

## SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Borgartún 26

105 Reykjavík

Samkeppniseftirlitið			
Málsnr.	2201008	Ábrn.	Hll/G
Brifał.	29.2.21	Aðrir	
Mott.	29.07.2022	Frsl.	
Athn.			

## ÁN TRÚNAÐARUPPLÝSINGA

Reykjavík, 29. júlí 2022

Okkar tilvísun: hlh20220728

**Efni: Kaup Adrian á Mílu af Símanum – sjónarmið um  
a) tillögur Ardian að skilyrðum og b) athugasemdir samrunaaðila  
við frummat Samkeppniseftirlitsins**

Umbjóðandi minn, Ljósleiðarinn ehf. („Ljósleiðarinn“) vísar til fyrri samskipta við Samkeppniseftirlitið í tengslum við samruna Ardian France SA („Ardian“) og Mílu ehf. („Míla“). Með viðskiptunum kaupir eignarhaldsfélag í eigu Ardian og fjárfestingasjóða þess, allt hlutfé Mílu af eiganda þess Símanum hf. („Símanum“). Sér í lagi er vísað til erindis Samkeppniseftirlitsins, dags. 21. júlí 2022, varðandi kaup Ardian á Mílu af Símanum en með því var umbjóðanda mínum boðið að koma á framfæri sjónarmiðum sínum varðandi a) tillögur Ardian að skilyrðum og b) athugasemdir samrunaaðila við frummat Samkeppniseftirlitsins. Samkeppniseftirlitið veitti umbj. mínum frest til 29. júlí 2022 til þess að skila athugasemdum. Með bréfi þessu kemur umbjóðandi minn á framfæri sjónarmiðum sínum varðandi framangreint og önnur atriði sem hann telur skipta máli í máli þessu.

[...]<sup>1</sup>

## 1. Inngangur

Í bréfi Ardian eru í viðauka 1 lagðar fram tillögur að sjö skilyrðum sem Míla er reiðubúin að undirgangast í tengslum við kaup Ardian á öllu hlutafé í Mílu af Símanum. Skilyrðin sjö auk forsendna í liðum A.-F. í viðaukanum lúta að eftirtöldum efnisatriðum:

1. Aðgangur að kerfum og þjónustu Mílu.
2. Aðgreining þjónustupátta.
3. Fyrirhugaðar breytingar á kerfum eða þjónustu Mílu.
4. Tilnefning á óháðum kunnáttumanni.
5. Fræðsla stjórnenda og starfsmanna um samkeppnisreglur.
6. Gildistími og endurskoðun.
7. Gildistaka og brottfall gildandi sáttar.

Með skilyrðunum er lagt upp með að þau eigi að takmarka þau skaðlegu áhrif sem Samkeppniseftirlitið telji að samruninn geti leitt af sér. Flest skilyrðin tengjast einkakaupasamningnum með beinum hætti en önnur óbeinum hætti.

Skilyrðin sem lögð eru til, hvert og eitt og til samans eru þess eðlis að þau hvorki eyða né bæta úr þeim margvíslegu samkeppnislegu vandamálum sem samruninn leiðir af sér.

Vandinn sem tengist sölunni og samningi Ardian og Símans eru margs konar, en það eru einkum þrjú atriði sem standa upp úr og sérstaklega er fjallað um í frummati Samkeppniseftirlitsins:

1. Einkakaupasamningur til 20 ára og tilfærsla eigna í undirbúningi og aðdraganda sölu.
2. Markaðsráðandi staða Mílu og Símans styrkist
3. Samhæfð hegðun keppinauta á mörkuðum.

Að auki bendir ýmislegt til þess að ýmislegt í háttsemi aðila orkar tvímælis með hliðsjón af ákvæðum samkeppnislaga.

---

<sup>1</sup> Trúnaðarmál.

Gerður er sá fyrirvari á umfjöllun Ljósleiðarans hún byggir á takmörkuðum upplýsingum sem Ljósleiðarinn hefur undir höndum um samrunann og áskilur félagið sér rétt til þess að koma fram síðar með athugasemdir, telji félagið ástæðu til.

## 2. Skaðleg áhrif einkakaupasamnings milli Símans og Mílu

Samkvæmt samrunaskránni munu Míla og Síminn, eftir að samruninn kemur til framkvæmda, gera með sér sérstakan þjónustusamning, einkakaupasamning, til tuttugu ára sem byggir á núverandi viðskiptasambandi félaganna. Í samningnum er kveðið á um þá heildsöluþjónustu sem Síminn skuldbindur sig til að kaupa af Mílu, auk þess sem meðal annars er kveðið á um fyrirkomulag innbyrðis viðskipta Símans og Mílu og skipan þeirra til framtíðar.

Samningurinn felur í sér einkakaupasamning til langs tíma, milli annars vegar heildsölufyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og hins vegar fyrirtækis á smásölustigi fjarskipta með umtalsverðan markaðsstyrk, sbr. ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 5/2021.<sup>2</sup>

Samkvæmt frummati Samkeppniseftirlitsins kemur fram í samningnum m.a. hvernig kaup og sala skal útfærð. Þar er Símanum gert að panta og kaupa hverja þá þjónustu sem fellur undir samninginn sem er nauðsynleg fyrir Símann til að veita fjarskiptaþjónustu á Íslandi (heildsölu- og kaupskylda samnings). Auðvelt er að túlka málsgreinina með því móti að ef ný grein fjarskiptaþjónustu sprettur upp á næstu 20 árum væri Símanum skylt að kaupa hana af Mílu og Mílu að byggja hana upp. Þetta sýnir að samningurinn fer langt yfir núverandi viðskipti Símans og hefur í raun lamandi áhrif á samkeppni vegna nýrrar vöruþróunar í fjarskiptum til næstu 20 ára. Jafnframt er kveðið á um að nánast öll smásala til endanotenda á fjarskiptaþjónustu eigi sér stað í gegnum heildsöluþjónustu Mílu. Síminn er þar með háður Mílu í nánast öllum aðfangakaupum sínum og má eingöngu nota vörur Mílu í sinni smásölu og vöndlum. Þess fyrir utan eru lágmarkviðskipti skilgreind til framtíðar jafnt m.t.t. fjölda, veltu, magn viðskipta og lágmarksfjölda ljósleiðaratenginga og beint bann sett við samningsgerð við keppinauta Mílu á fyrstu fimm árum samningsins. Þessi ákvæði eru umfram það sem telst eðlilegt í viðskiptum, í fyrsta lagi að skuldbinding skuli vera eins víðfeðm og henni er lýst og í öðru lagi eru tímamörk hennar mæld í árum en ekki mánuðum eins og eðlilegra væri.

<sup>2</sup> Sjá [https://www.fjarskiptastofa.is/fjarskiptastofa/stjornsysla/akvardanir-og-urskurdir/akvordun/%C3%9Arlausnir/5-2021\\_FST](https://www.fjarskiptastofa.is/fjarskiptastofa/stjornsysla/akvardanir-og-urskurdir/akvordun/%C3%9Arlausnir/5-2021_FST)

Fyrst ber að taka tillit til þess að með einkakaupasamningnum verður samband Símans og Mílu fest í sessi til a.m.k. 20 ára. Í öðru lagi ef áætlanir Ardian og Mílu ganga eftir þá verður markaðsráðandi fyrirtækið Míla enn stærra á næstu árum, eins og fram kemur í áreiðanleikakönnun<sup>3</sup> sem Síminn fékk ráðgjafafyrirtækin Kearny, Lazard og Analysys Mason til að gera á Mílu.

Þann 22. júlí 2022 tilkynnti Síminn að samningar hefðu náðst milli Símans og Ardian um breytingar á samningi aðila. Þá kemur fram í erindi Ardian að félagið sé reiðubúið að stytta tímalengd samningsins þannig að hann verði 17 ár í stað 20 ára og að fyrsta mögulega framlenging yrði til 8 ára en eftir það til 5 ára í senn.<sup>4</sup>

Ljósleiðarinn telur þessa breytingu á samningi vera ófullnægjandi og ekki þjóna þeim tilgangi að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif samningsins og að engin rök hafi verið færð fyrir því hvernig þessi óverulega breyting geti takmarkað þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem leiða má af samningnum. Hér á eftir er gerð grein fyrir sjónarmiðum Ljósleiðarans er varða samninginn og tímalengd hans. Þar sem efnisleg breyting er engin sé hann til 17 ára eiga sömu sjónarmið við um samninginn hvort sem hann er til 17 ára eða 20 ára.

[...]<sup>5</sup>

Í umsögn sinni segir Síminn „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.“<sup>6</sup> [...]<sup>7</sup>

Með 20 ára þjónustusamningi milli félaganna er tryggður rekstrarlegur fyrirsjáanleiki um sjóðstreymi. Þar með raungerist það að Ardian útilokar alla viðskiptalega áhættu (*e. business risk*) fjárfestingarinnar, en viðskiptaleg áhætta er órjúfanlegur hluti viðskipta með fyrirtæki. Áhættuskil eru órjúfanlegur hluti af viðskiptaferlinu; þ.e.a.s. sá tímapunktur sem seljandi hættir að bera ábyrgð á fjárhagslegri afkomu þess sem selt er og kaupandi tekur yfir þessa ábyrgð. Samningurinn undirstrikar að ekki er um hefðbundin viðskipti með fyrirtæki að ræða heldur „sales-leaseback“-samning þar sem kaupandi útilokar alla eðlilega viðskiptaáhættu með samningi

<sup>3</sup> Sjá frummat, mgr. 98 og 99 og bréf Símans, mgr. 106.

<sup>4</sup> Sjá bréf Ardian, mgr. 83.

<sup>5</sup> Trúnaðarmál.

<sup>6</sup> Bréf Símans, mgr. 204.

<sup>7</sup> Trúnaðarmál.

sínum við seljanda, tryggir sér fast sjóðsstreymi og byggir kaupin á ákveðnum forsendum sem seljandi ábyrgist að gangi eftir.

Fjárhagsleg áhrif samningsins eru þau að Ardian tryggir sér lágmarksgreiðslur til 20 ára (í dag koma u.þ.b. 80% af tekjum Mílu frá Símanum) í samræmi við núverandi viðskipti Símans við Mílu (eftir tilfærslu eigna frá Símanum til Mílu). Þar með er til staðar einkakaupasamningur þar sem kaupverð er skilyrt greiðslum samkvæmt 20 ára framlengjanlegum leigusamningi (þannig verður til svokallað „sales-leaseback“). Viðskipti Símans og Ardian í tengslum við Mílu bera með sér að samningurinn sé „sales-leaseback“ og sem slíkur samningur færir hann fjármuni til seljanda gegn „leigu“ eða samningsbundnum notum af eigninni til lengri tíma. Síminn hefur einnig kauprétt á eignum Mílu við ákveðnar aðstæður, s.s. vegna ógjaldfærni eða missis starfsleyfis. Strangt til tekið þurfa endurkaup ekki að vera hluti af „sales-leaseback“ samningi en svo virðist sem margar aðstæður séu til staðar þar sem Síminn getur nýtt sér möguleika til endurkaupa, eða Míla til sölu eigna, ekki síst í tengslum við framlengingu á viðskiptasamningi félaganna eftir 20 ár.

[...]⁸

Í samrunaskrá er því meðal annars haldið fram að rökin fyrir samrunanum séu að með honum verði slitið á eignatengsl Símans og Mílu. Tilgangurinn sé því að Síminn sé óháður Mílu um kaup á fjarskiptaþjónustu á heildsölumarkaði og að eignarhald hafi þar ekki áhrif. Tilgangurinn sé því að Síminn sé óháður Mílu um kaup á fjarskiptaþjónustu á heildsölumarkaði og að eignarhald hafi þar ekki áhrif. Þjónustusamningur til langs tíma um nánast öll heildsöluviðskipti Símans og þar með um 80% af tekjum Mílu, útilokar að önnur fjarskiptafyrirtæki á heildsölumarkaði geti keppt um þessi viðskipti Símans. Þar með hefur samningurinn tekið af markaði stóran hluta viðskipta á heildsölumarkaði. Skaðsemi hans felst í því hve stórt hlutfall af heildarviðskiptum á heildsölumarkaði fjarskipta samningurinn nær til, til hve langs tíma hann er [...]⁹

Í þjónustusamningnum felst samningaréttarleg skuldbinding um kaup á fjarskiptaþjónustu í samræmi við núverandi viðskipti. Þetta þýðir í raun óbreytt fyrirkomulag um að Síminn skuldbindi sig til að kaupa alla fjarskiptaþjónustu af Mílu. Keppinautum Mílu á heildsölumarkaði verður með þessu mögulega ógerlegt að afla tekna með því að veita Símanum heildsöluviðskipti á fjarskiptamarkaði. Þannig verða þessi við-

⁸ Trúnaðarmál.

