamningsins.*”
17. Þar sem slíkt mat mun ávallt eiga sér stað á þeim tíma, berist slík beiðni, ber ekki að framkvæma það við mat á áhrifum samruna máls þessa. Enda fæli það efnislega í sér að litið væri framhjá gildandi skilyrðum við efnislega matið á áhrifum samruna, þrátt fyrir að óumdeilt sé af hálfu allra aðila að þau raskist ekki við samrunann. Er veruleg hætt á því að slík forsenda leiði til rangrar efnislegrar niðurstöðu.
18. Af framangreindu leiðir að við mat á áhrifum samruna máls þessa ber að leggja til grundvallar að skilyrði ákvörðunar nr. 6/2015 hvíli áfram á Símanum og Mílu. Það væri eingöngu ef ætlunin er með niðurstöðu samrunamáls þessa að leysa samhliða þau atriði sem ákvörðunin laut að, sbr. mgr. 204 í andmælaskjali, að rétt væri að líta til þeirra staðleysuaðstæðna sem gert er í andmælaskjali.
19. Hvað sem því líður bendir Síminn á og áréttar að jafnvel þó lagt sé til grundvallar að skilyrði samkvæmt ákvörðun nr. 6/2015 hverfi við samrunann, ætti niðurstaða slíks efnislegs mats þrátt fyrir það að leiða til þeirrar niðurstöðu að samruninn raski ekki samkeppni, heldur hafi þvert á móti jákvæð áhrif á samkeppni.
20. Þannig byggir Síminn á því að af lestri andmælaskjals megi ráða að frekari upplýsingar þurfi frá félaginu um eðli og afleiðingu hins sameiginlega eignarhalds Símans og Mílu. Fara þær hér á eftir. Byggir Síminn á því að af þeim leiði ótvírætt að sú aðgerð að slíta í sundur hið sameiginlega eignarhald hafi til mikilla muna jákvæðari áhrif á samkeppni en sameiginlegt eignarhald undir núgildandi kvöðum.
21. Í ákvörðun nr. 6/2015 eru sannarlega lögð ítarleg og íþyngjandi skilyrði á Símann og Mílu. Miða þau einkum að því að tryggja jafnræði keppinauta Símans í viðskiptum við samstæðuna og ríkan aðskilnað heildsölustarfsemi annars vegar og smásölustarfsemi hins vegar. Skilyrðin breyta hins vegar ekki þeim fjárhagslega hvata sem óhjákvæmilega leiðir alltaf af þeirri staðreynd að Míla er að fullu í eigu Símans. Á meðan svo er hefur Síminn ávallt beina fjárhagslega hagsmuni af afkomu Mílu.

22. Í 3. mgr. 5. gr. ákvörðunar nr. 6/2015 er jafnframt kveðið á um að Símanum sé heimilt að vinna stefnumótun samstæðunnar þar sem tekið er mið af heildarhagsmunum hennar, þar með talið Mílu. Þó þannig að fari ekki í bága við 1. og 2. mgr. sömu greinar. Af þessu leiðir óhjákvæmilega að Síminn getur tekið tillit til fjárhagslegra hagsmuna Mílu í ákvarðanatöku sinni en það gildir hins vegar ekki í hina áttina, sbr. 1. mgr. 5. gr. ákvörðunar nr. 6/2015. Hið sama leiðir af skyldum framkvæmdastjóra og stjórnar Símans á grundvelli laga nr. 2/1995 um hlutafélög.
23. Í 6. mgr. 5. gr. ákvörðunarinnar er enn fremur kveðið á um heimild félaganna til samnýtingar ýmissar stoðþjónustu. Í 7. mgr. sömu greinar er kveðið á um aðgang tiltekinna starfsmanna Símans að gögnum Mílu í því skyni. Þá er í 6. gr. ákvörðunarinnar kveðið á um tilteknar heimildir til hagræðingar í formi samþættingar verkefna félaganna.
24. Af framangreindu leiðir að þrátt fyrir þau skilyrði sem hvílt hafa á félögunum á grundvelli ákvörðunar nr. 6/2015, hefur rekstur félaganna verið að hluta samofinn í samræmi við skilyrði ákvörðunarinnar. Þá hefur Síminn ávallt haft ríka fjárhagslega hagsmuni af afkomu Mílu.
25. Það er ekkert launungarmál að fjárhagsleg afkoma er ráðandi þáttur í starfsemi flestra ef ekki allra hlutafélaga. Þessir hagsmunir eru því óhjákvæmilega undirliggjandi í allri starfsemi og ákvarðanatöku fyrirtækja frá degi til dags. Kemur það fram með skýrum hætti í 7. mgr. 4. gr. ákvörðunar nr. 6/2015.
26. Með því að skera á þessa fjárhagslega hagsmuni verður því breyting á starfsemi fyrirtækjanna tveggja. Vegna tilgangs og eðlis hlutafélaga eru fjárhagslegir hagsmunir óhjákvæmilega ávallt sterkari taug en þjónustusamningur, sama hversu ítarlegur sem hann kann að vera.
27. Í kjölfar samrunamáls þessa verða því félögin tvö bæði út á við og inn á við, óháðari hvort öðru, óháð efni og inntaki fyrirliggjandi þjónustusamnings. Ekki síst hefur það þau áhrif út á við að efla traust samkeppnisaðila Símans til Mílu.
28. Vegið saman ber því að leggja til grundvallar að aðskilið eignarhald á Símanum og Mílu hafi jákvæðari samkeppnisleg áhrif en sameiginlegt eignarhald á grundvelli skilyrða ákvörðunar nr. 6/2015.
29. Síminn áréttar að ekki ber við staðleysumat samruna máls þessa að byggja á þeirri forsendu að skilyrði ákvörðunar nr. 6/2015 hverfi af fyrirtækjunum, enda þvert á móti óumdeilt að þau haldist þar til Samkeppniseftirlitið ákveður annað, að undangengnu sama efnislega mati. Jafnvel þó það yrði hins vegar gert, ætti niðurstaðan að vera sú að samruninn hafi jákvæð áhrif á samkeppni.
30. Þá telur Síminn það einnig hafa þýðingu að vegna sáttarinnar er eðlilegt eigendaaðhald á Mílu mun takmarkaðra en ef félagið væri í eigu aðila ótengdum Símanum. Er þannig áhrif og völd óháðra stjórnarmanna allt annars eðlis en fulltrúa eigenda. Með sölu Mílu til Ardian getur félagið mótað mun ákveðnari sýn á rekstur félagsins þar sem ábyrgð stjórnarmanna gagnvart hluthafa er mun nær því sem þekkist í eðlilegum rekstri. Að mati Símans mun Míla við þær kringumstæður vera líklegri til þess að taka virkari þátt í samkeppni með skýrari sýn á framtíðarrekstur félagsins til lengri tíma. Mun þannig eignarhald Ardian eitt og sér

hafa jákvæðari áhrif en ella, þar sem umboðsvandi sem kann að birtast þegar of mikil fjarlægð er á milli eiganda og stjórnarmanna verður ekki fyrir hendi í kjölfar samrunans.

31. Þess ber að geta að framangreint er sett fram án tillits til þess hvort rök eru fyrir því að fella úr gildi skilyrði ákvörðunar nr. 6/2015 gangi samruninn í gegn, en um það er ekki fjallað í samrunamáli þessu, í öllu falli á þessu stigi, sbr. mgr. 18 hér að framan.

3 Heildsölusamningur

3.1 Inngangur

32. Í andmælaskjali er sett fram það frummat Samkeppniseftirlitsins að drög að heildsölusamningi milli Símans og Mílu, sem skoða verði sem hluta efnislegs mats á áhrifum samrunans, stuðli að því að samruninn raski samkeppni. Að mati Símans bendir ýmislegt í umfjöllun frummatsins til þess að frekari skýringa samrunaaðila sé þörf. Fara þær hvað Símann áhrærir hér á eftir.
33. [...]
34. ...]³
35. Fjallað er um gildistíma samningsins í 5. gr. hans en þar er kveðið á um að samningurinn skuli gilda í 20 ár. Hefur Síminn fullan rétt til að draga sig úr samningssambandinu að því tímabili loknu í samræmi við ákvæði samningsins.
36. Síminn og Míla starfa á sitthvoru sölustiginu, þ.e. Míla starfar og selur þjónustu í heildsölu en Síminn starfar og selur þjónustu í smásölu. Er því um lóðréttan samning að ræða í skilningi samkeppnisréttar.
37. Skoða verður samninginn í ljósi 4. gr. hans þar sem kveðið er á um að Míla verði áfram aðalbirgir Símans. Telur Samkeppniseftirlitið því að um einkakaupsamning sé að ræða í skilningi samkeppnisréttar þar sem kaupandi er hvattur til þess að beina viðskiptum sínum aðallega að einum tilteknum seljanda.
38. Að frummati Samkeppniseftirlitsins er heildsölusamningurinn til þess fallinn að raska samkeppni með umtalsverðum hætti. Einkakaupaákvæði og „ensk ákvæði“ samningsins hafa að frummati eftirlitsins skaðleg útilokunaráhrif á öllum heildsölumörkuðum fjarskipta sem samningurinn varðar enda takmarka þau að frummati Samkeppniseftirlitsins aðgengi og samkeppni frá keppinautum Mílu með tilheyrandi skaðlegum áhrifum, og viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu félagsins. Telur eftirlitið jafnframt að bann við samkeppni og samstarfsákvæði samningsins gangi lengra en heimilt er og hafi þau áhrif að raska samkeppni með umtalsverðum hætti. Telur eftirlitið að í raun verði aðstæður eftir hinn fyrirhugaða samruna mun verri en aðstæður fyrir hann, sbr. mgr. 465 andmælaskjalsins. Þessu er Síminn ekki sammála eins og nánar verður gerð grein fyrir hér á eftir.
39. Áður en fjallað verður um einstaka efnispætti samningsins telur Síminn að það sé nauðsynlegt að útskýra núverandi viðskipti Símans og Mílu og þá hvata sem liggja

³ Trúnaðarmál.

fyrir þeim. Telur Síminn að nauðsynlegt sé að hafa hliðsjón af því til að meta hver áhrif samrunans verða.

40. Síminn beinir nú þegar stærstum hluta viðskipta sinna til Mílu, eins og Samkeppniseftirlitið er meðvitað um og hefur verið greint frá í bréfum, þótt Síminn eigi einnig í viðskiptum við aðra aðila á markaði. Félag sem starfar á undirmarkaði býr yfir hvata til að eiga viðskipti innan samstæðu, og er sá hvati fyrir hendi í dag. Með því að selja Mílu býr Síminn ekki yfir sama hvata til að stunda viðskipti við félagið. Síminn hefur hins vegar ríkan hvata af því að tryggja samkeppnishæfa þjónustu til lengri tíma í kjölfar sölunnar. Eina verkfæri Símans til þess, í kjölfar þess er eignatengslin rofna, er heildsölusamningurinn. Markmið Símans er því ekki eingöngu það að fá sem hæst söluverð fyrir Mílu á kostnað samkeppnishæfni Símans til framtíðar, heldur að tryggja að Míla veiti Símanum eins góða, stöðuga og trausta þjónusta og mögulegt er í kjölfar sölunnar.
 41. [...
 42. ...
 43. ...
 44. ...
 45. ...]⁴
 46. Ætla má að umfang viðskipta í kjölfar samrunans verði sambærilegt því sem það er í dag. Samkeppniseftirlitið tekur ekki tillit til þessa í andmælaskjali. Síminn getur því ekki fallist á það frummat Samkeppniseftirlitsins að samkeppnisaðstæður verði verri í kjölfar samrunans. Þvert á móti verður skorið að fullu á þá fjárhagslegu hvata sem felast í núverandi eignarhaldi. Er það mat Símans að þjónustusamningur líkt og sá sem hér liggur fyrir geti aldrei náð fram sambærilegum áhrifum og hinir óhjákvæmilegu fjárhagslegu hvatar sem felast í sameiginlegu eignarhaldi.
- 3.2 Einkakaupaákvæði og útilokunaráhrif
47. Það er frummat Samkeppniseftirlitsins að ákvæði heildsölusamningsins sem lúta að einkakaupum, þ.m.t. gildistími hans, séu til þess fallin að hamla samkeppni, viðhalda eða styrkja markaðsstöðu Mílu, og útiloka keppinauta Mílu.
 48. Einkakaupasamningar eru ekki taldir hafa það að markmiði að takmarka samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Er því nauðsynlegt að meta lagalegt og efnahagslegt samhengi slíkra samninga til þess að komast að niðurstöðu um það hvort slíkir samningar geti haft samkeppnishamlandi áhrif í för með sér. Hefur einkum verið litið til þess hvort slíkur samningur takmarki aðgengi keppinauta að markaði eða geri þeim erfiðara um vik að auka við markaðshlutdeild sína, og að slíkir erfiðleikar stafi fyrst og fremst af samningnum sem slíkum (en ekki t.d. markaðsaðstæðum). Er því ljóst að það þurfa að vera orsakatengsl á milli samkeppnishamlandi áhrifa og samningsins.⁵

⁴ Trúnaðarmál.

⁵ Sjá Richard Whish o.fl., *Competition Law* (10. útgáfa), bls. 673.

49. Fjallað er um einkakaupasamninga (e. single branding agreements) í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um lóðréttar samkeppnishömlur frá 10. maí 2022.⁶ Þar kemur m.a. fram að ef keppinautar geta átt í samkeppni um heildareftirspurn einstakra viðskiptavina eru einkakaupasamningar sem gerðir eru af einstökum heildsala að öllu jöfnu ólíklegir til að hamla samkeppni nema viðskiptavinir eigi erfitt með að færa viðskipti sín með tilliti til gildistíma og umfangs samningsins.⁷ Útilokunaráhrif birtast fyrst og fremst í lengri og umfangsmeiri samningum.
50. Fyrir það fyrsta er vert að hafa í huga að sú stefna hefur verið mörkuð hjá Símanum að einfalda reksturinn og greina skýrar milli þjónustu og kerfisrekstrar. Er það skýr stefna Símans í dag að félagið sé þjónustufyrirtæki á smásölumarkaði. Til þess að geta haldið smásölurekstri Símans áfram í breytttri mynd er nauðsynlegt að kaupa þjónustu af Mílu, sem hefur verið aðalbirgir félagsins og á mörgum sviðum einkabirgir, hingað til, enda félagið innan sömu samstæðu. Þannig er eðlilegt að Síminn fái aðgengi að þeirri fjarskiptaþjónustu sem Míla veitir og er það í raun forsenda þess að félagið starfi áfram í óbreyttri mynd sem smásali.
51. Ef ekki verður af samrunanum hefur Síminn sama eða jafnvel meiri hvata til að kaupa að minnsta kosti það sem kveðið er á um í heildsölusamningnum af Mílu. Án samrunans mun Síminn auk þess ekki hafa sömu hvata til að nýta þær undantekningar sem kveðið er á um í samningnum.
52. Þar að auki er það fullkomlega eðlilegt að fjárfestar, þá ekki síst sjóðir líkt og Ardian sem horfa til lengri tíma, geri arðsemiskröfu og reyni eftir fremsta megni að tryggja arðsemi fjárfestingar. Er samningurinn því forsenda hinna fyrirhuguðu viðskipta.
53. Fyrir samrunann er Símanum frjálst að stunda viðskipti við þá heildsala eða netrekendur sem félagið kys eins og áður segir. Míla er stærsti birgir Símans en fyrirtækið er samt sem áður samstarfsaðili og í viðskiptum við Ljósleiðarann um ljósleiðaratengingar og gagnaflutning um leigulínur. Röksemdir eftirlitsins eru á þá leið að einkakaupaákvæði samningsins stefni viðskiptum Símans, sem nú þegar hefur verið stofnað til, í hættu. Eftirlitið tekur þó ekki til skoðunar þá hvata sem eru fyrir samrunann, sbr. hér að framan. Umfang viðskipta breytist þannig lítið við samrunann.
54. Hvað varðar gildistímann er sérstaklega vert að hafa í huga að við mat á því hvort samningar brjóti gegn 10. gr. samkeppnislaga þarf að líta til þess hvað teljist eðlilegt á þeim markaði sem samningurinn tekur til, sbr. t.d. dóm dómstóls ESB frá 28. febrúar 1991 í máli nr. C-234/89:
- „If the duration is manifestly excessive in relation to the average duration of beer supply agreements generally entered into on the relevant market, the individual contract falls under the prohibition under Article 85(1).“*
55. Þrátt fyrir að leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar um lóðréttar samninga gefi til kynna að einkakaupasamningar sem hafa lengri gildistíma en fimm ár geti verið líklegir til þess að brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga, þarf að meta samninginn

⁶ https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-05/20220510_guidelines_vertical_restraints_art101_TFEU_.pdf

⁷ Sjá leiðbeiningareglur framkvæmdastjórnar ESB um lóðréttar samkeppnishömlur, mgr. 302.

með hliðsjón af öðrum samningum sem eru í gildi á sama markaði eða mörkuðum sem viðkomandi samningur tekur til.

