

# ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

## Úrskurður

### úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála

í máli nr. 3/2021

**Kæra á ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 5/2021, um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b).**

#### I. Hin kærða ákvörðun og kröfur aðila

1. Með tveimur kærur, báðar dags. 15. nóvember 2021, hafa annars vegar Míla ehf. (Míla) og hins vegar Síminn hf. (Síminn), kært ákvörðun Fjarskiptastofu (FST), nr. 5/2021, um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b), til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála (ÚFP).
2. Aðilar málsins hjá FST voru Míla ehf. og Síminn hf. Sömu aðilar eru aðilar að kærumáli þessu.
3. Af hálfu Mílu er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni. Til vara er þess krafist að ákvörðunin verði felld úr gildi, eða henni eftir atvikum breytt, hvað varðar þá þætti hennar sem úrskurðarnefnd felst á að haldnir séu ógildingarannmörkum.
4. Af hálfu Símans er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni. Til vara er þess krafist að 5. og 10. liðir ákvörðunarinnar verði felldir úr gildi.

#### II. Helstu málsatvik

5. Upphaf málsins má rekja til upphafs árs 2018, þegar Póst- og fjarskiptastofnun (PFS), nú Fjarskiptastofa (FST), hóf vinnu við greiningu markaða. Þann 30. apríl 2020 birti PFS frumdrög til samráðs á annars vegar heildsölumarkaði fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og hins vegar heildsölumarkaði fyrir miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b). Var hagsmunaaðilum boðið að gera athugasemdir við frumdrögin og fyrirhugaða niðurstöðu. Athugasemdafresti vegna samráðsins lauk hinn 10. júlí 2020. Kærendur, ásamt öðrum hagsmunaaðilum, skiluðu inn athugasemdum. PFS vann svo úr framkomnum athugasemdum hagsmunaaðilum og gerði grein fyrir þeim í sérstöku skjali, sem er að finna í viðauka B, við hina kærðu ákvörðun.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

6. Í kjölfar fyrri athugasemda efndi PFS hinn 30. október 2020 til afmarkaðs auka samráðs um tiltekin atriði í frumdrögunum, en fjarskiptafyrirtækjum voru sendar ýmsar fyrirspurnir m.a. í þeim tilgangi að PFS fengi betri mynd af áformum um fjárfestingar í ljósleiðaraheimtaugum. Samráðinu lauk hinn 27. nóvember s.á. og skiluðu kærendur, ásamt öðrum hagsmunaaðilum, inn frekari athugasemdum.
7. Greiningar á mörkuðum 3a og 3b voru uppfærða til samræmis við áform um breytingar sem PFS kynnti í aukasamráði 30. október 2020 og með tilliti til þeirra athugasemda, úr samráði og auka samráði, sem teknar voru til greina. Uppfærðar greiningar er að finna í viðauka A við hina kærðu ákvörðun.
8. Greining og ákvörðun um kvaðir, sem er að finna í hinni kærðu ákvörðun, leystu af hólmi greiningu og ákvörðun fyrir markaði 4 og 5, sbr. ákvörðun nr. 21/2014, en sú ákvörðun var birt þann 13. ágúst 2014. Markaður 4 var hliðstæður markaði 3a og markaður 5 var hliðstæður markaði 3b, en skilgreiningum markaðanna var breytt að nokkru leyti með tilmælum Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA), um viðkomandi markaði, frá 11. maí 2016. Niðurstaða greiningar á markaði fyrir heildsöluáfgang að föstum aðgangsnæti (markaður 4) árið 2014 var á þá leið að Míla hefi umtalsverðan markaðsstyrk og í framhaldi af þeirri greiningar voru lagðar tilteknar kvaðir á fyrirtækið. Sama var uppi á teningnum á markaði fyrir breiðbandsafgang í heildsölu (markaður 5).
9. Í þessum kafla verður stuttlega vikið að hinni kærðu ákvörðun en í niðurstaðakafla úrskurðar þessa verður nánar vikið að niðurstöðu Fjarskiptastofu, að teknu tilliti til athugasemda kærenda.
10. Markaður 3a, heildsölumarkaður fyrir staðarafgang með fasttengingu, samanstendur samkvæmt greiningu FST af aðgangi að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum. FST skilgreindi hinn landfræðilega markað 3a þá sem landið allt.
11. Fjarskiptastofa komst að þeirri niðurstöðu, að lokinni landfræðilegri greiningu á umræddum markaði, að þrátt fyrir nokkuð mismunandi samkeppnisaðstæður milli sveitarfélaga væru þær ekki nægjanlega ólíkar til að réttlæta aðgreinda landfræðilega markaði. Var þó ætlun FST að beita mismunandi kvöðum í 17 sveitarfélögum af 69, en þar búa um 70% íbúa landsins, þar sem ríkir að mati FST meiri samkeppni en á öðrum svæðum.
12. Samkvæmt forsendum hinnar kærðu ákvörðun er Míla með mestu markaðshlutdeildina á viðkomandi markaði, eða um 57% af markaðnum miðað við fjölda kopar- og ljósleiðaraheimtauga í notkun á landsvísi í árslok 2020, á meðan GR ( nú Ljósleiðarinn) kemur næst með mun minni hlutdeild eða 36%. Markaðshlutdeild Mílu hefur lækkað úr því að vera 83% í árslok 2013 en þrátt fyrir það taldi FST markaðshlutdeild Mílu það há að hún gæfi mjög sterka vísbending um umtalsverðan markaðsstyrk.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

13. Að mati FST rennir fleira stöðum undir þessa niðurstöðu um umtalsverðan markaðsstyrk Mílu, svo sem heildarstærð, arðsemi og efnahagslegur styrkleiki Símasamstæðunnar, aðgangshindranir, þ.á m. lóðrétting samþætting Símasamstæðunnar og stærðar- og breiddarhagkvæmni Mílu sem og skortur á samkeppni. Míla hafi ennþá yfir að ráða eina aðgangnetinu sem er nánast landsdekkandi og hefur verið í stórfelldum fjárfestingum í ljósleiðaranetum á undanförunum árum. Þá sé staða Símasamstæðunnar enn mjög sterk og hafi markaðshlutdeild Símans á frálíggjandi smásölumarkaði verið nokkuð stöðug síðustu árin og stóð rúmlega í 46% í árslok 2020.
14. Niðurstaða ákvörðunar FST, varðandi markað 3a, var að útnefna Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk í samræmi við 2. mgr. 17. gr., sbr. 18. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003. Þá var það enn fremur niðurstaða FST að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, en saman myndi félögin eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar.
15. Með hinni kærðu ákvörðun viðhélt FST kvöðum á Mílu. Taldi FST kvaðirnar að mörgu leyti þær sömu og gilt höfðu, þó með nokkrum viðbótum og að nokkru leyti með breyttri útfærslu. Samkvæmt ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar lagði FST eftirfarandi kvaðir á Mílu ehf. á markaði 3a, með vísan til 27. – 32. gr. laga nr. 81/2003 og með vísan til nánari lýsingar í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
  - a) Kvöð um að veita aðgang. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: *„Míla skal verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um staðar-aðgang á heildsölustigi, að kopar- og ljósleiðaranetum sínum, hvort sem um er að ræða fullan eða skiptan aðgang. Enn fremur skal veita aðgang að tengdri aðstöðu og þjónustu. Þar sem ekki er mögulegt að veita aðgang að efnislegri heimtaug skal Míla bjóða upp á VULA sýndarlausn sem komið getur að sömu notum. Míla skal veita aðgang að rörum, lagnaleiðum og jarðvegs- og lagnaframkvæmdum. Birta skal upplýsingar um rör og lagnaleiðir, jarðvegs- og lagnaframkvæmdir og breytingar á fyrirkomulagi aðgangs með þeim hætti sem lýst er í kafla 2.1 í ákvörðun þessari. Skylda til að veita aðgang að rörum og lagnaleiðum, auglýsingaskylda Mílu að því er jarðvegsframkvæmdir varðar og regla um 5 ára frest til að upplýsa um yfirfærslu netkerfa, gilda ekki í þeim 17 sveitarfélögum þar sem meiri samkeppni ríkir, en þau eru þessi miðað við aðstæður í dag: Reykjavíkurborg, Kópavogsbær, Seltjarnarnesbær, Garðabær, Hafnarfjarðarkaupstaður, Mosfellsbær, Akraneskaupstaður, Svalbarðsstrandarhreppur, Grýtubakkahreppur, Tjörneshreppur, Hveragerðisbær, Sveitarfélagið Ölfus, Flóahreppur, Ásahreppur, Fljótsdalshreppur, Rangárþing ytra og Skeiða- og Gnúpverjahreppur. Fjarskiptastofa mun árlega endurskoða þennan lista yfir sveitarfélög þar sem vægari kvaðir gilda, með tilliti til þeirra forsendna sem fram koma í kafla 6 í Viðauka A.“*
  - b) Kvöð um að gæta jafnræðis gagnvart öllum fjarskiptatækjum sem kaupa staðaraðgang með fastlínu eða aðgang að tengdri aðstöðu. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: *„Aðfangajafnræði (EoI) skal vera til staðar,*

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

*sem og jafnt aðgengi að upplýsingum og jafnir möguleikar til að hafa áhrif á þróun heildsöluvara. Ótengdir aðilar skulu geta líkt eftir vöruframbodi tengdra aðila með sjálfbærum hætti (e. Technical Replicability). Míla og Síminn skulu standast efnahagslegt hermipróf (ERT) hvað varðar ljósleiðaraheimtaugar í eigu og langtímaumráðum Mílu og þjónustur Símasamstæðunnar á fráliggjandi mörkuðum sem byggja á ljósleiðara-heimtaugum. Mílu er skylt að gera gæðaviðmiðunarsamninga (SLA) við alla aðgangskaupendur og gefa út yfirlýsingu um gæðatryggingu (SLG). Míla skal safna saman og birta mánaðarlega tiltekna lykil frammistöðubætti (KPI).“*

- c) Kvöð um gagnsæi. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Míla skal gefa út viðmiðunartilboð um staðaraðgang, tengda aðstöðu og aðgang að rörum og lagnaleiðum. Míla skal m.a. birta opinberlega upplýsingar um skráningu heimtauga og röra og lagnaleiða, tæknilýsingar, einkenni neta, skilmála og skilyrði fyrir afhendingu og notkun og gjaldskrá.“
- d) Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Mílu ber að afhenda Fjarskiptastofa árlega sérgreindan rekstrar- og efnahagsreikning fyrir staðaraðgang, þar sem fram kemur skipting vegna koparheimtauga, ljósleiðaraheimtauga, aðgangs að aðstöðu (hýsing) og aðgangs að rörum og lagnaleiðum, ásamt álitsgerð óháðs endurskoðunaraðila um framkvæmd aðskilnaðar.“
- e) Kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Gjaldskrá fyrir aðgang að koparheimtaugum, ljóslínur í götuskáp, VULA á koparheimtaugum og aðstöðu sem tengist staðaraðgangi á koparheimtaugum skal taka mið af kostnaði. Byggja skal á sögulegum kostnaði sem heimfærður er á viðkomandi þjónustur (HCA FAC). Gjaldskrá Mílu fyrir rör og lagnaleiðir skal vera byggð á sögulegum kostnaði eða verðsamanburði.“
- f) Verðlagning Mílu á ljósleiðaraheimtaugum skuli vera réttlát og sanngjörn og án mismununar. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Gæta skal þess að ekki verði of lítill munur á milli verðs Mílu á heildsöluafköngum og verðs Símasamstæðunnar á fráliggjandi mörkuðum, þ.m.t. smásöluverðs á mikilvægustu áskriftarleiðum Símans sem innihalda internetaðgang. Í því sambandi verður fyrirtækjunum gert að standast efnahagslegt hermipróf (ERT) skv. sérstakri ákvörðun þar um. Mílu er ennfremur bannað að beita skadlegri undirverðlagningu. Míla skal birta gjaldskrá fyrir ljósleiðaraheimtaugar og VULA á ljósleiðaraheimtaugum.“
- g) Kvöð um kostnaðarbókhald varðandi kopar- og ljósleiðaraheimtaugar og tengda aðstöðu, bakfæðingarljóslínur vegna heimtaugaaðgangs, hýsingu og aðgang að rörum og lagnaleiðum. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Skila skal til Fjarskiptastofa lýsingu á kostnaðarbókhaldi og skýrslu óháðs endurskoðunaraðila um samræmi lýsingar og framkvæmdar.“

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

16. Á markaði 3a, lagði FST eftirfarandi kvaðir á Símann hf., með vísan til 27., 30., 31. og 32. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003, og með vísan til nánari lýsingar í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
  - a) Kvöð um að gæta jafnræðis, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum Mílu.
  - b) Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, í tengslum við efnahagslegt hermipróf.
  - c) Kvöð varðandi eftirlit með gjaldskrá, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum Mílu.
  - d) Kvöð um kostnaðarbókhald, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum Mílu.
17. Í hinni kærðu ákvörðun eru framanraktar kvaðir samhliða taldar upp á hendur Mílu og Símans, þ.e.a.s. að FST hafi ákveðið að viðhalda og/eða leggja þar til greindar kvaðir á Mílu og Símann.
18. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun var það niðurstaða greiningar að markaður 3b samanstandi af ýmsum bitastraumslausnum, sem veita tengingu milli endanotenda og aðgangspunkt, sem er miðlægur fjarskiptaneti, og notaðar eru til að veita hefðbudinn internetaðgang ásamt tengdri þjónustu, m.a. IP síma (VoIP) og IPTV. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir um markað 3b, heildsölumarkaður fyrir miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur, samanstandi af óefnislegum lausnum sem boðnar eru miðlægt í kopar- eða ljósleiðaranetum, uppfylla ekki skilyrði til að teljast til markaðar 3a og eru notaðar til að veita miðlægan fjöldaframleidda bitastraumsþjónustu.
19. FST skilgreindi hinn landfræðilega markað 3b sem landið allt, með vísan til þess að þrátt fyrir nokkuð mismunandi samkeppnisaðstæður milli sveitarfélaganna væru þær ekki nægjanlega ólíkar til að réttlæta aðgreinda landfræðilega markaði. Þó ætlaði FST að beita mismunandi kvöðum í 17 sveitarfélögum, þar sem ríkir að mati FST meiri samkeppni en á öðrum svæðum.
20. Frá því að markaðsgreining fór fram árið 2014 hafði markaðshlutdeild Mílu á markaði 3b lækkað úr 65% niður í 57% í árslok 2020. FST taldi að þó markaðshlutdeildin hafi lækkað nokkuð þá sé hún enn svo há að hún gefi mjög sterka vísbendingu um umtalsverðan markaðsstyrk. FST taldi fleira renna stóðum undir niðurstöðu um markaðsstyrk Mílu, svo sem heildarstærð, arðsemi og efnahagslegur styrkleiki Símasamstæðunnar, aðgangshindranir, þ.á. m. lóðrétting samþætting Símasamstæðunnar, stærðar- og breiddarhagkvæmni Mílu og skortur á samkeppni. Míla hafi ennþá yfir að ráða eina aðgangsnétinu sem er nánast landsdekkandi og hafi fjárfest mikið í bitastraumsbúnaði fyrir ljósleiðaranet á undanförunum árum. Þá sé staða Símasamstæðunnar enn mjög sterk og hafi markaðshlutdeild Símans og frálíggjandi smásölumarkaði verið nokkuð stöðug á síðustu árum og stóð í rúmlega 46% í árslok 2020. Það var niðurstaða FST í hinni kærðu ákvörðun að Míla hafi enn umtalsverðan markaðsstyrk á þessum markaði og að það myndi að öllum líkindum ekki breyst á ætluðum líftíma greiningarinnar.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