⁹ Trúnaðarmál.

skipti óaðgengileg fyrir aðra aðila á markaði auk þess sem þetta er letjandi fyrir nýliðun á markaði. [...]¹⁰

Síminn, sem skilvirkur samkeppnisaðili á markaði, hefur augljósa efnahags- og rekstrarhvata og ætti að sjá sér hag í því að vilja eiga val um viðskipti um t.d. leigulínusambönd við fleiri en einn heildsöluaðila og þannig ná betra verði og lækka smásöluverð á fjarskiptabjónustu. Þá gæti Síminn einnig ýtt undir hraðari og örari þróun á fjarskiptabjónustu á heildsölustigi með því að láta heildsöluaðila keppa um viðskipti við félagið. Með einkakaupasamningnum hefur Síminn alfarið afsalað sér þessum mikilvæga valkosti í öflun aðfanga og ákvæði hans í reynd gert öðrum samkeppnisaðilum Mílu á heildsölumarkaði ógerlegt að nálgast Símann og bjóða félaginu viðskipti. Eru skaðleg lóðrétt áhrif einkakaupasamningsins augljós í þessu samhengi.

Samkvæmt lýsingu samrunaaðila er byggt á núverandi viðskiptasambandi sem þýðir að um 80% af rekstrartekjum Mílu munu til næstu 20 ára koma frá Símanum. Síminn mun þannig verða ráðandi þáttur í allri ákvarðanatöku Mílu við fjárfestingar, ákvarðanatöku um markaðsaðgerðir og þjónustu sem langstærsti viðskiptavinur félagsins.

Þannig leiðir samningurinn til enn frekari lóðréttar samþættingar fyrirtækjanna og enn meiri útilokunaráhrifa fyrir samkeppnisaðila Mílu á heildsölumarkaði. Mjög mikilvægt er að Samkeppniseftirlitið gæti að því að fyrirtæki á smásölustigi hafi tæknilega getu til að skipta um birgja á aðlægum mörkuðum, t.d. að Síminn hafi tæknilega getu til að færa sig frá t.d. Mílu yfir til Tengis, Ljósleiðarans eða annarra aðila sem selja fjarskiptatengingar í heildsölu nú í dag eða síðar meir.

[...]¹¹

Önnur áhrif einkakaupasamningurinn gerir Símanum erfitt að versla við aðra aðila en Mílu til frambúðar og er því um einkakaupasamning að ræða. [...]¹²

### 2.1. Enskt ákvæði (*e. English Clause*)

Svokallað enskt ákvæði (*e. English Clause*), einnig þekkt sem „MFN Clause“, er að finna í samningnum sem felur í sér skyldu Símans til að upplýsa Mílu ef félagið fær betra tilboð frá öðrum birgjum/heildsöluaðilum, svo Míla geti jafnað boðið. Símanum er ekki heimilt að taka tilboði þriðja aðila ef Míla jafnar eða býður betur.

¹⁰ Trúnaðarmál.

¹¹ Trúnaðarmál.

¹² Trúnaðarmál.

Þetta ákvæði undirstrikar enn og aftur að viðskiptin eru ekki hefðbundin fyrirtækjaviðskipti heldur fjármálalegur gerningur (*e. sales-leaseback*) með því eina takmarki að Síminn fái umtalsverða fjárhæð í hendur en taki á sig á móti samningsbundna skuldbindingu til 20 ára og endurgreiði kaupanda (Ardian) söluverðið með vöxtum. Þeir sem hagnast á þessu eru skammtímafjárfestar í Símanum sem mögulega eiga von á stórri arðgreiðslu en langtímafjárfestar í Símanum sitja uppi með tuttugu ára samningsskuldbindingu.

Samkeppniseftirlitið fjallar um framangreint ákvæði og vísar m.a. til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um lóðrétt samninga um skaðleg áhrif þeirra á samkeppni, sér í lagi þegar seljandi er markaðsráðandi.<sup>13</sup> Síminn hafnar því alfarið að um slíkt ákvæði sé að ræða og byggir á því að almennt sé það eðlilegt að leitast eftir því á markaði að fá betra boð en það sem þegar liggur fyrir.<sup>14</sup> Þá er að auki byggt á því að verð verði ekki gefið upp heldur eingöngu að lægra verð hafi borist og að auki verði ekki upplýst hver hafi boðið það.

Vissulega tíðkast það víða í viðskiptum að upplýsa um að betra tilboð hafi borist. Það er hins vegar lykilatriði í samkeppni að aðilar hagi sér sjálfstætt og taki ákvarðanir um verð og forsendur tilboða á eigin forsendum, óháð því hvort aðrir bjóði lægra. Ákvæði um slíka skyldu hefur hins vegar sömu áhrif og einkakaupa-samningur og ber því að meta samkvæmt reglum um einkakaupsamninga. Sé aðili í markaðsráðandi stöðu, og starfandi á fákeppnismarkaði, er svigrúm aðila í þessa veru mjög takmarkað líkt og Samkeppniseftirlitið bendir á í frummati sínu, sbr. neðangreint.

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar sem Samkeppniseftirlitið vísar til, er á því byggt að meta skuli slíka upplýsingaskyldu til jafns við skyldu um einkakaup, ekki síst þegar upplýst er um það af kaupanda hvaða aðili gerir honum betra tilboð en þegar liggur fyrir. Þetta atriði er einmitt lykilatriði í því samhengi sem hér er til skoðunar þar sem um fákeppnismarkað er að ræða. Það leiðir því af eðli máls að ef Síminn upplýsir Mílu um að betra boð hafi borist, þá liggi það í raun fyrir hvaða aðili hefur sett fram tilboð, það sé án þess að nauðsynlegt sé að tilgreina það berum orðum. Við blasir að það eru fáir aðilar og líklega enginn sem geti boðið jafn alhliða og fjölbreytta þjónustu sem Míla gæti eftir flutning kerfa frá Símanum verði samningurinn að veruleika. Það ætti því að liggja ljóst fyrir að ef Síminn upplýsi að

<sup>13</sup> Frummat, mgr. 18.

<sup>14</sup> Sjá bréf Símans, mgr. 75.

betra boð hafi borist að þá blasi við af þeirri upplýsingagjöf um hvaða aðila sé um að ræða.

Hvað verð varðar þá er framkvæmd slíkrar upplýsingagjafar almennt með þeim hætti að upplýst er um að verð sem er tilteknum prósentum undir hafi borist og að ef verð væri lækkað niður fyrir það gæti verið hægt að ná samningi.

Að auki er rétt að hafa í huga að notkun svokallaðra enskra ákvæða (*e. English Clause*) getur falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og sem brýtur gegn 11. gr. samkeppnislaga í ljósi þeirra viðtæku útilokunaráhrifa sem af þeim leiðir. Markaðsráðandi aðilum eru mjög þröngar skorður settar við þátttöku í einkakaupsamningum sem og samningum með enskum ákvæðum, enda er slíkt talið til þess fallið að styrkja markaðsráðandi stöðu viðkomandi.

Ákvæði af þessu tagi eru auk þess letjandi og draga úr bæði hvata og möguleikum samkeppnisaðila á að þróa sömu eða sambærilega vöru. Líkurnar á að nýr aðili á heildsölumarkaði komi fram og leggi í kostnað við að þróa vörulínu í samkeppni við Mílu eru hverfandi, með slíkt ákvæði virkt í samningum Mílu og Símans. Enda er líklegt að þegar slíkur aðili byði þá vörulínu til Símans að Síminn upplýsti Mílu þar um og með jöfnun boðs endi það með að varan/vörulínan verði keypt af Mílu. Og jafnvel þó slíkur aðili gæti náð slíkum samningi við Símann er ólíklegt að það teldist fýsilegt í ljósi þess að Síminn þarf þrjú ár til að loka sinni samningsskuldbindingu við Mílu og ólíklegt að t.d. nýr aðili á markaði geti beðið svo lengi.<sup>15</sup>

Enska ákvæðið í samningi aðila fellur að þeirri skilgreiningu sem lagt er upp með í Evrópurétti. Í ljósi stöðu aðila á markaði og þeirrar fákeppni sem ríkir á viðkomandi mörkuðum er ljóst að áhrif þess eru verulega skaðleg fyrir samkeppni og sem slíkt getur það ekki gengið eftir.

## 2.1 Skilyrði Ardian til að mæta skaðlegum áhrifum einkakaupasamningsins

Ekkert af þeim sjö skilyrðum sem Míla hefur samþykkt að undirgangast, eyða eða draga úr þeim skaðlegu áhrifum sem einkakaupasamningurinn leiðir af sér. Tímalengd samningsins hefur afgerandi útilokunaráhrif og ýmis ákvæði hans beinlínis

<sup>15</sup> Sjá t.d. orðsendingu framkvæmdastjórnar ESB vegna athugunar á rafbókasölu Amazon, sem birt er í samræmi við reglugerð (ESB) nr. 1/2003 vegna máls AT. 40153 — *E-book MFNs and related matters*, mgr. 10 og 11. Aðgengileg hér: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2017.026.01.0002.01.ENG&toc=OJ:C:2017:026:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.026.01.0002.01.ENG&toc=OJ:C:2017:026:TOC)

Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar, dags. 4. maí 2017: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40153/40153\\_4392\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf)



koma í veg fyrir að aðrir heildsöluaðilar geti átt í viðskiptum við Símann um heildsöluþjónustu.

Síminn og Ardian hafa upplýst um vilja sinn til að stytta einkakaupasamninginn úr tuttugu árum í sautján og breyta tímalengd framlengingarákvæðis samnings úr fimm árum í átta. Jafnvel þótt þjónustusamningurinn taki umræddum breytingum, þá er langt í frá að skaðlegum áhrifum samningsins verði rutt úr vegi. Líkt og reifað er í frummatsbréfi Samkeppniseftirlitsins er í leiðbeiningum um viðbótartakmarkanir miðað við að ásættanlegur gildistími viðskiptasamninga sé í mesta lagi 5 ár í kjölfar samrunans. Er þá miðað við að samrunaaðilar hafi fært rök fyrir því að nauðsynlegt sé að viðhalda viðskiptum milli samrunaaðila í þennan afmarkaða tíma til þess að afhenda að fullu verðmæti hins selda.

Sá tími sem samrunaaðilar virðast nú gera tillögu um við Samkeppniseftirlitið er langt frá þessum viðmiðum. Þá fæst ekki séð að tilraun hafi verið gerð af hálfu samrunaaðila til þess að rökstyðja þennan langa tíma en samrunaaðilar bera að öllu leyti sönnunarbyrðina þar um. [...]<sup>16</sup>

Þá gengur einkakaupasamningurinn gegn markmiðum löggjafans sem hefur á síðustu árum sett lög sem auðvelda uppbyggingu háhraðaneta undir fjarskiptaþjónustu, m.a. lög nr. 125/2019 og nú síðast með nýjum fjarskiptalögum sem gildi taka þann 1. september 2022 (Kóðinn) sem beinlínis hafa það að markamiði að auka samkeppni á grunnmörkuðum fjarskiptaþjónustu og þar með stuðla að aukinni samkeppni á smásölumörkuðum fjarskiptaþjónustu.