56. Eftir því sem Síminn best veit er samningurinn í samræmi við eðlilega framkvæmd á fjarskiptamörkuðum, þ.m.t. hér á landi. Þannig má nefna í dæmaskyni að samningur Vodafone og Digital Bridge er til 20 ára.
57. Þá er gerð athugasemd við það að framlengingarákvæði samningsins sé tekið til sérstakrar umfjöllunar (með tilvísun til „20+5“ orðalags andmælskjal). Síminn hefur fullan rétt til þess að taka einhliða ákvörðun um að draga sig úr samningssambandinu að 20 ára gildistímanum liðnum og ætti því mat Samkeppniseftirlitsins því að miða við 20 ára gildistíma. [...] ⁸
58. Samkvæmt upplýsingum Símans er það markaðsvenja að samningar milli heildsala og smásala í fjarskiptum þegar um er að ræða sölu eigna, séu til langs tíma, þ.e. um 20 ár. Vísast um það til nánari upplýsinga sem Ardian hefur veitt Samkeppniseftirlitinu um slíka samninga. Þá þarf einnig að hafa í huga efnahagslegt samhengi tímalengdarinnar, þar sem óvíst er hvort hægt væri yfir höfuð að selja Mílu ef binditíminn yrði stuttur, en 5-10 ár í rekstri innviða sem kalla á miklar fjárfestingar er skammur tími. ⁹
59. Við undirbúning söluferlis og sölu Mílu var tekið mið af þeim kröfum sem fjárfestar hafa gert við kaup á innviðum á sviði fjarskipta undanfarin ár, hvað varðar tímalengd viðskipta. Hefur ekkert komið fram sem bendir til annars en að tímalengd í samningnum milli Mílu og Ardian hafi verið hófleg. [...] ¹⁰
60. Það er mat Símans að uppsetning samningsins sé ekki til þess fallin að hafa útilokandi áhrif á keppinauta Mílu. Fyrir það fyrsta þá verður ekki hjá því komist að benda á hið augljósa að Síminn notaði ekki kerfi Ljósleiðarans fyrr en í ágúst 2021. Engu að síður náði Ljósleiðarinn þeirri stöðu á sínu starfssvæði að vera með yfir 50% hlutdeild í árslok 2020, áður en Síminn byrjaði að nota kerfi Ljósleiðarans. Nú hefur Ljósleiðarinn fengið yfirráð yfir tveimur ljósleiðaraþráðum í stofnkerfi hringinn í kringum landið og virðist þannig vera með áform um að leggja ljósheimtaugar í þéttbýli utan núverandi starfssvæðis. Hafa ber einnig í huga að Ljósleiðarinn er í eigu opinbers aðila og þar af leiðandi starfar félagið ekki á sömu markaðslegu forsendum og einkafjárfestar. [...] ¹¹
61. Fyrirhugaður samningur Símans og Mílu mun þar af leiðandi ekki vera til þess fallinn að hafa áhrif á stöðu Ljósleiðarans. Það eru hverfandi líkur á því að samningur Símans og Mílu geti eða sé til þess fallin að útiloka samkeppni frá Ljósleiðaranum.
62. [...] ¹²
63. Heildsölusamningur Símans og Mílu leiðir til þess að Síminn hefur ríkari hvata og getu eftir samrunann en fyrir hann til þess að leggja á Mílu samkeppnislegan þrýsting til þess að tryggja framúrskarandi þjónustu. Það er mat Símans að

⁸ Trúnaðarmál.

⁹ Til samanburðar má benda að útboð tíðniheimilda miðar almennt við 20 ár til að tryggja fyrirsjáanleika, sbr. 2. mgr. 18. gr. nýrra fjarskiptalaga.

¹⁰ Trúnaðarmál.

¹¹ Trúnaðarmál.

¹² Trúnaðarmál.

heildsölusamningurinn veiti Símanum fullnægjandi tækifæri til þess að setja viðeigandi samkeppnislegan þrýsting á Mílu og ef Míla stendur ekki undir þeim kröfum þá hefur Síminn fullnægjandi úrræði til þess að tryggja stöðu félagsins.

64. [...] ¹³
65. Varðandi önnur fyrirtæki þá er vandséð hvernig yfirtaka Ardian á Mílu og heildsölusamningur Símans og Mílu eigi að auka líkurnar á því að Míla útiloki samkeppni frá öðrum keppinautum, samanborið við núverandi stöðu. Ákvörðun nr. 6/2015 hefur þann tilgang að tryggja aðgengi smásöluaðila að kerfum Mílu en ekki samkeppni milli Mílu og annarra á heildsölustigi.
66. Samningur Símans og Mílu á sviði internetgáttar (tenging um Farice) hefur engin áhrif á samkeppni þar sem Farice er sá aðili sem er eigandi og rekstraraðili útlandagáttarinnar og er hinn óhjákvæmilegi viðskiptaaðili. Míla getur þ.a.l. ekki útilokað nokkuð fyrirtæki frá markaðnum. Nova og Vodafone kaupa þjónustu beint af Farice og þannig vandséð að samningur Símans og Mílu á þessu sviði hafi nokkur áhrif á samkeppni.
67. Samningur Símans á sviði aðgangs að farsímadreifikerfi (RAN) hefur engin skaðleg áhrif og er ekki til þess fallin að útiloka samkeppni. Nova og Vodafone eiga sína eigin senda og bjóða ekki beinan aðgang að sendunum heldur er aðgangur félaganna aðeins í gegnum Nova annars vegar og Vodafone hins vegar. Síminn myndi ávallt nota senda sem Míla rekur og hefur Síminn engan hvata til þess að vera í viðskiptum við Nova eða Vodafone, nema í mjög afmörkuðum tilfellum á grundvelli samnýtingarsjónarmiða. Í ljósi þess að Síminn er ekki að nota farsímadreifikerfi Nova eða Vodafone og verulega takmarkaðar líkur eru á því að það muni gerast miðað við núverandi stöðu, hefur samningur Símans og Mílu engin útilokunaráhrif á farsímaþjónustu. Síminn bendir enn fremur á að það er ekki raunhæft að samningur Símans og Mílu á sviði farsímaþjónustu, sé til þess fallinn að hafa skaðleg áhrif á samkeppni, þegar litið er til þess að Nova og Vodafone eru með samrekstrarfélag og samtals með um 60-70% markaðshlutdeild. Var síðast í þessari viku tilkynnt um útvíkkun þess samstarfs til 5G tenginga sem sýnir svo ekki verður um villst, að félögin starfa alls óháð nokkurs konar fyrirkomulagi viðskipta Símans og Mílu. ¹⁴
68. Míla er aftur á móti ekki takmörkuð við að bjóða aðgang að farsímadreifikerfinu og þannig getur Míla mögulega aukið samkeppni á markaðnum enn frekar ef félagið er í eigu aðila sem ótengdur er Símanum.
69. Það er þannig mat Símans að það sé ekkert í samningnum milli Símans og Mílu, sem leiði til þess að líkurnar á því að Míla geti útilokað keppinauta sína aukist frá núverandi stöðu. Staðreyndin er hins vegar sú að Míla hefur hvorki fyrir né eftir samrunann getu til þess að útiloka samkeppni frá keppinautum sínum. Bendir Síminn á stöðu Tengis og stöðu Ljósleiðarans máli sínu til stuðnings.
70. Í dag hefur Síminn sömu hvata (og skyldu gagnvart hluthöfum sínum) að nýta kerfi Mílu með sem skilvirkustum hætti og er það gert að því marki sem það er raunhæft. Engin breyting til hins verra verður á þessu með heildsölusamningnum, heldur þvert

¹³ Trúnaðarmál.

¹⁴ Sjá: <https://www.vb.is/frettir/nova-og-syn-i-sameiginlega-5g-uppbyggingu/>

á móti. Er með honum bæði dregið úr hinum fjárhagslegu hvötum og kveðið á um tilteknar undantekningar sem Síminn getur nýtt sér við aðstæður a.m.k. sambærilegum þeim sem nýttar eru í dag og að öllum líkindum fleiri.

71. Breytingin á samkeppnislegum áhrifum vegna heildsölusamningsins er þar af leiðandi alltaf jákvæð, en í versta falli hlutlaus.

3.3 „Ensk ákvæði“

72. Það er frummat Samkeppniseftirlitsins að tiltekin ákvæði samningsins, nánar tiltekið gr. 4.4.3-4.4.5 og gr. 5.5, feli í sér svokölluð „ensk ákvæði“. Slík ákvæði séu í eðli sínu samkeppnishindrandi og stuðli að samhæfingu keppinauta.
73. „Enskt ákvæði“ í samkeppnisréttarlegum skilningi felur í sér að kaupandi sé skuldbundinn til þess að upplýsa seljanda um betri tilboð og að kaupandi megi eingöngu taka tilboðinu ef seljandi sé ekki tilbúinn að *jafna* tilboðið.¹⁵ Er talið að slík ákvæði séu sérstaklega viðkvæm þegar kaupandinn þarf að upplýsa um hvaða fyrirtæki gerði hagstæðara tilboðið.¹⁶ Má því álykta að þau samkeppnisvandkvæði sem stafa fyrst og fremst af slíkum ákvæðum séu þau að kaupandi sé að upplýsa seljanda um (i) það verð sem keppinautar félagsins eru að bjóða og (ii) hvaða fyrirtæki sé að bjóða viðskiptavinum félagsins betri tilboð.
74. Þau ákvæði sem Samkeppniseftirlitið telur að kunni að fela í sér „ensk ákvæði“ kveða hins vegar skýrlega á um að engar viðkvæmar upplýsingar skuli streyma á milli aðilanna. Síminn skal þannig einungis upplýsa Mílu um að betra tilboð hafi borist, án þess að tiltaka (i) hvað tilboðið hljóðar upp á og (ii) frá hverjum tilboðið stafar. Er því ákvæðið einungis útlistun á hefðbundnum viðskiptavenjum, um að kaupandi láti birgi sinn vita bjóðist honum betri verð annarsstaðar, með það fyrir augum að gefa viðkomandi birgi færi á að bjóða enn betur. Slík ákvæði eru til þess fallin að halda birgi á tánum og vega gegn hækkun á verði o.fl. sem Samkeppniseftirlitið hefur lýst yfir áhyggjum á, sbr. einkum umfjöllun um verðtryggingu heildsöluverðs.
75. Er því hafnað að ákvæðin feli í sér hefðbundin „ensk ákvæði“ eins og þeim er lýst í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar, heldur fremur útlistun á hefðbundnum viðskiptavenjum. Er sérstaklega tekið fram í umræddum ákvæðum að gæta skuli að upplýsingaskiptum, m.a. með hliðsjón af samkeppnisréttarsjónarmiðum („*in compliance with good practice for the protection of commercially and competitively sensitive information*“).
76. Síminn áréttar að það er eðlilegur hluti af samkeppni að leitast við að fá betri tilboð og beina fyrirtækjum í samkeppni í þann farveg að keppa sín á milli. Helsta leiðin sem er notuð í venjulegum viðskiptum er að láta gagnaðilann vita að það liggi fyrir betra tilboð sem leiðir til þess að viðkomandi þarf að bjóða betur. Kjarninn í ákvæðinu er að lýsa hefðbundnu ferli í eðlilegri samkeppni sem er að fá aðila, án þess að upplýsa um raunverulegt tilboð, til þess að bjóða betur. Þar sem Símanum

¹⁵ Sjá leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB frá 10. maí 2022 um lóðréttá samninga, mgr. 298.

¹⁶ Sjá einnig umræðuskjal framkvæmdastjórnar ESB frá desember 2005 um beitingu [þágildandi] 82. gr. TFEU um misnotkun sem felst í útilokun, mgr. 150: „*The foreclosure effect may be especially strong when the buyer has to reveal who makes the better offer, as this may discourage competitors to make competing offers [...]*“.

er ekki skylt að upplýsa um raunverulegt verð eða hver hafi boðið, er ekki um hefðbundið „English clause“ ákvæði að ræða.

3.4 Samkeppnisbönn og áhrif þeirra

77. Það er frummat Samkeppniseftirlitsins að tiltekin ákvæði í heildsölusamningum feli í reynd í sér samkeppnisbönn og séu til þess fallin að koma í veg fyrir beina samkeppni á milli Símans og Mílu. Síminn áréttar að Míla og Síminn eru ekki í samkeppni í dag og það eru hverfandi líkur fyrir því að félögin fari í samkeppni undir sameiginlegu eignarhaldi. Í ljósi þess að Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samrunaaðilar hafi tekið mið af stöðunni eins og ákvörðun nr. 6/2015 hefði aldrei verið tekin, tekur Síminn fram að umrædd ákvörðun markar ákveðin mörk um það hvar Síminn eigi að starfa og hvar ekki. Skilin sem koma fram í ákvörðun nr. 6/2015 endurspeglast í heildsölusamningum og eru til þess fallin að tryggja að það lóðrétt samband sem er í dag og hefur verið uppspretta fjölda deilumála rísi ekki á ný. Er þannig um að ræða tryggingu fyrir því að salan á Mílu þróist ekki yfir í það ástand sem Síminn er að reyna að stefna að með söluinni, þ.e. að slíta lóðréttu samþættingu og takmarka líkurnar á því að sambærilegt ástand verði til að nýju. Í ljósi þess hvernig ákvörðun nr. 6/2015 er orðuð, verður að telja í þessu tilfalli að samkeppnisbann milli Símans og Mílu sé réttlætanlegt og ekki til þess fallið að hafa skaðleg áhrif. Felst í raun ekki annað í ákvæðinu en að setja fyrirfram ákveðinn endapunktur í tíma á núverandi aðstæður.
78. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar um viðbótatakmarkanir kemur fram að réttlætanlegt sé að semja um samkeppnisbann með það fyrir augum að kaupandi fái verðmæti hins keypta að fullu.¹⁷ Skilyrði fyrir heimildinni er annars vegar að samkeppnisbannið sé í beinni tengingu við hið keypta og hins vegar að aðgerðirnar séu nauðsynlegar svo kaupin geti gengið í gegn á eðlilegum forsendum og raski ekki starfsemi.¹⁸
79. Að mati Símans er hið hlutlæga skilyrði um bein tengsl uppfyllt enda er samkeppnisbannið til þess fallið að tryggja verðmæti hins keypta og að eignatilfærslan raski ekki eiginlegri starfsemi félaganna, sem er að veita óraskaða fjarskiptapjónustu og fyrsta flokks fastlínu og farnets fjarskiptapjónustu til endanotenda í samræmi við lög nr. 81/2003 um fjarskipti.
80. Þar að auki er samkeppnisbann samningsins ekki frábrugðið þeirri stöðu sem er fyrir samrunann. Mætti í raun færa rök fyrir því að það gangi mun skemur enda ljóst að Síminn myndi ekki fara í samkeppni við Mílu og Míla ekki í samkeppni við Símann á meðan félögin eru innan sömu samstæðu. Er raunar Mílu óheimilt að starfa á smásölumörkuðum, sbr. 3. gr. skilyrða ákvörðunar nr. 6/2015. Er því ljóst að hin meintu skaðlegu áhrif sem hljótast af samkeppnisbanninu eru ekki afleiðing samrunans, heldur sameiginlegs eignarhalds. Heildsölusamningurinn mælir hins vegar fyrir um að samkeppnisbannið sé tímabundið, en ef eignarhaldið verður óbreytt er ljóst að það verður engin samkeppni á milli félaganna.
81. Það yrði veruleg röskun á starfsemi beggja félaga ef heildsölusamningurinn væri ekki til staðar og væri nær ógerlegt að láta samrunann ganga eftir án slíks

¹⁷ Richard Whish og David Bailey: *Competition Law*, 9 útgáfa, bls. 905

¹⁸ 11-12. mgr. leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um viðbótatakmarkanir.

samnings. Samningurinn tryggir að samruninn raski ekki starfsemi félagana í tiltekinn tíma.