21. Með hliðsjón af markaðsskilgreiningu þjónustumarkaðar, þar sem bitastraumstengingar um kopar- og ljósleiðaraheimtaugar eru taldar tilheyrja markaðnum, og landfræðilegs markaðar, sem telst vera landið allt, greiningu á samkeppni á viðkomandi markaði og í samræmi við 2. mgr. 17. gr., sbr. 18. gr. laga um fjarskipti, var það niðurstaða FST í hinni kærðu ákvörðun, varðandi markað 3b, að útnefna Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Þá var það enn fremur niðurstaða FST að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markað, með vísan til þess að félögin myndi saman eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar.
22. Með hinni kærðu ákvörðun viðhélt FST kvöðum á Mílu, sem höfðu verið lagðar á félagið með ákvörðun PFS nr. 21/2014, en þó með nokkrum viðbótum og að nokkru leyti með breyttri útfærslu.
23. Á markaði 3b lagði FST eftirfarandi kvaðir á Mílu, með vísan til 27.-32. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003, og með vísan til nánari lýsingu í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
- a) Kvöð um að veita aðgang. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir:
- „Míla skal verða við öllum eðlilegum og sanngjörnum beiðnum annarra fjarskiptafyrirtækja um miðlægan heildsöluaðgang, sbr. skilgreiningu á þjónustumarkaði 3b, hvort sem aðgangurinn er veittur um kopareða ljósleiðaraheimtaugar. Míla skal einnig, ef þess er óskað, annast sendingu á bitastraumnum um stofnlínunet til þess staðar þar sem viðkomandi fjarskiptafyrirtæki hefur tengingu við net Mílu. Míla skal enn fremur veita aðgang að tengdri aðstöðu og þjónustu sem þörf er á í tengslum við miðlægan aðgang. Tilkynna skal um breytingar á fyrirkomulagi bitastraumsaðgangs með þeim hætti sem lýst er í kafla 4.1, en skylda til að tilkynna um breytingar á fyrirkomulagi bitastraums með tveggja ára fyrirvara gildir ekki í þeim 17 sveitarfélögum þar sem meiri samkeppni ríkir, en þau eru þessi miðað við aðstæður í dag: Reykjavíkurborg, Kópavogsbær, Seltjarnarnesbær, Gardabær, Hafnarfjarðarkaupstaður, Mosfellsbær, Akraneskaupstaður, Svalbarðsstrandarhreppur, Grýtubakkahreppur, Tjörneshreppur, Hveragerðisbær, Sveitarfélagið Ölfus, Flóahreppur, Ásahreppur, Fljótsdalshreppur, Rangárþing ytra og Skeiða- og Gnúpverjahreppur. Fjarskiptastofa mun árlega endurskoða þennan lista yfir sveitarfélög þar sem vægari kvaðir gilda, með tilliti til þeirra forsendna sem fram koma í 7. kafla Viðauka A. Mílu er óheimilt að draga til baka bitastraumsbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annarra netrekenda en Mílu þar sem Míla hefur leigt svarta ljósleiðara, gegn vilja umrædds netrekanda, á meðan Síminn veitir ekki þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila. Míla skal tengja bitastraumsbúnað sinn við ljósleiðaraheimtaugar annarra netrekenda, eftir því sem nánar er lýst í kafla 4.1.*

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

- b) Kvöð um að gæta jafnræðis gagnvart öllum fjarskiptafyrirtækjum sem kaupa miðlægan aðgang á kopar- eða ljósleiðaraneti. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Aðfangajafnræði (EoI) skal vera til staðar, sem og jafnt aðgengi að upplýsingum og jafnir möguleikar til að hafa áhrif á þróun heildsöluvara. Ótengdir aðilar skulu geta líkt eftir vöruframbodi tengdra aðila með sjálfbærum hætti (e. *Technical Replicability*). Míla og Síminn skulu standast efnahagslegt hermipróf (ERT) hvað varðar bitastraum á ljósleiðaraheimtaugum í eigu og langtímaumráðum Mílu, sem og á ljósleiðaranetum í eigu þriðja aðila þar sem Míla leigir svartan ljósleiðara og setur bitastraumsbúnað sinn á, og þjónustur Símasamstæðunnar á fráliggjandi smásöluörkuðum þar sem umrædd bitastraumsþjónusta er nýtt. Mílu er skylt að gera gæðaviðmiðunarsamninga (SLA) við alla aðgangskaupendur og gefa út yfirlýsingu um gæðatryggingu (SLG). Míla skal safna saman og birta mánaðarlega tiltekna lykilmælingu (KPI).“
- c) Kvöð um gagnsæi. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Míla skal gefa út viðmiðunartilboð um miðlægan aðgang og tengda aðstöðu. Míla skal m.a. birta opinberlega upplýsingar um skráningu heimtauga, tæknilýsingar, einkenni neta, skilmála og skilyrði fyrir afhendingu og notkun og gjaldskrá.“
- d) Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Mílu ber að afhenda Fjarskiptastofu árlega sérgreindan rekstrar- og efnahagsreikning fyrir bitastraumsaðgang, þar sem fram kemur skipting vegna bitastraumsaðgangs um koparheimtaugar, bitastraumsaðgangs um ljósleiðaraheimtaugar og aðgangs að aðstöðu (hýsing), ásamt álitsgerð óháðs endurskoðunaraðila um framkvæmd aðskilnaðar.“
- e) Kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Gjaldskrá fyrir bitastraumsaðgang um koparheimtaugar og tengda aðstöðu skal taka mið af kostnaði. Byggja skal á sögulegum kostnaði sem heimfærður er á viðkomandi þjónustur (HCA FAC).“
- f) Kvöð um að verðlagningu Mílu á bitastraumsaðgangi á ljósleiðaraheimtugum skuli vera réttlát og sanngjörn og án mismununar. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Gæta skal þess að ekki verði of lítill munur á milli verðs Mílu á heildsöluaðföngum og verðs Símasamstæðunnar á fráliggjandi mörkuðum, þ.m.t. smásöluverðs á mikilvægustu áskriftarleiðum Símans sem innihalda internetaðgang. Í því sambandi verður fyrirtækjunum gert að standast efnahagslegt hermipróf (ERT) skv. sérstakri ákvörðun þar um. Mílu er ennfremur bannað að beita skadlegri undirverðlagningu. Míla skal birta gjaldskrá fyrir miðlægan aðgang á ljósleiðaraheimtaugum.“
- g) Kvöð um kostnaðarbókhald varðandi miðlægan aðgang á kopar- og ljósleiðaraheimtaugum og tengda aðstöðu. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir: „Skila skal til Fjarskiptastofu lýsingu á kostnaðarbókhaldi og skýrslu óháðs endurskoðunaraðila um samræmi lýsingar og framkvæmdar.“

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

24. Á markaði 3b, lagði FST eftirfarandi kvaðir á Símann, með vísan til 27., 30., 31. og 32. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 og með vísan til nánari lýsinga í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
- a) Kvöð um að gæta jafnræðis, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er um bitastraumstengingar Mílu á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kærða, sem og á ljósleiðaranetum í eigu þriðja aðila þar sem Míla leigir svartan ljósleiðara og setur bitastraumbúnað sinn á og þjónustu Símasamstöðunnar á fráliggjandi smásölumörkuðum þar sem umrædd bitastraumþjónusta er nýtt.
  - b) Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, í tengslum við efnahagslegt hermipróf.
  - c) Kvöð varðandi eftirlit með gjaldskrá, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er um bitastraumstengingar Mílu á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum Mílu.
  - d) Kvöð um kostnaðarbókhald, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er um bitastraumstengingar Mílu á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum Mílu.
25. Hin kærða ákvörðun tók gildi frá þeim degi sem hún var birt og verður, samkvæmt hinni kærðu ákvörðun, í gildi þar til annað er ákveðið af Fjarskiptastofu.
26. Úrskurðarnefndin móttók kærur vegna framangreindrar ákvörðunar FST, um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b), hinn 15. nóvember 2021.
27. Þrír úrskurðir hafa þegar gengið í málinu vegna málsmeðferðar. Þar af var einn um frestun réttaráhrifa en tveir um aðild, annars vegar Ljósleiðarans ehf. (áður GR) en hins vegar Tengis ehf.
28. Í kæru sinni dags. 15. nóvember 2021 krafðist Míla þess að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar yrði frestað til samræmis við heimild 29. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, sbr. einnig 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Kæran var send til kæranda Símans til umsagnar með bréfi dags. 17. nóvember 2021, enda þótt sambærileg krafa hefði ekki verið gerð af hans hálfu, og veittur frestur til athugasemda til 26. nóvember 2021. Í umsögn sinni, sem barst úrskurðarnefnd með bréfi dags. 25. nóvember 2021, tók Síminn undir sjónarmið Mílu um frestun réttaráhrifa.
29. Míla krafðist aðallega að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar í heild sinni yrði frestað. Til vara var þess krafist að réttaráhrifum eftirfarandi kvaða yrði frestað:
- a) kvaðar um að Míla dragi ekki til baka bitastraumbúnað sinn á öðrum netum;
  - b) kvaðar um að bitastraumseiningu Mílu sé ekki heimilt að mismuna eftir undirliggjandi neti;



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

- c) kvaðar um að Míla skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumsbúnað að ljósleiðaranetum óskyldra aðila;
  - d) kvaðar um framkvæmd efnahagslegs hermiprófs (ERT próf).
30. Máltilbúnaður Mílu byggðist í grófum dráttum á því að hin kærða ákvörðun væri íþyngjandi fyrir fyrirtækið. Þá að hún sé að miklu leyti reist á sjónarmiðum tengdum því að Síminn og Míla teljist ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar, en sá grundvöllur sé brostinn þar sem að Síminn hafi selt Mílu til þriðja aðila. Því væri ákvörðunin byggð á röngum forsendum. Þá að kvöð um að Míla skuli, gegn hæfilegu gjaldi, setja upp bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila sem þess óska skorti lagastoð og væri ekki í samræmi við meðalhóf.
31. Kæran var send FST til umsagnar hinn 17. nóvember 2021, þar sem sérstaklega var óskað eftir athugasemdum stofnunarinnar sem snéru að kröfum um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar. Frestur til athugasemda var veittur til 26. nóvember 2021 en framlengdur til 1. desember 2021 að beiðni FST. Í greinargerð FST var í megindráttum byggt á því að ákvæði um frestun réttaráhrifa væru undantekningarreglur sem bæri að túlka þröngt. Enda þótt kvaðirnar væru íþyngjandi, yrði að líta til þess tilgangs sem þeim væri ætlað að þjóna, þ.e.a.s. að stuðla að samkeppni. Þá væri ótímabært að líta svo á að Síminn og Míla teldust ekki ein efnahagsleg eining, enda sala Símans á Mílu ekki gengin í gegn. Þá hefði meðalhófs verið gætt og lagastoð væri fyrir kvöðunum, m.a. þar sem að bæði aðgangskvaðir og jafnræðiskvaðir skyldu túlkaðar með víðtækum hætti. Kvöð um að Mílu sé óheimilt að draga til baka bitastraumsbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annara netrekanda, á meðan Síminn veitir ekki þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila samrýmdist meðalhófi, enda geti Míla losnað undan þessari kvöð ef Síminn semur um bitastraumsaðgang við slíka netrekendur eða ef slíkir netrekendur ætla að hækka gjöldin sín með óeðlilegum hætti.
32. Varðandi kröfu um að réttaráhrifum kvaðar um framkvæmd ERT prófs yrði frestað vísaði FST til þess að stofnunin hefði ekki fyrirhugað að hefjast handa við framkvæmd prófsins fyrr en á vormánuðum 2022. Viðbúið væri því að úrskurður um hina kærðu ákvörðun lægi fyrir á því tímamarki sem vænta mætti niðurstaða og aðgerða á grundvelli prófsins. Því væri engin þörf á að fresta réttaráhrifum í því tilliti. FST lagðist þó ekki gegn því að réttaráhrifum kvaðar um að Míla skyldi gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila yrði frestað.
33. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála úrskurðaði um þennan hluta málsins dags. 15. desember 2021. Fallist var á varakröfu Mílu ehf. um að fresta réttaráhrifum kvaðar um skyldu til þess að setja upp, gegn hæfilegu gjaldi, bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila, sbr. lokamásl. a-liðar 9. mgr. ákvörðunarorða hinna kæru ákvörðunar, sbr. 92. efnisgrein hennar. Aðalkröfu um að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar í heild sinni var hins vegar hafnað, sér í lagi á grundvelli þeirra almanna- og einkahagsmuna sem væru undirliggjandi í málinu, sem vægju þyngra en hagsmunir Mílu.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

34. Þá taldi úrskurðarnefndin að þó svo að lögmæti ákvörðunarinnar biði frekari skoðunar væri hin kærða ákvörðun ekki haldin slíkum bersýnilegum annmörkum að nauðsyn væri á að fresta réttaráhrifum hennar.
35. Hvað varðar varakröfu um að frestun réttaráhrifa þeirrar kvaðar að Míla dragi ekki til baka bitastraumsbúnað sinn á öðrum netum og þeirrar kvaðar að bitastraumseiningu Mílu sé ekki heimilt að mismuna eftir undirliggjandi neti taldi nefndin að hagsmunir gegn því að fresta réttaráhrifum væru ríkari en hagsmunir Mílu af því að fresta réttaráhrifum. Niðurstaðan byggði einkum á þeim sjónarmiðum að undirliggjandi væru ríkari almannahagsmunir og einkahagsmunir smærri fyrirtækja, með tilliti til þess að tryggja virka samkeppni. Þá að kvaðirnar væru ekki þess eðlis að sama ástandi verði ekki komið á aftur þótt ákvörðunin verði felld úr gildi. Síðast var varakröfu Mílu um að fresta réttaráhrifum kvaðar um efnahagslegt hermipróf hafnað m.a. með tilliti til athugasemda FST um að ekki væri fyrirhugað að hefja framkvæmd þess fyrr en á vormánuðum 2022. Ótvírætt væri að efnisleg niðurstaða í málinu myndi liggja fyrir áður en niðurstaða á grundvelli ERT prófsins lægi fyrir og því ekki nauðsynlegt að fresta réttaráhrifum kvaðarinnar.
36. Með erindi til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála dags. 13. desember 2021 gerði Tengi ehf. kröfu um aðild að málinu. Með erindi til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála dags. 24. janúar 2022 gerði Ljósleiðarinn ehf. svo kröfu um aðild að málinu.
37. Með tveimur úrskurðum dags. 10. febrúar 2022 var kröfum bæði Ljósleiðarans ehf. og Tengis ehf. hafnað á þeim grundvelli að fyrirtækin hefðu ekki slíka hagsmuni af úrlausn málsins að þeir gætu talist aðilar máls.
38. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála sendi bréf til Fjarskiptastofu, dags. 15. desember 2021 þar sem tilkynnt var um ákvörðun nefndarinnar um frestun réttaráhrifa. Jafnframt var óskað eftir athugasemdum FST við efni kæru Mílu ehf. og Símans hf. Veittur var festur til umsagnar til 20. janúar 2022.
39. Greinargerð FST vegna kæru Mílu barst þann 27. janúar 2022. Greinargerð FST vegna kæru Símans barst svo þann 31. janúar 2022. Þann 18. febrúar 2022 voru Mílu og Símanum sendar greinargerðir FST til umsagnar. Veittur var frestur til þess að koma að viðbótarathugasemdum til 21. mars 2022.
40. Viðbótaathugasemdir bárust frá Mílu hinn 8. apríl 2022 og frá Símanum hinn 5. maí 2022. Í kjölfarið voru þær sendar til FST hinn 11. maí 2022 og veittur frestur til 25. s.m. til þess að skila viðbótarathugasemdum, teldi FST þess þörf. Í samræmi við beiðni þar um var FST veittur frekari frestur til að skila viðbótarathugasemdum, eða til 8. júní 2022. Míla og Síminn voru upplýst um framangreint með bréfi dags. 11. maí 2022 auk þess sem tilkynnt var um fyrirsjáanlegar tafir á málsmeðferð, með vísan til 13. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009, í ljósi hversu viðamikið og flókið málið væri.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