Samkeppnisleg áhrif samningsins ná til þeirra þátta sem Míla selur til Símans, þ.e.a.s. fastlínunetsþjónustu, farnetsþjónustu, útlandatengingum, hýsingu og tengdri viðbótarþjónustu samkvæmt upptalningu Samkeppniseftirlitsins. Auk þess verður að taka tillit til þeirra þátta sem leiða af þessum samningi. Fyrst ber að taka tillit til þess að með samningnum verður samband Símans og Mílu fest í sessi til fjölda ára, hvort heldur sem það eru 20 ár eða 17 ár. Í öðru lagi ef áætlanir Ardian og Mílu ganga eftir þá verður markaðsráðandi fyrirtækið Míla enn stærra á næstu árum, eins og fram kemur í áreiðanleikakönnun<sup>17</sup> sem Síminn fékk ráðgjafafyrirtækin Kearny, Lazard og Analysys Mason til að gera á Mílu [...]<sup>18</sup> þá gera áætlanir fyrir 100%

<sup>16</sup> Trúnaðarmál

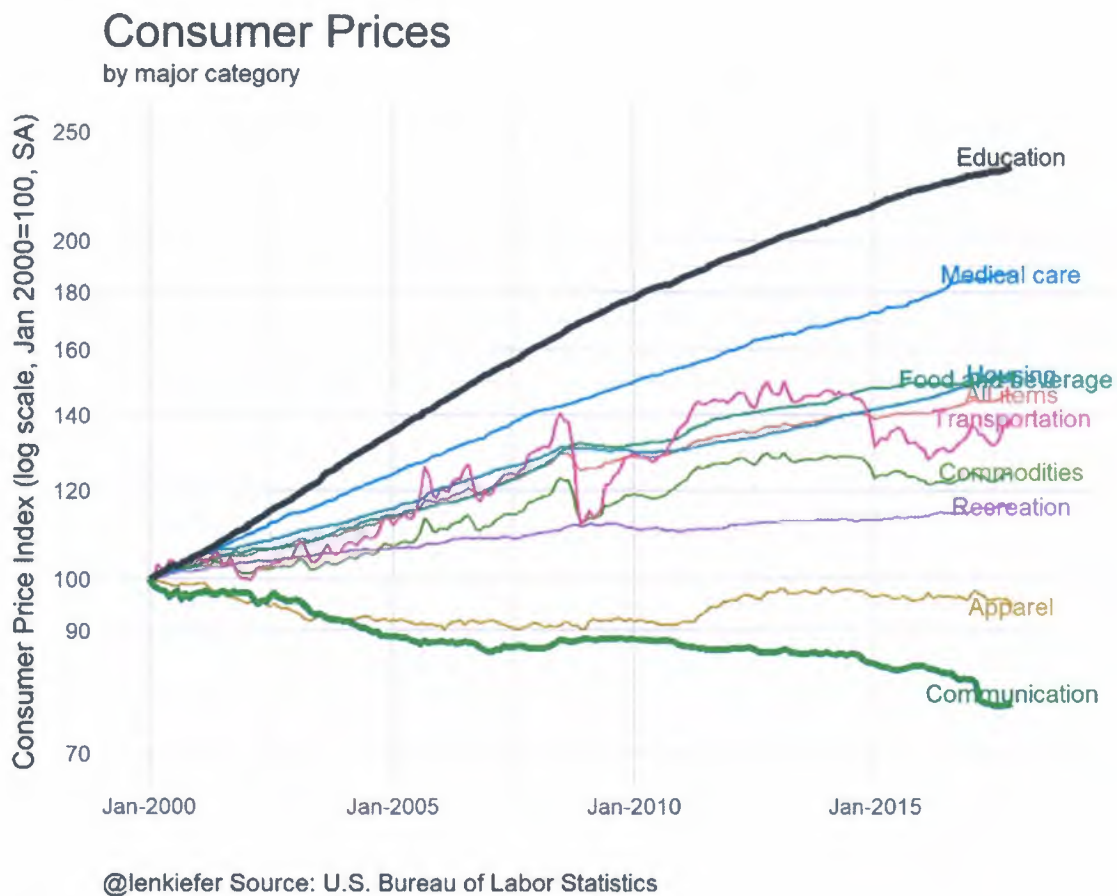
<sup>17</sup> Sjá frummat, mgr. 98 og 99 og bréf Símans, mgr. 106.

<sup>18</sup> Trúnaðarmál.

markaðshlutdeildar Mílu stofneta árið 2030. Stytting einkakaupsamnings niður í 17 ár breytir litlu í þessu samhengi.

## 2.2. Vísitölutenging verðs í einkakaupasamningi Símans og Ardian

Í einkakaupasamningi Símans og Mílu er kveðið á um fast heildsöluverð á þjónustu milli félaganna, en jafnframt að það sé verðtryggt. Samkeppniseftirlitið segir m.a. að áhrif verðtryggingar heildsöluverðs frá Mílu til Símans næstu 25 – 30 árin geti leitt til að Síminn og viðskiptavinir hans verði af ábata sem ella hefði hlotist m.a. af áframhaldandi tækniþróun á sviði fjarskipta og mögulegri samkeppni næstu áratugi og samhliða lækkun á framleiðslukostnaði og einingarverði fjarskipta. Afleiðing þessa væri að þessi ábati renni að stærstum hluta til Mílu en ekki til smásöluaðila (m.a. Símans) eða neytenda.



### Mynd 1 Þróun verðlags

Ef horft er til þróunar á verðlagi á alþjóðamörkuðum má sjá að neysluverð í Bandaríkjunum hækkaði um 50% á 20 ára tímabili frá aldamótum til 2020 eða sem samsvarar 2,1% á ársgrundvelli. Á sama tímabili lækkaði verðlag fjarskiptaþjónustu um 30%. Ef verðlag fjarskiptaþjónustu hefði breyst með sama hætti og verðlag

neysliverðs væri verð fjarskiptaþjónustu í Bandaríkjunum ríflega tvöfalt hærra en það er í dag (114% hærra).

Á mynd 3 má sjá verðlag fjarskipta í Evrópu. Glöggst sést að Ísland og Noregur ásamt Belgíu og Grikklandi skera sig frá öðrum ríkjum í verðlagningu fjarskipta.



Mynd 2 samanburður á fjarskiptaþjónustu í ESB og EES löndum

Með framangreint í huga tekur Ljósleiðarinn undir ummæli Samkeppniseftirlitsins og telur að þau eigi sérstaklega við ef samruninn verður samþykktur í óbreyttu formi. Afleiðing þess ef einkakaupasamningurinn kemst á er að tryggt er að markaðsstyrkur og markaðshlutdeild Mílu helst með skaðlegum áhrifum á markaðinn til skemmri og lengri tíma. Míla er markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölumarkaði fjarskipta á langflestum undirmörkuðum hans og í heildina tekið með verulega yfirburði. Hætta er á að einkakaupasamningurinn og eftir eignafærslu 2020/2021 aukist markaðshlutdeild Mílu enn frekar og geta félagsins til að viðhalda háum verðum með verði sem tekur breytingum skv. vísitölu það mikil að þrátt fyrir að aðrir samkeppnisaðilar vilji, þá hafi þeir ekki bolmagn til að keppa við Mílu þar sem þeir hafa hvorki fjárhagslega burði eða getu til að vöndla saman þeim lóðréttu og láréttu vöruflokkum sem þarf til að geta boðið viðskiptavinum sínum sambærilega vöru. Samruninn leiði því til herra fjarskiptaverðs og verðákvæði samningsins komi í veg fyrir að mögulegt hagræði af samrunanum skili sér til neytenda.

Ef samruninn er hins vegar ekki samþykktur eða samþykktur með skilyrðum sem eyða skaðlegum áhrifum hans horfir öðruvísi við. Undir þeim kringumstæðum væri verðtrygging samnings væntanlega óþörf þar sem samkeppni myndi leiða til þess

að ef um óeðlilegar verðhækkningar væri að ræða tengt vísitölubindingu hjá Mílu myndi annaðhvort Síminn þurfa að taka á sig kostnaðarhækkunina til að vera samkeppnishæfur eða tapa viðskiptum til samkeppnisaðila sem gætu átt viðskipti sín við heildsala sem gæti boðið lægri verð en Míla og Síminn.

Almennt talið er ekki hefðbundið að vísitölubinda samninga í viðskiptum milli aðila, aðra en t.a.m. samninga um fasteignir, og er þá miðað við byggingarvísitölu. Viðskiptasamningar á samkeppnismarkaði milli heildsala og smásala eru almennt ekki verðtryggðir m.v. vísitölu neysluverðs og sérstaklega ekki á milli markaðsráðandi aðila en áhrif þess eru eins og fyrr var nefnt möguleg mjög neikvæð fyrir neytendamarkað ef styrkur heildsöluaðila er slíkur að keppinautar geti ekki boðið sambærilegar vörur eða vöndla í samkeppni við markaðsráðandi heildsöluaðila.

### 2.3. Samkeppnisbönn

Í einkakaupasamningnum er jafnframt að finna ákvæði um samkeppnisbann og gildir það út líftíma samningsins, eða tuttugu ár. Ákvæði um samkeppnisbann gegna svipuðu hlutverki og ákvæði um skyldu til viðskipta eftir samruna; slíkum ákvæðum er ætlað að tryggja að verðmæti hins selda færist yfir til kaupandans. Alveg sama er hvernig litið er á þessa tímalengd þá er hún mjög óeðlileg og með öllu óheimilt að halda fyrirtækjum frá þátttöku á markaði í svo langan tíma. Almennt er miðað við að slíkar takmarkanir taki ekki til lengri tíma en að hámarki þriggja ára í kjölfar samruna, séu yfir höfuð forsendur og rök fyrir slíku ákvæði.

Tuttugu ára tímamörk eru langt umfram það sem talist getur venjulegt hvað þá nauðsynlegt við kaup og sölu fyrirtækja. Umrætt ákvæði er samkeppnishamlandi í skilningi samkeppnislaga. Samkeppnishömlur af þessari lengd eru mjög óeðlilegar og hlekkja Mílu og Símann saman til langs tíma með því móti að ekki verður skilið á milli fyrirtækjanna. Engin haldbær rök hafa verið færð fyrir því að yfir þörf sé á svo víðtæku og langvarandi ákvæði um samkeppnisbann.

Samkvæmt Ardian er endurkauparéttur Símans á eignum Mílu til staðar við greiðslufall eða sviptingu starfsleyfis fyrirtækisins. Slíkt ákvæði er í hæsta máta óeðlilegt og í besta falli óvenjulegt í samkeppnislegu sjónarmiði. Þetta sýnir fram á hin nánú tengsl fyrirtækjanna og að ef annað fyrirtækið fellur þá falli jafnframt hitt. Einkakaupasamningurinn í raun bindur fyrirtækin enn frekar saman. Eru rök um aðskilnað og sjálfstætt eignarhald hvors fyrirtækis fyrir sig í ljósi þessara ákvæða ótrúverðug. Virðist einkakaupasamningurinn þvert á móti efla umtalsverðan markaðsráðandi styrk fyrirtækjanna.

## 2.4. Viðskiptin, skilmálar þeirra og markaðsaðstæður eru fordæmalaus

Í málsgrein 78-79 í bréfi Ardian er bent á 20 dæmi um viðskipti í Evrópu sem Adrian heldur fram að séu sambærileg kaupum félagsins á Mílu: „*Ardian hefur bent á meira en tuttugu dæmi um viðskipti sem hafa varðað kaup og sölu á fjarskiptainnvíðum í Evrópu sem öll hafa verið byggð upp á mjög svipaðan hátt og það fyrirkomulag sem er fyrir hendi í þeim viðskiptum sem hér eru til skoðunar. Umrædd dæmi hafa varðað fastanet (e. fixed line network) helstu fyrrum einokunarfyrirtækja í Evrópu (t.d. Deutsche Telekom, Telefonica, Orange, Telecom Italia, Altice, Telia, Eir), hvert um sig með sína umtalsverðu markaðshlutdeild í smásölu- og heildsölumörkuðum. Meðal nefndra dæma eru einnig viðskipti um farsímavnúði þessara fyrirtækja, sem og annarra helstu farnetsrekenda í Evrópu (t.d. Vodafone, Iliad, Hutchison, Bouygues).*“

Ljósleiðarinn hefur skoðað þessi dæmi og ekki fundið hliðstæðu í neinum þessara viðskipta, eins og fram kemur í neðangreindri umfjöllun. Ekki síst þar sem eignarhaldi hefur verið öðruvísi háttað og markaðsgerð allt önnur. Þess vegna tekur Ljósleiðarinn heilshugar undir með Samkeppniseftirlitinu að engin sambærileg dæmi séu til fyrir þessum samningi í Evrópu.