82. Mikilvægt er að huga að sjónarmiðum um meðalhóf þegar samið er um viðbótartakmarkanir og valin sé sú leið sem raskar samkeppni hvað minnst. Síminn telur að samkeppnisbannið sé réttlætanlegt og sé til þess fallið að ná lögmætu markmiði sínu án þess að fara umfram það sem er sanngjarnt og nauðsynlegt, í samræmi við leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar. Byggir Síminn á því að tímalengd samkeppnisbanns þjónustusamningsins sé ekki óeðlileg m.t.t. afskriftartíma þeirra eigna Mílu sem verið er að selja.

83. [...] ¹⁹

3.5 [...]

84. ...

85.] ²⁰

86. [...]

87. ...

88. ...

89. ...

90. ...

91. ...

92. ...

93. ...

94. ...] ²¹

95. Síminn getur þess utan, burtséð frá framangreindum skýringum um efni heildsölusamningsins, ekki tekið undir þá rökleiðslu Samkeppniseftirlitsins að hækkun á verði Símans verði til þess að viðskiptavinir Símans verði af ábata sem ella hefði hlotist. Síminn telur að ef félagið þyrfti að hækka verð á einstaka vörum og þjónustu í miklu ósamræmi við keppinauta sína myndu viðskiptavinir félagsins færa sig til einhvers af keppinautum Símans, bæði Símanum og raunar Mílu til tjóns. Leiða því hagrænir hvatar til þess að ósjálfbærum hækkunum verður ekki velt út í verðlagið, til þess er það samkeppnislega aðhald sem Síminn býr við á öllum smásölumörkuðum of öflugt.

96. [...] ²²

¹⁹ Trúnaðarmál.

²⁰ Trúnaðarmál.

²¹ Trúnaðarmál.

²² Trúnaðarmál.

97. Telur Síminn að frummat Samkeppniseftirlitsins á þeim áhrifum sem verðtrygging heildsöluverðs kunni að hafa eigi ekki við rök að styðjast. Er það mat Símans að verðtryggingin komi ekki til með að hafa áhrif á stöðu fyrirtækja eða samkeppnisaðstæður að öðru leyti. Ákvæðið er frekar til þess fallið að takmarka að Míla geti einhliða hækkað verð umfram það sem eðlilegt þykir m.t.t. þróunar tækni og kostnaðar.

4 Ætluð áhrif viljayfirlýsingar fjarskiptafyrirtækja varðandi fjarskiptainnviði

4.1 Inngangur

98. Það er frummat Samkeppniseftirlitsins að Míla sé í markaðsráðandi stöðu á a.m.k. heildsölumarkaði fyrir heildstæða eða sértæka gagnaflutningsþjónustu, heildsölumörkuðum fyrir heimtaugaleigu, gagnaflutning um heimtaugar, lúkningarhluta leigulína, stofnlínuhluta, IP-MPLS gagnaflutningsnet og virka farsímmainnviði og senda og hugsanlega á frágiggjandi markaði fyrir gagnaflutning um útlandatengingar. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að 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. Þá verður Síminn að mati Samkeppniseftirlitsins bundinn Mílu sterkum böndum á grundvelli heildsölusamningsins og verður Síminn því í sterkri stöðu á mörkuðum fyrir smásölu fjarskiptaþjónustu að mati stofnunarinnar.
99. Jafnframt telur Samkeppniseftirlitið að samruninn hafi í för með sér skaðleg lárétt áhrif á samkeppni á markaði fyrir stofnlínur (þ.m.t. IP-MPLS kerfi), markaði fyrir rekstur á virkum innviðum fyrir farsímakerfi og fyrir útlandatengingar. Telur eftirlitið að samruninn hafi lárétt áhrif með þeim hætti að hið sameinaða fyrirtæki muni ráða yfir fjarskiptakerfum og sameinaðri heildsölustarfsemi sem Míla bjó ekki yfir áður, en á mörkuðum þar sem félagið starfaði fyrir með mögulegri styrkingu á markaðsráðandi stöðu og auknum líkum á samhæfingu (samstilltum áhrifum).
100. Samruninn mun hins vegar hvorki hafa skaðleg lárétt né lóðrétt áhrif, enda er kaupandi félagsins ekki starfandi á mörkuðum sem tengjast Mílu. Vísast um þetta til umfjöllunar í kafla 5 hér á eftir og [...]²³²⁴ Síminn áréttar að athugasemdir þessar eru afmarkaðar í samræmi við helstu atriði sem reifuð voru á fundi félagsins með Samkeppniseftirlitinu. Síminn mótmælir hins vegar sérstaklega og gerir verulegar athugasemdir við skilgreiningar markaða og mat á markaðsstyrk aðila.
101. Samkeppniseftirlitið telur einnig að framangreindur markaðsstyrkur og styrking á stöðu Mílu á samþjöppuðum heildsölumörkuðum fjarskipta þar sem fákeppni virðist ríkja, sé til marks um skaðleg einhliða lárétt áhrif samruna Ardian, Mílu og Símans að þessu leyti.
102. Er það frummat Samkeppniseftirlitsins að viðkomandi heildsölumarkaðir fjarskipta séu þess eðlis að mögulegt sé fyrir fyrirtæki að ná saman um samhæfðar aðgerðir og samruninn muni auðvelda það ferli. Frummat Samkeppniseftirlitsins er því að samruninn sé þess eðlis að hann gæti haft skaðleg áhrif á samkeppni á milli þeirra aðila sem eftir standa á markaðnum eftir samrunann, vegna aukinna möguleika á

²³ [...]

²⁴ Trúnaðarmál.

samhæfðum aðgerðum. Eru þeir auknu möguleikar samkvæmt andmælaskjali einkum taldir leiða af tvennu:

- a. Sölu kerfa frá Símanum til Mílu í lok árs 2020. Um þetta er fjallað í lið 5 athugasemda þessara;
 - b. Hugmynda og tillagna um svonefnt „Backbone Alliance.“ Um þetta verður nú fjallað.
103. Síminn hafnar alfarið þeirri niðurstöðu í frummati Samkeppniseftirlitsins að lárétt áhrif séu fyrir hendi á grundvelli hugmynda um svonefnt „Backbone Alliance“. Jafnframt hafnar Síminn staðhæfingum Samkeppniseftirlitsins um að ætlað samstarf hefði í för með sér samhæfða hegðun. Er það mat Símans að umfjöllun andmælaskjals um þetta atriði sé til marks um að frekari útskýringa þurfi við.
104. Verður hér að neðan gerð grein fyrir staðhæfingum Samkeppniseftirlitsins, andmælum við þær og á hvaða grundvelli þau andmæli byggja.

4.2 Viljayfirlýsingin

105. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kemur fram það frummat að mögulegt sé að samruninn geti leitt til samhæfðra áhrifa sem gætu mögulega leitt til verðhækkana eða skaðað samkeppni á annan hátt. Samruninn leiði til samþjöppunar á markaði eða mörkuðum eftir því hvaða skilgreiningar eru lagðar til grundvallar, svo sem nánar er lýst í frummatinu.
106. Samkeppniseftirlitið telur sig hafa undir höndum samtímagögn um mögulega samhæfingu og nefnir þar meðal annars framangreinda viljayfirlýsingu milli Símans, Sýnar og Nova um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskipta. Viljayfirlýsingin virðist vega þungt við matið á ætlaðri samhæfðri hegðun samrunaaðila. Eftirlitið heldur því fram að ráðgjafafyrirtækin Kearny, Lazard og Analysys hafi búið yfir upplýsingum sem gáfu þeim vissu fyrir því að verulega líklegt væri að svokallað „Backbone Alliance“ samstarf kæmi til framkvæmdar, annars hefði að öllum líkindum komið fram skýr fyrirvari um að svo væri ekki.
107. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er þannig rakið að fjarskiptafélögin Síminn, Sýn hf. og Nova hf. greindu þann 19. desember 2019 frá viljayfirlýsingu félaganna um viðræður um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainnviða, en daginn áður hafði Samkeppniseftirlitinu verið greint frá viðræðunum. Til viðbótar við það sem tilgreint er í andmælaskjalinu má benda á að í tilkynningunni frá 19. desember 2019 til Kauphallarinnar segir að markmið viðræðna aðila sé að *„kanna möguleika á því að vinna að hagkvæmri nýtingu farmleiðslupátta þjóðfélagsins, draga úr umhverfisraski og auka almannaoöryggi...“*. Þá kemur jafnframt fram í tilkynningunni að viljayfirlýsingin feli ekki í sér fjárhagslegar skuldbindingar fyrir fyrirtækin og hafi ekki áhrif á rekstur eða afkomu þeirra, og að viðræður hafi verið tilkynntar Samkeppniseftirlitinu og séu háðar samþykki þess ef þær leiða til samkomulags. Er þannig skýrt tiltekið að endanleg skuldbinding félaganna liggja ekki fyrir og hugmyndin sé ávallt háð jákvæðri afstöðu Samkeppniseftirlitsins.
108. Þykir Símanum vert að benda á að viljayfirlýsingar eru eðli málsins samkvæmt yfirlýsingar þar sem gefin eru til kynna ákveðin markmið eða áform um samninga síðar meir. Þær fela ekki í sér ótvíræðar skuldbindingar líkt og á við um loforð

almennt heldur oft á tíðum takmarkaðar skuldbindingar. Frá því yfirlýsing var undirrituð hefur enginn samningur verið gerður eða félögin undirgengist aðrar skuldbindingar hvað þetta varðar.

109. Samkvæmt framangreindu er staðan í dag hvað mögulega samnýtingu innviða fjarskiptafélaga á smásölumarkaði, því sú að engin hugmynd hefur raungerst á grundvelli viljayfirlýsingarinnar. Síminn bendir á að þótt rætt hafi verið við Nova og Sýn um samnýtingu í farsímainnviðum, þá var Samkeppniseftirlitið upplýst um þróun þeirra viðræðna sem fóru fram hjá Fjarskiptastofu. Á endanum leiddi það ekki til niðurstöðu, einkum þar sem Neyðarlínan hafði tekið alþjónustukvöð sem leiddi til þess að félagið setti upp afmarkað verkefni sem hefur, að því er Síminn best veit, verið kynnt fyrir Samkeppniseftirlitinu og einnig verið unnið í nánú samstarfi með Fjarskiptastofu. Er verkefninu ætlað að tryggja þjónustu á svæðum þar sem óumdeilt þykir að markaðslegar forsendur fyrir uppbyggingu hafi ekki verið fyrir hendi. Þá liggur skýrt fyrir, líkt og í öndverðu, að mögulegur framgangur er ávallt háður jákvæðri afstöðu Samkeppniseftirlitsins.

4.3 Greiningar ráðgjafa

110. Staðhæfing í andmælaskjali um ætlaða vitneskju ráðgjafafyrirtækjanna þriggja á ætluðu fyrirhuguðu samstarfi um innviði á ekki við rök að styðjast, enda engin staðfesting á að ráðgjafafyrirtækin viti að hugmynd um samstarf komi yfirleitt til framkvæmda. Sé svo vita þau þá meira en Síminn. Þannig eru greiningar og ályktanir ekki frá Símanum komnar, heldur greiningar sérfræðinga miðað við tilteknar gefnar forsendur sem ýmist eru til staðar eða ekki. Ekki er hægt að byggja á þessum ályktunum sem orðnum hlut, hvað þá að draga ályktanir um líklega eða mögulega hegðun á markaði því tengt.
111. Í hnotskurn lýsa kynningarnar einmitt ekki fyrirhuguðu mögulegu samstarfi, sbr. viljayfirlýsingu fjarskiptafélaganna þriggja dags. 19. desember 2019, heldur einfaldlega því að ætla megir að eignarhald á Mílu ótengt Símanum auki möguleika félagsins á auknum viðskiptum frá samkeppnisaðilum Símans. Verði viðskiptin að veruleika megir þannig ætla að dragi úr þeirri tregðu annarra fjarskiptafyrirtækja að eiga viðskipti við Mílu, þar sem þeir eru þá ekki lengur að eiga viðskipti við dótturfélag samkeppnisaðila síns.
112. Þessir auknu möguleikar, kynntir undir heitinu „Backbone Alliance“, (sem er rangnefni eða hið minnsta villandi hugtak, því engra samtaka eða samhæfðra aðgerða er að vænta, heldur einungis aukinnar samkeppni og mögulegar aukinnar hagræðingar) hafa tvímælalaust jákvæð áhrif á samkeppni í för með sér, einkum á heildsölumörkuðum fyrir fjarskiptaþjónustu. Þannig aukast valmöguleikar fjarskiptafyrirtækja í heildsöluviðskiptum, með tilheyrandi auknu samkeppnislegu aðhaldi fyrir stærsta aðilann á stærstu markaðssvæðunum, Ljósleiðarann. Nefna má eftirfarandi dæmi þessu til stuðnings.
113. Sýn hf. rekur eigið IP/MPLS kerfi sem samkvæmt opinberum gögnum er komið nokkuð til ára sinna. Ætla má að fyrr en síðar standi félagið frammi fyrir ákvörðun um endurnýjun þess. Þar sem félagið hefur engan áhuga á viðskiptum við dótturfélag samkeppnisaðila síns, eru kostir þess í dag tveir:
- a. Fjárfesta í nýju kerfi til eigin nota;