41. Með bréfi, dags. 13. júní 2022, voru aðilar málsins upplýstir um að eftir frekari skoðun úrskurðarnefndarinnar á hinni kærðu ákvörðun, kærnum kæranda, greinargerðum og athugasemdum málsaðila og FST, sem telja á annað þúsund blaðsíðna, teldi úrskurðarnefnd ljóst að frekari tafir yrðu á afgreiðslu málsins. Upplýsti nefndin aðila málsins og FST um að öllu óbreyttu yrði að vænta úrskurðar í lok októbermánaðar.
42. Með bréfi, dags. 11. október 2022, barst úrskurðarnefndinni krafa Símans um nefndin lyki nú þegar málinu með ógildingunni hinar kærðu ákvörðunar. Vísaði Síminn til nýlegrar tilkynningar Samkeppniseftirlitsins, hinn 15. september 2022, um að sátt hefði komist á við Ardian France SA vegna kaupa félagsins á Mílu ehf. af Símanum. Þann 30. september 2022 hafi Ardian France SA greidd kaupverð Mílu ehf. til Símans og sama dag hafi Síminn afhent alla hluti í Mílu ehf til Ardian France SA. Með því sé ljóst að slitið hafi verið á eignatengsl félaganna og af þeim sökum sé ljóst að meginforsenda FST fyrir niðurstöðu málsins standist ekki. Því sé hin kærða ákvörðun haldin verulegum ógildingarannmörkum sem leiða skuli til ógildingar hennar þá og þegar.
43. Í tilefni fram kominnar kröfu Símans óskaði úrskurðarnefndin eftir sjónarmiðum Mílu og FST með bréfi, dags. 11. október 2022. Var frestur til athugasemda og framlagningu frekari gagna veittur til 25. október. Með bréfi, dags. 24. október 2022, bárust athugasemdir Mílu, ásamt fylgiskjöllum, og með bréfi, dags. 25. október 2022, bárust athugasemdir FST.
44. Úrskurðarnefndin kynnti kærendum og FST fram komnar athugasemdir og veitti sömu aðilum möguleika til frekari athugasemda með bréfi, dags. 26. október 2022. Var frestur til frekari athugasemda veittur til 9. nóvember 2022.
45. Hinn 2. nóvember 2022 barst úrskurðarnefndinni viðbótarathugasemdir FST og hinn 4. s.m. barst úrskurðarnefndinni svo viðbótarathugasemdir Mílu. Ekki bárust frekari athugasemdir frá Símanum.
46. Í kjölfarið, hinn 10. nóvember 2022 sendi úrskurðarnefndin aðilum viðbótarathugasemdir Mílu og FST og gaf þeim á ný færi á að skila inn viðbótarathugasemdum og var veittur frestur að því tilefni til 17. nóvember 2022. Viðbótarathugasemdir Mílu bárust úrskurðarnefndinni hinn 15. nóvember 2022 en frekari athugasemdir bárust hvorki frá Símanum né FST.
47. Nánar verður vikið að athugasemdum kæranda og FST í eftirfarand köflum.

### III. Helstu sjónarmið aðila og FST

48. Málið er umfangsmikið og telja kærur, greinargerðir og athugasemdir aðila hundruði blaðsíðna. Er því óumflýjanlegt að stikla á stóru og draga fram þau aðalatriði sem byggt er á í málatilbúnaði aðila og FST.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

49. Umfjölluninni kaflans er skipt í tvennt. Í hluta A verður fjallað um kæru Mílu. Í hluta B verður svo fjallað um kæru Símans. Hvor hluti skiptist í fjóra undirkafla. Í fyrsta undirkafla verður fjallað um þau helstu sjónarmið kæranda sem koma fram í stjórnslukærum þeirra. Í öðrum undirkafla verður fjallað um þau sjónarmið sem koma fram í greinargerð FST. Í þriðja undirkafla verður fjallað um viðbótarathugasemdir kæranda við greinargerð FST. Í fjórða undirkafla verður fjallað um viðbótarathugasemdir FST.
50. Í hluta C verður svo fjallað um kröfu Símans um ógildingu sem barst úrskurðarnefndinni hinn 11. október 2022 og sjónarmið FST og málsaðila varðandi þá kröfu.

### A. Stjórnslukæra Mílu

#### 1. Sjónarmið kæranda

##### a) Almenn

51. Kærandi, Míla krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi en til vara að ákvörðunin verði felld úr gildi, eða henni eftir atvikum breytt, hvað varðar þá þætti hennar sem úrskurðarnefnd fellst á að haldnir séu ógildingarannmörkum.
52. Fyrst og fremst byggir Míla á því að hin kærða ákvörðun sé byggð á röngum forsendum, sér í lagi hvað varðar skilgreiningu hins landfræðilega markaðar sem landsins alls og þeirri niðurstöðu að staðgangi sé á milli kopars og ljósleiðara. Þá að rangt sé að byggja á stöðu „Símasamstæðunnar“ í ljósi fyrirhugaðrar sölu Símans á Mílu. Á grundvelli þessa forsendna sem markaðsgreining ákvörðunarinnar sé byggð á, sé dregin röng ályktun um markaðsstyrk Mílu. Þær kvaðir sem lagðar séu á, grundvallaðar á framangreindum forsendum, standist því ekki skoðun. Álagning þeirra brjóti á bága við ýmsar reglur svo sem rannsóknarreglu, meðalhöfsreglu og lögmætisreglu.
53. Í kæru sinni fjallar Míla með ítarlegum hætti um umsögn ESA við markaðsgreiningu hinnar kærðu ákvörðunar. Vísar Míla til þess að uppfærð markaðsgreining og drög að ákvörðun um álagningu kvaða hafi verið send ESA til formlegs samráðs, þann 14. september 2021, samkvæmt 28. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu.
54. Í erindi ESA hafi verið að finna fjölpættar athugasemdir hvað varða skilgreiningu landfræðilegs markaðar og ályktanir um markaðsstyrk. Vísar Míla enn fremur til þess að ESA hafi gert athugasemdir við álagningu kvaða, ekki síst á þeim svæðum þar sem samkeppni njóti sannanlega við.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

55. Míla vísar til þess að athugasemdir ESA hafi verið dagsettar hinn 14. október 2021. Aðeins fimm dögum síðar, þar af tveimur vinnudögum, hafi hin kærða ákvörðun verið tekin. Þannig lét FST, að mati Mílu, sér í léttu rúmi liggja athugasemdir ESA. Með þessu virðist FST þannig geta sneitt fram hjá athugasemdunum með því að taka ákvörðunina, en hefja síðar í raun samtímis nýja landfræðilega greiningu sem verði að ljúka fyrir árslok 2022. Telur Míla þetta með nokkrum ólíkindum, að því virtu hve íþyngjandi hin kærða ákvörðun er og hve stórfelldir fjárhagslegir hagsmunir séu í húfi.
56. Að endingu, hvað varðar umfjöllun um umsögn ESA, tekur Míla fram að fyrirtækið telji óskiljanleg, að aflokinni málsmeðferð sem tók hátt í tvö ár, að FST hafi ekki tekið frekara tillit til athugasemda ESA, heldur hafi kveðið upp hina kærðu ákvörðun nokkrum dögum síðar og um leið beint ofan í sölu Símans á Mílu, og það þrátt fyrir að ákvörðunin byggi að stóru leyti á tengslum Símans og Mílu.
57. Í kæru Mílu er svo að finna ítarlega umfjöllun um hina kærðu ákvörðun og lagaumhverfið sem hin kærða ákvörðun byggir á. Ekki er tilefni til að fjalla um sérstaklega um framangreinda umfjöllun nema þar sem við á, í tengslum við málatilbúnað Mílu.
58. Málatilbúnaður Mílu skiptist í fjóra kafla. Umfjöllun um skilgreiningu landfræðilegs markaðar, umfjöllun um skilgreiningu heilðsölumarkaðar, umfjöllun um markaðsstyrk og umfjöllun um þær kvaðir sem lagðar voru á með hinni kærðu ákvörðun.
- b) *Landfræðilegur markaður*
59. Hvað varðar skilgreiningu landfræðilegs markaðar byggir Míla á því að sú ályktun FST að líta skuli á landið allt sem hinn landfræðilega markað bæði á markaði 3a og markaði 3b, standist ekki skoðun.
60. Míla byggir á töflu sem tekin hefur verið saman um markaðshlutdeild fyrirtækisins á markaði 3b, samkvæmt hinni kærðu ákvörðun, í hverju sveitarfélagi, og um hverjir helstu keppinautar Mílu eru á viðkomandi svæði. Samkvæmt framangreindri samantekt sé markaðshlutdeild Mílu undir 50% í Reykjavík, Kópavogi, Seltjarnarnesi, Hveragerðisbæ, sveitarfélaginu Ölfus og Akraneskaupstað, en í öllum framangreindum sveitarfélögum sé helsti keppinautur Mílu GR. Þá sé markaðshlutdeild Mílu undir 50% í Svalbarðsstrandarhrepp, Grýtubakkahrepp, Skútustaðahrepp, Tjörneshrepp og Fljótdalshrepp en þar sé Tengir helsti keppinautur Mílu. Sambærileg tafla var unnin af hálfu Mílu fyrir markað 3a hvar koma fram niðurstöður áþekkar þeim á markaði 3b. Jafnframt er tekin saman tafla um útbreiðslu annara ljósleiðaraneta (sem á jafnt við um markaði 3a og 3b) og um smásöluhlutdeild Símans. Samkvæmt henni er útbreiðsla annara aðila en Mílu hærri í 33 sveitarfélögum.
61. Míla byggir á að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar sé ekki í samræmi við tölulegar staðreyndir. Míla telur framangreindar samantektir bera með sér að staðan sé sú á báðum mörkuðum, að í tilteknum sveitarfélögum njóti við viðtækrar útbreiðslu annarra ljósleiðaraneta en Mílu, og hvar Míla sé með markaðshlutdeild sem sé í námunda við markaðshlutdeild samkeppnisadilana GR eða Tengis, eða jafnvel umtalsvert lægri.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

62. Telur Míla að þetta eigi ekki hvað síst við á þéttbýlasta svæði landsins, þ.e.a.s. stórhöfuðborgarsvæðinu. Þannig sé GR með markaðshlutdeild í stærsta sveitarfélagi landsins, Reykjavík, sem sé í námunda við 60%. Hið sama gildi um Akranes, og Seltjarnarnes. Í öðrum sveitarfélögum höfuðborgarsvæðisins, þ.m.t. Mosfellsbæ, Garðabæ, Kópavogi, Hafnarfirði og Kjós sé lítill munur á markaðshlutdeild Mílu og GR. Á þessum svæðum sé markaðshlutdeild GR að samanlögðu stærri en Mílu. Þessi þéttbýliskjarni, ásamt öðrum svæðum hvar skilyrðið um 75% útbreiðslu annarra neta og að markaðshlutdeild Símans sé lægri en 50% séu uppfyllt, svari til um 70% alls heildarmarkaðarins. Að auki sé smásöluhlutdeild Símans á þessum svæðum með þeim hætti að hún var undir 40% í Reykjavík í árslok 2020 en á milli 40% og 50% í öðrum sveitarfélögum stórhöfuðborgarsvæðisins, að undantöldu Seltjarnarnesi.
63. Þá bendir Míla á að verð Mílu fyrir ljósleiðaraheimtaugar og bitastraumsþjónustu um ljósleiðara sé ekki það sama á þéttbýlustu svæðum landsins, og annarsstaðar á landinu. Hraði á ljósleiðara sé jafnframt frábrugðin en mun meiri hraði á sé stórhöfuðborgarsvæðinu en utan þess, með fáeinum undantekningum. Þetta varpi ljósi á mismunandi samkeppnisaðstæður. Hvað varðar markaðsgreiningu o.fl., segir Míla það vitaskuld svo að sökum smæðar samfélagsins og hvar allir stærstu fjölmiðlar landsins séu ekki sérstaklega staðbundnir, þá sé markaðssetning íslenskra fyrirtækja sjaldnast svæðisbundin. Framanrakin atriði geti ekki vegið þyngra á metum heldur en útbreiðsla ljósleiðaraneta keppinauta og markaðsstærð þeirra á þeim svæðum.
64. Telur Míla þá að FST fari á mis við að byggja markaðsgreiningu sína á framtíðarsýn um þróun markaðarins. Í þessu samhengi er bent á að Síminn og GR sömdu um bitastraumsaðgang Símans að ljósleiðaraneti GR í júlí 2020, þannig að viðskiptavinir Mílu geta flutt sig yfir á net GR. Einnig að undirrituð hafi verið skuldbinding um sölu Símans, sbr. umfjöllun FST um „Símasamstæðuna“ og þýðingu hennar fyrir ákvörðunina. Þá vekur Míla athygli á að FST telji uppbyggingaráform GR takmörkuð og takmarkist fyrst og síðast við þau svæði hvar GR er þegar með starfrækslu. Þetta samræmist ekki upplýsingum frá GR, m.a. glærum sem fyrirtækið birti í samráðsgátt vegna markaðsgreiningarinnar, en þær sýni fram á uppbyggingaráform um land allt. Síðast taki ákvörðunin ekki mið af því að markaðshlutdeild Mílu á landsvísu hafi lækkað um tugi prósentu frá síðustu ákvörðun FST árið 2014 eða úr 83% niður í 57%. Sú ákvörðun hafi jafnframt verið afar varfærin við áætlun lækkun markaðshlutdeildar Mílu sem reyndist svo mun meiri en spáð var fyrir um. Af öllu framansögðu taki ákvörðunin ekki mið af þeim breytingum sem eru fyrirséðar á gildistíma hennar.
65. Þá bendir Míla á það að miðað hafi verið við að keðjustaðganga sé á milli kopars og ljóss. Míla telur að sú sé ekki raunin. Að mati Mílu leiði þetta nánar í ljós þá galla sem hin landfræðilega greining sé haldinn enda njóti einungis við útbreiðslu ljósleiðaraneta á tilgreindum landsvæðum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

66. Af öllu framangreindu virtu telur Míla Fjarskiptastofu ekki hafi sýnt fram á, svo fullnægjandi megi teljast, að skilgreina beri landfræðilega markaðinn með þeim hætti sem hún gerir. Með öðrum orðum, að samkeppnisþrýstingurinn gagnvart Mílu sé raunar áþekkur á landinu öllu; svæði, hvar nýtur ekki við útbreiðslu annara ljósleiðaraneta, eða í miklu takmarkaðri mæli, og hvar ekki nýtur við marktækra keppinauta gagnvart Mílu, og hvar markaðshlutdeild Símans er ekki jafn lág, séu þannig ekki aðgreinanleg, líkt og FST leggur til grundvallar þvert á það sem framangreindar töflur og umfjöllun ber með sér.
67. Byggir Míla þ.a.l. á því að hin landfræðilega greining sé andstæð lögum. Í öllu falli uppfylli hún ekki kröfur stjórnisýsluréttarins um rannsókn og rökstuðning þegar um jafn íþyngjandi ákvörðun sé að tefla og raun ber vitni. Sér í lagi eigi þetta við í Reykjavík, á stórhöfuðborgarsvæðinu og á Akranesi, en einnig í ýmsum öðrum sveitarfélögum, svo sem hvar Tengir er starfrækt. Jafnframt sé vísað til meðalhófsreglunnar.
68. Í þessu samhengi vísar Míla til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 7/2019. Jafnframt er vísað til umsagnar Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) hvar eru m.a. tjáðar efasemdir um hvort rannsókn FST veiti nægjanlega innsýn inn í mismunandi samkeppnisáðstæður í tilteknum sveitarfélögum, sér í lagi þar sem GR er starfrækt. Þá að hvort nægjanlegur gaumur hafi verið gefin af því hvaða áhrif það kann að hafa að meginkeppinautur Mílu starfi aðeins á heildsölustigi. Loks, að greining FST bendi til þess að í tilteknum sveitarfélögum muni markaðsstyrkur Mílu falla niður fyrir það sem hefðbundið er að miða verulegan markaðsstyrk við, en á skorti frekari rökstuðning fyrir framtíðarspám FST á þessum svæðum.
69. Umfjöllun Mílu gengur útfrá því að keðjustaðganga sé á milli kopars og ljóss, í samræmi við afstöðu FST í hinni kærðu ákvörðun, sem Míla tekur þó fram að félagið telji það ekki vera rauninn. Sé slík keðjustaðganga ekki til staðar, blasi enn frekar við hversu gölluð hin landfræðilega greining sé, enda njóti eingöngu við útbreiðslu ljósleiðaraneta á tilgreindum landsvæðum.
- c) *Vöru- og þjónustumarkaður*
70. Hvað varðar skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaðar byggir Míla á því að sú niðurstaða FST, að til staðar sé staðgöngukeðja sem styðji það að internettengingar á koparneti, kaplakerfum og á ljósleiðaraneti tilheyri sama markaði, sé röng. Niðurstaða FST styðst m.a. við neytendakönnun sem FST lét framkvæma í kjölfar athugasemda Mílu þess efnis að það ríkti ekki lengur staðganga á milli kopar- og ljósleiðaratenginga á mörkuðum málsins.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