### Pólland

Í apríl 2021 tilkynnti pólska eining Orange SA, Orange Polska, um samkomulag við hollenska lífeyrissjóðinn APG, um að stofna 50/50 samrekstrarfélag sem kallast FiberCo sem mun leggja ljósleiðara í Póllandi á svæðum sem erfitt er að ná til. Félagið mun leggja ljósleiðara til 2,4 milljóna heimila fyrir 2025.<sup>19</sup> Þetta er mjög frábrugðið Ardian samningnum þar sem hér er um að ræða samfjárfestingarsamning (e. *co-investment deal*) sem er ætlað að stækka ljósleiðarakerfi þeirra og nær aðeins til nýrrar uppbyggingar neta.

### Holland

Sami hollenski lífeyrissjóðurinn, APG, er einnig með samning við KPN, fyrrum ríkisrekið fjarskiptafélag (e. *incumbent*) um að leggja ljósleiðara til ríflega milljón heimila í Hollandi. KPN er með 3 milljónir aðgangslína á eigin vegum. Með samningnum er KPN að leitast við að stækka net sitt til meðalþéttbýlla- og fyrirtækjasvæða þar sem ekki er eins arðbært að leggja ljósleiðara (sem þarfnast

<sup>19</sup> Sjá <https://apg.nl/en/publication/new-investment-apg-increases-internet-connections-in-poland-by-almost-a-quarter/>

þolinmóðs langtímafjárfestis).<sup>20</sup> Þetta er mjög frábrugðið Ardian samningnum þar sem hér er um að ræða samfjárfestingarsamning (*e. co-investment deal*) sem leitast við að víkka út landfræðilegt umfang netsins og nær aðeins til uppbyggingar nýrra neta.

### Þýskaland

UGG er sameignarfélag í jafnri eigu (*e. joint venture*) Telefonica og Allianz í Þýskalandi.<sup>21</sup> UGG er félag sem býður heildsöluþjónustu með opinn aðgang (*e. open access*) sem miðar að því að leggja ljósleiðara í dreifbýli og dreifðra þéttbýlisstaða í Þýskalandi og tengja 2 milljónir heimila á 6 árum og byggja þannig upp 50.000 kílómetra ljósleiðaranet.

Sameignarfélagið stefnir að fjárfestingum upp á allt að 5 milljarða evra með ýmsum fjármögnunarleiðum.

- Allianz og Telefónica munu hvort um sig eiga 50 prósent samkvæmt hluthafasamkomulagi.
- Félagið verður sjálfstætt heildsölufyrirtæki með opinn aðgang sem einbeittir sér að því að byggja upp ljósleiðarakerfi í dreifbýli og dreifðara þéttbýli í Þýskalandi, þar sem Þýskaland er einn stærsti breiðbandsmarkaður Evrópu sem er skammt á veg kominn í ljósleiðaravæðingu.
- Félagið er staðráðið í að flýta fyrir félagslegri, efnahagslegri og stafrænni þróun Þýskalands með því að bjóða upp á háhraða breiðbandstengingu til svæða sem hafa minni þjónustu, eða hafa setið eftir í framþróun, í gegnum sjálfbært net.
- Fyrirhugað heildarfjárfestingarmagn nemur 5 milljörðum evra í áföngum á næstu 6 árum, sem stuðlar að áætlun þýskra stjórnvalda um að útvega gígabita netinnviði á landsvísu fyrir árið 2025.

### Spánn

Telefonica selur hluta af koparkerfi sínu til Macquarie.<sup>22</sup> Spánn með mesta eina mestu nýtingu og útbreiðslu ljósleiðara af landfræðilega stóru löndum Evrópu, Telefónica er leiðandi þjónustuaðili á þeim markaði.

<sup>20</sup> Sjá

[https://ir.kpn.com/download/companies/koninkpnv/Presentations/210323\\_Pres\\_KPN\\_further\\_accelerates\\_fiber\\_rollout\\_through\\_IV\\_with\\_APG.pdf](https://ir.kpn.com/download/companies/koninkpnv/Presentations/210323_Pres_KPN_further_accelerates_fiber_rollout_through_IV_with_APG.pdf)

<sup>21</sup> Sjá [https://www.allianz.com/en/press/news/financials/stakes\\_investments/201029\\_Allianz-Telefonica-fiber-Germany-partnership.html](https://www.allianz.com/en/press/news/financials/stakes_investments/201029_Allianz-Telefonica-fiber-Germany-partnership.html)

<sup>22</sup> Sjá <https://www.mobileurope.co.uk/telefonica-sells-off-part-of-copper-network-to-macquarie-fund-to-raise-cash/>

Fyrirtækið stefnir að því að leggja niður alla koparinnviði sína fyrir árið 2025.

Telefonica tilkynnti um lokun 1.000 tengistöðva fyrir kopar á fyrri hluta þessa árs, sem jafngildir því að taka í sundur um 65.000 tonnum af kopar. Viðskiptin við Macquarie hafa hraðað þessu niðurtæktarferli á koparnum – Macquarie mun leigja koparlagnir aftur til Telefonica og mun að lokum fjarlægja koparinn til endursölu. Þessi eignakaup eru mjög ólík—þau auðvelda útskipti kopars fyrir ljósleiðara Telefonica til hraðari ljósleiðarauppbyggingar.

### Frakkland, Portúgal og Bandaríkin

Árið 2019 seldi Altice 49,9% af ljósleiðaranetkerfum utan borga til þriggja sjóða í stýringu eftirtaldrá aðila:

- Allianz Capital Partners
- AXA IM
- Omers Infrastructure

Það skilaði 1,8 milljörðum evra í reiðufé, en Altice hélt áfram stjórn á neti sínu.<sup>23</sup>

Altice Europe seldi 49,99% af ljósleiðarakerfi sínu í Portúgal<sup>24</sup> til Morgan Stanley Infrastructure Partners. Stuttu síðar tilkynnti Altice USA<sup>25</sup> um samkomulag um sölu 49,99% af Lightpath Fiber Enterprise Business til Morgan Stanley Infrastructure Partners fyrir 1,1 milljarð dala.

Þetta er mjög ólíkt viðskiptum Ardian á kaupum á Mílu, þar sem Altice hélt í hverju tilviki yfirráðum yfir netrekstri og seldi eingöngu net til að afla fjár, salan nær til tæplega helmings umræddra eigna.

### Frakkland

Iliad SA kom á stefnumótandi samstarfssamningi sínum við InfraVia (franskt einkafjárfestafyrirtæki sem sérhæfir sig í innviðum) með sölu á 51% af Investissements dans la Fiber des Territoires ("IFT") til InfraVia, miðað var við að 100% virði fyrirtækisins væri um langtímapjónustusamningi veitir IFT fjarskiptafélaginu Free

<sup>23</sup> Sjá <https://altice.net/sites/default/files/pdf/AENV-Announces-Closing-Transaction-Sell-49-99-SFR-Ftth.pdf>

<sup>24</sup> Sjá <https://altice.net/sites/default/files/pdf/Altice Europe N.V. Announces the Creation of Altice Portugal FTTH.pdf>

<sup>25</sup> Sjá <https://www.businesswire.com/news/home/20200728006047/en/Altice-USA-Announces-Agreement-to-Sell-49.99-of-Lightpath-Fiber-Enterprise-Business-to-Morgan-Stanley-Infrastructure-Partners>

alla aðgangs- og upplýsingatækniþjónustu fyrir viðkomandi verkefni, sem eru sameiginlega fjármögnuð (e. co-financed), og mun einnig geta boðið upp á sömu þjónustu til þriðja aðila.

Framangreint samstarf við InfraVia er í fullkomnu samræmi við áætlun Frakklands um uppbyggingu innviða (France Plan Très Haut Débit) auk stefnuáætlunar Iliad "2024 Odyssey". Samstæðan er nú með ljósleiðara/starfsemi á öllum svæðum í þéttbýli Frakklands.<sup>26</sup>

IFT er fyrirtæki tileinkað heildsölu og rekstri á svörtum ljósleiðara og stofnað sérstaklega í þessum tilgangi. Fyrirtækinu er sérstaklega falið að afla og reka samfjármagnaðan FTTH hluta samstæðunnar utan mjög þéttbýlla svæða í Frakklandi. Sem hluti af að um 30 milljónir heimila geti tengst við ljósleiðarakerfi sitt árið 2024.

Þessi samningur varðar aðeins óarðbær svæði í Frakklandi.

### Ítalía

Fibercop er sameignarfyrirtæki (e. *Joint Venture*) sem felur í sér Telecom Italia (TIM), KKR og Fastweb sem nota til að fjármagna hluta af aðgangsnnetinu á Ítalíu – sjá skýringarmyndina hér að neðan. Fjárfestingin var meðhöndluð skv. 76. grein samfjárfestingar samkvæmt EECC með skuldbindingum 79. greinar sem samið var um við ítölsku eftirlitsstofnunina Agcom.<sup>27</sup>

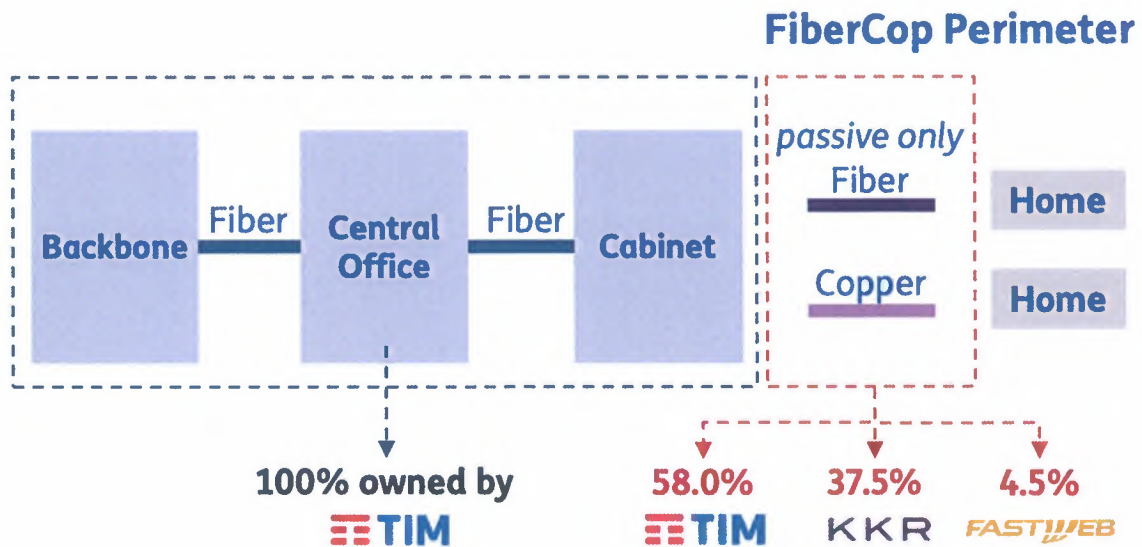
Þetta er mjög frábrugðið Ardian-Mílu samrunanum þar sem hér er um að ræða samfjárfestingarsamning sem lítur aðeins að hluta af aðgangsnnetinu, svartur ljósleiðari frá götuskápum að heimilum eða fyrirtækjum og tekur til hóps fjárfesta.

---

<sup>26</sup> Sjá <https://www.globenewswire.com/news-release/2020/02/28/1992852/0/en/Iliad-Press-Release-Closing-of-the-partnership-deal-with-InfraVia-for-fiber-in-France.html>

<sup>27</sup> Sjá <https://www.gruppotim.it/en/press-archive/corporate/2021/PR-closing-FIBERCOP-def.html>





Mynd 3 skipting eigna í FiberCop málinu.

### Aðrir

Eir á Írlandi er að huga að sölu á 49% ef ljósleiðarakerfi sínu til fjáröflunar.

TIM seldi 51% af ljósleiðaraaðgangsneti sínu í Brasilíu til að afla fjár.

Telefonica seldi 50% af ljósleiðaraneti sínu til heimila í Brasilíu til CDPQ, fjárfestingasjóðs.

Telefonica seldi 60% af ljósleiðaraneti sínu til heimila í Kólumbíu til KKR, fjárfestingasjóðs.

Telefonica seldi 60% af ljósleiðaraneti sínu til heimila í Chile til KKR, fjárfestingasjóðs.

Af framangreindri samantekt má ráða að eina 100% sala á neti sínu sem Ljósleiðaranum er kunnugt um er sala Símanum á Mílu til Ardian.