- b. Kaupa heildsöluþjónustu af Ljósleiðaranum
114. Ná samruninn fram að ganga mun kostum félagsins fjölga og samanstanda af því að:
- a. Fjárfesta í nýju kerfi til eigin nota;
- b. Kaupa heildsöluþjónustu af Ljósleiðaranum;
- c. Kaupa heildsöluþjónustu af Mílu.
115. Samruninn hefur þannig veruleg jákvæð áhrif á samkeppni á heildsölumörkuðum fjarskipta. Þannig mun samkeppni um viðskipti samkeppnisaðila Símans aukast, einmitt án þess að neitt samstarf í þá veru sem lýst var í viljayfirlýsingu dags. 19. desember 2019 ná fram að ganga, og þar að auki án þess að innbyrðis viðskipti milli samkeppnisaðila eða dótturfélaga þeirra þurfi að eiga sér stað. Þessu til samræmis hefur Sýn lýst því í umsögn sinni og opinberlega að samruninn sé hagfelldur samkeppni, sbr. t.d. ummæli forstjóra félagsins í viðtali við Markaðinn dags. 15. júní sl.²⁵
- „Við sjáum blessunarlega fyrir endann á áratuga deiluefni á fjarskiptamarkaði á Íslandi. Allt á þetta rætur sínar í því að grunnnetið skuli hafa fylgt með í kaupunum þegar gamli Landsíminn var einkavæddur. Síðan þá hafa langflestar kvartanir í þessum geira átt rót sína í því að ekki hafi verið skilið þarna á milli í upphafi. Þetta er því stórt skref í átt að aukinni og heilbrigðari samkeppni á þessum markaði.“*
116. Kjarni þeirra hugmynda sem kynntar voru undir því villandi nafni „Backbone Alliance“ er því einfaldlega aukin samkeppni á heildsölumörkuðum fjarskiptaþjónustu. Sala kerfanna frá Símanum til Mílu jók enn þau jákvæðu samkeppnislegu áhrif, enda hefði samruninn t.a.m. ella ekki þau áhrif sem lýst var í dæminu hér að framan. Eignarhald þriðja aðila á Mílu, ótengdum smásöluaðilum á markaði, gerir það einmitt að verkum að mjög dregur úr nauðsyn þess að samkeppnisaðilar eigi samskipti eða viðskipti sín á milli við uppbyggingu fjarskiptakerfa. Eru það einmitt ein helstu jákvæðu áhrif samrunans. Raunverulegum valkostum smásöluaðila fjölgar, þ.m.t. að kaupa hagkvæma þjónustu af aðila sem er undir eignarhaldi sem er til þess fallið að skapa meira traust og trúverðugleika.
117. Samkeppniseftirlitið vísar til áreiðanleikakönnunar sem unnin var af Kearny fyrir Símann, þar sem meðal annars er fjallað um mögulega aukningu í gagnaflutningi næstu ár og aukna ljósleiðaravæðingu á landsbyggðinni. Samkeppniseftirlitið telur að áreiðanleikakönnunin gefi ekki aðeins til kynna mögulegan vöxt Mílu vegna aukinnar eftirspurnar eftir gagnaflutningi, heldur einnig áætlanir um framtíðarsamstarf fjarskiptafélaga fyrir gagnaflutning um stofnlínur og mögulega útlandasambönd milli Mílu, Sýnar, Nova og Símans.
118. Bendir Samkeppniseftirlitið á að í áreiðanleikakönnuninni megi sjá hvað felst í „Backbone Alliance“ bandalaginu eða samstarfi, en með því er lagt upp með að Míla muni selja fjarskiptafélögum heildstæða gagnaflutningsþjónustu um stofn- og leigulínur, með innleiðingu gagnaflutnings um útlandasambönd. Er það frummat

²⁵ Sjá <https://www.frettabladid.is/markadurinn/segir-soluna-a-milu-stortiindi-fyrir-neytendur/>.

Samkeppniseftirlitsins að fyrir samrunann hafi Síminn verið stærsti viðskiptavinur Mílu og telur eftirlitið að Míla áætli að stórauka gagnaflutning innanlands, sér í lagi vegna farsímaneta og vegna stofnlína og útlandasambanda, með hin sameinuðu fjarskiptakerfi. Áætlað Míla að gagnaflutningur innanlands vegna stofnnetts aukist um [...] ²⁶, og að sá vöxtur verði aðallega drifinn af ætluðu samstarfi. Þá er verulegur vöxtur í gagnaflutningi til útlanda einnig áætlaður, aðallega vegna stofnlínu og internetgáttar og helsta ástæða þess sögð vera hið væntanlega samstarf fjarskiptafélaga og stórauðinn hlutur annarra fjarskiptafélaga í gagnaflutningi Mílu næstu árin af þeim sökum.

119. Telur Samkeppniseftirlitið að ætlað samstarf Mílu meðal annars við Sýn og Nova muni minnka fjárfestingar þriðja aðila fyrir gagnaflutning innanlands um stofn- og leigulínur. Með þróaðasta og útbreiddasta stofnnetið sé Míla leiðandi markaðsaðili á heildsölumarkaði fyrir stofnlínur og Síminn sé mikilvæg uppspretta viðskipta fyrir Mílu en að auki sé raunverulegt tækifæri til þess að stórauka tekjur með samstarfinu við Sýn og Nova. Þá telur eftirlitið að auknar líkur á samhæfingu keppinauta í kjölfar samrunans, m.a. með hinu áætlaða samstarfi, fái einnig stoð í samtímagögnum málsins og fjölmiðlaumfjöllun um markaðshegðun og hugsanlegar breytingar á starfsemi keppinauta og sérstaklega hvað varðar Sýn.
120. Síminn telur að ályktanir í frummati Samkeppniseftirlitsins byggist á ákveðnum misskilningi hvað þetta varðar. Þannig er ekkert sem liggur fyrir um að jafnvel þótt ætlað samstarf yrði að veruleika, sem ekkert liggur fyrir um eins og áður segir, feli það á einhvern hátt í sér auknar líkur á samhæfingu keppinauta í kjölfarið. Þvert á móti hefur salan á Mílu þau áhrif að fyrirtækið verður sjálfstætt heildsölufyrirtæki á fjarskiptamarkaði og munu öll fjarskiptafyrirtæki, bæði Síminn og önnur fyrirtæki, sitja við sama borð og geta nýtt sér þjónustu Mílu, öll á sömu forsendum. Er það í grundvallaratriðum frábrugðið því sem lagt var til grundvallar í viljayfirlýsingunni, sem var milli þriggja smásöluaðila á fjarskiptamarkaði. Afleiðing eignarhalds þriðja aðila á Mílu er einmitt sú að slíkt samstarf er óþarft. Míla getur einfaldlega boðið öllum smásöluaðilum sína þjónustu, líkt og Ljósleiðarinn eða aðrir heildsöluaðilar. Felast í þessu óumdeilanleg jákvæð áhrif á samkeppni. Annars vegar í formi aukinnar samkeppni á heildsölumörkuðum og hins vegar minni nauðsyn á samskiptum samkeppnisaðila á smásölumörkuðum.
121. "Backbone Alliance" kynningin lýsir því engu samstarfi samkeppnisaðila, heldur einfaldlega metnaðarfullum mögulegum framtíðarplönunum um aukin viðskipti Mílu á heildsölumarkaði, þ.e. aukna samkeppni. Þá er einnig ljóst að innviðir og þjónusta verða ekki lengur á sömu hendi, en Samkeppniseftirlitið hefur sjálft gagnrýnt sameiginlegt eignarhald á báðum þessum þáttum. ²⁷

4.4 Sterk staða Ljósleiðarans

122. Í þessu sambandi er vert að benda á að eitt af umræddum þremur fjarskiptafyrirtækjum annars vegar, þ.e. Nova, og Ljósleiðarinn hins vegar, hafa gert með sér samning um nýtingu ljósleiðara á landsvísu, án þess að Samkeppniseftirlitið hafi tekið það sérstaklega til skoðunar svo vitað sé. ²⁸ Í

²⁶ Trúnaðarmál.

²⁷ <https://www.frettabladid.is/markadurinn/akvordun-ske-muni-faela-erlenda-fjarfesta-fra-landinu/>

²⁸ <https://www.mbl.is/frettitr/taekni/2022/07/08/hrada-uppbyggingu-fjarskipta-a-landsbyggdinni/>

tilkynningu frá 8. júlí sl. segir að með framangreindu samstarfi gefist Nova enn frekari kostur á að styrkja fjarskiptasambönd landsmanna og hraða uppbyggingu 5G á landsbyggðinni. Þá hafi 65 sendar verið settir upp í öllum landshlutum og áætlað er að þeir verði orðnir 200 árið 2024. Í tilkynningunni er haft eftir framkvæmdastjóra Ljósleiðarans að samstarfið styrki félagið „enn frekar í því markmiði að byggja upp öflugan landshring öllum landsmönnum til hagsbóta“. Við mat á áhrifum samruna máls þessa þarf að taka tillit til framangreinds samstarfs og þeirra áhrifa sem það kann að hafa.

123. Varðandi styrk Ljósleiðarans er jafnframt á það að benda að nýverið var tilkynnt um að Ljósleiðarinn og utanríkisráðuneytið hefðu samið um afnot af tveimur af átta ljósleiðarabráðum í svonefndum NATÓ streng. Í tilkynningu Ljósleiðarans í tilefni af samningsgerðinni segir að Ljósleiðarinn verði nú betur í stakk búinn að þjóna viðskiptavinum sínum sem eru m.a. fjarskiptafyrirtæki. Jafnframt er tilgreint að nú gefist ný tækifæri við tengingar á svæðum þar sem þjónusta Ljósleiðarans hefur fram til þessa ekki staðið til boða. Orðrétt segir: „*Erling Freyr segir Ljósleiðarann jafnframt vinna að uppbyggingu á nýjum landshring enda sé þörf á fleiri þráðum og viðfeðmara kerfi en núverandi NATO-strengur býr yfir til að tryggja framþróun og öryggi í fjarskiptum. Uppbygging Ljósleiðarans á nýjum landshring mun gera landið betur í stakk búið fyrir síauknar kröfur framtíðarinnar. Það mun auka samkeppni á fjarskiptamarkaði, styðja við þéttingu farsímadreifikerfa, m.a. við þjóðveginn, uppfærslu í 5G og mæta þörfum neytenda um aukna bandbreidd og stöðugleika í gagnaflutningum. Ljósleiðarinn leggur áherslu á að sem flestir hagsmunaaðilar komi að uppbyggingunni með hagkvæmnisjónarmið í huga.*“²⁹ Í andmælaskjali er stuttlega vikið að þessum samningi en áhrifa hans á samkeppni í engu getið. Felur það í sér verulegan annmarka á rannsókn málsins. Hvetur Síminn Samkeppniseftirlitið til að taka tillit til þeirra áhrifa sem samningurinn mun hafa á fjarskiptamarkaði, sem og mikill styrkur Ljósleiðarans sem keppinautar Mílu.

4.5 Jákvæð áhrif samrunans

124. Með eignarhaldi þriðja aðila á heildsölufyrirtæki í innviðarekstri má ætla að með því geti Míla frekar aðstoðað fjarskiptafyrirtæki við að færa út kvíarnar. Væri þannig hægt að auka gagnaflutning innanlands verulega á næstu árum. Með slíkum viðskiptum væri hægt að lækka heildar fjárfestingarþörf á íslenskum fjarskiptamarkaði, að ná fram kostnaðarhagkvæmni og auknum þjónustugæðum. Míla á og rekur stofnnet og er markaðsaðili á heildsölumarkaði. Með eignarhaldi þriðja aðila á Mílu yrði því mögulegt að auka umferð (e. traffic) gríðarlega auk þess að veita betri heildsölupjónustu. Allt þetta mundi skila sér í betri þjónustu og gæðum fyrir neytendur sem og tengingu með enn betra úthaldi.
125. Þá hefur Samkeppniseftirlitið ekki fært nein haldbær rök fyrir því hvernig samruninn muni gera viðkomandi fyrirtækjum auðveldara fyrir að samhæfa hegðun sína. Að mati Símans er einmitt hið gangstæða líklegra, þ.e. að samruninn muni leiða til þess að samhæfð hegðun sé ólíklegri eða erfiðari. Fjarskiptafyrirtækin og Míla eru rétt eins og önnur fyrirtæki hérlandis bundin af ákvæðum samkeppnislaga. Ber þeim þannig að meta hvort samstarf sem þau hyggjast fara í samræmist ákvæðum

²⁹ <https://www.ljosleidarinn.is/frettir/ljosleidarinn-leigir-tvo-thraedi-i-nato-strengnum>.

samkeppnislaga, auk þess sem þeim ber einnig að fylgja öðrum ákvæðum þeirra laga eins og við á, s.s. um tilkynningarskyldu samruna.

126. Er það einnig mat Samkeppniseftirlitsins að markaðsstyrkur Mílu sé þegar svo mikill á öllum helstu heildsölumörkuðum fjarskipta og verði því áætlaður vöxtur að eiga sér stað á samkeppnisréttarlegum og rekstrarlegum grundvelli. Líkt og greinir í samrunaskrá hefur Fjarskiptastofa lagt margs konar kvaðir á Mílu vegna umtalsverðs markaðsstyrks fyrirtækisins, í kjölfar markaðsgreininga og á grundvelli fjarskiptalaga nr. 81/2003, s.s. kvöð um jafnræði sbr. ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 8/2014 og nr. 21/2015. Samkvæmt þessu er það Fjarskiptastofa sem hefur eftirlit með Mílu á mörkuðum þar sem kvaðir hafa verið lagðar á Mílu, s.s. fyrir lúkningarhluta leigulína og hins vegar fyrir stofnlínuhluta leigulína í heildsölu. Þá er fyrirtækið Míla bundið af samkeppnislögum líkt og önnur fyrirtæki, eins og áður segir. Liggur því ekkert fyrir um annað en að áætlanir um aukinn vöxt séu reistar á samkeppnisréttarlegum og rekstrarlegum grunni.
127. Samrunar geta leitt af sér hagræðingu. Ef samruni skilar mikilli hagræðingu, eða tæknilegum framförum, getur það vegið upp á móti hugsanlegum samkeppnishindrandi áhrifum samrunans. Kemur þá til skoðunar hvort hagræðingin sé veruleg og til hagsbóta fyrir neytendur, hvort hagræðingin sé bein afleiðing samrunans og ógerleg án hans og hvort unnt sé að staðreyna samrunann með gögnum.³⁰ Með vísan til framangreinds er ljóst að yrðu auknir möguleikar annarra smásöluaðila til viðskipta við Mílu að veruleika, sem ekkert liggur fyrir um, hefði það í för með sér mikla hagræðingu, sem skilar sér til neytenda og verður hagræðingin að teljast bein afleiðing samrunans. Í öllu falli eru engin efni til að tiltaka ætlað samstarf fjarskiptafyrirtækja um fjarskiptainnviði sem möguleg neikvæð áhrif samrunans. Þvert á móti dregur hann að líkindum á nauðsyn slíks samstarfs, þar sem Míla undir eignarhaldi þriðja aðila getur í kjölfar hans boðið fjarskiptafyrirtækjum á smásölumörkuðum aukna þjónustu, í samkeppni við Ljósleiðarann og aðra heildsöluaðila, án samstarfs smásöluaðila.