71. Míla telur síðastnefnda neytendakönnun vera fjölmörgum annmörkum háð. Niðurstöður könnunarinnar voru m.a. þær að verð væri sá þáttur sem mestu réði um val á internetþjónustuaðila, ef velja ætti þjónustuaðilann í dag. Þar á eftir kæmu gæði þjónustunnar og svo hraði. Frá þessu ályktaði FST að mismunandi möguleikar á hraða í kopar og ljósleiðaratengingum væru ekki mjög afgerandi þáttur þegar kæmi að vali neytenda. Þessa ályktun telur Míla ranga.
72. Í kjölfar neytendakönnunar FST lét Míla fyrirtækið Gallup framkvæma sambærilega neytendakönnun og aflaði sér óháðs álits Valdimars Sigurðssonar, prófessors við viðskiptadeild Háskólans í Reykjavík.
73. Í framangreindu sérfræðiáliti, sem Míla byggir á, kemur m.a. fram að könnun FST mæli illa upplifun neytenda hér á landi varðandi undirliggjandi fjarskiptanet. Könnunin gefi neytendum ekki tækifæri á að upplifa mun á mismunandi þjónustu. Hún komi þannig inn á kauphegðun, verðlagningu og að ástæður fyrir vali á internetþjónustuaðila, sem séu ekki mælikvarði á tenginguna sjálfa. Könnunin sé löng og ruglandi fyrir þátttakendur. 78% neytenda hafi fyrst nefnt þátt en verð sem eina af helstu ástæðum fyrir vali heimilisins á internetþjónustuaðila og bendi niðurstöður könnunarinnar því til þess að ákvörðunartaka neytenda sé marglaga. Verulegar athugasemdir voru gerðar við framkvæmd SSNIP prófs í spurningu 14, og þ.a.l. sé lítt mark takandi á niðurstöðum spurningarinnar, auk þess sem túlkun gagnanna sé röng. Þá er bent á að verð geti verið frekar óvirkur eiginleiki vöru á mörkuðum sem einkennast af því að ný kerfi/lausnir eru teknar upp og að það taki markaðinn tíma að skilja mismun verðs og afkasta. Á slíkum mörkuðum geti verið sú hættu að SSNIP próf skilgreini markaðinn á ófullnægjandi hátt, sem geti valdið þeirri skekkju að markaðir verði skilgreindir of þröngt þar sem samkeppni eigi sér stað á mun fleiri þáttum eða eiginleikum vöru en einungis verði.
74. Í könnun Gallup fyrir Mílu, sem Míla byggir jafnframt á, komi fram sú afstaða notenda til ljósleiðara gagnvart kopar, að 67% myndu örugglega velja ljósleiðara en 13,8% mjög líklega, aðspurðir hvað þeir myndu gera ef þeir hefðu kost á báðum möguleikum og þeir kostuðu það sama. Þá telur Míla ljóst af niðurstöðum könnunar Gallup fyrir Mílu á SSNIP prófi, að staðganga sé alls ekki til staðar á milli VDSL og ljósleiðara, enda svari 41,8% því að kopartenging komi alls ekki til greina, aðspurð hvað kopartenging þyrfti að vera miklu ódýrari að lágmarki til að hún yrði fyrir valinu. Þá virðast 22,2% telja hana þurfa að vera 50-74% ódýrari, 18,7% hana þurfa að vera 25-49% ódýrari, 11,9% telja hana þurfa að vera 75-99% ódýrari og 5,5% að hún þurfi að vera 0-24% ódýrari. Skýrt sé af niðurstöðum könnunarinnar að samkeppnislegt aðhald VDSL gagnvart ljósleiðara sé lítið sem ekkert og í öllu falli mjög hverfandi. Míla telur þannig ljóst af niðurstöðum könnunar Gallup fyrir Mílu að sú óverulega staðganga, ef nokkur, sem um ræðir geti aldrei talist fullnægja kröfum um umtalsverða staðgöngu, sem sé skilyrði þess að um keðjustaðgöngu geti verið að ræða á milli kopars og ljósleiðara. Þvert á móti staðfesti niðurstöður könnunarinnar að kopar sé á leiðinni út af markaðinum og að rof hafi orðið í keðjunni vegna mismunandi eðlis þjónustunnar.



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

75. Í umsögn Mílu vegna aukasamráðsins tók Míla fram að FST væri nauðsynlegt, og raunar skylt, að virtum athugasemdum Mílu, sbr. og rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og meginreglna stjórnarsýsluréttarins, að endurskoða neytendakönnun FST og þær ályktanir sem stofnunin dró af henni. Taldi Míla í raun fullt tilefni fyrir FST að byggja á niðurstöðum könnunar Gallup fyrir Mílu eða, að lágmarki, framkvæma nýja könnun sem væri einfaldari og snúi eingöngu að þeim atriðum sem þarfnast svara við mat á þeim atriðum.
76. Jafnframt bendir Míla á að heildsöluverð fjarskiptafyrirtækja sé ekki það sama fyrir kopar og ljós. Til að mynda sé verð Mílu á ljósleiðaratengingum 35-80% hærra í heildsölu en verð á kopartengingum. Fjarskiptafélögin velji hins vegar að selja vörur/pakka með þessum tengingum á sama verði til notenda og hljóti þannig verulega mismunandi framlegð fyrir.
77. Ef fullkomin staðganga væri á milli tenginganna ætti að vera mikið sóknarfæri fólgið í markaðssetningu kopars enda unnt að verðleggja það ódýrar vegna lægra heildsöluverðs. Þetta sé hins vegar þvert á móti raunin sem bendi til þess að mat fjarskiptafyrirtækjanna sé það að ekki sé staðganga á milli kopars og ljóss. Þá er bent á að verð á ljósleiðara hafi verið hækkað talsvert undanfarin ár, en það hafi ekki haft nein áhrif á vilja fjarskiptafyrirtækjanna til þess að færa viðskiptavinum sína yfir á ódýrari lausnir. Þetta styðji glögglega þá ályktun að fjarskiptafyrirtækin telji hraða ljósleiðarans skipta langmestu fyrir val neytenda, ekki verð. Að lokum er bent á, sem dæmi um áherslu notenda á að fá ljósleiðara umfram annað, að þeir séu tilbúnir til þess að fá ljósleiðaratengingu gegn stofngjaldi.
78. Að framangreindu gættu byggir Míla á því að ekki fáist séð að niðurstöður neytendakönnunar FST styddu nægjanlega vel þá niðurstöðu að enn sé til staðar umtalsverð staðganga á milli kopar- og ljósleiðaratenginga á smásölustigi, nema síður sé. Teljist rannsókn FST því ófullnægjandi, en að þessu leyti er vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 111/2014 til hliðsjónar.
79. Þá heldur Míla því fram að ákvörðun FST skorti framtíðarsýn. Fjölmargar tölulegar staðreyndir renni stoð undir að kopar og ljós séu ekki á sama markaði, þ.á m. að hlutfall kopartenginga af heildartengingum hafi farið mjög þverrandi og sú staðreynd að á mörkuðum hvar Míla byði upp á ljós og kopar veldu 89% neytenda ljósleiðara. Álit samtaka evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana (BEREC) bendi til sambærilegra þróunar í Evrópu en í Svíþjóð og Danmörku séu ljós og kopar nú talin tilheyra sitthvorum markaðinum. Í ljósi þessa sé sú niðurstaða að kopar- og ljósleiðaratengingar tilheyri sama markaði og að svo verði enn við lok gildistíma greiningarinnar illskiljanleg.
80. Míla byggir því á að ljóst sé að forsendur niðurstöðu FST um keðjustaðgöngu á milli kopars og ljósleiðara séu rangar og í öllu falli ekki reistar á nægjanlega traustum grunni, í samræmi við þær kröfur sem gerðar eru að stjórnarsýslurétti til rannsóknar og rökstuðnings stjórnvaldsákvarðana.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

### d) *Markaðsstyrkur*

81. Míla gagnrýnir jafnframt tilnefningu FST á Mílu sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, bæði á mörkuðum 3a og 3b.
82. Míla bendir á að FST klifi á því að markaðshlutdeild Mílu sé hærri en 50%. Sú niðurstaða taki hins vegar mið af þeim forsendum að hinn landfræðilegi markaður sé landið allt. Þá og að keðjustaðganga sé á milli kopars og ljóss. Líkt og áður hefur komið fram, heldur Míla því fram að hvorug þessara forsendna standist skoðun. Fjarskiptastofa einblíni á markaðshlutdeildina á landsvísu.
83. Míla telur að sú ályktun sem FST dragi, um að skortur á staðgönguþjónustu, stærð og arðsemi ásamt þeim aðgangshindrunum sem önnur fyrirtæki þurfa að búa við á viðkomandi markaði, styðji útnefningu Mílu sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk, eigi ekki við þegar þessi sjónarmið eru heimfærð á t.d. Reykjavík, stórhöfuðborgarsvæðið eða ýmis sveitarfélög hvar Tengir er starfrækt. Það sé t.a.m. enginn skortur á staðgönguþjónustu á stórhöfuðborgarsvæðinu enda nái útbreiðsla ljósleiðaranets GR til alls svæðisins. Míla tekur þá fram að stærð, efnahagslegur styrkur og útbreiðsla ljósleiðaranets GR bendi síst til þess að fyrirtækið búi við aðgangshindranir. Stærð og arðsemi, hvað þá að því virtu að GR sé dótturfélag Orkuveitu Reykjavíkur, eins stærsta fyrirtæki landsins, sé jafnframt engan vegin með þeim hætti að slíkt renni stóðum undir þá ályktun að Míla sé markaðsráðandi. Í þessu tilliti bendir Míla á rekstraryfirlit helstu fyrirtækja á fjarskiptamarkaði, sem birtist í hinni kærðu ákvörðun, og yfirlit yfir efnahag. Þær tölur sem þar komi fram séu til marks um efnahagslegan styrkleika GR og góðan rekstur.
84. Bendir Míla þá á að Síminn og GR hafi samið um bitastraumsaðgang Símans að ljósleiðaraneti GR svo að viðskiptavinir Mílu geti flutt sig yfir á net GR, ásamt því að undirritaður hafi verið skuldbindandi samningur um sölu Mílu. Af framangreindu leiði að kaupendastyrkur viðskiptamanna Mílu styrkist, sem hafi þýðingu við mat á markaðsstöðu.
85. Að framansögðu telur Míla að FST hafi ekki sýnt fram á, hvað þá á landsvæðum þar sem önnur fyrirtæki eru með eigin net og marktæka markaðshlutdeild, að Míla sé í þeirri aðstöðu að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, líkt og gildir um markaðsráðandi aðila.
86. Byggir Míla því á því að niðurstaða FST sé andstæð lögum en í öllu falli uppfylli hún ekki kröfur stjórnisýsluréttarins um rannsókn og rökstuðning þegar um jafn íþyngjandi ákvörðun er að tefla og raun ber vitni. Sér í lagi eigi þetta við í Reykjavík, á stórhöfuðborgarsvæðinu og á Akranesi, en einnig í ýmsum öðrum sveitarfélögum hvar Tengir er starfrækt. Jafnframt sé vísað til meðalhöfsreglunnar.
87. Míla ítrekar þá að niðurstaðan byggir á þeirri forsendu að keðjustaðganga sé á milli ljóss og kopars en sé fallist á að raunin sé ekki sú, líkt og Míla heldur fram, blasi enn frekar við hversu gölluð greiningin sé.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

### e) *Kvaðir*

88. Þær kvaðir sem lagðar voru á með hinni kærðu ákvörðun grundvallast á þeirri markaðsgreiningu sem FST framkvæmdi og þeirri ályktun sem af henni var dregin um markaðsstyrk Mílu. Míla byggir á því að þessar forsendur standist ekki skoðun, líkt og áður hefur komið fram. Míla byggir á því að álagningu kvaðanna skorti viðhlítandi rannsókn og rökstuðning. Er þá bent á þá kröfu, sem fram kom í umsögn ESA, um að rökstutt yrði betur hvernig þær kvaðir sem FST hygðist leggja á samrýmdumst meðalhófi. Míla heldur því fram að það hafi með engu verið gert í hinni kærðu ákvörðun, að engu nýju sé bætt við, heldur sé aðeins um að ræða endursögn og krosstilvísanir, mjög almenns eðlis, til fyrri umfjöllunar FST.
89. Míla byggir á því að kvaðirnar séu verulega íþyngjandi og fullnægi þannig ekki kröfum leiðbeininga ESA um að vera eins lítið íþyngjandi og kostur er og takmarkist við það sem nauðsynlegt er til þess að ná settu markmiði. Míla tekur fram að það hljóti að teljast rökleysa, t.d. í Reykjavík hvar net GR nær til alls svæðisins og markaðshlutdeild GR er til muna hærri en markaðshlutdeild Mílu að ekkert minna en umræddar kvaðir dugi til þess að samkeppni fái almennilega þrífist. Í þessu samhengi minnir Míla jafnframt á að markaðshlutdeild Símans sé undir 40% á þessu svæði. Um framangreint vísar Míla sérstaklega til meðalhófsreglunnar.
90. Þá minnir Míla aftur á í þessu samhengi að samkomulag hafi verið gert á milli Símans og GR þannig að viðskiptavinir Mílu geti flutt sig yfir á net GR, ásamt því að undirritaður hafi verið skuldbindandi samningur um sölu Símans á Mílu. Sér í lagi veki síðastnefnt athygli í því ljósi að allar réttarheimildir fjarskipta- og samkeppnisregluverks leggi áherslu á framtíðarsýn við markaðsgreiningar.
91. Af öllu framangreindu virtu telur Míla það fara hvergi nærri að FST hafi sýnt fram á nauðsyn þessara kvaða og þá allra síst á þeim landsvæðum þar sem að önnur fyrirtæki séu með eigin net og marktæka og jafnvel umtalsvert stærri markaðshlutdeild heldur en Míla. Míla byggir á því að niðurstaðan sé andstæð lögum, þ.m.t. reglunni um meðalhóf. Í öllu falli uppfylli hún ekki kröfur stjórnisýsluréttarins til rannsóknar og rökstuðnings.
92. Vísar Míla einnig til þess hvernig FST, í afar lögnu máli til stuðnings álagningu kvaða og raunar „hertum aðgerðum“, fjalli ítrekað um „Símasamstæðuna“ og dylgi Mílu um ýmis brot samkeppnisréttarlegs eðlis þegar staðreyndin sé sú, Mílu best vitandi, að Míla sæti ekki rannsókn í neinu máli hjá Samkeppniseftirlitinu. Einmitt í þessu ljósi sæti einnig undrun að sölu Símans á Mílu sé enginn gaumur gefinn þrátt fyrir að allar helstu réttarheimildir, hvorutveggja á sviði fjarskipta- og samkeppniregluverks, leggi áherslu á framtíðarsýn við markaðsgreiningar.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