### **2.5. Tillögur Ardian að skilyrðum duga ekki til að mæta skaðlegum áhrifum einkakaupasamningsins**

Tillögur Ardian að skilyrðum eyða í engu þeim skaðlegu áhrifum sem leiða af einkakaupasamningnum. Langtímaþjónustusamningur gerir Símanum ómögulegt að versla við aðra aðila en í gegnum fjarskiptakerfi Mílu til frambúðar—ekki aðeins til næstu 17-20 ára—jafnvel þó samningur væri „aðeins“ til allt að 5 ára verður til staðar tæknilegur ómöguleiki fyrir Símann að versla við aðra en Mílu, vegna flutnings eigna frá Símanum yfir til Mílu áramótin 2020/2021.

Viðskipti Símans og Ardian í tengslum við Mílu bera með sér að samningurinn sé „sales-leaseback“. Sales-leaseback samningur færir fjármuni til seljanda gegn „leigu“ eða samningsbundnum notum af eigninni til lengri tíma. Í þessu tilfalli er um að ræða 20 ára samning milli aðila, þar sem Síminn sem kaupir þjónustu af Mílu sem er u.þ.b. 80% af veltu Mílu. Bent er sérstaklega á að „kaupverð“ (útgreiðsla fjármuna til leiguaðila) er einungis 44 ma.kr. í reiðufé, gert er ráð fyrir að 15 ma.kr. séu í formi láns frá „seljanda“. Ekki er ólíklegt að afborgunarferli lánsins sé tengt forsendum kaupsamnings, t.d. ef Síminn stendur ekki við leigugreiðslu samkvæmt 20 ára samningi og ef Ardian nái ekki þeim viðbótarviðskiptum sem þeir gera ráð fyrir („Backbone Alliance“). [...]²⁸, [...]²⁹. Náist það markmið ekki, falla mögulega greiðslur á láni niður að hluta eða öllu leyti. Aukning í fjölda viðskiptavina næst mögulega ekki án þess að sækja þá viðskiptavinum til allra samkeppnisaðila og þá eru ákvæði í samningi, sbr. gögn Samkeppniseftirlitsins, um lágmarksgreiðslur frá Símanum til Mílu óháð notkun út samningstíma.

Að mati Ljósleiðarans er ekki unnt að samþykkja umræddan samruna nema öll ákvæði sem fela í sér einkakaup verði felld úr heildsölusamningnum, auk ýmissa annarra aðgerða. Einkakaupasamningur Mílu og Símans getur ekki haft annað en skaðleg áhrif á íslenskan fjarskiptamarkað, hvort sem hann er til 20 ára, 17 ára eða jafnvel styttri tíma. Ógilding einkakaupasamnings samhliða því að færa eignir sem fluttar voru til Mílu til baka til Símans eru nauðsynlegar til að eyða skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppnismarkaði fjarskipta.

#### Ítarefni og frekari sjónarmið

[...]³⁰

Í samrunaskrá fullyrða kaupandinn Ardian og Síminn, seljandi Míla, að viðskiptin hafi ekki í för með sér lóðrétt samkeppnisleg vandkvæði³¹ þar sem eftir samrunann „...verða ekki lengur til staðar eignatengsl milli Símans og Mílu“.³² Þjónustusamningurinn mun hafa þau áhrif að festa Símann enn frekar og læsa inn í viðskipti við Mílu þar sem Síminn mun eiga erfitt með að skipta um birgja á heilsölustigi vegna tæknilegrar samþættingar og Síminn á sérstaklega erfitt með það eftir flutninginn á

²⁸ Trúnaðarmál.

²⁹ Trúnaðarmál.

³⁰ Trúnaðarmál.

³¹ Samrunaskrá bls. 48. mgr. 162.

³² Samrunaskrá bls. 48. mgr. 163.

fjarskiptaeignum áramótin 2020/2021. Því lengri sem bindingin samkvæmt samningi verður þeim mun meiri verður læsingin (*e. technological lock-in*). [...]<sup>33</sup>

Ein áhrif samrunans er afleiðing af flutningi eigna frá Símanum til Mílu, en með flutningi þessara eigna er Míla komin í þá stöðu að enginn annar heildsöluaðili á markaði getur vöndlað saman vörur með sambærilegum hætti og Míla getur. Afleiðing þessa er að líklega getur bindingarákvæði (enskt ákvæði) eins og því er lýst af Samkeppniseftirlitinu í 20 ára samningi aldrei virkjast nema að einhverjar verulegar breytingar verði á markaði frá þeirri markaðsgerð sem nú er til staðar. Þetta hindrar jafnframt nýliðun nýrra fyrirtækja á markaði þar sem staða Mílu og breidd vöruúrvals er með því móti að ákveðinn fælingarmáttur er til staðar við innkomu nýrra aðila.

Framangreint leiðir til þess að því lengur sem Síminn er í bindandi langtíma samningssambandi við Mílu, verður Síminn tæknilega háðari Mílu og þekking og sveigjanleiki Símans og þar með geta til að skipta um heildsöluaðila minnkar og jafnvel hverfur. Áhrif þessa eru læsing (*e. technological lock-in*) sem takmarkar hreyfanleika Símans á heildsölumarkaði og að skipta um heildsölubirgja og hækkar kostnað Símans við að skipta um birgja. Þetta getur aftur haft þau áhrif að Míla geti þrýst heildsöluverði upp án þess að Síminn geti brugðist við, t.d. með því að skipta um birgja. Þetta kemur einnig í veg fyrir að Síminn geti þrýst á Mílu um að þróa og uppfæra grunnkerfi sín þar sem Mílu stafar ekki ógn af samkeppni frá öðrum heildsöluaðilum þar sem stærsti viðskiptavinur félagsins getur ekki fært sig auðveldlega milli birgja.

[...]<sup>34</sup>

Skv. framangreindu væri Míla ávallt upplýst um það ef Síminn keypti og/eða hygði á kaup á frekari þjónustu af öðrum aðilum en Mílu. Síminn getur ekki talist sjálfstæður frá Mílu og Míla að sama skapi ekki sjálfstæð frá Símanum burtséð frá framangreindum 20 ára þjónustusamningi og þarf því að vinda ofan af þeim gjörningi með því að færa umræddar eignir aftur, sbr. skilyrði þar um.

<sup>33</sup> Trúnaðarmál.

<sup>34</sup> Trúnaðarmál.

### 3. Staða Mílu í kjölfar samrunans

#### 3.1 Frummat Samkeppniseftirlitsins: Staða Mílu styrkist eftir samruna

Í frummati Samkeppniseftirlitsins er lýst sterkri stöðu Mílu á mörkuðum málsins, samþjöppun á markaði sé mikil og að allt bendi til markaðsráðandi stöðu Mílu. Þá ályktar Samkeppniseftirlitið að eftir samrunann, nái hann fram að ganga, styrki Míla markaðsráðandi stöðu sína a.m.k. á markaði fyrir gagnaflutning um stofnlínu og þá einnig á mögulegum heildarmarkaði fyrir sértæka gagnaflutningsþjónustu, með flutningi fjarskiptakerfa til Mílu með tilheyrandi tekjuvexti.

Ljósleiðarinn telur mat á markaðshlutdeild Mílu ekki fjarri lagi, sbr. neðangreint, og telur eðlilegt að leggja til grundvallar tekjur aðila á viðkomandi markaði í samræmi við hefðbundna aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins við greiningu á mörkuðum og stöðu aðila á viðkomandi markaði. Aðrir þættir eins og fjöldi notenda, útbreiðsla og stærð eigna, gagnamagn o.fl. skiptir minna máli í þessu samhengi. Þaðan af síður mun það að bæta minni aðilum inn í greininguna s.s. Sveitaneti, Snerpu og Austurljósi, litlu sem engu bæta við, þar sem þau eru agnarsmá í samanburði við Mílu og breyta engu um heildarmyndina um stöðu stórs fyrirtækis á markaði eins og Míla er í reynd.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að við mat á samrunanum skiptir máli að horfa til sterkrar stöðu Símans á helstu smásöllumörkuðum fjarskiptaþjónustu vegna þjónustusamnings Símans og Mílu sem liggur m.a. til grundvallar samrunanum, en þar er Síminn stærsta fyrirtækið í tveimur mörkuðum og næst stærsta fyrirtækið á einum markaði.<sup>35</sup>

Þegar horft er til afstöðu Ardian varðandi markaðshlutdeild og samþjöppun<sup>36</sup>, þarf að hafa í huga að Míla hefur um árábil verið skilgreind af Fjarskiptastofu sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, sbr. 18. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og ákvarðanir Fjarskiptastofu þar um, nú síðast ákvörðun nr. 5/2021.<sup>37</sup> Ekki er sjáanlegt annað á gögnum en að sú staða muni styrkjast fremur en nokkuð annað. Í greiningu Samkeppniseftirlitsins er notast við tekjur félaga til að meta markaðshlutdeild og skipting milli heimtaugahluta og bitastraums. Ardian heldur því fram að undaskilja eigi kopartengingar frá greiningunni. Fjarskiptastofa hefur hins vegar gengið út frá því í markaðsgreiningum stofnunarinnar að staðganga sé milli varanna. Í þessu

<sup>35</sup> Sjá frummat mgr. 93.

<sup>36</sup> Sjá bréf Ardian, mgr. 31-43.

<sup>37</sup> Sjá <https://www.fjarskiptastofa.is/library/?itemid=62b8132b-d405-4826-87a5-ffd5946d1107>

samhengi má t.a.m. nefna að Síminn gerir ekki greinarmun á þjónustu um kopar eða ljósleiðara á heimasíðu sinni, í vöruframboði eða í verðlagningu. Þá býr Míla einnig yfir farnetsþjónustu [...]³⁸ og er þar með um 40% markaðshlutdeild af þeim um það bil 60.000 gagnaáskriftum um farnet sem eru virkar á landinu eða um 24.000 áskriftir sem bætast þar með við áskriftargrunn Mílu.

Með hliðsjón af framangreindu má leiða að því líkur að staða Mílu sé enn sterkari en tekið er fram í frummati Samkeppniseftirlitsins. Fjöldi heimila í landinu er um 154.000 miðað er við lok árs 2021 skv. gögnum frá Þjóðskrá.<sup>39</sup> Í gögnum Fjarskiptastofu kemur fram að það séu 143.124 breiðbandstengingar til heimila í lok árs 2021. Ef miðað er við tölur Þjóðskrár vantar því um 7,2% heimila í tölfræðina, sem eru þá ekki með xDSL eða ljósleiðaratengingu. Gera má ráð fyrir að stór hluti þeirra sé með 4G eða 5G heimatengingu sem Míla býr nú yfir. [...]⁴⁰ Skilgreining framangreindra markaða hjá Fjarskiptastofu er að markaður M3 nær yfir fjöldaframleidda vöru/þjónustu og þá ekki aðeins til heimila heldur einnig til fyrirtækja. Þannig verður markaðshlutdeild Mílu enn sterkari ef fyrirtæki eru tekin með til að reikna út markaðshlutdeild..

Ardian segir að markaðshlutdeildartölur Samkeppniseftirlitsins séu villandi og undir það tekur Síminn.<sup>41</sup> Ljósleiðarinn telur útreikninga Samkeppniseftirlitsins byggja á réttum forsendum og tölum og lítur svo á að útreikningur Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild gefi sanna og rétta mynd af markaðinum, nema hún kunnir að einhverju leyti að vera vanmetin. Ljósleiðarinn vill þó bæta við að tafla í mgr. 191 í bréfi Símans sýni glögggt hver raunmarkaðshlutdeild Mílu er, eftir eignaflutning frá Símanum 2020/2021, á IP-MPLS gagnaflutningsmarkaði, en hún var áður falin í innri viðskiptum Símans. Því er ljóst að þessi flutningur á að ganga til baka til að veita upp á móti þeirri styrkingu á markaðsstöðu sem Samkeppniseftirlitið greinir í frummati sínu.

Með vísan til framangreinds tekur Ljósleiðarinn að stærstum hluta undir með Samkeppniseftirlitinu um stöðuna á mörkuðum í kjölfar samruna gangi fyrirætlanir aðila eftir. Áætlanir samrunaaðila eru að mati Ljósleiðarans til tjóns fyrir samkeppni og neytendur á íslenskum fjarskiptamarkaði. Saman eru Síminn og Míla gríðarlega sterkir aðilar á þeim mörkuðum sem um ræðir og skiptir máli að sú staða styrkist ekki enn frekar með fyrirætlunum Ardian og Símans, samkeppni og neytendum til

<sup>38</sup> Trúnaðarmál.