4.6 Ætluð samstillt áhrif

128. Niðurstaða frummats Samkeppniseftirlitsins er að samstillt áhrif séu líkleg verði samstarfið að veruleika. Þá telur eftirlitið að samruninn muni auka getu fyrirtækja til þess að ná saman um samhæfðar aðgerðir á öðrum heildsölumörkuðum. Vísar eftirlitið í kjölfarið til nokkurra atriða sem eru talin til marks um að líklegt sé að aðilar á markaðnum muni grípa til samhæfðra aðgerða og tilgreinir þar sérstaklega aðgangstakmarkanir. Í áðurnefndri samrunaskrá kemur einnig fram að Fjarskiptastofa hefur lagt kvöð um aðgang á Mílu vegna markaðsstyrks fyrirtækisins. Við mat á því hvort samruni hefur í för með sér samstillt áhrif er iðulega þrennt sem kemur til skoðunar. Í fyrsta lagi hvort viðkomandi fyrirtæki geti fylgst með háttsemi hvors annars á áreiðanlegan hátt til að tryggja að hin fyrirtækin haldi sig við hina samhæfðu stefnu. Ekkert bendir til þess að slíkt sé upp í þessu máli. Í öðru lagi þarf raunverulegur möguleiki að vera á refsí- eða hefndaraðgerðum sé vikið frá samstillingu. Ekki eru nein gögn sem gefa það til kynna. Í þriðja lagi skiptir máli hvort samrunaaðilar standi frammi fyrir samkeppnislegu aðhaldi, en ekkert bendir til annars en að svo sé á þeim mörkuðum sem hér er fjallað um. Vísast

³⁰ Wish R og Bailey D, *Competition Law* (9. útgáfa, Oxford University Press 2018) 897-898.

hér einnig til greiningar í fylgiskjali 1, hverrar niðurstaða er sú að samruninn sé fremur til þess fallinn að draga úr getu og hvata til samhæfðra aðgerða.

129. Hugmyndir ráðgjafanna um möguleg aukin heildsöluviðskipti Mílu við önnur fjarskiptafélög á smásöllumarkaði samhliða því að skorið sé á eignatengsl Mílu og Símans, ættu með sama hætti við um sölu Mílu til allra annarra þriðju aðila. Sé aðferðafræði andmælaskjals lögð til grundvallar, leiðir af henni að eignarhald hvaða þriðja aðila sem er á Mílu, auki getu og hvata til samhæfingar. Af því leiðir óhjákvæmilega að frummatið bendi til þess að eignarhald þriðja aðila á Mílu sé skaðlegra samkeppni en eignarhald Símans á félaginu.
130. Slík aðferðafræði getur hins vegar ekki staðist, enda verið að skera á lóðrétt eignatengsl sem Samkeppniseftirlitið hefur til áratuga talið skaðleg samkeppni. Þvert á móti hefur samruninn verulega jákvæð áhrif á samkeppni, líkt og rakið er í sjónarmiðum þessum.

5 Sala rekstrareininga og eigna frá Símanum til Mílu

5.1 Almenn

131. Í andmælaskjali er sala tiltekinna rekstrareininga og eigna frá Símanum til Mílu undir lok árs 2020 gerð að umtalsefni. Er það frummat Samkeppniseftirlitsins að:

„Umræddar breytingar á starfsemi Símans og Mílu hinn 1. janúar 2021 voru því að frummati Samkeppniseftirlitsins í slíkum tengslum við samruna málsins og söluna til Ardian, að ekki sé rétt að miða við ríkjandi samkeppnisaðstæður á degi samrunatilkynningar við mat á áhrifum samrunans. Eins og Samkeppniseftirlitinu er heimilt er þess í stað réttara að frummati eftirlitsins, að miða samkeppnisaðstæður í fjarveru samrunans við þær aðstæður sem ríktu áður en umrædd fjarskiptakerfi og stærstur hluti heildsölu Símans færðist yfir til Mílu áramótin 2020/2021, eða í hið minnsta taka fullt tillit til framangreindra breytinga í samrunamatinu eftir því sem við á.“

132. Afleiðing þessarar forsendu fyrir hið efnislega mat á áhrifum samruna er einkum tvenns konar að frummati Samkeppniseftirlitsins. Annars vegar auki það lóðrétt áhrif samrunans, þar sem Míla muni „staðsetja sig í nýjum þrepum virðiskeðju í framleiðslu fjarskiptaþjónustu til gagnaflutnings um bæði farnet og fastlínu.“ Hins vegar leiðir þessi forsenda til þess að samruninn hefur að frummati Samkeppniseftirlitsins lárétt áhrif, þar sem Míla muni í kjölfar samrunans ráða yfir fjarskiptakerfum sem áður voru hjá heildsölu Símans.
133. Að mati Símans bera þessar ályktanir þess merki að þörf sé á frekari útskýringum. Hvað Símann varðar fara þær hér á eftir.

5.2 Um sölu eignanna

134. Líkt og rakið var í andmælaskjali gerði Síminn Samkeppniseftirlitinu ítarlega grein fyrir sölu eignanna í aðdraganda sölnunnar. Þannig var gerð grein fyrir henni í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins dags. 23. september 2020, en í því fólst að Farsímadreifikerfi (RAN), MPLS gagnaflutningskerfi (MPLS) og internetgátt (IP) voru seld frá Símanum til Mílu. Áformað var að PSTN kerfið myndi færast til Mílu en hætt

var við þau áform. PSTN kerfið er í lokunarferli og er stefnan að verkefninu ljúki í árslok 2023.

135. Ástæður fyrir eignatilfærslunni voru raktar í bréfinu. Þannig hefur sú stefna verið mörkuð hjá Símanum að einfalda reksturinn og greina skýrar milli þjónustu og kerfisrekstrar. Er það skýr stefna Símans í dag að félagið sé þjónustufyrirtæki á smásölumarkaði.
136. Líkt og fram kemur í þeim fundargerðum og áætlunum sem raktar eru í andmælaskjali var það jafnframt tilgangur viðskiptanna að auka aðskilnað milli Símans og Mílu. Þannig stæði Síminn eftir með minni efnahag og aukinn fókus á smásölupjónustu, og Míla sem stærra og heildstætt félag um rekstur fjarskiptakerfa á heildsölustigi.
137. Afleiðing þessa aukna aðskilnaðar varð sú að Míla varð fýsilegri sjálfstæð rekstrareining, enda eftir breytinguna með alla heildsölupjónustu á hendi sem fjarskiptafélög kynnu að vilja kaupa aðgang að. Án þessara kerfa, og án þess aðgangs að kerfunum hjá Símanum sem Míla hafði haft, stæði félagið t.a.m. höllum fæti gagnvart sínum stærsta samkeppnisaðila, Ljósleiðaranum, sem býður fjarskiptafyrirtækjum upp á aðgang að slíkum kerfum.
138. Þar sem Míla hafði nýtt IP-MPLS kerfi Símans, á grundvelli sátta félaganna við Samkeppniseftirlitið sbr. hér á eftir, var þannig Míla með sölnunni gert óháðara Símanum í rekstri sínum. Var það enda eitt markmiða sölnunar, líkt og rakið var í minnisblaði því sem fylgdi bréfi Símans dags. 23. september 2020, að Míla myndi höfða betur til fleiri þjónustuaðila en Símans eftir breytinguna. Félagið yrði heildstæðara fyrirtæki í heildsölu á fjarskiptapjónustu en fyrr, sem stæði Símanum enn fjær en áður.
139. Varð félagið væntanlega við þetta fýsilegra fjárfestingatækifæri fyrir mögulega kaupendur, líkt og rakið er að hluta í þeim kynningum og fundargerðum sem reifaðar eru í andmælaskjali. Kom það raunar fram í niðurlagi minnisblaðs þess sem fylgdi bréfi Símans dags. 23. september 2020 og hefur því ekki verið sérstakt launungarmál, að í kjölfar þessara breytinga væri eignabreytingar á Mílu frekar mögulegar, enda verið að gera félagið óháðara Símanum:

„Með því að breyta reglustýringu á samstæðunni nú við þessa breytingu gerir Samkeppniseftirlitið kleift að stækkað netfélag í heildsölu (stærri Míla) auki fjarlægð frá minnkuðu þjónustufélaga í smásölu (minni Síminn). Um leið verður meiri möguleiki að eignabreytingar fylgi síðar.“ (leturbr. hér).
140. Sala kerfanna er hins vegar ekki með nokkrum hætti háð þeim samruna sem hér er til umfjöllunar. Salan standur óháð afdrifum hans, hvort sem Míla verður seld öðrum aðilum eða verði áfram í eigu Símans, komi samruni máls þessa af einhverjum ástæðum ekki til framkvæmda. Standa þannig markmið sölnunar óháð samrunanum, að Síminn sé þjónustufyrirtæki á smásölumarkaði og Míla heildstætt félag um rekstur fjarskiptakerfa á heildsölustigi, óháð Símanum.
141. Síminn vekur sérstaka athygli á því að ekkert í þeim kynningum og fundargerðum sem raktar eru í andmælaskjali bendir til þess að sala eignanna til Mílu sé á einhvern hátt háð þessum tiltekna samruna. Þá er heldur ekkert þar að lútandi nefnt í

kaupsamningi eða tengdum skjölum. Salan gerir hins vegar eigendabreytingar mögulegri og raunhæfari og stendur hún því óháð samruna þessa máls.

142. Vill Síminn hér benda á að þrátt fyrir að ekki sé launungarmál að því hafði verið velt upp að Míla yrði seld á þeim tíma sem ákveðið var að flytja umrædd fjarskiptakerfi frá Símanum til Mílu, hafði endanleg ákvörðun um það ekki verið tekin, líkt og öll þau gögn er vísað er til í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins bera með sér. Fór yfirfærsla kerfanna til Mílu þannig fram alveg óháð því hvort af sölu Mílu yrði síðar meir.
143. Forstjóri Símans hafði fyrst samband við Samkeppniseftirlitið þann 24. apríl 2020 og boðaði þar grundvallarbreytingar á vöruframboði og verkaskiptingu Símans sem væru í farvatninu. Yrði öll heildsala á aðgangi að fjarskiptakerfum þá komin í hendur Mílu. Var þar vísað til þess að nýtt fyrirkomulag í þessum efnum *gæti aukið líkur á aðkomu nýrra aðila að eignarhaldi Mílu*. Samskonar yfirlýsingar eru undirstrikaðar í frekari samskiptum milli Símans og Samkeppniseftirlitsins og úr kynningum fyrir stjórnarfundum Símans, þ.e. yfirlýsingar Símans um að framangreindar breytingar á vöruframboði og verkaskiptingu Símans og Mílu gætu leitt til eignabreytinga á Mílu *í framtíðinni* og að *ef kæmi til breytts eignarhalds á Mílu á næstu árum* yrði félagið eftir breytinguna stærra og álitlegra kauptækifæri.
144. Í fundargerð og kynningu fyrir stjórn Símans vegna stjórnarfundar þann 25. ágúst 2020, sem eru ítarlega raktar í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, er farið yfir tilfærslu verkefna og næstu skref. Var þar m.a. rífað upp fyrir stjórn hvaða þjónustupættir væru að flytjast milli Símans og Mílu. Þá var þar farið yfir kosti í stöðunni með stækkaða Mílu, og taldir upp fjórir kostir sem kæmu til greina í þeim efnum, þ.e. að (1) Síminn eigi Mílu áfram 100% og samstæðan verði áfram fjármögnuð sem ein heild, (2) Síminn eigi Mílu áfram 100% en að Míla verði fjármögnuð sérstaklega, (3) Míla verði „spunnin út“ til núverandi hluthafa (annað hvort sem skráð félag eða óskráð) eða (4) Míla verði seld út úr samstæðu Símans til ytri aðila. Er síðar í kynningunni tekið fram að helsti galli þess valkosta að Míla verði seld úr samstæðu Símans til ytri aðila væri sá að mistekist gæti að finna kaupendur.
145. Er augljóst að þarna hafði ekki verið tekin ákvörðun um að Míla yrði seld, né var vissa fyrir hendi að slíkar fyrirætlanir tækjust ef af þeim yrði, en hins vegar hafði endanleg ákvörðun um flutning fjarskiptakerfanna til Mílu verið tekin. Er í fundargerðinni m.a. vísað til þess að ljóst væri að „*reglustýring og eftirlitsaðilar hafa mikinn hug á að koma á meiri fjarlægð milli Símans og Mílu, helst hreinum eignaaðskilnaði. Það að stækka Mílu og minnka Símann, eins og nú er verið að gera, og auka á sjálfstæði Mílu sem netrekstrarfélags í heildsölu fyrir allan markaðinn, mun væntanlega gleðja eftirlitsaðila og minnka reglubyrði á Símanum.*“
146. Voru fjarskiptakerfin svo endanlega flutt til Mílu frá Símanum þann 1. janúar 2021. Þann 28. apríl 2021 hafði forstjóri Símans svo samband við Samkeppniseftirlitið á nýjan leik, rúmu ári eftir að hann hafði tilkynnt eftirlitinu um áætlaðan flutning fjarskiptakerfa frá Símanum til Mílu, þá til þess að vekja athygli stofnunarinnar á ráðningu félagsins á fjármálaráðgjöfum til að kanna framtíðareignarhald Mílu.
147. Söluviðræður hófust í framhaldinu og fór Síminn síðar í einkaviðræður við Ardian. Var kaupsamningur um allt hlutafé Símans í Mílu undirritaður þann 23. október

2021. Á þeim tíma sem söluviðræður hófust og þegar kaupsamningur var undirritaður voru margir mánuðir liðnir frá því að ákvörðun var tekin um flutning fjarskiptakerfanna frá Símanum til Mílu og síðan gengið var endanlega frá sölu þeirra.

148. Var sala fjarskiptakerfanna þannig í samræmi við framangreint ekki á nokkurn hátt háð þeim samruna sem hér er til umfjöllunar og stendur hún jafnframt óháð afdrifum hans, hvort sem Míla verður seld öðrum aðilum eða verður áfram í eigu Símans. Er það þannig ekki rétt sem fram kemur í frummati Samkeppniseftirlitsins að lykilástæða og megintilgangur þess að Síminn réðst í umfangsmikla vinnu við undirbúning og yfirfærslu fjarskiptakerfa- og reksturs til Mílu hafi verið breytingar á eignarhaldi Mílu, þ.e. til að greiða götu söluferlisins, og að án tillits til sölu Mílu hefði Síminn ekki selt umræddar eignir og tilheyrandi rekstur til Mílu.
 149. Þá er það heldur ekki rétt sem fram kemur í andmælaskjali að Síminn hafi tryggt að yfirfærsla fjarskiptakerfanna geti gengið til baka fari svo að samruninn við Ardian verði ekki samþykktur. Engir slíkir fyrirvarar voru gerðir í tengslum við yfirfærslu kerfanna frá Símanum til Mílu á sínum tíma. Er eingöngu um það að ræða að slíkt sé mögulegt ef Míla veitir ekki þjónustuna, en það ákvæði fellur úr gildi við sölu félagsins.
- 5.3 Skilyrði þess að taka megillit til eignatilfærslu í aðdraganda samruna ekki uppfyllt
150. Meginreglan við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna er sú að miða beri við ríkjandi samkeppnisaðstæður á degi samrunatilkynningar og er það aðeins í sérstökum tilvikum sem Samkeppniseftirlitinu er heimilt að taka tillit til annarra þátta.³¹ Í mgr. 175. í andmælaskjali kemur þó fram að samkeppnisyfirlit hafi litið fram hjá háttsemi samrunaaðila og tilteknum athöfnum þeirra í aðdraganda samrunatilkynningar við mat á skaðlegum áhrifum samruna, „*ef slíkar athafnir aðila koma til vegna væntanlegs samruna og eru í nægilegum tengslum við hann.*“
 151. Líkt og ítarlega var rakið hér að framan átti sala kerfanna sér stað óháð hinum tiltekna samruna máls þessa. Um það eru samtímagögn skýr. Framangreind skilyrði þess að litið verði fram hjá háttsemi samrunaaðila og tilteknum athöfnum þeirra í aðdraganda samrunatilkynningar við mat á skaðlegum áhrifum samruna eru því ekki uppfyllt, enda umræddar athafnir hvorki tilkomnar vegna væntanlegs samruna né í nægilegum tengslum við hann. Þar sem meginreglan er sú að miða beri við ríkjandi samkeppnisaðstæður á degi samrunatilkynningar og Samkeppniseftirlitinu er aðeins í sérstökum tilvikum heimilt að taka tillit til annarra þátta, telur Síminn ljóst að slíkt er ekki unnt hvað varðar umræddan samruna enda skilyrði til slíks ekki uppfyllt.
 152. Fær framangreind afstaða skýra stoð í ákvörðun framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins í máli COMP/M.5830 Olympian Aegian I, sem vísað er til í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Þar höfðu samrunaaðilar, sem voru flugfélög, hætt starfsemi á tilteknum flugleiðum í aðdraganda samruna þar sem félögin höfðu áður verið í samkeppni. Hins vegar kom á daginn að ákvarðanir um að hætta starfsemi á umræddum flugleiðum höfðu verið teknar til skoðunar áður en viðræður

³¹ Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2019.

samrunaaðila hófust. Var því ekki talið að ákvarðanirnar væru tilkomnar vegna samrunans (*e. transaction specific*).