93. Um einstakar kvaðir fjallar Míla fyrst um þá kaupkvöð sem FST leggur á Mílu á markaði 3b, þ.e.a.s. kvaðar til þess að setja upp bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila sem þess óska gegn hæfilegu gjaldi og bann við að draga bitastraumsbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annarra netrekenda en Mílu þar sem Míla hefur leigt svarta ljósleiðara, gegn vilja umrædds netrekanda á meðan Síminn veitir ekki þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila. Kvöðina telur Míla fordæmalaus, að hana skorti lögmæti og að hún sé ekki í samræmi við meðalhóf.
94. Míla byggir á því að með kvöðinni sé fyrirtækið sett í þá stöðu að því beri ekki aðeins skylda til þess að veita aðgang að bitastraumi um ljósleiðaraheimtaugar sínar í þeim tilgangi að gera öðrum fjarskiptafyrirtækjum kleift að veita notendum sínum aðgang að ýmiss konar breiðbandsþjónustu, heldur þurfi Míla að auki að tengja bitastraumsbúnað sinn við heimtaug keppinauta sinna og bjóða þjónustu sína um þær, óháð því að Míla hafi sjálf byggt upp og fjármagnað eigin innviði gagngert í þeim tilgangi að bjóða upp á bitastraumsþjónustu sína.
95. Í þessu samhengi vísar Míla til skýrslu Analysis Mason sem var unnin fyrir fyrirtækið vegna kærunnar. Þar komi m.a. fram að kvöðin sé óviðeigandi og fordæmalaus að Evrópurétti. Þá að kvöðin bjóði þeirri hættu að virði þeirra fjárfestinga sem Míla hefur gert rýrni og að hún dragi úr líkum þess að Míla eigi frumkvæði að því að eiga samstarf við aðra aðila um að byggja samhliða innviði á sömu svæðum í framtíðinni.
96. Míla byggir á því að FST gangi lengra með kvöðinni en rúmist innan marka laga, þ.m.t. evrópska regluverksins. Lagaáskilnaðarreglur stjórnarskrárinnar geri strangari kröfur en almenna lögmætisreglan og yrði því að taka sérstakt tillit til hennar en um ræði skerðingu á atvinnufrelsi. Eftir standi að jafnvel á svæðum þar sem Míla hafi sjálf, með ærnum tilkostnaði og á viðskiptalegum forsendum, byggt upp eigið ljósleiðaranet, beri Mílu allt að einu að veita þjónustu um net samkeppnisaðila sem myndi þannig um leið, með afturvirkum hætti, óafturkræfan og raunar sokkinn kostnað.
97. Því næst fjallaði Míla um verðkvöð á ljósleiðara, þ.e.a.s. þá kvöð að bæði Míla og Síminn skuli standast efnahagslegt hermipróf (ERT próf) varðandi ljósleiðaraafurðir sínar, ásamt tilteknum kvöðum um bókhaldslegan aðskilnað og kostnaðarbókhald, eftir því sem nauðsynlegt verður talið vegna framkvæmdar umrædds ERT prófs. Míla byggir á því að engin réttlætning sé fyrir umræddri kvöð á svæðum hvar virkrar samkeppni sannarlega nýtur við, svo sem á helstu þéttbýlissvæðum landsins. Rökstuðningur FST fyrir kvöðinni beri glögg með sér að tilvist hennar sé reist á þeirri forsendu að Síminn og Míla myndi saman eina efnahagslega heild í skilningi samkeppnisréttar. Hvar Síminn hafi undirritað skuldbindandi tilboð um sölu á Mílu hljóti þessar forsendur kvaðarinnar og þar með kvöðin sjálf, að falla um sjálfa sig. Telur Míla þetta dæmi um hversu sérkennileg tímasetning ákvörðunarinnar var og að í engu hafi verið tekið tillit til fyrirhugaðrar sölu Mílu sem var í burðarliðunum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

98. Þá hljóti að orka verulega tvímælis að FST muni hefjast handa við undirbúning ákvörðunar um útfærslu, innleiðingu og framkvæmd ERT prófs um leið og ákvörðun um kvaðir í kjölfar umræddrar markaðsgreiningar hafa tekið gildi. Míla tekur fram að eðlilegt væri að útfærslan lægi fyrir í stjórnvaldsákvörðuninni, eins og í tilviki annarra kvaða, meðal annars þannig að Míla geti sannarlega notið andmælaréttar og e.a. kæruréttar.
99. Míla vísaði jafnframt til málatilbúnaðar Símans, að því marki sem samrýmist hagsmunum Mílu.
100. Um kvöð um að veita aðgang, þ.e.a.s. íþyngjandi reglur um hvernig Míla skuli standa að því að útvega upplýsingar um aðgang að lausum rörum bendir Míla á að Míla eigi töluvert af rörum í jörðu. Míla geti lent í þeirri stöðu að hafa sett heimtaugarör þar sem aðeins er pláss fyrir eina heimtaug, sem er beðið með að nýta uns ljósleiðaravæðing á sér stað. Óski á hinn bóginn annar aðili í millitíðinni eftir því að fá að setja streng í rörið virðist Mílu skylt að verða við því, jafnvel þannig að Míla hafi í kjölfarið sjálf engan aðgang, nema því aðeins að Míla hafi sjálf áður tilkynnt formlega um ljósleiðaraútbreiðslu á viðkomandi svæði með nánar tilgreindum fyrirvara. Sé þannig ekki aðeins um aðgangskvöð að ræða heldur forgangsrétt gagnvart Mílu í eigin rör Mílu, sem geti trauðla talist eðlilegt.
101. Þá bendir Míla á að það verklag sem Míla skuli viðhafa við afhendingu upplýsinga um legu og ástand röra og lagnaleiða Mílu, þ.á m. með gagnagrunni, sé í eðli sínu mjög vinnufrekt, taki starfsafla Mílu frá öðrum verkefnum og sé kostnaðarsamt og ófyrirsjáanlegt í þeim skilningi að Míla getur aldrei vitað hvenær ósk komi fram. Þá sé Mílu nánast ómögulegt að uppfylla kvöð um að haldið sé utan upplýsingar um pláss í einstaka rörum í gagnagrunn, enda hafi slíkt ekki verið viðhaft til þessa. Kvöðin sé því mjög íþyngjandi, m.a. þar sem Míla virðist sjálf eiga að bera kostnað af henni.
102. Um kvöð um að birta lista yfir fyrirhugaðar framkvæmdir með sex mánaða fyrirvara tekur Míla fram að nauðsyn kvaðarinnar sé afar óljós þar sem nánast enginn áhugi hafi verið til staðar af hálfu annara aðila um að samnýta framkvæmdir Mílu. Markmiðinu, að aðilar geti gert sér grein fyrir umfangi framkvæmdanna, hljóti að vera unnt að ná með minna íþyngjandi hætti og ekki fáist séð nauðsyn slíkra tilkynninga þegar um ræðir einfaldari aðgerðir. Síðast er byggt á því að kvöðin sé óskýr.
103. Um álagningu jafnræðiskvaðar á markaði 3b, þess efnis að bitastraumseiningu Mílu sé óheimilt að mismuna á nokkurn hátt eftir undirliggjandi neti að því er varðar verð og önnur möguleg gjöld, afgreiðslu verkbeiðna varðandi tengingu eða frágang búnaðar, byggir Míla á því að slík kvöð sé óeðlileg. Míla sé heildsölufyrirtæki á fjarskiptamarkaði sem selur fjarskiptalausnir sínar til endursöluaðila sem séu fyrirtæki og stofnanir sem stunda fjarskiptastarfsemi. Míla sé því ekki í samningssambandi við endanotendur sem óski eftir bitastraumsþjónustu Mílu um heimtaugar og það hljóti alltaf að vera þeirra endursöluaðila sem óska eftir bitastraumsþjónustu Mílu um heimtaugar, að tiltaka sérstaklega ef hún á að vera veitt um aðra heimtaug en heimtaug Mílu. Að öðrum kosti skuli Mílu frjálst að veita þjónustuna um eigin heimtaug.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

104. Það geti ekki heldur talist eðlilegt að beiðni um nettengingu geti komið frá sölufulltrúa annarra netrekanda, þ.e.a.s. samkeppnisaðila Mílu, yfir þeirra heimtaug. Varðandi mismunun á verði sé þess að gæta að þegar að Míla veitir þjónustu um eigin heimtaug er hún ódýrari en þegar að Míla veitir þjónustu um heimtaug annarra svo sem Tengis, hvar Tengir krefur Mílu um sérstakt aðgangsgjald sem myndar þannig gólf í verðlagningunni. Míla gengur út frá því að sá verðmunur sem helgast af þessu teljist ekki til mismununar.
105. Míla byggir jafnframt á því að þau ummæli sem fram komi í kvöðinni, að afgreiðslufrestir, flækjustig og ónæði gagnvart þjónustuveitendum og/eða endanotendum skuli vera hið sama, uppfylli ekki skýrleikakröfur og að það hljóti að þurfa að umorða kvöðina, eigi hún að ná tilgangi sínum.

### *f) Samantekt*

106. Samandregið byggir Míla á því að hin kærða ákvörðun sé haldin fjölmörgum ógildingaranmörkum, hvorutveggja um efni og form, og þannig að fallast beri á kröfur Mílu um ógildinguna hennar í heild sinni, en a.m.k. að hluta.

## 2. Sjónarmið Fjarskiptastofu

### *a) Almenn*

107. Úrskurðarnefndin fór þess á leit við Fjarskiptastofu að skilað yrði umsögn vegna kæru Mílu, með bréfi dags. 15. desember 2021, og var frestur í því skyni veittur til 20. janúar 2022. Með greinargerð sinni vegna kæru Mílu dags. 27. janúar 2022 krafðist FST staðfestingar hinnar kærðu ákvörðunar og mótmælti kröfum Mílu.
108. Að auki gerði FST þá athugasemd við kröfugerð Mílu að í ljósi þeirrar formföstu og fastmótuðu framkvæmdar sem um markaðsgreiningar gildi, m.a. er varði samráð við Samkeppniseftirlitið, markaðsaðila og ESA, þar sem ESA getur m.a. beitt neitunarvaldi um skilgreiningu markaða og útnefningu aðila með umtalsverðan markaðsstyrk, verði að gjalda varhug við því að úrskurðarnefndin breyti þeim atriðum, án slíkrar málsmeðferðar. ESA hafi hins vegar ekki neitunarvald gagnvart útfærslu kvaða.
109. FST vísað til þess að ESA hafi ekki beitt neitunarvaldi sínu, en gert tiltekna athugasemdir við landfræðilega greiningu FST sem koma til skoðunar við næstu endurskoðun hennar. ESA hafi verið sammála FST um að töluverð óvissa ríki á umræddum mörkuðum um þessar mundir og að varhugavert hefði verið að aflétta kvöðum á meðan sú óvissa ríkir.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

110. Hvað varðar þau atriði sem helst valda þessari óvissu séu áform um sölu Símans á Mílu, áhrif samnings Símans við Ljósleiðarann (áður GR) og hvort aðilar á borð við Sýn (Vodafone) færi sig alfarið eða í auknum mæli af neti Ljósleiðarans til Mílu. Úr hafi orðið að FST hafi skuldbundið sig til að framkvæma nýtt mat á landfræðilegum markaði á árinu 2022. Leiði sú endurskoðun til aðgreindra landfræðilegra markaða þurfi FST enn fremur að framkvæma mat á markaðsstyrk á sérhverjum slíkum markaði og það mat leiði til þess að aðili yrði útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknu svæði þurfi að útfæra kvaðir sem gildi á því svæði. Þessari vinnu skuli lokið fyrir árslok 2022.
111. Hvað varðar staðgöngumat FST milli kopars- og ljósleiðaratenginga, og athugasemdir Mílu um afstöðu ESA, vísaði FST til þess að ESA hafi engar athugasemdir gert við staðgöngumatið. Þá hefðu aðrir markaðsaðilar en Símasamstæðan stutt það mat, sem og Samkeppniseftirlitið.
112. Í ljósi athugasemda Mílu um að forsendubrestur væri fyrir því að líta enn á Símann og Mílu sem eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar, með vísan til sölu Símans á Mílu, taldi FST að ótímabært sé að líta svo á að framangreind tengsl séu rofin. Salan sé ekki gengin í gegn, en hún bíði samþykktar samkeppnisyfirvalda. Slík málsmeðferð geti dregist svo lengi sem til síðsumars 2022. Á þessum tímapunkti sé ekki hægt að álykta um niðurstöðu samkeppnisyfirvalda en ljóst sé að verði samrunanum hafnað verði ekkert að sölunni. Verði samrunanum sett veruleg skilyrði sé jafnframt óljóst hvernig fer um söluna.
113. Enda þótt fallist verði á samrunann telur FST að það þurfi að meta hvort lóðrétt samþætt áhrif séu enn til staðar og í hvaða mæli, þrátt fyrir breytt eignarhald. Af þessum ástæðum taldi FST ekki rétt að bíða með töku ákvörðunarinnar en tekið var fram að ESA hafi verið sama sinnis. Í staðinn verði gert endurmat á landfræðilegum mörkuðum fyrir árslok 2022 og ný ákvörðun tekin, gerist þess þörf.
114. FST vísaði til þess að stofnunin hafi tekið hina kærðu ákvörðun þann 19. október 2021. Þann 22. október 2021 hafi Síminn birt fréttatilkynningu um að þann 19. október s.á. hefði Síminn gengið til einkaviðræðna við Ardian um sölu á öllum eignarhlut í Mílu. Þeim viðræðum hafi lokið þann 23. október s.á. með undirritun kaupsamnings, með fyrirvara um samþykki Samkeppniseftirlitsins. FST hafi því tekið hina kærðu ákvörðun áður en ritað hafi verið undir framangreindan kaupsamning. Þegar FST hafi tekið hina kærðu ákvörðun hafi umrædd greining verið til meðferðar hjá stofnunni í rúm 2 ár. FST hafi efnt til innanlandssamráð um frumdrögin vorið 2020 og innanlandssamráð um breytt drög í október sama ár. Óformlegt samráð við ESA hafi hafist í apríl 2021 og staðið fram í byrjun september sama ár. Formlegt samráð við ESA hafi svo staðið yfir frá 14. september til 14. október 2021. Vísaði FST til þess að stofnuninni hafi borist ýmsar athugasemdir frá Mílu og Símanum og brugðist við þeim við málsmeðferðina.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

115. Hvað varðar sölu Símans á Mílu til Ardian kom fram í athugasemdum FST að stofnunin hafði heyrt af viðræðum um sölu á Mílu við hugsanlega kaupendur nokkru áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Þrátt fyrir það taldi FST ekki rétt að bíða með töku ákvörðunarinnar eftir umrædda greiningu ef til sölunnar kæmi og hafi ESA verið sama sinnis. Hins vegar hafi það verið niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að FST myndi á árinu 2022 vinna að endurmati á landfræðilegu greiningunni og taka nýja ákvörðun fyrir árslok 2022 á umræddum mörkuðum ef það mat myndi leiða til breyttrar niðurstöðu. Það sé því ekki útilokað að ný markaðsgreining líti dagsins ljós fyrir lok árs 2022, ef tilefni sé til.
116. Þá rekur FST athugasemdir ESA og umfjöllun Mílu um þær. Hvað varðar athugasemdir Mílu um að einungis fimm dagar hafi liðið frá því ESA gaf út álit sitt og þar til FST tók hina kærðu ákvörðun, vísar FST til þess að ekki sé einungis hægt að horfa til þessa tímaramma. Óformlegt samráð við ESA hafi staðið yfir frá apríl 2021 fram í september sama ár, eða þar til FST sendi uppfærð greiningardrög í formlegt samráð til ESA, þann 14. september 2021. Þannig hafi FST vitað hvaða atriði ESA myndi gera athugasemdir og hafi því stofnunin hafist handa mun fyrr en 14. október 2021.
117. FST vísar til þess að í ágúst 2021, þegar ljóst hafi verið að ESA myndi ekki beita neitunarvaldi sínu hafi vinna FST fyrst og fremst snúið að því að bæta við rökstuðning varðandi þau atriði sem ESA gerði athugasemdir við, auk þess að bæta við texta um að FST myndi endurskoða landfræðilegt mat sitt á árinu 2022. Vísar FST jafnframt til þess að ESA hefði beitt neitunarvaldi sínu og stoppað greininguna af, hefði ESA ekki talið hana standast skoðun. Þannig snúi athugasemdir ESA að miklu leyti um atriði sem FST ber að hafa í huga við þá endurskoðun sem skuli fara fram á árinu 2022.
118. FST hafnar staðhæfingum Mílu um að stofnunin hafi látið sér athugasemdir ESA í léttu rúmi liggja og telur sig hafa tekið tillit til athugasemdanna með fullnægjandi hætti. Samskipti FST við ESA, í kjölfar lokaákvörðunar, hafi jafnframt hvergi gefið til kynna að FST hafi ekki tekið ýtrasta tillit til athugasemda ESA.
119. Um almennar athugasemdir Mílu þess efnis að um verulega íþyngjandi ákvörðun væri að ræða, tiltekur FST að flestar þær kvaðir sem kveðið hafi verið á um í hinni kærðu ákvörðun hafi þegar hvílt á markaðinum, að undanskildari kvöð um ERT próf en sú kvöð bíði niðurstöðu um sölu Símans á Mílu. Komi sú kvöð til framkvæmda, muni það ekki verða fyrr en í fyrsta lagi á árinu 2023. Gangi kaupsamningurinn um kaup á Mílu eftir, að afloknu mati Samkeppniseftirlitsins, sé alls óvíst að til þeirrar kvaðar muni koma, enda myndi það kalla á nýja greiningu á viðkomandi mörkuðum þar sem Síminn og Míla myndu þá ekki lengur vera í eigu sömu aðila. Hins vegar þyrfti FST að meta hvort lódrétt samþætt áhrif væru ennþá til staðar, þrátt fyrir söluna.