<sup>39</sup> Sjá <https://www.skra.is/gogn/fasteignagattin/fjoldatolur-ur-fasteignaskra/fjoldi-ibuda/>

<sup>40</sup> Trúnaðarmál.

<sup>41</sup> Sjá bréf Ardian, mgr. 39 og bréf Símans, mgr. 191.

óhagræðis. Þá sér Ljósleiðarinn teikn um aðrar hættur fyrir samkeppni vegna sölu Símans á Mílu til Ardian, í ljósi þess hvernig samruninn kemur til með að bæta stöðu Símans og Mílu eftir samruna nái hann fram að ganga. Í eftirfarandi kafla er gerð grein fyrir þeim sjónarmiðum.

## 2.2 Aðrar hættur vegna eignaflutnings Símans til Mílu 2020/2021

### Vandamálið og skaðleg áhrif þess á samkeppni og hagsmuni neytenda fjarskiptaþjónustu

Með flutningi tiltekinna fjarskiptaegna, nánar tiltekið IP/MPLS gagnaflutningskerfi (innanlands og utan) og farsímadreifikerfis<sup>42</sup> frá Símanum yfir til Mílu í byrjun árs 2021 hefur Míla, eitt fyrirtækja á aðlægum og frálægum fjarskiptamörkuðum, öðlast yfirburðastöðu og getu til að flétta saman þjónustur yfir fastanet, farnet og internet og getur þannig dregið til sín viðskiptavinum. Eftir flutninginn býr Míla yfir eignasamsetningu fjarskiptaegna sem enginn annar samkeppnisaðili á sama sölustigi hefur yfir að ráða eða getur búið til í fyrirsjáanlegri framtíð. Mikil samlegðaráhrif (*e. network effect*) eru í þessum eignum, s.s. varðandi samnýtingu stofnsambanda. Míla getur boðið saman vörur í vöndli og á verði sem ekkert annað fjarskiptafyrirtæki á heildsölustigi getur boðið upp á.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 27. febrúar 2019, „Beiðni um niðurfellingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 6/2015“, reifaði Síminn að til skoðunar gæti komið að sameina heildsölu Símans og Mílu til að búa til „one stop shop“ fyrir minni fjarskiptafyrirtæki. Með því að færa eignir frá Símanum til Mílu hefur Símasamstæðan framkvæmt sameiningu á heildsölu Símans og Mílu, án aðkomu eftirlitsaðila og án þess að tekin hafi verið ný ákvörðun um breytingu á sáttinni og/eða að leitað hafi verið umsagnar markaðsaðila um áhrif þessarar breytinga á markaðsgerðina, sem eru m.a.:

- Síminn verður tæknilega háður Mílu um víðtæka fjarskipta- og sérfræðiþjónustu.
- Síminn hefur ekki lengur tæknilega getu til að vera óháður viðskiptavinur fjarskiptafyrirtækja á heildsölumarkaði og er alltaf háður aðkomu Mílu í gegnum fjarskiptakerfi Mílu.
- [...].<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Sjá <https://www.mila.is/um-milu/frettasafn/breytingar-um-aramot>

<sup>43</sup> Trúnaðarmál.

- Þessi atriði draga úr getu Símans til að bregðast viðskiptalega við tækniþróun hjá heildsölufyrirtækjum, þar sem tækniþróun stýrist af þróun á kerfum hjá Mílu.
- Kaup á samböndum í farsímasenda færast á hendur Mílu (frá Símanum) sem afleiðing af því að farsímadreifikerfi eru nú í eigu Mílu. Ólíklegt er að Míla muni beina þeim viðskiptum til ytri aðila nema þar sem Míla á ekki ljósleiðara. Viðkomandi sambönd tilheyra í dag mörkuðum fyrir leigulínur. Fyrirséð er, vegna 5G uppbyggingar, að þessi markaður muni vaxa hratt, bæði hvað varðar gæði, verð og þjónustusvæði. Einnig er fyrirséð að þessi markaður (fyrir sambönd í farsímadreifikerfi) mun hafa víðtæk áhrif á aðra markaði s.s. fyrir ljósleiðaraheimtaugar, bitastraum yfir ljósleiðaraheimtaugar og markað fyrir IP/MPLS kerfi. Þá er skv. 22. tölulið í bréfi Samkeppniseftirlitsins til markaðsaðila, dags. 21. júlí 2022, að Míla muni eftir sem áður fá viðskipti frá Símanum burtséð hvort Míla eigi þar Ljósleiðara og að skuldbindingar verði til staðar skv. fyrir- liggjandi samningi Símans og Mílu þar sem Síminn muni kaupa þjónustu Mílu. Þá verður sá háttur m.a. hafður á að Síminn greiði lágmarksgreiðslur fari Míla í uppbyggingu óháð notkun Símans á umræddri fjárfestingu Mílu og skeykir samkeppnisstöðu annarra enn frekar.

Þá er flutningur fyrrnefndra fjarskiptaeigna brot á sátt sem Símasamstæðan gerði við Samkeppniseftirlitið.

Þrátt fyrir að Síminn hafi selt Mílu til þriðja aðila er niðurstaða þessara gjörða sú að fyrirtækin eru mjög háð hvort öðru. Til að sinna fjarskiptaþjónustu þarf Síminn alltaf að reiða sig á þjónustu frá Mílu og Míla er samhliða háð Símanum um sölu á vörum sínum. Þetta leiðir enn frekar til þeirrar niðurstöðu að þjónustusamningur sé einkakaupasamningur (sbr. umfjöllun í „Bann við einkakaupasamningi milli Símans og Mílu“) og jafnvel þó hann sé ógiltur þá sé tæknileg samþætting fyrirtækjanna með því móti að þau eru ekki sjálfstæðir markaðsaðilar.

[...] <sup>44</sup>

Með flutningi fjarskiptaeignanna eru festar niður forsendur einkakaupasamnings milli Símans og Mílu. Síminn verður í kjölfarið háður tækniþróun og sérfræðingum hjá Mílu til að geta veitt fjarskiptaþjónustu á smásölumarkaði og verður Síminn einnig háður Mílu um að kaupa þjónustu af öðrum heildsölufyrirtækjum. Tæknileg innlokun Símans tryggir síðan enn frekar samningsbundnar greiðslur einka-

<sup>44</sup> Trúnaðarmál.

samnings (20 ára einkakaupasamningi sem framlengist sjálfkrafa um 5 ára í senn nema annar hvor aðilinn óski eftir uppsögn með tveggja ára fyrirvara af hálfu Símans og fimm ára fyrirvara af hálfu Mílu) og viðskipti Símans og Mílu til framtíðar.

Á kvikum markaði ætti Síminn, sem skilvirkur samkeppnisaðili vilja hafa val um að kaupa fjarskiptaþjónustu af öllum birgjum á heildsölustigi í krafti þess að vera einn stærsti kaupandi fjarskiptaþjónustu á heildsölumarkaði.

Míla, sem samkeppnisaðili annarra heildsölufyrirtækja, hefði ekki aðgang að viðskiptaupplýsingum annarra markaðsaðila. Með enska ákvæði í einkakaupasamningi sem liggur fyrir Samkeppniseftirlitinu milli Símans og Mílu þá hefði Míla ávallt aðgang að umræddum upplýsingum ef Síminn fær hagstæðari boð frá öðrum markaðsaðilum. Þó er sá hængur á máli að í skjölum kemur fram að Símanum standi til boða „heildarþjónusta“ sem er nokkuð sem enginn annar markaðsaðili getur boðið eins og Míla í kjölfar framangreindrar eignafærslu sem fór fram 2020/2021 frá Símanum til Mílu. Enginn annar aðili á íslenskum fjarskiptamarkaði heldur á viðlíka innviðum eins og Míla eftir færslu. Ljósleiðarinn býr t.a.m. ekki fyrir farnetsþjónustu, útlandagátt, RAN og/eða farsímasendum.

Flutningur Símans á farsímadreifikerfi til Mílu getur einnig haft þau áhrif að Míla geti notað 5G tækni til að draga úr ljósleiðaravæðingu, t.a.m. til heimila, á landsbyggðinni.

Með vöndlun á farnets- og fastlínusamböndum getur Míla boðið fjarskiptafyrirtækjum upp á vörur sem aðrir aðilar á heildsölumarkaði geta ekki.

Markaður fyrir sambönd í farsímasenda mun vaxa ört í nánustu framtíð og verða mikilvægur markaður fyrir heildsölufyrirtæki. Það er mikilvægt að fjarskiptafélög hafi aukið val og að öryggi sé aukið með tvítengingu farsímasenda í auknum mæli. Ef farsímadreifikerfið yrði áfram í eigu Símans yrðu innkaupum á samböndum í sendana stýrt af Símanum, en ekki Mílu. Síminn hefði þá augljósa fjárhags- og samkeppnislega hvata til að hafa val um að kaupa sambönd af sem flestum birgjum á heildsölumarkaði en ekki vera bundinn við einn birgja. Markaður farsímasenda mun leiða sölu á bandvíðum samböndum í nánustu framtíð.

Ef farsímadreifikerfið verður áfram í höndum Mílu er félagið nánast í einokunarstöðu á samböndum að farsímasendum fyrir farsímaþjónustu Símans/Mílu. [...] <sup>45</sup> Ef sendastaðir og/eða dreifikerfi fyrir þá væru áfram í eigu Símans og staðsetningar

<sup>45</sup> Trúnaðarmál.



þeirra gefnar upp þá hefðu aðrir markaðsaðilar möguleika á að keppa um sambönd í sendana og eftl þannig samkeppni í verðum og framboði á þjónustu.

Ljósleiðarinn hefur ítrekað bent eftirlitsaðilum á dæmi um aðstæður þar sem Símasamstæðan hefur komið sér undan kvöðum sem lagðar hafa verið á fyrirtækið á grundvelli markaðsgreininga Fjarskiptastofu, með því að beita fyrir sér tæknilegri högun eða mistúlkun á skýringu er varðar útfærslu kvaða skv. ákvörðunarorðum. Dæmi um slíkt er rakið í viðauka A með ákvörðun nr. 5/2021 frá Fjarskiptastofu. Í málsgrein 1496 og áfram eru rakin sjónarmið Ljósleiðarans varðandi ljóslínur Mílu (sem tilheyra lúkningarhluta leigulína) og hegðun á markaði m.t.t. GPON aðgangsnets Mílu. Með víðtækara eignasafni, og allt á einni hendi, þá skapast enn frekari tækifæri til slíkrar hegðunar.<sup>46</sup>

### 3.3 Ardian býður engin skilyrði til þess að mæta þessum skaðlegu áhrifum

Ardian leggur ekki til nein skilyrði til þess að mæta þeim skaðlegu áhrifum sem stafa af yfirfærslu umræddra fjarskiptakerfa til Mílu. Þannig taka skilyrðin á engan hátt á þeim mikla samkeppnislega vanda sem leiðir af flutningi fjarskiptaeigna frá Símanum til Mílu þ.e. farsímadreifikerfi, IP/MPLS kerfi, útlandagátt og Internet.<sup>47</sup> [... ]<sup>48</sup>

Að mati Ljósleiðarans blasir við að taka verður tillit til yfirfærslu kerfanna til Mílu við mat Samkeppniseftirlitsins á áhrifum þess samruna sem hér um ræðir. Þótt meginreglan sé sú að þær markaðsaðstæður fyrir fjarveru samruna sem nota skal við mat á áhrifum samruna miðist við það tímamark þegar samruni var tilkynntur, eru

<sup>46</sup> Sjá mgr. 1505 í viðauka A í ákvörðun nr. 5/2021 : „Að ofangreindu virtu er það mat PFS að Símasamstæðan hafi bæði hvata og möguleika til að beita lóðréttri samþættingu sinni þannig við verðlagningu heildsölu- og smásöluvara sinna að samkeppnisleg röskun fylgi, hvort sem það er á smásölu- eða heildsölustigi, allt eftir því hvar megin víglínan liggur hverju sinni í samkeppninni á fjarskiptamarkaði. Til skamms tíma gæti samstæðan freistast til að verðleggja heildsöluvörur sínar lágt til að gera samkeppnisaðilum á heildsölustigi erfitt fyrir og jafnvel bolað þeim af markaði. Ljóst er að slíkt myndi síðar til lengri tíma litid leiða til hærri verða á heildsölustigi og minni samkeppni á frálíggjandi mörkuðum, hærri verða til neytenda og færri valkosta fyrir þá“ – þetta á enn frekar við um Mílu eftir eignatilflutninginn yfir á einu og sömu höndina.