153. Er það sama uppi á teningnum hér, þ.e. ákvörðun um sölu fjarskiptakerfanna var tekin áður en viðræður samrunaaðila hófust, og raunar einnig áður en ákveðið var að Míla yrði seld. Í andmælaskjalinu virðist hins vegar gert ráð fyrir því að verði ekki af samrunanum verði Síminn áfram eigandi IP-MPLS kerfis, Internetgáttar og RAN farsímadreifikerfis. Það er í samræmi við framangreint ekki rétt, enda sala umræddra kerfa ekki háð sölu Mílu á nokkurn hátt.
154. Samkeppnisskilyrði í fjarveru samrunans væri því ekki, til samræmis við framangreint, þau að heildsala Símans væri „enn keppinautur á heildsölumörkuðum; þ.e. eigandi IP-MPLS kerfis, Internetgáttar og RAN farsímadreifikerfis, auk tilheyrandi reksturs“, líkt og lagt er til grundvallar í andmælaskjali. Ef ekki verður af samrunanum hafa kerfin engu að síður verið seld til Mílu, enda sala þeirra ekki ákveðin í tengslum við þann samruna sem hér um ræðir og engir fyrirvarar gerðir við sölu þeirra þess efnis að ef ekki takist að selja Mílu muni sala kerfanna ganga til baka. Samkeppnisskilyrði verða því hin sömu á markaði umræddra kerfa hvort sem af samrunanum verður eða ekki, þó þannig að í fjarveru samrunans verður Síminn, helsti keppinautur viðskiptavina Mílu, áfram eigandi félagsins.
155. Að mati Símans ætti til samræmis við framangreint og þá meginreglu sem gildir í samkeppnisrétti, að miða mat á samrunanum við þann tíma sem tilkynning barst eftirlitinu, enda engin ástæða til annars. Burtséð frá þessu er þó ljóst að Síminn og Míla eru ekki og hafa aldrei verið samkeppnisaðilar á þeim markaði sem um ræðir, þ.e. á heildsölumörkuðum á sviði fjarskipta, líkt og ráða virðist mega af frummati Samkeppniseftirlitsins. Verkaskiptingin milli Mílu og Símans hefur verið skýr frá töku ákvörðunar nr. 6/2013 og skörun ekki slík að félögin teljist til keppinauta á sama markaði. Tilfærsla umræddra kerfa auk Internetgáttarinnar hefur því aðeins í för með sér skýrari aðskilnað áður samnýtttra innviða en ekki samþjöppun milli keppinauta líkt og rakið verður nánar síðar í kaflanum. Myndi það því, að mati Símans, í raun litlu breyta við hvor samkeppnisskilyrðin yrði miðað.

5.4 Um notkun eignanna og starfsemi Símans og Mílu

5.4.1 Almennt um stöðu Mílu og Símans

156. Af frummati Samkeppniseftirlitsins verður ekki annað ráðið en að lagt sé til grundvallar að Síminn og Míla hafi veitt hvort öðru samkeppnislegt aðhald á heildsölumarkaði fyrir þau kerfi sem eignasalan tók til. Eingöngu þannig er t.a.m. unnt að leggja til grundvallar að salan hafi lárétt áhrif í för með sér. Hér virðist því frekari skýringa þörf á starfsemi félaganna og eðli rekstrar þessara kerfa.
157. Míla og Síminn eru hvorki né hafa nokkru sinni verið samkeppnisaðilar á heildsölumörkuðum á sviði fjarskipta. Tilfærsla IP/MPLS- og RAN-kerfanna auk Internetgáttarinnar hafði því aðeins í för með sér skýrari aðskilnað áður samnýtttra innviða innan samstæðu en ekki samþjöppun milli keppinauta.
158. Í fyrsta lagi er til þess að líta að félögin tilheyrðu sömu samstæðu og fást við verkefni á ólíkum stöðum í virðiskeðju heildsöluafurða á sviði fjarskipta. Samkvæmt 3. gr. sáttanna í málum nr. 6/2013 og 6/2015 fæst Míla þannig við rekstur,

uppbyggingu, þróun og viðhald á fjarskiptavirkjum og fjarskiptanetum, þ.e. vegna aðgangs og stofnnets, svo og aðstöðu fyrir fjarskiptabúnað, og selur fjarskiptafyrirtækjum þjónustu í heildsölu sem er háð þessum þáttum. Hins vegar kveður 12. gr. sáttanna á um að Síminn fái við heildsölu á frekari, afleiddri fjarskiptaþjónustu, sem veltur á grunnþjónustu Mílu, m.a. þjónustu við fjarskiptafyrirtæki um talsímakerfi, farsímakerfi og gagnaflutningskerfi. Er jafnframt gerður skýr greinarmunur á heildsöluafurðum Mílu annars vegar og Símans hins vegar í b-lið 1. mgr. 1. gr. sáttanna í málum nr. 6/2013 og 6/2015.

159. Þá er margítrekað vísað til þess í sáttunum að Mílu beri að tryggja jafnræði systurfélaga Mílu og keppinauta þeirra. Er þannig sýnilega réttilega lagt til grundvallar að systurfélög Mílu teljist ekki samkeppnisaðilar félagsins.
160. Í annan stað má ráða af tilgangi sáttanna, eins og hann er útskýrður í 1. gr. þeirra, að innbyrðis samkeppni milli Mílu og Símans var ekki viðfangsefni hennar. Öruggt má telja að hefðu félögin talist samkeppnisaðilar á fjarskiptamarkaði hefðu sáttirnar orðið allt annars efnis en raun ber vitni og talsvert strangari í þeirra garð.
161. Þvert á móti var tilgangurinn að „[t]ryggja skýran aðskilnað milli Símans og Mílu, sem og einnig milli reksturs heildsölu og smásölu Símans“. Sú yfirfærsla sem hér er til umfjöllunar er í fullu samræmi við þetta markmið þótt með henni sé vissulega gengið lengra en úr varð á sínum tíma. Ljóst er hins vegar að þær kröfur sem þar voru settar fram voru lágmarkskröfur eins og ráða má skýrlega af eftirfarandi ákvæði 1. mgr. 2. gr. sáttarinnar frá 2013 (og 2015 að breyttu breytanda):

„Í því skyni að stuðla að aukinni samkeppni, jafnræði, gagnsæi og trúverðugleika á fjarskiptamörkuðum skulu Skipti tryggja að fullu aðskilnað fjarskiptaneta og -virkja samstæðunnar frá annarri starfsemi samstæðunnar eins og lagt var upp með við stofnun Mílu árið 2007, auk nokkurra mikilvægra heildsöluafurða, sbr. c-lið. Við tilfærslu eigna til Mílu er óheimilt að grípa til ráðstafana sem eru til þess fallnar að veikja stöðu Mílu á nokkurn hátt. Flutningi skal lokið innan sex mánaða frá undirritun sáttar þessarar. Samkvæmt þessu skal Míla a.m.k. reka og annast eftirfarandi starfsemi, fjarskiptakerfi og búnað: [...]“ (leturbr. hér)

5.4.2 RAN-kerfið

162. Tilfærsla RAN-kerfisins fól það í sér að í stað þess að Síminn leigði af Mílu möstur fyrir senda, aðstöðu fyrir búnað við möstrin og leigulínur fyrir gagnaflutning, færðist rekstur sendanna og búnaðarins yfir til Mílu. Þannig var mörkunum milli verkefna Símans og Mílu hliðrað en eftir sem áður þjónustusamningur milli félaganna sem tekur mið af hinni nýju verkefnaskiptingu. Í stað þess að kjarnakerfi Símans, sem stýrir farsímaþjónustunni, tengist sendum og búnaði í eigu Símans og þaðan í möstur Mílu, mun það því tengjast sendum og búnaði í eigu Mílu. Síminn bendir á að RAN kerfið er það kerfi sem Nova og Vodafone ætluðu að flytja til Sendafélagsins með samþykki Samkeppniseftirlitsins en framkvæmdu aldrei eftir því sem Síminn best veit. Þess í stað hafa félögin leigt aðgang að RAN til Sendafélagsins sem leigir síðan aðgang að viðkomandi hluta til hins aðila samstarfsins. Þar sem Sendafélagið starfar eingöngu fyrir Nova og Vodafone þá hefur félagið ekki tekjur frá öðrum en Nova og Vodafone og býður ekki RAN aðgang til annarra en þessar félaga. Með tilfærslu á RAN til Mílu er hins vegar markmiðið að búa til nýja þjónustu sem væri til þess fallin að stuðla að ódýrari og einfaldari aðgangi fyrir nýja aðila, sem hafa

- eigið kjarnakerfi, og eru þar af leiðandi ekki í viðskiptum við aðila sem eru samhliða í samkeppni á smásölustigi. Gæti Míla þannig boðið RAN aðgang í heildsölu til smærri keppinauta, sem enginn aðili á markaði hefur boðið hingað til, þ.m.t. Sendafélag Nova og Sýnar, þrátt fyrir þá forsendu heimildar Samkeppniseftirlitsins fyrir samstarfinu.
163. Samkvæmt ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 og 6/2015 var eina heildsöluhlutverk Símans tengt farsíma að veita lúkningu í farsímaneti Símans. Þetta verkefni helst óbreytt og hefur flutningur RAN-kerfisins því engin áhrif á heildsölubjónustu Símans eins og hún er skilgreind í sáttunum, heldur aðeins á samspil kjarnakerfis Símans og RAN-kerfis Mílu. Vildu nýir aðilar nota RAN-kerfi Mílu gætu þeir gert sambærilegan þjónustusamning við Mílu og Síminn gerir. RAN starfsemin sem var seld til Mílu var ekki hluti af heildsölu Símans skv. sáttinni og ekki til sem sjálfstæður rekstur heldur hluti af innri rekstri farsímakerfis Símans. Þar sem Síminn var ekki að bjóða þjónustu á þessu sviði og Míla ekki heldur, felur þessi nýja starfsemi ekki í sér samþjöppun.
164. Í ákvörðun Fjaraskiptastofu nr. 5/2021 var fjallað um markaði 3a, heildsölu staðaraðgangs með fasttengingu, og 3b, heildsölu miðlægs aðgangs með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur, en RAN-kerfið er notað af Mílu til að veita fjaraskiptaþjónustu á umræddum mörkuðum. Þar voru Míla og Síminn ekki talin samkeppnisaðilar heldur tekið fram að „saman mynda félögin eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar og markaðsgreiningar þessarar.“
165. Varðandi lúkningu í farsíma þá telur Síminn vert að geta þess að skv. nýjum lögum um fjarskipti sem samþykkt voru þann 15. júní sl. og taka gildi 1. september nk., er mælt fyrir um verðlagningu vegna lúkningar í farsímakerfum, sbr. 53. gr. laganna. Þar kemur fram að ráðherra setji reglur um hámarksverð. Viðurlög við broti á viðkomandi ákvæði koma fram í grein 103, sbr. liður i). Þar að auki gildir trúnaðarskylda milli fjaraskiptafyrirtækja sbr. 42. gr. laganna. Er sektarheimild 4% af heildarveltu.
166. Grundvallaratriðið er að með færslu RAN-kerfisins til Mílu skapast auknir möguleikar samkeppnisaðila Símans (núverandi og hugsanlega nýir) á að kaupa aðgang að kerfunum án þess að eiga þar með í viðskiptum við samkeppnisaðila sinn. Hefur það tvímælalaust jákvæð áhrif á samkeppni auk þess að draga úr kostnaði nýrra aðila að koma inn á markaðinn. Með því að selja Mílu til Ardian, aukast líkurnar á því að jákvæð áhrif verði að veruleika þar sem traust og trúverðugleiki Mílu, sem fullkomlega sjálfstæðs rekstrarfélags, sem ekki er í eigu keppinautar annarra smásala á markaði, eykst samanborið við stöðuna í dag, m.t.t. sáttarinnar.
- 5.4.3 MPLS-kerfið
167. Við meðferð máls nr. 6/2013 var lögð áhersla á það af hálfu Samkeppniseftirlitsins að Míla hefði yfir að ráða IP/MPLS kerfi og til álita kom að færa kerfið frá Símanum til Mílu. Hins vegar fékk Síminn heimild til að undanskilja það við tilfærslu verkefna samkvæmt sáttinni í málinu, gegn því að Míla gæti nýtt sér kerfið í sínu þjónustuframboði uns félagið hefði byggt upp sambærilegt kerfi.
168. Ástæður þess að Síminn lagði við meðferð málsins áherslu á að eiga kerfið áfram voru þær að það var mat félagsins á þeim tíma að það væri ekki aðeins mikilvægt