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

120. Þá tekur FST fram í athugasemdum sínum, að ákvörðunin hafi falið í sér tilslakanir frá fyrri ákvörðun í 17 nánar tilgreindum sveitarfélögum.
121. Í athugasemdum sínum vísar FST svo að athugasemdum um ESA. Dregur stofnunin ályktanir af þeim og útskýrði hvernig stofnunin hafi brugðist við þeim í hinni kærðu ákvörðun eða mun bregðast við þeim í endurmati á landfræðilegu greiningunni.
122. Hvað varðar athugasemdir ESA, um að FST hefði átt að skoða nánar þá sérstöku hvata sem keppinautar Mílu gætu haft, sem eingöngu bjóða fram þjónustu á heildsölustigi miðað við hina lóðrétt samþættu Símasamstæðu, þegar kæmi að því að efla smásölusamkeppni, fellst FST ekki á að hafa ekki skoðað áhrif þessara hvata nægilega vel. Þannig hafi FST, í hinni kærðu ákvörðun, gert skilmerkilega grein fyrir því að allir smásöluaðilar geti keypt aðgang hjá öllum netrekendum, hvort sem það sé Míla, GR, Tengir eða Snerpa. Þannig hafi samkeppnin á smásölumarkaði þróast um árabil, en hún hafi aukist hægt skrefum á lögnum tíma. Það sem hins vegar hafi valdið mestum samkeppnisvandamálum á fjarskiptamarkaði hér á landi um árabil, og skilmerkilega sé gerð grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun, sé hin lóðrétt samþætting Símasamstæðunnar, en Símasamstæðan sé eina stóra fjarskiptafyrirtækið hér á landi sem hefur búið að slíkri stöðu.
123. Tekur FST fram að það muni svo koma í ljós þegar líður á árið hvort salan á Mílu gangi eftir. Gangi hún eftir telur FST ljóst að stofnunin muni þurfa að taka markaðsgreininguna til endurskoðunar og jafnvel framkvæma nýja greiningu. Þá verði m.a. horft til þess hvort þjónustusamningur sá sem gerður hafi verið milli Símans og Mílu feli í sér möguleg áframhaldandi lóðrétt áhrif milli félaganna og hversu mikil þau kynnu þá að vera að öllu óbreyttu.
124. Í ljósi markaðsaðstæðna og óstöðugra samkeppniáðstæðna á GR svæðinu, þ.m.t. vegna mögulegrar sölu á Mílu og þeirrar staðreyndar að Síminn hefði nú hafið sölu á þjónustu sinni um ljósleiðaranet GR, tekur FST fram að ákveðið hafi verið að stofnunin myndi framkvæma endurmat á landfræðilegu greiningunni síðar á árinu 2022. Verði þá einnig horft til þess ef spá FST um markaðsþróun rætist ekki og aðstaða Símans og Mílu haldi áfram að versna í tilteknum sveitarfélögum sé alls útilokað að FST aflétti kvöðum út frá markaðsaðstæðum á landfræðilegum markaði í hinni kærðu ákvörðun við endurskoðun.
125. Í athugasemdum sínum rekur FST þær upplýsingar, texta og rökstuðningi, sem bættist við hina kærðu ákvörðun í kjölfar athugasemda ESA, um spá FST um þróun markaðshlutdeildar Símans á næstu árum. Að mati FST er ljóst að aukin markaðshlutdeild Símans á smásölumarkaði auki markaðsstyrk félagsins og verði ekki til þess að efla samkeppni á umræddum smásölumarkaði fjarskipta í þeim sveitarfélögum þar sem GR er með stærri hlutdeild á viðkomandi heildsölumarkaði. Svo þurfi að koma í ljós hvort sala Símans á Mílu muni ganga eftir og ef hún gengur eftir þurfi FST að meta hvort samþætt lóðrétt áhrif verði ennþá milli fyrirtækjanna. Þetta muni koma í ljós í endurmati FST á landfræðilegu greiningunni seinna á árinu 2022. Þá kemur fram í athugasemdum FST að stofnunin hafi bætt við upplýsingum og texta í viðauka A, varðandi spá fyrir líklega þróun markaðshlutdeildar Mílu á GR svæðinu á næstu árum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

126. Hvað varðar óstöðugleika nýlegrar samkeppnisþróunar í tilteknum sveitarfélögum, m.a. á starfssvæði GR, vísar FST til þess að ESA hafi tekið undir þau sjónarmið FST. Þessar breytingar gætu að mati FST snögglega snúið við þeirri þróun síðustu ára í átt að meiri eða jafnvel virkri samkeppni og styrkt stöðu Mílu og eftir atvikum Símasamstæðunnar, gangi sala Mílu ekki eftir. Að mati FST sé því verið óvarlegt að stíga stórtæk skref varðandi landfræðilegar ráðstafanir undir þeim kringumstæðum.
127. Ekki er ástæða til þess að fjalla nánar um framangreint nema í viðeigandi samhengi við málsástæður Mílu. Þó er tekið fram að FST bendir ítrekað á að ESA hefði getað beitt neitunarvaldi sínu hefði stofnunin talið ákvörðunina haldna verulegum annmörkum, en gerði það ekki, og að sama skapi er vísað til þess að FST muni endurmeta landfræðilega greiningu sína á árinu 2022 og ef framkvæma þurfi nýja greiningu á viðkomandi mörkuðu muni henni ljúka fyrir árslok. Í því endurmati, og eftir atvikum uppfærðri markaðsgreiningu, muni FST fylgja leiðbeiningum ESA, m.a. að tryggja að viðmiðin sem notuð verði gefi nægilegt blæbrigðamat á samkeppnisþróun á vettvangi sveitarfélaga.
- b) *Landfræðilegur markaður*
128. FST felst ekki á gagnrýni Mílu á greiningu hins landfræðilega markaðs sem landið allt, að greiningin sé andstæð lögum, að hún uppfylli ekki kröfur stjórnisýsluréttarins til rannsóknar og rökstuðnings eða að hún sé ekki í samræmi við meðalhóf. Að mati FST skjóti skökku við að halda því fram að 1300 blaðsíðna greining sem unnin var á tveimur árum með viðamiklu samráðsferli, sem sé sú langstærsta sem FST hefur framkvæmt, uppfylli ekki skilyrði um rannsókn og rökstuðning. Jafnframt sé í engu rökstutt að greiningin samrýmist ekki meðalhófi.
129. FST fellst á vísun Mílu til þess að samkvæmt leiðbeiningum ESA um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk frá 2004, sé landsvæði viðkomandi markaðar svæði þar sem hlutadeigandi fyrirtæki taka þátt í framboði og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu og þar sem samkeppnisskilyrði eru hin sömu eða nægjanlega svipuð, auk þess sem unnt sé að greina svæðið frá nærliggjandi svæðum sem búi að verulegu leyti við önnur samkeppnisskilyrði. Ákvörðunin byggji einmitt á þessum leiðbeiningum en á grundvelli þeirra hafi verið framkvæmd ítarleg greining, niðurstaða hvers hafi verið sú að í 52 sveitarfélögum ríkti lítil eða engin samkeppni. En að í 17 sveitarfélögum ríkti meiri samkeppni. Þessi munur væri nægjanlegur til þess að réttlæta ólíkar kvaðir, en ekki slíkur að það réttlæti skiptingu í aðgreinda landfræðilega markaði.
130. Hvað varðar vísun Mílu til nýlegs vinnuskjals framkvæmdarstjórnar ESB um framkvæmd markaðsgreininga frá 2018, tiltekur FST að þessar uppfærðu leiðbeiningar framkvæmdarstjórnar ESB hafi ekki verið teknar upp í EES-samninginn eða settar af ESA. Eftir sem áður hafi FST horft til leiðbeininganna og telur sig hafa farið að þeim, að því leyti sem þær séu ekki ósamrýmanlegar fjarskiptaregluverkinu frá 2002.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

131. Um tilvísun Mílu til evrópskra fordæma tiltekur FST þá að í hinni kærðu ákvörðun hafi nær allar landfræðilegar greiningar sem unnar hafi verið af systurstofnunum FST á síðustu árum verið reifaðar og að hin kærða ákvörðun samrýmist þeim. Ef ekki, væri rökstutt hvernig aðstæður séu ólíkar á Íslandi. Skýrsla Analysis Mason sem Míla byggir á, sé þá unnin áður en að álit ESA og ákvörðun um að beita ekki neitunarvaldi lá fyrir. Hún sé lítt rökstutt, ekki framkvæmd af óháðum aðilum og byggir ekki á fullnægjandi eða óháðum upplýsingum og því sé ekki á henni byggjandi. Bent sé þó á að í henni sé eftir sem áður ekki fjallað um meinbugi á landfræðilegri greiningu FST.
132. FST gagnrýnir þá þær tölulegu ályktanir sem Míla dregur af hinni kærðu ákvörðun í kæru sinni, m.a. töflu um markaðshlutdeild á markaði 3a sem miði við að koparheimtaugar sem séu einungis notaðar fyrir PSTN talsímaþjónustu hafi verið teknar út við útreikning markaðshlutdeildar enda sé það fyrirhugað hjá Símanum að hætta PSTN talsímaþjónustu á næstu 1-2 árum. FST telur töfluna fela í sér verulegt vanmat á markaðshlutdeild Mílu á árinu 2020 en leggja verði til grundvallar tölur þær sem FST aflaði um raunverulega markaðshlutdeild á árinu 2020.
133. FST áréttar þá mat sitt, að staðan sé ekki að öllu leyti sambærileg á mörkuðum 3a og 3b. Markaðshlutdeild Mílu á markaði 3a hafi verið 46% í Reykjavík í árslok 2020. Á stórhöfuðborgarsvæðinu hafi hún verið lægst á Seltjarnarnesi eða 37% en rúmlega 50% víðast hvar á starfssvæði GR. Markaðshlutdeild GR sé því ekki í kringum 60% á markaði 3a í Reykjavík, enda þótt sú sé raunin á markaði 3b. Aukinheldur áréttar FST að við landfræðilega greiningu þurfi að horfi til fjölmargra atriða annara en markaðshlutdeildar en á grundvelli þessa sé niðurstaða FST að samkeppnisaðstæður séu ekki nægjanlega ólíkar á milli þessara svæða til þess að réttlæta aðgreinda landfræðilega markaði.
134. FST byggir þá á að jafnframt hafi verið horft til þess að á GR svæðinu ríki töluvert óvissustig um þessar mundir, varðandi líklega þróun og þ.a.l. væru samkeppnisaðstæður ekki nægilega stöðugar til þess að réttlæt看legt væri aðgreina landfræðilega markaði á þessum tímamarki. FST taldi að ýmsir óvissuþættir væru til staðar svo sem varðandi afdrif sölu Símans á Mílu, hver þróunin yrði varðandi innkomu Símans á ljósleidarannet GR og hvort stórir keppinautar Símans á borð við Vodafone færi sig í meira mæli af neti GR á net Mílu.
135. Varðandi þá staðhæfingu Mílu að markaðshlutdeild Símans í smásölu á stórhöfuðborgarsvæðinu gefi til kynna að ágætlega virk samkeppni ríkti á smásölumarkaði líkt og ESA hafi bent á, bendir FST á að líklegt sé að smásöluhlutdeild Símans muni hækka umtalsvert á GR svæðinu á næstu árum, þá sérstaklega í Reykjavík og Seltjarnarnesi vegna samnings við GR. Rangt sé að ESA staðhæfi að virk samkeppni ríki á smásölumarkaði á stórhöfuðborgarsvæðinu. Hið rétt sé að ESA hafi tekið undir að samkeppnisaðstæður þar séu ekki nægilega stöðugar til þess að réttlæta aðgreinda landfræðilega markaði. FST tiltekur þá að stofnunin muni endurmeta landfræðilegar aðstæður síðar á árinu 2022.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

136. FST andmælir að sú niðurstaða hinnar landfræðilegu greiningar að samkeppnisskilyrði væru ekki nægjanlega frábrugðin í öðrum sveitarfélögum eða svæðum, að unnt væri að greina þar á milli í landfræðilegu tilliti sé andstæð gildandi réttarheimildum. FST telur aðferðafræðina sem byggt var á, vera í fullu samræmi við þær réttarheimildir sem gildi og byggji á víðtæku og ítarlegu heildarmati.
137. Um þá málsástæðu að verð Mílu fyrir aðgang að ljósleiðaraheimtaugum og bitastraumsþjónustu fyrir ljósleiðara sé ekki hið sama á þéttbýlustu svæðum landsins og annarsstaðar bendi til þess að um aðgreinda markaði sé að ræða, byggir FST á því að kostnaðarleg rök séu fyrir þessum ólíkum verðum, en ekki rök er varða samkeppnisþrýsting. Verðlagning sé eitt af þeim atriðum sem líta beri til varðandi hegðun markaðsaðila en líta verði þá jafnframt til verðlagningar Símans á smásölustiginu sem sé hin sama um land allt. Bendi þetta til þess að neytendur upplifi ekki mismunandi samkeppnisástæður á milli svæða.
138. Hvað varði þau rök Mílu að um einsleitni á milli svæða að því er gæði tenginga varði vísist til eðlis vörunnar, þá og að engi síður sé hraðinn á ljósleiðara á stórhöfuðborgarsvæðinu og utan þess almennt frábrugðin, telur FST Mílu raunar vera að viðurkenna einsleitni á milli svæða. Það styðji það mat FST að neytendur upplifi ekki mun á þeirri vöru sem boðið er upp á eftir landsvæðum. Þó svo að hraði sé að meginstefnu ólíkur innan og utan höfuðborgarsvæðisins sé sami hraði á Snæfellsnesi og Skagafirði og á höfuðborgarsvæðinu. Það bendi til þess að aðrar ástæður en samkeppnisleg rök búi að baki ólíks hraða. Þá telur FST Mílu viðurkenna að markaðssetning félagsins sé ekki mismunandi eftir landsvæðum, en það verði til þess að neytendur geri ekki greinarmun á þjónustunni eftir landsvæðum.
139. FST andmælir því að framtíðarsýn skorti í greininguna og telur sig hafa reynt að spá fyrir um þróunina á næstu árum. Í ljósi óvissustigs hafi FST þá einnig ákveðið að endurmeta landfræðilega greiningu sína á árinu 2022. FST byggir jafnframt á að rangt sé að í hinni kærðu ákvörðun hafi samningi Símans og GR um bitastraumsaðgang Símans að ljósleiðaraneti GR ekki verið gefin neinn gaumur. Þvert á móti hafi FST framkvæmt spá um möguleg áhrif hans á næstu árum, þróun smásöluhlutdeildar Símans á GR svæðinu og þróun markaðshlutdeildar Mílu á þessum svæðum á næstu árum. Varðandi mat á áhrifum samningsins væri þó jafnframt rétt að benda á þá óvissu sem uppi væri varðandi mögulega yfirfærslu viðskiptavina Vodafone af neti GR yfir á net Mílu en hún gæti aukið markaðshlutdeild Mílu eða dregið úr lækkun hennar. Þá sé enn kraftur í ljósleiðaravæðingu Mílu sem gæti aukið markaðshlutdeild fyrirtækisins eða a.m.k. dregið úr lækkun hennar.
140. FST féllst þá ekki á þá gagnrýni að framtíðarspá FST um að uppbyggingaráform GR takmarkist við þau svæði sem GR er þegar starfrækt, samrýmist ekki upplýsingum frá GR. Enn sé talsverð óvissa um forsendur þeirrar uppbyggingar en þetta verði endurskoðað við endurmat landfræðilegrar greiningar árið 2022. Jafnframt bendir FST á að því víðar sem GR fari um landið, því minni ætti þörfin fyrir aðgreinda landfræðilega markaði að verða enda myndi einsleitni á milli svæða að öllum líkindum aukast.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