<sup>47</sup> Með Interneti er verið að vísa í svokallað AS (e. „Autonomous System“) skráningu ásamt tilheyrandi mengjum af IP tölum sem áður tilheyrði Símanum. AS númer Símans er AS667. Eignin virðist ekki hafa verið formlega færð yfir á Mílu, en Míla er tilgreind sem eigandi á yfirlitssíðu hjá Reykjavík Internet Exchange (RIX). Sjá <https://www.rix.is/connected>. Viðkomandi eign kemur ekki með beinum hætti fram í skráningarlýsingu sem send var Samkeppniseftirlitinu. Einnig er verið að vísa í samtengingar við önnur fjarskiptanet í gegnum RIX eða beint við innlend eða erlend fjarskiptafyrirtæki.

<sup>48</sup> Trúnaðarmál.

ymsar undantekningar frá þeirri meginreglu. Þróun í dómaframkvæmd allra síðustu ára innan Evrópu hefur einmitt verið í þá átt að samkeppnisyfirvöld verði að leitast við að útiloka skipulagða hegðun samrunaaðila, til þess að tryggja að raunveruleg og rétt samkeppnisskilyrði í fjarveru samruna séu lögð til grundvallar við mat á skaðlegum áhrifum hans, sbr. m.a. M.5830 Olympian Eagan I. Yfirlýsing umræddra fjarskiptakerfa telst ekki til utanaðkomandi aðstæðna eða atburða heldur til aðstæðna sem Síminn hafði fulla stjórn á og var framkvæmd ekki síst í þeim tilgangi að gera Mílu að söluhæfara fyrirtæki, svo sem viðurkennt er í 3. kafla í umsögn Símans frá 15. júlí 2022. Yfirlýsing kerfanna stendur að mati Ljósleiðarans í slíku röklegu samhengi við sölu Mílu og þar með samruna málsins, að það er algerlega nauðsynlegt að líta til yfirlýsingunnar við mat á áhrifum samrunans, á þann hátt að þær markaðsaðstæður fyrir samruna sem líta skal til, miðist við að umrædd kerfi væru enn hjá Símanum. Önnur nálgun gefur ranga mynd af áhrifum samrunans.

## 4. Samhæfð hegðun keppinauta á mörkuðum

### 4.1 Styrking á markaðsráðandi stöðu Mílu mun magna hættu á samhæfðum aðgerðum

Samkeppniseftirlitið segir í frummati sínu að samruninn og samtímagögn sem aflað var vegna hans séu til marks um aukna hættu á samhæfðum aðgerðum keppinauta í gagnaflutningi sem takmarkað geta möguleika annarra en Mílu til að sinna gagnaflutningi um stofnlínunet, IP-MPLS net og eftir atvikum utanlandsgáttir/útlandasambönd.<sup>49</sup>

Ljósleiðarinn hefur ítrekað bent á að í undanfara samrunans og við undirbúning sölu á Mílu flutti Síminn tiltekin fjarskiptakerfi yfir til Mílu um áramótin 2020/2021. Að mati Ljósleiðarans er flutningurinn skýlaust brot á efni sáttarinnar við Samkeppniseftirlitið frá 2015. Það var og er enn mikilvæg ástæða þess að tiltekin fjarskiptakerfi voru skilin eftir í Símanum við gerð sáttanna 2013 og 2015, þ.e. IP-MPLS kerfi og internetgátt, gagnaflutningskerfi fyrir aðgangsleið 4 og internetþjónustu, talsímakerfi, farsímakerfi og sjónvarpskerfi enda kerfin talin mikilvæg fyrir heildsöluþjónustu heildsölusviðs Símans og samkeppni á heildsölumarkaði. Skilyrt staðsetning tiltekinna kerfa er ætlað að vega upp á móti neikvæðum áhrifum lóðréttrar samþættingar, takmarka samkeppnislegt forskot sem af henni leiddi og koma í veg fyrir hvata og getu til þess að nýta þá aðstöðu og beita samkeppnis-

<sup>49</sup> Sjá frummat, mgr. 108.

hömlum. Fela fyrir mæli sáttarinnar, sem Síminn og Míla hafa samþykkt að una, í sér verulegatakmörkun á möguleikum Símans til að beita áhrifum sínum gagnvart Mílu.

Eftir flutning fjarskiptakerfa frá Símanum yfir til Mílu hefur félagið yfir að ráða kerfum og búnaði til þess að búa til og bjóða fram vörur og þjónustu sem ekkert annað fjarskiptafyrirtæki á markaði hefur yfir að ráða og hefur þannig algera yfirburði yfir alla aðra aðila á heildsölumörkuðum fjarskiptaþjónustu til að vöndla saman þjónustu og ná fram netáhrifum. Í samkeppnisrétti er gengið út frá því að vöndlun ólíkra þjónustuþátta sé almennt séð ekki skaðleg samkeppni ef jafn skilvirkir keppinautar hafa sömu möguleika til að keppa í hinu vöndlaða vöruframboði. Þessi staða er ekki uppi á þeim mörkuðum sem samruninn nær til. Það er hrein rangfærsla sem fram kemur í bréfi Símans frá 15. júlí 2022 þar sem segir að „...Ljósleiðarinn bjóði upp á sama vöruframboð þ.m.t. sambærileg kerfi og þau kerfi sem seld voru frá Símanum til Mílu.“<sup>50</sup> Nægir þar að nefna að Ljósleiðarinn hefur ekki yfir að ráða RAN-kerfi líkt og flutt var yfir í Mílu frá Símanum. Að auki hefur Ljósleiðarinn í dag ekki yfir að ráða 5 ljósleiðaraþráða landshring líkt og Míla hefur haft yfir að ráða síðan félagið var stofnað árið 2007, ásamt umfangsmiklu ljósleiðarakerfi út frá honum, en þrátt fyrir nýgerðan leigusamning Ljósleiðarans við utanríkisráðuneytið þann 30. júní 2022 um leigu á ljósleiðarapari [...] <sup>51</sup>.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samruni á markaði sem einkennist af mikilli samþjöppun geti haft verulega skaðleg áhrif á samkeppni. Þetta eigi sérstaklega við um samrunann sem hér er til umfjöllunar þar sem markaðsstyrkur Mílu er mjög mikill fyrir<sup>52</sup> og fyrirséð er að félagið muni eftir samrunann styrkjast enn frekar á þeim mörkuðum þar sem samþjöppun á þeim er þegar mikil.

Þessi sterka staða Mílu, sem og aðrir þættir, magna einnig upp áhrifin af flutningi fjarskiptaeignanna. Netáhrif (e. *Network effect/network externality*) hafa veruleg áhrif á samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Samkeppniseftirlitið hefur fjallað um mátt netáhrifa á tilteknum samkeppnismörkuðum. Netáhrif leiða til þess að fyrirtæki verða þeim mun vænlegri í augum neytenda eftir því sem heildarfjöldi viðskiptavina þeirra er meiri.<sup>53</sup> Fjarskiptamarkaðir eru dæmi um markaði þar sem netáhrifa gættir í miklum mæli en þar má ná fram netáhrifum með hvers konar vöndlun á vörum og

<sup>50</sup> Sjá bréf Símans, mgr. 204.

<sup>51</sup> Trúnaðarmál.

<sup>52</sup> Sjá töflu í frummati, mgr. 45.

<sup>53</sup> Skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008, Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi, kafli 1.2.3, bls. 32 o.áfr.

þjónustum sem stefna að tilteknu markmiði, þ.e. að auka fjölda notenda á neti og þar með ná fram auknum netáhrifum.

Á fjarskiptamörkuðum, þar sem samþjöppun er mikil og markaðsráðandi fyrirtæki geta beitt vöndlun, sem aðrir jafnskilvirkir samkeppnisaðilar geta ekki boðið, magnast netáhrif til muna. Þau geta m.a. komið fram í því að kippa rekstrargrundvellingnum undan samkeppnisaðilum sem ekki geta boðið upp á eða vöndlað saman sömu þjónustu (staðgönguþjónustu) og samkeppnisaðilar ná ekki fram sömu samlegð og hagkvæmni þegar netáhrifin hafa náð fótfestu á markaði. Netáhrif kunna við fyrstu sýn að leiða til betri verða og þjónustu fyrir neytendur en langtímaáhrif þeirra eru að þau leiða auðveldlega til einokunarstöðu sem aftur leiðir til minni tækniþróunar og verðhækkana á vörum og þjónustu til lengri tíma.

Ein skilvirkasta leiðin til að sporna við hættu á samhæfðum aðgerðum keppinauta er að tryggja markaðsgerð þar sem fyrir eru a.m.k. tvö eða fleiri grunnnet sem geta boðið mörkuðum upp á staðgönguvörur og þjónustu. Með því er komið í veg fyrir aðstöðu og samhæfð áhrif sem annars kunna að koma fram, verðhækkana og annarra skaðlegra áhrifa fyrir samkeppni, auk þess hægja á tæknilegum framförum og þróun á þjónustuframboði.

#### Viljayfirlýsingin í Kauphöllinni 19. desember 2019<sup>54</sup>

Í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um samhæfð áhrif í frummati sínu er m.a. vísað til tilkynningar til Kauphallarinnar þann 19. desember 2019 þar sem greint var frá því að Síminn hf., Sýn hf. og Nova hf. hefðu undirritað viljayfirlýsingu um viðræður um möguleika á samnýtingu og samstarfi við uppbyggingu fjarskiptainniða.<sup>55</sup>

Fram kemur að Samkeppniseftirlitið hafi aflað gagna hjá samrunaaðilum sem sýni „...að ein af megin forsendum samrunans séu að umrætt samstarf, sem ráðgert var fyrst með viljayfirlýsingunni árið 2019, muni ná fram að ganga. Í þessu sambandi má nefna að samkvæmt áreiðanleikakönnun sem unnin var fyrir Símann er gert ráð fyrir að gagnaflutningur muni stóraukast á næstu árum m.a. vegna uppbyggingar ljósleiðara, háhraða farneta og þróunar á tækni eða hegðun neytenda“.<sup>56</sup> Fram kemur að í áreiðanleikakönnunni er fjallað um áætlanir um mjög umfangsmikið framtíðar-

<sup>54</sup> <https://www.globenewswire.com/en/news-release/2019/12/19/1962958/0/is/S%C3%BDn-hf-S%C3%ADminn-hf-S%C3%BDn-hf-og-Nova-hf-hafa-undirrita%C3%B0-viljayfirl%C3%BDsingu-um-vi%C3%B0r%C3%A6%C3%B0ur-um-m%C3%B6guleika-%C3%A1-samn%C3%BDtingu-og-samstarfi-vi%C3%B0-uppbyggingu-fjarskiptainnvi%C3%B0a.html>

<sup>55</sup> Sjá frummat, mgr. 97, bls. 9.

<sup>56</sup> Sjá frummat, mgr. 98.

samstarf fjarskiptafélaga fyrir gagnaflutning um stofnlínur og mögulega útlandsambönd. Er þetta samstarf nefnt „Backbone Alliance“ (grunnkerfa bandalagið). Virðist lagt til grundvallar að Míla, Síminn, Sýn og Nova muni mynda þetta grunnkerfa bandalag.<sup>57</sup>

Samkvæmt samstarfinu um gagnaflutning er m.a. skýrt gefið til kynna að Míla muni sinna framtíðar gagnaflutningi Nova og Sýnar um stofn- og leigulínur vegna fastlínu- og farnetsþjónustu félaganna utan höfuðborgarsvæðisins. Virðist hann eiga að nema 50% af framtíðar gagnaflutningi Nova, 30% af flutningi Sýnar og 50% af flutningum annarra fjarskiptafélaga. Áætlað er að Míla muni sinna 33% af framtíðar gagnaflutningsþörfum þriðju aðila (annarra en Símans) utan höfuðborgarsvæðisins árið 2023, 67% árið 2024 og að það aukist í 100% fram til ársins 2030.<sup>58</sup>

Í þessu samhengi er vísað til þess að Sýn hefur lengi rekið sitt eigið stofnnet með ljósleiðaraneti og eigin IP-MPLS kerfi, aðallega til eigin nota, en einnig í heildsölu til annarra fjarskiptafélaga. Sýn hefur því verið keppinautur Mílu á heildsölumörkuðum, auk þess að vera einn helsti keppinautur Símans á smásölumörkuðum, og raunar eini keppinautur Símans sem býr yfir eigin IPTV þjónustu.