- að hafa aðgang að því heldur jafnframt að hafa stjórn á því. Eins og ráða má af 15. gr. sáttarinnar þá hafði IP/MPLS kerfið á þeim tíma og stjórn Símans á því kerfi verulega þýðingu fyrir rekstur sjónvarpsþjónustu Símans. Í þessu samhengi er mikilvægt að hafa það í huga að árið 2012 þegar sáttarviðræður við Samkeppniseftirlitið byrjuðu var Síminn með tæplega sjö (7) hundruð ljósleiðaratengingar og tæknilega var sjónvarpsreksturinn mjög háður IP/MPLS kerfinu.
169. Síminn hefur síðan 2004 rekið sjónvarpsdreifingu á IP netlagi. Í upphafi byggðist sú dreifing á hefðbundinni IPTV aðferðafræði, sem svipar mjög til DVB dreifiaðferða yfir einátta dreifimiðla. Þessi leið hentaði vel þegar bandvídd til heimila um aðgangsneta var takmörkuð. Annmarkar við þessa aðferð er að hún krefst sérstakrar meðhöndlunar innan dreifineta (IP/MPLS) og aðgangsneta. Til þess að myndstraumur berist gallalaus til notenda þarf netið að stýra forgangi gagnvart pakkatapi og töfum. Multicast (margvarp) stuðningur var einnig nauðsynlegur til þess að gagnaflutningskerfin gætu ráðið við það gagnamagn sem sjónvarpsdreifing til almennings þarfnast. Aðgangur að netlagi var einnig mikilvægur til þess að greina vandamál í afhendingu þar sem spilarar voru með takmarkaða getu til að tilkynna um gæði móttöku. Þetta viðkvæma rekstrarumhverfi gerði það að verkum að illmögulegt var að reka sjónvarpsdreifingu um IP net, án þess að hafa bæði greitt aðgengi og stjórn á rekstri þess nets.
170. Með tilkomu aukinnar afkastagetu gagnaflutnings og aðgangsneta, ásamt þróun í skýjaþjónustu og miðlun á sjónvarpsefni um IP netlag hefur þessi dreifing einfaldast. Spilarar geta í dag notast við ABR (adaptive bit rate) aðferðafræði til að taka á móti sjónvarpsefni. Þjónustuaðili sem dreifir sjónvarpsmerki um internet í dag getur því haft viðamikla yfirsýn yfir gæði spilunar hjá sínum notendum, og því séð vandamál hjá netrekstraraðilum, án þess að þurfa upplýsingar frá rekstri netsins. Gott dæmi um slíkt er t.d. Netflix þar sem þeir gefa internet þjónustuaðilum einkunn byggða á þeim gæðamælingum sem spilarar yfir viðkomandi net tilkynna.
171. Í dag getur viðskiptavinur Sjónvarps Símans tekið með sér þjónustuna hvert sem er innan Evrópu, og fengið þjónustu að svipuðum gæðum og yfir sérþjónustunet tengdu nettengingu frá Símanum á Íslandi. Slíkt er einungis hægt vegna ABR dreifiaðferða og væri ekki mögulegt yfir hefðbundið IPTV. Hefur Síminn unnið að umbreytingu á sjónvarpsrekstri félagsins undanfarin ár sem hefur haft umtalsverða þýðingu í þessu sambandi.
172. Lykilatriði er að Síminn hefur eftir sem áður þörf fyrir tryggnan aðgang að IP/MPLS kerfi, sem hann nýtur með heildsölusamningnum, en ekki sömu þörf og áður fyrir stjórn á kerfinu. Var það þar af leiðandi mat Símans að til þess að stuðla að aukinni hagkvæmni í rekstri samstæðunnar væri æskilegt að færa kerfið til Mílu sem gæti sem rekstraraðili kerfa aukið hagkvæmni í rekstri umfram Símann, sem er smásölufyrirtæki. Vegi það rekstrarlega hagræði sem Míla geti náð fram, þyngra en mögulega kostir þess að Síminn hafi stjórn á kerfinu.
173. Þessu til viðbótar þá hefur Síminn notað IP/MPLS þjónustu Símans í tengslum við RAN starfsemi félagsins og ef IP/MPLS kerfið hefði ekki færst með þá hefði það þýtt að Míla hefði þurft aðgang að IP/MPLS kerfi Símans til þess að geta boðið upp á RAN þjónustu eins og stefnt var að. Að mati Símans hefði það þýtt aukið flækjustig

í samskiptum Símans og Mílu og ólíklega til þess fallið að skapa Mílu það traust sem félagið þarf til þess að vera sjálfstæður RAN rekstraraðili.

174. Til þess að ná því markmiði sem að var stefnt að aðskilja Símann og Mílu enn betur var óhjákvæmilegt að færa IP/MPLS kerfið til Mílu og er sú aðgerð að fullu leyti í samræmi ákvörðun nr. 6/2015. Í ljósi þess hvernig not Símans og starfsemi félagsins hefur breyst er það mat Símans að það muni hafa jákvæð áhrif á starfsemi og rekstur Símans að umræddur rekstur sé hjá Mílu en ekki hjá Símanum. Það er í öllu falli ekki nauðsynlegt fyrir Símann að reka IP/MPLS kerfi í dag eins og það var metið árin 2013-2015.
175. Því er óhjákvæmilegt að Míla sé með eignarhald á kerfinu, eigi að skera á eignatengsl Símans og Mílu líkt og frekast er unnt. Ella væri Míla háð Símanum um slíkan aðgang og auk þess ekki með sama vöruframboð og helsti samkeppnisaðili þess, Ljósleiðarinn. Staðreyndin er sú að til þess að Míla geti boðið öllum fjarskiptafyrirtækjum þá þjónustu sem ákvörðun nr. 6/2015 mælir fyrir um og núgildandi kvaðir á grundvelli fjarskiptalaga, verður Míla að hafa aðgang að IP/MPLS kerfi. Einfaldast og markvissast er þá að það kerfi sé undir yfirráðum Mílu. Að mati Símans er óhjákvæmilega betri kostur að Síminn færi kerfið til Mílu (og sameinist rekstri á öðru og minna MPLS kerfi sem fyrir er hjá Mílu), heldur en að Míla myndi byggja upp eigið kerfi. Sú staðreynd að Síminn kaupi aðgang að kerfum tryggir Mílu ákveðna hagkvæmni sem kemur minni aðilum til góða í samkeppni.
176. Taldi Samkeppniseftirlitið þannig við töku ákvörðunar nr. 6/2013 að áhyggjur keppinauta, sem gerðu athugasemdir við undanþáguna í umsögnum sínum, væru óþarfar svo framarlega sem viðskiptavinir Mílu væru eins settir og IP/MPLS kerfið hefði flust yfir til Mílu.
177. Í ákvörðun nr. 6/2015 var horfið frá kröfu um uppbyggingu sambærilegs kerfis. Þannig segir í ákvörðuninni:

„Að mati Samkeppniseftirlitsins er mikilvægt að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði m.a. með hagkvæmri nýtingu fjarskiptakerfa. Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er lögð á það áhersla, í ljósi fenginnar reynslu, að Míla geti boðið viðskiptavinum þjónustu af þessu tagi. Skiptir þar mestu máli að komið sé í veg fyrir hvers konar aðgangshindranir sem leitt geta af eignarhaldi stærri keppinauta á slíkum kerfum. Með hliðsjón af framangreindu hefur verið horft frá því að gera Mílu skylt að byggja upp sambærilegt eigið IP/MPLS kerfi. Þess í stað er skýrt kveðið á um það í ákvörðun þessari að Míla skuli áfram hafa aðgang að IP/MPLS kerfi Símans til þess að bjóða umrædda þjónustu samkvæmt ákvæðinu. Með þessu móti verður áfram tryggt að smærri keppinautar hafi milliliðalausan aðgang að þessari þjónustu í gegnum Mílu á samkeppnishæfum kjörum.“ (leturbr. hér).

178. Með sölu kerfanna til Mílu er þannig gengið lengra en áður til að mæta því samkeppnislega vandamáli sem Samkeppniseftirlitið taldi skipta „mestu máli“, þ.e. að komið yrði í veg fyrir hvers konar aðgangshindranir fyrir keppinauta sem gætu leitt af eignarhaldi Símans á kerfunum. Með því móti er endanlega tryggt að smærri keppinautar hafi milliliðalausan aðgang að þessari þjónustu í gegnum Mílu, fyrst

með yfirfærslu kerfisins og síðan í kjölfar þess að skorið er á eignatengsl Símans og Mílu.

179. Fyrir tilfærslu MPLS-kerfisins veitti Míla því ekki þjónustu um slíkt kerfi nema að hluta til og þurfti að reiða sig á innviði sem hún leigði af Símanum. Þá seldi Síminn ekki aðgang að MPLS í heildsölu nema til Hringdu, fyrir utan sölu til Mílu fyrir Aðgangssleið 3, en kaupendur að henni voru þegar í viðskiptum við Mílu svo breytingin hafði ekki áhrif á þá.³² [...] ³³
180. Í ákvörðunum nr. 6/2013 og 6/2015 var þannig um lágmarkskröfur til Símans og Mílu að ræða, þar sem meðalhófssjónarmið gátu ekki réttlætt yfirfærslu þegar sömu markmiðum, að efla samkeppni, mátti ná með vægari úrræðum. Af því leiðir að nú þegar gengið er lengra, er samkeppni eflað enn frekar. Þar sem að IP/MPLS þjónustan var ekki hluti af þeim heildsöluákvæðum sem hvíldu á Símanum skv. ákvörðun nr. 6/2015, þá hefði verið hægt að færa kerfið einhliða til Mílu og hefði það verið í samræmi við ákvörðunina, sbr. 6. gr. hennar. Í samræmi við stefnu Símans að aðskilja milli tæknirekstrar og þjónustu í samsölu, verður að telja að það hafi verið eðlilegt skref líka að Míla tæki við þeirri heildsölustarfsemi sem félagið gat. Miðað við skilning Símans í afstöðu Samkeppniseftirlitsins og Fjarskiptastofu, sem og markaðsaðila, kom ekki annað til greina en að um væri að ræða óumdeilda og jákvæða aðgerð.
181. Þá skal bent á að í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 5/2021 var fjallað um markaði 3a, heildsölu staðaraðgangs með fasttengingu, og 3b, heildsölu miðlægs aðgangs með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur, en IP/MPLS kerfið er notað af Mílu til að veita fjarskiptaþjónustu á umræddum mörkuðum. Þar voru Míla og Síminn ekki talin samkeppnisaðilar heldur tekið fram að „saman mynda félögin eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar og markaðsgreiningar þessarar.“

5.4.4 Útlandagáttin

182. Rekstur sem tengist samningi við Farice, vegna gagnaumferðar til útlanda, var jafnframt færður frá Símanum til Mílu. Samningar heildsölu Símans vegna útlandaumferðar færðust við það einnig til Mílu, kysu viðsemjendur að halda viðskiptunum áfram, en þeir geta valið um að semja við Farice beint líkt og flest fjarskiptafyrirtæki gera, s.s. Nova og Sýn. Fyrir tilfærsluna gátu smásöluaðilar á fjarskiptamarkaði þannig samið við Farice eða samkeppnisaðila sinn Símann. Eftir hana geta þeir samið við Farice eða Mílu. Er síðari kosturinn bersýnilega hagfelldari fyrir samkeppni.
183. Eins og fram kemur í nýlegri fjárfestakynningu Nova er félagið með beinan samning við Farice, sem sýnir að fjarskiptafyrirtæki geta auðveldlega valið að kaupa beint af Farice. Sú staðreynd að Míla sinni og veiti Símanum þjónustu um kerfi Farice hefur þannig ekki áhrif á stöðuna á markaði, Farice er og verður sá aðili sem fjarskiptafyrirtæki þurfa að semja við til þess að geta boðið Internetþjónustu.
184. Það hvort það sé eitthvað fyrirtæki sem bjóði fjarskiptafyrirtækjum aðgang að gátt Farice, annað en Farice sjálft, hefur ekki áhrif af þeirri ástæðu að fjarskiptafyrirtækin geta samið beint við Farice og eru Vodafone og Nova með slíkan samning við Farice.

³² Sjá lið vi. (c) 2. gr. ákvörðunar nr. 6/2015.

³³ Trúnaðarmál.

Miðað við upplýsingar úr tölfraeðiskýrslum Fjarskiptastofu þá eru Nova og Vodafone með um 60% af allri gagnaumferð (farsíma og fastlínu) á Íslandi en Síminn með um 30%. Er því ljóst að Farice er mun stærri aðili á þessum markaði en Míla, sbr. einnig umfjöllun í fylgiskjali 1.

5.4.5 Samantekt

185. Verkaskiptingin milli Mílu og Símans hefur verið skýr frá uppkvaðningu ákvörðunar nr. 6/2013 og skörun ekki slík að félögin teljist til keppinauta á sama markaði eða mörkuðum. Af þeim sökum getur tilfærsla þar á milli ekki haft skaðleg lárétt áhrif, þar sem ekki er um að ræða samþjöppun sams konar innviða eða þjónustu sem áður ríkti samkeppni um, heldur einfalda tilfærslu innviða sem hafa alltaf verið samnýttir á grundvelli verkaskiptingar innan samstæðu.
186. Hið samkeppnislega aðhald sem heildsala Símans veitti keppinautum á heildsölumarkaði fyrir yfirfærslu kerfanna verður því hið sama þó það verði í höndum Mílu í stað Símans áður.
187. Jafnvel þótt færsla umræddra kerfa yrði talin hluti samrunans getur samruninn því ekki leitt til skaðlegra láréttra áhrifa þar sem aðilar hans hvorki eru né hafa verið keppinautar. Færsla kerfanna var hins vegar ekki hluti samrunans, heldur var hún undirbúin, ákveðin og framkvæmd áður en ákveðið var að selja Mílu.

5.5 Engin skaðleg lárétt áhrif

188. Með vísan til þess sem rakið er í liðnum hér að framan hafa Míla og Síminn aldrei verið samkeppnisaðilar. Þegar af þeirri ástæðu getur samruninn ekki haft lárétt áhrif við það eitt að tiltekin kerfi færast milli félaganna. Þannig geta skaðleg áhrif láréttra áhrif samruna einkum verið tvenns konar samkvæmt leiðbeiningum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, líkt og reifað er í andmælaskjali:

„(a) by eliminating important competitive constraints on one or more firms, which consequently would have increased market power, without resorting to coordinated behaviour (non-coordinated effects);

(b) by changing the nature of competition in such a way that firms that previously were not coordinating their behaviour, are now significantly more likely to coordinate and raise prices or otherwise harm effective competition. A merger may also make coordination easier, more stable or more effective for firms which were coordinating prior to the merger (coordinated effects).“³⁴

189. Nánari skýringar á þeim áhrifum sem lýst er í a. lið hér að framan er að finna í mgr. 24 leiðbeininganna, hvar segir:

*„A merger may significantly impede effective competition in a market by removing important competitive constraints on one or more sellers, who consequently have increased market power. **The most direct effect of the merger will be the loss of competition between the merging firms.** For example, if prior to the merger one of the merging firms had raised its price, it would have lost some sales to the other merging firm. The merger removes this particular constraint. Non-merging firms in the same market can also benefit from the reduction of competitive*

³⁴ Leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins (EB) um mat á láréttum samrunum, mgr. 22.

pressure that results from the merger, since the merging firms' price increase may switch some demand to the rival firms, which, in turn, may find it profitable to increase their prices. The reduction in these competitive constraints could lead to significant price increases in the relevant market." (leturbr. hér).

190. Þar sem Síminn og Míla hafa aldrei verið samkeppnisaðilar, getur samruninn ekki haft nein skaðleg áhrif í skilningi framangreinds a. liðar þegar af þeirri ástæðu einni. Þannig breytir það engu fyrir markaðsgerðina, og það samkeppnislega aðhald sem aðrir aðilar á markaði standa frammi fyrir, hvort Míla eða Síminn veitir þá þjónustu sem felst í rekstri umræddra kerfa, enda hafa félögin aldrei átt í samkeppni innbyrðis um þjónustuna.
191. Til marks um að hér þurfi frekari útskýringa samrunaaðila við, má sérstaklega benda á töflu á bls. 69, sem sýna á þróun markaðshlutdeildar í tekjum af IP/MPLS gagnaflutningsneti eingöngu. Töfluna má sjá hér að neðan:

Tafla 6: Einungis tekjur af IP-MPLS gagnaflutningsneti

IP-MPLS gagnaflutningsnet	2019	2020	2021
Míla	[0,00]%	[0,00]%	[65-70]%
Ljósleiðarinn	[50-55]%	[50-55]%	[15-20]%
Sýn	[40-45]%	[40-45]%	[10-15]%
Síminn	[5-10]%	[5-10]%	[0,00]%
Samtals	[100,00]%	[100,00]%	[100,00]%

192. Af töflunni er svofelld ályktun dregin í frummati:

„Ef einungis er skoðað IP-MPLS kerfið er Míla stærst með [65-70]% hlutdeild, Ljósleiðarinn með [15-20]% og Sýn með [10-15]%. Hérna sjást áhrif þess að IP-MPLS kerfið er selt frá heildsölu Símans til Mílu áramótin 2020/2021, þar sem hlutdeild Símans fer niður í 0 og Míla kemur inn á markaðinn. Tekjur Sýnar í þessum flokki héldust stöðugar yfir tímabilið en hlutdeildin sveiflast verulega þar sem tekjur af kerfi Símans stórukast við sölu þess til Mílu.“

193. Við þetta er það í fyrsta lagi að athuga að taflan sýnir glögg að engin samþjöppun á sér stað við færslu kerfanna. Þannig skiptist hlutdeild fyrir færslu kerfanna milli þriggja aðila, Ljósleiðarans, Sýnar og Símans. Eftir færsluna skiptist hún enn milli þriggja aðila, Ljósleiðarans, Sýnar og Mílu. Með öðrum orðum fækkar samkeppnisaðilum ekkert.
194. Þá verður engin sú breyting á markaðshlutdeild sem ráða má af töflunni, enda getur [5-10% hlutdeild] Símans ekki orðið að [65-70%] í höndum Mílu, við það eitt að sama veltan færist milli félaganna tveggja.³⁵ Varð enda eina breytingin sú að það sem áður var innri velta Símans, og birtist þ.a.l. ekki í markaðshlutdeildartölum töflunnar, verður ytri velta Mílu. Hlutföllin á markaði eru því óbreytt og það sem mestu máli skiptir, það samkeppnislega aðhald sem samkeppnisaðilarnir Sýn og Ljósleiðarinn standa frammi fyrir á þessum markaði, er óbreytt, sbr. áður tilvitnaða

³⁵ [...]