141. FST hafnar meintu vanmati fyrir séðrar lækkunar markaðshlutdeildar Mílu, og að það samrýmist þeirri framtíðarsýn sem að hafi komið fram í síðustu markaðsgreiningu þar sem lækkun markaðshlutdeildar hafi einnig verið vanmetin. Í því samhengi er bent á af hálfu FST að líftími síðustu greiningar hafi verið mun lengri en áætlað var þegar umrædd spá var lögð fram og var FST þar aðeins að spá fyrir um þróunina til 2017. Endurmat þessarar greiningar sé fyrirhugað á árinu. Þá bendir FST á að markaðshlutdeild Mílu sé ennþá mikil á landsvísu eða 57%. Hins vegar hafi markaðshlutdeild Mílu á markaði 3b lítið minnkað og er ennþá mikil á landsvísu, eða 57%. Í ljósi þeirrar gerjunar sem hefur verið síðustu árin á þessum mörkuðum og þeirri óvissu sem þar ríkir nú um stundir sé ljóst að FST þarf að greina umrædda markaði með mun styttra millibili en áður. Þá muni FST endurskoða mat sitt á landfræðilegum mörkuðum síðar á ári þessu, en slíkt endurmat gæti leitt til breytinga á markaðsgreiningunni sem hefur verið kærð.
142. Að framansögðu byggir FST á að rangt sé að samkeppnisþrýstingur sá sem Míla stendur andspænis í þeim 17 sveitarfélögum sem samkeppni er metin meiri, sé svo verulega mikið meiri en í öðrum sveitarfélögum, að það réttlæti aðgreinda landfræðilega markaði. Að auki séu samkeppnisaðstæður á GR svæðinu svo óstöðugar um þessar mundir og þar gæti orðið þróun sem gæti styrkt stöðu Mílu verulega. Þetta verði endurmetið síðar á þessu ári.
143. FST andmælti þá harðlega að rannsókn væri ábótavant eða að rökstuðning skorti. Ítarlega væri fjallað um stöðuna á einstökum svæðum. FST heldur þá fram að Míla rökstyðji í engu vísan til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 7/2019 í þessu samhengi.
- c) Vöru- og þjónustumarkaður*
144. Hvað varðar málatilbúnað Mílu um vöru- og þjónustumarkaðinn, telur FST staðhæfingar Mílu, um að hin kærða ákvörðun byggji á þeirri röngu forsendu að staðganga sé á milli kopar- og ljósleiðaraheimtauga og að ESA hafi m.a. hnotið um þetta í áliti sínu, rangar. FST bendir á að ESA hafi engar athugasemdir gert við staðgöngumatið. Þá vísar FST til þess að Samkeppniseftirlitið og allir aðrir markaðsaðilar en Símasamstæðan hafi stutt staðgöngumat FST.
145. Því er jafnframt hafnað af hálfu FST að niðurstaða um keðjustaðgöngu á milli ljóss og kopars sé ekki reist á nægilega traustum grunni m.t.t. krafna stjórnsýsluréttarins til rannsókna og rökstuðnings. FST telur Mílu vera að endurnýta röksemdir sem fram hafi komið í samráði fyrir töku ákvörðunarinnar og FST hafi brugðist við með framkvæmd neytendakönnunar.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

146. Hvað varðar vísun Mílu til álits BEREC, um að staðganga ljósleiðara og kopars fari þverrandi, bendir FST á að í umræddu áliti komi jafnframt skýrt fram að staðgöngukeðja milli kopars og ljósleiðara sé líkleg til þess að vera til staðar í flestum aðildarríkjunum. Það sé því augljóslega meginreglan. Um að markaðirnir hafi verið taldir aðskildir í Danmörku og Svíþjóð bendir FST á að sú niðurstaða hafi sætt verulegum athugasemdum af hálfu framkvæmdarstjórnar ESB. Þá að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið rökstutt hvers vegna aðstæður væru með öðrum hætti hér á landi.

### *d) Markaðsstyrkur*

147. FST mótmælir þeirri gagnrýni Mílu að ályktanir um markaðsstyrk séu dregnar af röngum forsendum um landfræðilegan- og þjónustumarkað málsins. Það er, að ályktunin sé röng þar sem ekki sé staðganga á milli kopars og ljósleiðara og að aðstæður séu svo frábrugðnar á milli svæða að það réttlæti skilgreiningu aðskildara landfræðilegra markaða, sér í lagi í Reykjavík og á svæðum hvar Tengir er starfandi.

148. Þá mótmælir FST því að hafa ekki horft til framtíðar, en a FST hafi m.a. gert spá um mat á líklegri þróun markaðshlutdeilda Símans og Mílu. FST mótmælir því einnig að útnefning Mílu sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk, í ljósi skorts á staðgönguþjónustu, stærðar, arðsemi ásamt þeim aðgangshindrunum sem önnur fyrirtæki byggju við, ætti ekki við á tilteknum landsvæðum.

149. FST byggir á því að fenginni þeirri niðurstöðu sinni að hinn landfræðilegi markaður sé landið allt, miðist mat á markaðsstyrk og útnefning aðila með umtalsverðan markaðsstyrk óhjákvæmilega við þær forsendur. FST hafi rannsakað núverandi markaðsstyrk og litið til framtíðar með spá um mat á líklegri þróun markaðshlutdeilda Símans og Mílu. Auk þess verði árlega uppfærður listi yfir þau sveitarfélög sem að mismunur milli svæða réttlæti vægari kvaðir í. Síðast muni fara fram endurmat á landfræðilegum markaði í árslok 2022 sem gæti leitt til endurmats útnefningar aðila með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningar kvaða.

150. Um þá gagnrýni er varðar að ekki hafi verið tekið tillit til samnings Símans og GR um bitastraumsaðgang Símans að ljósleiðaraneti GR og áhrifa hans, m.a. á kaupendastyrk, ítrekar FST að spáð hafi verið fyrir um líkleg áhrif hans á smásölu- og heildsölumarkaði. FST tekur fram að enn eigi eftir að koma í ljós hver afdrif sölu Símans á Mílu verði og hver ákvörðun Samkeppniseftirlitsins muni verða. Þá hafi FST gert grein fyrir því í hinni kærðu ákvörðun að kaupendastyrkur GR gagnvart Vodafone sé mikill. FST sé jafnframt meðvitað um að stofnunin geti hvenær sem er gert nýja greiningu ef breytingar verða skyndilega á samkeppnisumhverfinu sem kalli á slíka endurskoðun.

151. Að öllu framangreindu virtu hafnaði FST því að hafa ekki sýnt fram á að Míla væri í þeirri aðstöðu að búa yfir umtalsverðum markaðsstyrk, að sú niðurstaða væri andstæð lögum og uppfyllti ekki kröfur um rannsókn og rökstuðning.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

### e) *Kvaðir*

152. FST hafnar að álagning kvaða byggji á röngum forsendum þ.e.a.s. um hinn landfræðilega markað, þjónustumarkað og markaðsstyrk. FST byggir jafnframt á að rangt sé að á skorti viðhlítandi rannsókn og rökstuðning. FST heldur fram að þar sem niðurstaða hinnar landfræðilegu greiningar hafi verið sú að landfræðilegur markaður væri landið allt hefði Míla verið útnefnd sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á landinu öllu. Samkeppnisaðstæður hefði hins vegar verið nægilega frábrugðnar í 17 sveitarfélögum til þess að réttlæta álagningu vægari kvaða. FST telur sig jafnframt hafa brugðist við athugasemdum ESA þess efnis að rökstyðja yrði betur hvernig kvaðir samræmdust meðalhófi á fullnægjandi hátt með viðbótum í hinni kærðu ákvörðun.
153. FST tekur þá fram að ekki sé unnt að fallast á að þær kvaðir sem á voru lagðar væru verulega íþyngjandi, eða að þær sem dregnar voru til baka frá fyrri ákvörðun væru lítilfjörlegar eða til málamynda. Míla hafi sjálf áður komið að þeim athugasemdum að þær kvaðir sem felldar voru niður séu verulega íþyngjandi auk þess sem bent er á að tilslökun kvaða nái til svæða sem telji 70% landsmanna og hljóti því að skipta Mílu verulegu máli.
154. Í þessu samhengi bendir FST á að fallið hafi verið frá þeirri kvöð sem Míla gerði hvað mestar athugasemdir við í samráðsferli, þ.e.a.s. kvöð um kostnaðargreind og í staðin lögð á mun vægari kvöð um ERT próf. FST tiltekur þó að ekki sé ljóst hvort sú kvöð komi til framkvæmda en það fari eftir afdrifum sölu Símans á Mílu. Ef rauninn verði sú að sú kvöðin komist ekki til framkvæmda sé ljóst að viðbótarkvaðir verði ekki umtalsverðar á Mílu, auk þess sem slakað sé á kvöðum í umræddum 17 sveitarfélögum, sem sé nýmæli.
155. Hvað varði þá staðhæfingu Mílu að álagðar kvaðir fullnægi ekki áskilnaði ESA um að vera eins lítið íþyngjandi og kostur væri og takmörkuðust við það lágmark sem væri nauðsynlegt til þess að ná markmiðinu, sér í lagi þar sem meiri samkeppni nýtur við svo sem á stórhöfuðborgarsvæðinu, telur FST að þeim áskilnaði hafi verið fullnægt.
156. Jafnframt hafi áskilnaði meðalhófsreglunnar verið fullnægt, einnig þegar reglan sé tekin saman með rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins. FST ítrekar að ekki hafi verið réttlætanlegt að svo stöddu að skipta landfræðilegum markaði upp í aðskilda markaði, m.a. vegna óstöðugra aðstæðna á GR svæðinu. Enga síður hafi vægari kvaðir verið lagðar á þar sem að meiri samkeppni ríkir.
157. Með tilliti til framangreindra óstöðugra samkeppnisaðstæðna á GR svæðinu, sterkrar stöðu Mílu á fjarskiptamarkaði í heild, greindra samkeppnisvandamála og þeirrar staðreyndar að FST muni framkvæma endurmat á landfræðilegu greiningunni taldi FST að hinar álögðu kvaðir hefðu ekki verið umfram meðalhóf. Í köflum 10.4 og 11.4 í viðauka A við hina kærðu ákvörðun sé þá að finna rökstuðning um hvers vegna hinar álögðu kvaðir teldust nauðsynlegar og væru í samræmi við meðalhóf.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

158. Um umfjöllun Símans um samning Símans og GR um bitastraumsaðgang Símans að ljósleiðaraneti GR í þessu samhengi, svo og að undirritaður hefði verið skuldbindandi samningur um sölu Símans á Mílu, tiltekur FST að þessi atriði, auk óvissu um hvort stórir keppinautar Símasamstæðunnar muni færa sig í meira mæli af neti GR á net Mílu, séu einmitt ástæða þess að FST muni framkvæma endurmat á landfræðilegri greiningu síðla árið 2022.
159. Að framangreindu virtu byggir FST á að rangt sé að álagning kvaða sé andstæð lögum og brjóti gegn reglum stjórnisýsluréttarins um rannsókn, rökstuðning eða meðalhóf. FST vísar til framanrakinna atriða hvað þetta varðar og andmælir því að niðurstaða landfræðilegrar greiningarinnar hafi verið röng miðað við þær aðstæður og þá óvissu sem uppi var þegar ákvörðunin var tekin. Ekkert hafi að mati FST gerst síðan sem veiki þá niðurstöðu en, eins og áður greinir, muni FST síðar á þessu ári endurmeta hina landfræðilegu greiningu, þegar þeirri óvissu sem ríkti í október 2021 verði eytt og auðveldara verði að spá fyrir um þróunina á næstu árum.
160. Hvað varðar tilvísun Mílu til ítrekaðar umfjöllunar FST, í hinni kærðu ákvörðunar, til Símasamstæðunnar vísar FST til þess að tilkynnt hafi verið um fyrirhugaða sölu á Mílu, að fengnu samþykki Samkeppniseftirlitsins, eftir að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins muni ekki liggja fyrir fyrr en sumarið 2022. Því sé það ekki svo að salan sé um garð gengin og FST geti á þessari stundu ekki getið sér til um niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins. Vísar FST til þess að Síminn og Míla hafi ávallt verið metin sem ein efnahagsleg eining í skilningi fjarskiptalaga í markaðsgreiningum, með tilheyrandi lóðréttum áhrifum, sem hafi reynst helsta samkeppnisvandamálið á fjarskiptamarkaði hér á landi árum saman. Það hafi því verið algjörlega ótímabært að líta svo á, þegar hin kærða ákvörðun var tekin, að félögin væru ekki lengur ein efnahagsleg eining eða að lóðrétt áhrif væru úr sögunni. Slíkt mat verði að bíða endanlegrar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins.
161. Um gagnrýni Mílu á svokallaða kaupkvöð, tiltekur FST fyrir hið fyrsta að ESA hafi engar athugasemdir gert við kvöðina. Mikilvægt sé að skilja á milli þessa tveggja kvaða, þ.e.a.s. kvaða um að Míla dragi ekki til baka bitastraumbúnað sinn á ljósleiðaranetum annarra aðila sem félagið hafi sjálft ákveðið að setja upp og að Míla skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumbúnað á ljósleiðarnetum óskyldra aðila sem þess óskuðu. Hin fyrrnefnda kvöð sé mun minna íþyngjandi.
162. FST hafnar því að kvöð um að Mílu sé óheimilt að draga til baka bitastraumbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annara netrekenda en Mílu þar sem Míla hafi leigt svarta ljósleiðara, gegn vilja umrædds netrekanda, sé ekki að finna stoð í lögum eða að hún samrýmist ekki meðalhófi. Míla losni undan slíkri kvöð veiti Síminn þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila. Með tilliti til athugasemda Mílu í samráði hafi þá verið bætt við að jafnframt muni FST fella kvöðina niður hækki slíkir netrekendur gjöld sín fyrir slíkan aðgang óeðlilega að mati FST eða leggi fram ósanngjarna eða óeðlilega skilmála. Þannig hafi verið leitast við að gæta meðalhófs.