[...].<sup>59</sup>

Samkeppniseftirlitið segir í frummati sínu að samruninn og samtímagögn sem aflað var vegna hans séu til marks um aukna hættu á samhæfðum aðgerðum keppinauta í gagnaflutningi sem takmarkað geta möguleika annarra en Mílu til að sinna gagnaflutningi um stofnlínunet, IP-MPLS net og eftir atvikum utanlandsgáttir/útlandsambönd. Óskar Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir sjónarmiðum hagaðila á því hvort þeir telji að framangreind möguleg samhæfing eða samstillt áhrif samrunans, sem samtímagögn í málinu lýsa og Ardian mótmælir ekki að unnið verði að, nái samruninn fram að ganga, stórefli samkeppni eins og fyrirtækið heldur fram eða takmarki hana.<sup>60</sup>

Í athugasemdum Símans<sup>61</sup> er þeirri niðurstöðu í frummati hafnað, að lárétt áhrif séu fyrir hendi á grundvelli hugmynda um svonefnt „Backbone Alliance“. Jafnframt hafnar Síminn staðhæfingum um að ætlað samstarf hefði í för með sér samhæfða hegðun. Í umfjöllun Símans um efni og þýðingu Kauphallaryfirlýsingarinnar frá 19.

<sup>57</sup> Sjá frummat, mgr. 99.

<sup>58</sup> Sjá frummat, mgr. 100.

<sup>59</sup> Trúnaðarmál.

<sup>60</sup> Sjá frummat, mgr. 108.

<sup>61</sup> Sjá bréf Símans, mgr. 103 o.áfr.

desember 2019 í þessu samhengi segir m.a. að „...viljayfirlýsingar eru eðli málsins samkvæmt yfirlýsingar þar sem gefin eru til kynna ákveðin markmið eða áform um samninga síðar meir. Þær feli ekki í sér ótvíræðar skuldbindingar líkt og á við um loforð“.<sup>62</sup> Bendir Síminn á í þessu samhengi að frá því að yfirlýsingin var undirrituð og birt í Kauphöllinni hefur „...enginn samningur verið gerður eða félögin undirgengist aðrar skuldbindingar hvað þetta varðar“. Þá segir einnig að „[s]amkvæmt 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 nánu samstarfi með Fjarskiptastofu“.<sup>63</sup>

#### The „Backbone Alliance“

Í bréfi Símans er fullyrt að kynningar á samstarfi, kynnt undir heitinu „Backbone Alliance“ lýsi „ekki fyrirhuguðu mögulegu samstarfi ... heldur einfaldlega því að ætla meggi að eignarhald á Mílu ótengt Símanum auki möguleika félagsins á auknum viðskiptum frá samkeppnisaðilum Símans. Verði viðskiptin að veruleika meggi 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“.<sup>64</sup>

Orðið „alliance“ felur í sér samband eða bandalag sem aðilar stofna um sameiginlega hagsmuni eða markmið. Orðið „backbone“ í fjarskiptum vísar til háhraðaneta sem tengja saman ólíka hluta net- og fjarskiptakerfa og aðgangsneta, t.d. stofnlínunet. Að mati Ljósleiðarans getur „Backbone Alliance“, í þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið vísar til, ekki lýst öðru en bandalagi um sameiginlega hagsmuni og markmið aðila um nýtingu á fjarskiptakerfum Mílu til að bjóða fjarskiptaþjónustu. Eru skýringar Símans<sup>65</sup> því sérkennilegar og ótrúverðugar í ljósi aðstæðna og þeirra gagna sem vísað er til.

<sup>62</sup> Sjá bréf Símans, mgr. 105.

<sup>63</sup> Sjá erindi Símans, mgr. 109.

<sup>64</sup> Sjá bréf Símans, mgr. 111.

<sup>65</sup> Sjá bréf Símans, mgr. 112 o.áfr.

Það bandalag sem virðist vera lýst í frummati Samkeppniseftirlitsins, sem hvort tveggja er lóðrétt og lárétt leiðir auðveldlega til útilokunaráhrifa og skaðlegra samkeppnislegra áhrifa, s.s. hömlun á aðgangi að netum og þjónustum auk annars konar mismununar.

Inntak hugtaksins „samningur“ og „samþykktir“ í samkeppnisrétti ekki það sama og samningur í skilningi samningaréttar

Ljósleiðarinn bendir einnig á að einkenni á virkum samkeppnismarkaði er að hver og einn tekur sjálfstætt ákvarðanir um aðgerðir á markaði sem hann svo hrindir í framkvæmd án þess að markaðsaðili sé í beinum eða óbeinum samskiptum við aðra samkeppnisaðila. Framangreind umfjöllun Símans sýnir fullum fetum samráð aðila á markaði, bæði lárétt og lóðrétt, um sameiginlegar markaðsaðgerðir og markmið.

Hvorki íslenskur né evrópskur samkeppnisréttur gerir greinarmun á lóðréttum eða láréttum samskiptum þegar hugtakið „samningar“ eða „samþykktir milli fyrirtækja“ í skilningi samkeppnisréttar eru metin. Evrópudómstóllinn hefur í dómi skilgreint hugtakið samningur þannig:

„...the concept of an agreement within the meaning of Article [101 TFEU] centres on the existence of a concurrence of wills between at least two parties, the form in which it is manifested being unimportant so long as it constitutes the faithful expression of the parties' intention“.<sup>66</sup>

Víðtæk skýring á hugtakinu samningur í dómnum hefur meðal annars þær afleiðingar að ákvæði 101. gr. TFEU—og þar með ákvæði 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005—nær ekki einungis til samráðs sem stofnað er til á grundvelli bindandi samnings í skilningi samningaréttar, heldur nær það til mun fleiri beinna og óbeinna tilvika og forms. Þannig hefur heiðursmannasamkomulag (e. Gentleman's agreements) verið fellt undir ákvæði 101. gr. TFEU<sup>67</sup>, einfaldar og óskuldbindandi viljayfirlýsingar (e. Memorandum of understanding),<sup>68</sup> almennar leiðbeiningar sem aðilar á markaði tileinka sér og fara eftir<sup>69</sup> og munnlegt samkomulag<sup>70</sup> verið talin fela

<sup>66</sup> Sjá sameinuð meál nr. C-2/01 og nr. C-3/01 P, Bundesverband de Arzneimittel-Importeure eV & Commission v Bayer [2004] ECR I-23, mgr. 69.

<sup>67</sup> Sjá t.d. mál nr. 41/69, ACF Chemie farma NV v. Commission [1970] ECT 661.

<sup>68</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli National Panasonic, mál IV/30.070 [1982] OJ L 354/28.

<sup>69</sup> Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli Anheuser-Busch Incorporated/Scottish & Newcastle (Case IV/34.237/F3), [2000] OJ L 49/37.

<sup>70</sup> Sjá mál nr. 28/77, Tepea v Commission [1978] ECR 1391.

í sér samning í skilningi 101. gr. TFEU á sama hátt og um bindandi samning að lögum væri að ræða, jafnvel þó hann hafi aldrei komið til framkvæmda. Lykilatriði hér er að „samningur“ og „samþykktir“ í skilningi 101. gr. og 10. gr. samkeppnislaga hafa ekki jafn afmarkaða og þrönga merkingu í samkeppnisrétti og sama hugtak hefur í samningarétti. Þannig er ekki hægt að einskorða hugtakið „samningur“ og „samþykktir“ við samninga sem fela í sér loforð í skilningi samningaréttar eins og haldið er fram í athugasemdum Símans.

#### Yfirlýsing til Kauphallarinnar hefur ekki verið dregin til baka

Líkt og ráða má af umfjöllun Símans er lítið gert úr yfirlýsingu aðila um „Backbone Alliance“ þrátt fyrir tilkynningu til Kauphallarinnar og því haldið fram að þróun þeirra viðræðna hafi á endanum leitt til þess að samstarfið hafi ekki raungerst. Frá því hafi í reynd verið horfið.

Síminn er hlutafélag sem skráð á markað og ber því að birta í Kauphöll veigamiklar upplýsingar í starfsemi sinni og sem máli kunna að skipta fyrir fjárfesta. Birting upplýsinga í Kauphöll má ekki orka tvímælis og verður að gefa markaðnum rétta og raunsanna mynd af því sem um ræðir ella er hætt við að villt sé um fyrir markaðnum.

Sama dag og viljayfirlýsingin var gerð var tilkynning birt í Kauphöll um hana. Í ákvörðun Símans og Sýnar um að birta efni viljayfirlýsingarinnar í kauphöll felst að Síminn og Sýn hafi metið fyrirætlanir aðila sem veigamiklar og að þær hafi haft verulega þýðingu fyrir starfsemi og rekstur félagsins. Hafi það leitt til þess að ástæða sé til að upplýsa fjárfesta sérstaklega þar um.

Síminn heldur því fram að í reynd hafi verið horfið frá þeim fyrirætlunum sem viljayfirlýsingin tekur til. Ætla má að það sé ekki rétt enda hefði Síminn í ljósi birtingarskyldu sinnar sem útgefandi hlutabréfa skráð á markað átt að upplýsa markaðurinn um að ákveðið hefði verið að hverfa frá fyrirætlunum aðila sem markaðurinn hefði þegar verið upplýstur um. Enda má ætla að upplýsingar þar um skipti fjárfesta verulegu máli við mat á því hvort kaupa eða selja eigi hlutabréf í félaginu.

Engin tilkynning hefur hins vegar verið birt í Kauphöll um að aðilar að viljayfirlýsingunni hafi afráðið að hverfa frá þeim fyrirætlunum sem viljayfirlýsingin tekur til. Ekki verður önnur ályktun dregin af þessu en að samstarfið og fyrirætlanir



sem tilkynntar voru séu enn til staðar þar sem aðeins er til staðar tilkynning á markaði dags. 19. desember 2019.<sup>71</sup>

#### 4.2 Engin skilyrða Ardian koma í veg fyrir eða takmarka skaðleg áhrif

Engar af þeim tillögum að skilyrðum, hvorki hvert og eitt eða eitt eða fleiri til saman, sem lagt er til að Míla undirgangist í tengslum við kaup Ardian á öllu hlutafé í Mílu af Símanum koma í veg fyrir eða draga úr þeim skaðlegu áhrifum sem samruninn hefur í för með sér og leitt getur til samhæfðrar hegðunar keppninauta á markaði. Í reynd koma engar tillögur eða skilyrði fram á þessu augljósa og stóra vandamáli, sem mun aukast verði samruninn heimilaður. Það er alfarið í höndum samrunaaðila að koma með tillögur að skilyrðum sem koma í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál og skaðlegu áhrif sem að framan hefur verið lýst. [...].<sup>72</sup>

Umbj. minn tekur sérstaklega fram að tilteknir hlutar bréfs þessa skulu skoðast sem trúnaðarupplýsingar.

Undirritaður lögmaður veitir góðfúslega frekari upplýsingar.

Virðingarfyllst,

fyrir hönd

Ljósleiðarans ehf.,



Hlynur Halldórsson lögmaður

<sup>71</sup> <https://www.globenewswire.com/en/news-release/2019/12/19/1962958/0/is/S%C3%BDn-hf-S%C3%ADmnn-hf-S%C3%BDn-hf-og-Nova-hf-hafa-undirrita%C3%B0-viljayfirl%C3%BDsingu-um-vi%C3%B0r%C3%A6%C3%B0ur-um-m%C3%B6guleika-%C3%A1-samn%C3%BDtingu-og-samstarfi-vi%C3%B0-uppbyggingu-fjarskiptainnvi%C3%B0a.html>

<sup>72</sup> Trúnaður.