24. mgr. leiðbeininganna. Þá er taflan þeim annmörkum háð að í hana vantar innri sölu annarra fjarskiptafyrirtækja, s.s. Nova.

195. Um ætluð skaðleg lárétt áhrif í formi mögulegrar samhæfingar, sbr. b. lið hér að framan, er fjallað í lið 4 í athugasemdum þessum.

5.6 Engin skaðleg lóðrétt áhrif

196. Um ætluð skaðleg lóðrétt áhrif vegna þessa er einkum lagt til grundvallar í frummati að Míla muni í kjölfar eignatilfærslunnar geta beitt útilokunaráhrifum með breytingum á viðskiptakjörum, sem félagið hafi aukinn hvata og getu til í kjölfar samrunans, sem og að beita vöndlun/samtvinnun við sölu á ólíkum heildsöluafurðum til fjarskiptafyrirtækja.

197. Hér þarf frekari útskýringa samrunaaðila við. Ætlaður aukinn hvati eða geta til beitingu slíkra aðferða er ekki sérstaklega rökstuddur í andmælaskjali, en ekki verður séð hvernig tilfærsla kerfanna leiði til þess. Þannig hefur Míla til þessa leigt aðgang að sömu kerfum Símans, á grundvelli ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, og verður þannig ekki ráðið hvaða breyting verður á getu og hvata fyrirtækisins til beitingu slíkra aðferða sem hér er vísað til við það að félagið eigi kerfin í stað þess að leigja að þeim aðgang.

198. Þá bendir Síminn á að Míla stendur frammi fyrir verulegu samkeppnislegu aðhaldi á öllum helstu markaðssvæðum, líkt og ítarlega er rakið í samrunaskrá. Verður þannig ekki ráðið að aðstæður séu með þeim hætti að viðskiptavinir gætu ekki brugðist við þeirri mögulegri útilokandi háttsemi Mílu sem hér um ræðir með því að beina viðskiptum sínum til samkeppnisaðila félagsins. Eru samkeppnisaðstæður um landið ítarlega raktar í samrunaskrá og verður ekki séð að þær hafi verið hraktar með nokkrum hætti í andmælaskjali.

199. Þvert á móti liggur nú fyrir að sú öfluga samkeppni sem Míla stendur frammi fyrir frá Ljósleiðaranum á höfuðborgarsvæðinu og nærliggjandi sveitarfélögum mun nú færast um allt land, sbr. nýlegan samning Ljósleiðarans um aðgang að tveimur svonefndra NATO þráða sem liggja hringinn í kringum landið. Þó að Ljósleiðarinn vilji lítið gefa uppi um fyrirætlanir sínar, eru þær næsta ljósar. Þannig er ríkt tilefni til að ætla að Míla muni innan mjög skamms tíma standa frammi fyrir jafn öflugri samkeppni um land allt, sbr. eftirfarandi ummæli framkvæmdastjóra Ljósleiðarans af þessu tilefni:

„Eitt er þó ljóst að í framhaldi af uppsetningu kerfis Ljósleiðarans á NATO-ljósleiðaraþráðum getum við boðið okkar þjónustu víðar en við höfum áður getað, öllum til hagsbóta.“³⁶

200. Framangreindu til viðbótar virðist liggja fyrir að Ljósleiðarinn sé í samstarfi við Orkufjarskipti um að „loka hringnum“ til viðbótar við aðgang Ljósleiðarans að hinum

³⁶ Sjá <https://www.mbl.is/vidskipti/frettir/2022/07/07/ljosleidarinn-erfitt-ad-svara-beinum-spurningum/>.

tveimur Nato þráðum (sjá <https://www.ljosleidarinn.is/landshringur> samanbórið við <https://www.ljosleidarinn.is/landshringur>).

201. Er þess því að vænta að á næstunni muni þjónusta Ljósleiðarans ná til landsins alls og þannig enn efla samkeppnislegt aðhald á Mílu, þvert á þá sviðsmynd sem sett er fram í andmælskjali.
202. Hvað getu eða hvata Mílu til að beita samtvinnun eða vöndlun þá er í fyrsta lagi með vísan til þess sem rakið er hér að framan ekkert í tilfærslu kerfanna sem eykur þá ætluðu getu eða hvata. Hefur Míla fram til þessa leigt aðgang að sömu kerfum og þannig haft sömu getu og hvata og eftir tilfærsluna.
203. Í öðru lagi bannar 11. gr. samkeppnislaga ólögmæta samtvinnun ólíkra þjónustupátta. Að því marki sem Míla kann að vera markaðsráðandi í kjölfar samrunans, líkt og raunar er lagt til grundvallar í andmælskjali að sé raunin, er sú háttsemi því ólögmæt.
204. Loks í þriðja lagi er litið svo á í samkeppnisrétti að vöndlun ólíkra þjónustupátta sé almennt ekki skaðleg samkeppni ef jafn skilvirkir keppinautar hafa sömu möguleika til að keppa í hinu vöndlaða vöruframboði. Fyrir liggur að Ljósleiðarinn býður upp á sama vöruframboð, þ.m.t. sambærileg kerfi og þau sem seld voru frá Símanum til Mílu, og hefur því fyllilega sömu möguleika til að keppa á þeim grunni. Þá liggur fyrir að þjónusta þess félags nær innan skamms til landsins alls, með tilheyrandi gjörbreyttum samkeppnisaðstæðum á þeim svæðum sem þjónusta þess hefur hingað til ekki náð, líkt og þróun markaðshlutdeildar á höfuðborgarsvæðinu sýnir glögg. Er enda vöndlun ekki ólögmæt nema henni megi jafna til samtvinnunar³⁷, og þvert á móti almennt talin jákvæð fyrir samkeppni sé svo ekki.

5.7 Jákvæð áhrif á samkeppni

205. Þvert á það sem frummat Samkeppniseftirlitsins bendir til byggir Síminn á því að tilfærsla kerfanna hafi ótvírætt jákvæð áhrif á samkeppni. Kemur það Símanum raunar í opnu skjöldu að frummat Samkeppniseftirlitsins bendi til annars. Kann hér að hafa skort á skýringar og upplýsingar frá samrunaaðilum sem leitast verður við að bæta úr hér.
206. Þannig lagði Samkeppniseftirlitið á það ríka áherslu við gerð þeirrar sáttar sem leiddi til ákvörðunar stofnunarinnar nr. 6/2013 að kerfin yrðu færð til Mílu. Hið sama gerðu samkeppnisaðilar Símans og ítrekuðu þeir raunar þann málatilbúnað við gerð þeirrar sáttar sem leiddi til ákvörðunar nr. 6/2015, líkt og rakið er hér að framan.
207. Fyrir þessu voru skýrar ástæður. Samkeppnisaðilar Símans vilja sem minnst viðskipti þurfa að eiga við félagið. Skapar það enda hættu á samkeppnislegum vandkvæðum sem m.a. eru raktar í ákvörðunum nr. 6/2013 og 6/2015. Með tilfærslu þessara kerfa sem eftir stóðu til Símans var loks skorið fyllilega á milli Mílu og Símans þannig að Míla ætti jafnframt þessi kerfi, í stað þess að leigja aðgang að

³⁷ Sjá t.d. dóm undirrættar EB í máli nr. T-201/01, *Microsoft*, mgr. 842

þeim af Símanum, og aðskilnaður heildsölu og smásölu þannig tryggður með enn ríkari hætti en fyrr.

208. Fjarskiptastofa var jafnframt á sama máli við gerð sáttarinnar 2013 og sama afstaða birtist í umsögn stofnunarinnar vegna tilfærslunnar dags. 7. október 2020, hvar sagði m.a.:

„Í aðdraganda sáttarinnar frá 2013 átti PFS nokkra fundi með SE um gerð umræddrar sáttar. Aðalathugasemdir PFS snéru að því að IP-MPLS kerfið yrði ekki yfirfært til Mílu og að IPTV ákvæði sáttarinnar heimilaði Símanum að einskorða þá þjónustu aðeins við kerfi Mílu.

PFS telur því að það sé rétt ráðstöfun að IP-MPLS gagnaflutningsnetið verði fært frá Símanum til Mílu og auki þannig aðskilnað milli heildsölu- og smásöluarma Símasamstæðunnar.“ (leturbr. hér).

209. Því til viðbótar vega þau jákvæðu áhrif á samkeppni sem felast í því að ganga seinasta skrefið í því að skera á þau lóðréttu eignatengsl sem fólust bæði í sameiginlegu eignarhaldi Símans og Mílu, og þeirri staðreynd að Síminn átti enn tiltekin kerfi sem Míla leigði aðgang að, mun þyngra en sú ætlaða styrking á stöðu Mílu sem frummat Samkeppniseftirlitsins leggur ranglega til grundvallar. Hefur því samruninn, hvort sem tilfærsla kerfanna yrði talinn hluti hans eða ekki, tvímælalaust jákvæð áhrif á samkeppni.

6 Niðurlag

210. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er að finna frummat eftirlitsins á samrunanum en þar kemur fram að eftirlitið telur að óbreyttu að samruninn kunni að hafa skaðleg áhrif á samkeppni og að íhlutunar sé þörf á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga. Síminn er ekki sammála því sem fram kemur í andmælaskjalinu eins og rökstutt hefur verið í erindi þessu. Verður að mati Símans að skoða frummat Samkeppniseftirlitsins í því ljósi að frekari útskýringa samrunaaðila hafi verið þörf, sem fram hafa komið hvað Símann varðar í athugasemdum þessum.
211. Er þar fyrst til að taka mat Samkeppniseftirlitsins á svokölluðum heildsölusamningi sem Míla og Ardian hyggjast gera. Telur Síminn að samkeppnisaðstæður eftir samrunann muni verða til muna betri en var fyrir samrunann. Forsendur fyrir sölu Mílu eru að gerður verði víðtækur heildsölusamningur. Bæði kemur þar til seljanleiki fyrirtækisins og einnig það að Símanum bjóðist trygg þjónusta í heildsölu á næstu árum og áratugum. Í lið 3 í athugasemdum þessum er að finna sjónarmið og athugasemdir Símans vegna þeirra álitamála sem Samkeppniseftirlitið tilgreinir í andmælaskjali varðandi heildsölusamninginn. Er Síminn þeirrar skoðunar að áhyggjur Samkeppniseftirlitsins varðandi samninginn eigi ekki við rök að styðjast, einkum að teknu tilliti til þeirra breytinga á honum sem lagðar eru til í tillögum Ardian að skilyrðum.
212. Í annan stað telur Síminn að ákveðins misskilnings gæti þar sem fjallað er um ætlað samstarf Símans, Sýn og Nova í andmælaskjalinu um samnýtingu innviða, eins og nánar greinir í lið 4 í þessu erindi. Síminn telur samrunann raunar fela í sér mikil tækifæri til að auka samkeppni neytendum til hagsbóta, enda má ætla að fjarskiptafyrirtækin sem eru samkeppnisaðilar Símans hafi meiri áhuga á auknum

viðskiptum við Mílu sem sjálfstæðu félagi. Munu því áhrif samrunans á samkeppni hvað þetta snertir verða mjög jákvæð, bæði vegna aukinnar samkeppni á heildsölumörkuðum fjarskipta og eins að dregið sé úr þörf fyrir mögulegt samstarf smásöluaðila.

213. Í þriðja lagi fær Síminn ekki séð hvernig sala kerfa frá Símanum til Mílu í lok árs 2020 geti mögulega skoðast sem þáttur samrunans eða honum tengdur á nokkurn hátt. Vísast í því sambandi nánar til liðs 5 í þessu erindi. Kjarni þessa atriðis er þrípættur. Í fyrsta lagi var salan óháð samruna máls þessa og getur því ekki komið til skoðunar við samrunamatið. Í öðru lagi hafa Síminn og Míla aldrei verið samkeppnisaðilar um þessa þjónustupætti og getur því tilfærslan hvorki leitt til þeirra lárétta né lóðrétta áhrifa sem lagt er til grundvallar í frummatinu. Loks í þriðja lagi hefur tilfærslan sýnilega jákvæð áhrif á samkeppni, þar sem hún er hvoru tveggja til þess fallin að auka samkeppni á heildsölumörkuðum fjarskipta og skera á eignatengsl Símans og Mílu.
214. Samruninn hefur að mati Símans jákvæð áhrif á samkeppni þar sem aðskilið eignarhald Símans og Mílu vegur hvað þýngst. Jafnvel þótt í gildi séu skilyrði samkvæmt sátt 6/2015 sem kveða á um ákveðinn aðskilnað í rekstri fyrirtækjanna, þá hefur samruninn það í för með sér að alfarið er skilið á milli Mílu, sem starfar á heildsölumarkaði, og Símans, sem starfar á smásölumarkaði. Ætla má að áhugi samkeppnisaðila Símans á að eiga í viðskiptum við Mílu verði meiri en áður og má þannig segja að til verði nýr valkostur fyrir þá, og þar með aukin samkeppni. Ardian er ekki starfandi á fjarskiptamarkaði þannig að samruninn hefur ekki í för með sér lárétt áhrif á samkeppni.
215. Telur Síminn að verði tekið mið af þeim sjónarmiðum sem fram koma í erindi þessu, sem og í erindi Ardian, muni samruninn verða heimilaður með þeim skilyrðum sem Ardian hefur lagt til.
216. Síminn hefur með athugasemdum þessum leitast við að skýra sérstaklega það sem kom til umræðu á fundi með fulltrúum samkeppniseftirlitsins þann 7. júlí sl., auk þess að setja fram athugasemdir við helstu atriði andmælaskjalsins. Síminn áskilur sér rétt til að koma með frekari athugasemdir og sjónarmið vegna efnis andmælaskjalsins á síðari stigum málsins telji félagið tilefni til.
217. Síminn mun eftir sem áður fúslega veita Samkeppniseftirlitinu upplýsingar sem þörf kann að vera á vegna samrunans.

Virðingarfyllt

LOGOS lögmansþjónusta

Helga M. Óttarsdóttir lögmaður

Halldór Brynjar Halldórsson lögmaður

Fylgiskjöl:

Nr. 1 ...- **TRÚNAÐARMÁL**

Nr. 2 ... - **TRÚNAÐARMÁL**