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

163. FST telur kvöðina sambland af aðgangskvöð og jafnræðiskvöð sem komi til vegna lóðréttar samþættingar Símasamstæðunnar sem geti takmarkað valkosti neytenda við val á undirliggjandi fjarskiptaneti. Slíkar kvaðir eigi sér lagastoð og beri að túlka með víðtækum hætti svo FST geti stuðlað að aukinni samkeppni á fjarskiptamörkuðum en um það vísar FST til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 1/2015. FST fellst þá ekki á að um ræði stórkostlegt inngríp í atvinnufrelsi Mílu, enda hafi Míla ákveðið að eigin frumkvæði að setja búnað sinn á ljósleiðaranet annars aðila.
164. Um hina síðarnefndu kvöð um að Míla skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumbúnað á ljósleiðarnetum óskyldra aðila sem þess óska, er afstaða FST sú að meðalhófs hafi verið gætt. Míla muni ekki verða fyrir auknum tilkostnaði þar sem að kveðið sé á um að viðkomandi netrekandi greiði kostnað slíkrar uppsetningar auk hæfilegs viðbótar rekstrarkostnaðar. Tekur FST jafnframt fram að Míla losni undan umræddum kvöðum semji Síminn við Tengi. FST telji slíka kvöð nauðsynlega í ljósi hve há markaðshlutdeild Símans sé á smásölustigi víðast hvar á landsbyggðinni og ljóst að valkostir endanotenda skerðist verulega ef ekki er brugðist við. Án slíkrar kvaðar verði umrætt samkeppnisvandamál ekki leyst og allar líkur á óbreyttu ástandi.
165. FST telur lagastoð vera fyrir kvöðinni þar sem markmið hennar sé að auka samkeppni, þar sem virk samkeppni sé ekki fyrir hendi. Um þá málsástæðu Mílu að gera yrði strangari kröfur til lögmætis og skýrleika lagastöðar í ljósi þess að um ræddi stjórnarskrárvarið atvinnufrelsi, tiltekur FST að allar kvaðir sem lagðar hafi verið á Símasamstæðuna um árábil feli í sér skerðingu atvinnufrelsis. Raunar sé ekki um kaupkvöð að ræða heldur sé verið að útfæra jafnræðiskvöðina og freista þess að draga úr lóðrétt samþættri hegðun samstæðunnar. Ekki sé um að ræða stórkostlegt inngríp í atvinnufrelsi enda verði Míla ekki fyrir neinum kostnaði. Viðkomandi ljósleiðararekandi greiði að fullu fyrir umrætt viðvik Mílu. Um skýrleika lagastöðar telur FST ljóst að ekki sé unnt að setja ákvæði um hinar ýmsu kvaðir sem nauðsynlegar séu.
166. Um umfjöllun Analysis Mason, sem Míla gerir að sinni, m.a. þess efnis að kvöðin sé fordæmalaus í Evrópu, óviðeigandi, þjóði hættu á rýrnun fjárfestinga, leiði til óafturkræfs og sokkins kostnaðar og dragi úr samstarfsvilja Mílu um samhliða uppbyggingu innviða, ítrekar FST að Míla verði ekki fyrir neinum tilkostnaði. Það tekjutap sem komið gæti til væri vegna aukinnar samkeppni um viðskiptavini Símans. Það sem Míla vilji væntanleg koma í veg fyrir sé að samkeppni aukist og færist í átt að virkri samkeppni, með tilheyrandi tekjumissi sem sé óhjákvæmileg afleiðing af aukinni samkeppni. Órökstutt sé að kvöðin sé fordæmalaus í Evrópu.
167. Hvað varðar gagnrýni Mílu á verðkvöð á ljósleiðara, kvöð um að Síminn og Míla skuli standast ERT próf enda þótt Símasamstæðan muni ekki verða mikið lengur við lýði tiltekur FST að hin síðastnefnda staðreynd liggi ekki fyrir. Heimili Samkeppniseftirlitið samruna Mílu og Ardian France SA, eða heimili hann með skilyrðum, eigi FST eftir að leggja mat á þjónustusamning á milli Símans og Mílu, m.t.t. þess hvort enn séu til staðar lóðrétt samþætt áhrif á milli félaganna. Óvíst sé því hvort kvöðin komi nokkurn tímann til framkvæmdar.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

168. Þá bendir FST á að Míla viðurkenni sjálf að ERT kvöðin sé betri en upprunaleg áform um kostnaðargreind verð á ljósleiðaraafurðum Mílu og því sé augljóslega meira meðalhóf í beitingu ERT kvaðarinnar. Um að enginn réttlætning sé fyrir kvöðinni á svæðum þar sem samkeppni nýtur við, ítrekar FST sjónarmið sín varðandi hina landfræðilegu greiningu. Álagning kvaðarinnar taki mið af henni. Varðandi það að eðlilegt hefði verið að útfærslan hefði legið fyrir í hinni kærðu ákvörðun vísar FST til greinargerðar sinnar vegna kæru Símans þar sem kemur m.a. fram að sérstök ákvörðun verði tekin komi kvöðin til framkvæmda. FST ítrekar að í ljósi fréttu um fyrirhugaða sölu á Mílu, sem barst eftir að hin kærða ákvörðun var tekin, hafi FST lýst því yfir að stofnunin muni ekki vinna að útfærslu ERT kvaðarinnar á meðan afdrif sölnunnar séu óljós.
169. Um þá jafnræðiskvöð sem hvílir á markaði 3a, m.a. um aðgang að lausum rörum og upplýsingagjöf þar um, bendir FST á að ekki sé um að ræða nýja kvöð, enda þótt hún sé útfærð með nákvæmari hætti. Hún hafi verið nauðsynleg þar sem að kvöð þessi hafi ekki nýst áhugasömum aðilum sökum óskýrra svara Mílu og ógagnsæis varðandi laus rör. Mikilvægt sé að gera þessa kvöð skilvirkari svo unnt sé að ljúka ljósleiðaravæðingu landsbyggðarinnar og efla þar samkeppni. Þá er minnt á að FST hafi aflétt þessari kvöð í 17 sveitarfélögum sem hýsa 70% íbúa landsins og þar sem samkeppni er meiri. Felst FST þá ekki á með Mílu að kvöðin sé óskýr.
170. FST hafnar að sú jafnræðiskvöð sem lögð er á, á markaði 3b um að bitastraumseiningu Mílu sé ekki heimilt að mismuna á nokkurn hátt eftir undirliggjandi neti að því er varðar verð og önnur möguleg gjöld, afgreiðslu verkbeiðna varðandi tengingu eða frágang búnaðar eins og hún er nánar útfærð í hinni kærðu ákvörðun sé órökstudd, ólögmat, ómálefnaleg eða brjóti gegn meðalhófsreglunni. FST tiltekur að stofnunin hafi áður tekið ákvörðun sem feli í sér að heimaugaeining og bitastraumseining Mílu skulu vera aðskildar og að einingunum beri að gæta jafnræðis innbyrðis og gagnvart ytri aðilum sbr. ákvörðun FST nr. 34/2014.
171. FST tekur þá fram að það fáist ekki séð hvernig slík jafnræðiskvöð sé ólögmat eða ómálefnaleg. Nauðsyn hennar hafi verið rökstudd með fullnægjandi hætti en lýsingu þeirra samkeppnisvandamála sem henni sé ætlað að leysa megi finna í kafla 11.2.5.4 í viðauka A við hina kærðu ákvörðun. FST telur umfjöllun Mílu um að hvað varði mismununin í verði skuli að gæta að því að þegar Míla veiti þjónustu í gegnum heimaugar annarra sé tekið sérstakt aðgangsgjald fyrir, sem myndi gólf í verðlagningu en framangreint jafngildi ekki mismunun, sé ekki sjálfstætt kæruatriði heldur umfjöllun um túlkun Mílu á umræddri kvöð. Þá tekur FST fram að stofnunin sé ósammála því að sá liður jafnræðiskvaðarinnar, þar sem kveðið er á um að flækjustig og ónæði gagnvart endanotendum skuli vera hið sama, uppfylli ekki skýrleikakröfur.

### *f) Samantekt*

172. Að öllu framangreindu virtu áréttaði FST kröfu sína um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafni öllum kröfum Mílu og staðfesti hina kærðu ákvörðun.

# ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

## 3. Viðbótarathugasemdir Mílu

### a) Almenn

173. Með bréfi dags. 18. febrúar 2022 var Mílu gerð grein fyrir, og gefið færi á að kynna sér, greinargerð FST vegna kæru Mílu og gögn málsins. Frestur var veittur til að koma við viðbótaathugasemdum til 21. mars 2022. Athugasemdir bárust 8. apríl 2022.

### b) Viðbótarathugasemdir

174. Í viðbótarathugasemdum sínum ítrekaði Míla allan fyrri málatilbúnað sinn og mótmælti öllum varnarástæðum FST. Jafnframt tók Míla undir þann málatilbúnað sem birtist í stjórnslukæru Símans.

175. Míla dregur þá ályktun frá greinargerð FST, að ekki séu gerðar athugasemdir við þá samantekt á kjarnaatriðum málsins sem sé að finna í stjórnslukæru fyrirtækisins og sé því sakarefni málsins nokkuð skýrt að því leyti.

176. Um athugasemdir FST um kröfugerð Mílu þess efnis að gjalda verði varhug við að breyta úrskurðinum í ljósi formfastrar og fastmótaðar málsmeðferðar telur Míla ekki á færi FST að takmarka valdsvið úrskurðarnefndarinnar með þessum hætti.

177. Míla bætir við umfjöllun sína um meðalhófsreglu stjórnslu-, stjórnskipunar-, Evrópu-, og fjarskiptaréttar og tengingu meðalhófsreglu og rannsóknarreglu. Með vísan til hennar telur Míla að ekki fáist séð að FST hafi axlað, svo fullnægjandi geti talist, sönnunarbyrðina fyrir því að álagning jafn íþyngjandi kvaða og raun ber vitni sé nauðsynleg á öllum þeim landsvæðum sem um ræðir. Það sé kjarni málsins auk skilgreiningar á vöru og þjónustumörkuðum.

178. Míla gagnrýnir þá þann málatilbúnað FST, sem að lýtur að því að endurmat muni fara fram á hinum landfræðilegum mörkuðum á árinu 2022, meðal annars m.v.t. réttaröryggissjónarmiða. Að mati Mílu virðist FST byggja á að ekki sé þörf á ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar þar sem endurmat muni fara fram í árslok sem m.a. muni svara athugasemdum ESA og Mílu. Míla bendir á að ef FST teldi svo á grundvelli eigin endurmats, ekki neinar forsendur til endurskoðunar umræddrar markaðsgreiningar væri líklegt að FST álitu þá ákvörðun ekki vera stjórnvaldsákvörðun. Þannig tækist FST að slá málinu á frest í ljósi vænts endurmats og um leið eftir atvikum firra Mílu öllum úrræðum til þess að leita endurskoðunar á því endurmati á síðari stigum. Við þetta bætir Míla að með hliðsjón af málsmeðferðartíma síðustu markaðsgreiningar sé ólíklegt að ný greining líti dagsins ljós á árinu 2022. Síðan gagnrýnir Míla að vænt endurmat taki aðeins til landfræðilegs markaðar en ekki vöru- og þjónustumarkaðar.

179. Þá vísar Míla jafnframt til umsagnar ESA sem miðast eðli máls samkvæmt við þann dag sem þær eru gefnar út. Þær taki og samkvæmt efni sínu til þeirra draga sem FST sendi ESA hinn 14. september 2021. Því sé fráleitt að láta sem að þau varði m.a. atriði sem hafi með einum eða öðrum hætti þegar verið útkljáð í „óformlegu samráði“ á fyrri stigum.

180. Það að ESA hafi ekki beitt „neitunarvaldi“, líkt og tilgreint sé a.m.k. 11 sinnum í umsögn FST, dragi ekki úr þýðingu umsagnarinnar. Staðreyndin sé sú, frá sjónarhóli Mílu, að

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

FST hafi ýmist verið ósammála athugasemdum ESA eða látið þær sér í léttu rúmi liggja, þ.á m. þær sem lutu að hinni landfræðilegu skilgreiningu og álagningu kvaða, og taldi sig einfaldlega hafa rannsakað og rökstutt nægilega öll þau atriði sem athugasemdirnar beindust að.

181. Í ljósi framangreinds bendir Míla á að úrskurðarnefndinni sé heimilt að leggja fyrir FST að taka málið til frekari rannsóknar og meðferðar varðandi tilgreinda þætti þess og taka nýja ákvörðun að því búnu sem sé þá jafnframt kæranleg. Að mati Mílu komi slík niðurstaða til álita eftir atvikum, ekki síst í ljósi fyrri umfjöllunar um væntanlegt endurmat og réttaröryggissjónarmið varðandi kæru- og endurskoðunarheimildir. Tekur Míla þá fram að Míla geri ekki athugasemd við að sæta kvöðum samkvæmt hinni kærðu áhrifum (utan þeirra hvers réttaráhrifum hafi verið frestað) uns búið er að taka nýja ákvörðun og að því gættu að ný ákvörðun lægi fyrir innan eðlilegra tímamarka.
182. Míla gagnrýnir þá umfjöllun FST um hinn landfræðilega markað í greinargerð sinni. Með henni telur Míla að reynt sé að gera sem minnst úr þýðingu útbreiðslu og uppbyggingu fjarskiptanets GR á stórhöfuðborgarsvæðinu, markaðshlutdeild GR og markaðstyrks, sem hljóti eðli málsins samkvæmt að hafa sérstaka þýðingu við mat á því hvort samkeppnisskilyrði séu misjöfn eftir landsvæðum. Í stað þess sé reynt að tefla fram öðrum sjónarmiðum, sum hver séu þess eðlis að ef á þau væri fallist, virðist nærri útilokað, hlutlægt séð, að landfræðilegur markaður gæti nokkru sinni verið annar en landið allt. Hvað varðar athugasemdir FST þess efnis að fullnægjandi rannsókn hafi verið framkvæmd á hinum landfræðilega markaði og vísun þess efnis til lengdar og umfangs greiningarinnar tiltekur Míla að þær athugasemdir séu ekki að lögfræðilegum toga. Hinn ótilheyrilegi blaðsíðufjöldi landfræðilegu greiningarinnar sé frekar til marks um hversu erfitt virðist að rökstyðja málið.
183. Míla telur þá þann málatilbúnað FST að fjallað hafi verið um þau erlendu fordæmi sem Míla vísi til í hinni kærðu ákvörðun og að þar sem þau gangi gegn niðurstöðu FST orsakist það af því að aðstæður hér á landi séu frábrugðnar, fela í sér verulega einföldun. Á síðustu árum hefðu fjarskiptayfirvöld í tveimur Norðurlöndum komist að þeirri niðurstöðu að ljós og kopar tilheyrði sitthvorum markaðinum. Markaðsaðstæður í þeim löndum séu nokkuð svipaðar og á Íslandi hvað varði kerfi sem bjóða upp á meira en 500Mbps niðurhal, en þó þannig að hvorugt landið hafi jafn mikla útbreiðslu á slíkum kerfum og Íslands. Þrátt fyrir þetta hafi FST komist að þveröfugri niðurstöðu.
184. Um gagnrýni FST á þær tölulegu upplýsingar sem Míla færir fram til stuðnings þess að skilgreina beri aðskilda landfræðilega markaði telur Míla FST vera í mótsögn við sjálfa sig. Í senn sé því haldið fram að notkun koparlína á heimtaugamarkaði sé fjölbreyttari en einungis til að veita internetþjónustu, en á sama tíma fari lítið fyrir því í umfjöllun um vörumarkaðinn að munur sé á kopar og ljósleiðara.
185. Míla telur að staðhæfingar FST um að með umfjöllun sinni viðurkenni Míla að um einsleitni sé að ræða séu ónákvæmar og að farið hafi verið með rangfærslur.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

186. Míla telur FST draga rangar ályktanir um áhrif samnings um bitastraumsaðgang Símans að ljósleiðaraneti GR. Með vísan FST til þeirrar óvissu sem leiði af samningnum vegna mögulegrar yfirfærslu viðskiptavina Vodafone af netum GR, yfir á net Mílu og tilheyrandi ógn fyrir GR, sé að mati Mílu [•]<sup>1</sup>
187. Með umfjöllun sinni um að óvissu sé háð hvort uppbyggingaráform GR gangi eftir telur Míla að FST reyni að strá efasemdarfræjum. Allur efi um framtíðina sé túlkaður til samræmis við þá niðurstöðu sem FST vilji komast að. Mótsögn sé þá fólgin í því sem FST haldi fram, að því víðar sem GR fari um landið því minni þörf ætti að vera fyrir aðgreinda landfræðilega markaði. Á sama tíma og FST telji staðbundin fjarskiptanet ekki réttlæta landfræðilega skiptingu, byggi FST á því að útbreiðsla þeirra í framtíðinni mæli gegn landfræðilegri skiptingu.
188. Um andsvör FST við gagnrýni Mílu á framtíðarmat stofnunarinnar á markaðshlutdeild fyrirtækisins telur Míla FST horfa fram hjá kjarnaatriðum málsins, þ.m.t. uppbyggingu og útbreiðslu nets GR og markaðshlutdeildar og markaðsstyrk. Í stað þess sé vísað til vænts endurmats. Hið sama gildi um ályktanir FST þess efnis að Míla standi ekki andspænis svo frábrugðnum samkeppnisskilyrðum í þeim 17 sveitarfélögum hvar samkeppni er meiri að það réttlæti aðgreinda landfræðilega markaði. Tölurnar tali sínu máli.
189. Til stuðnings sínu máli vísar Míla til nýlegrar ákvörðunar danskra fjarskiptayfirvalda, m.a. um að sérstaka þýðingu geti haft ef tilteknir markaðsaðilar eru á staðbundnum svæðum og að litið verði sérstaklega til þess hvort útbreiðsla fjarskiptaneta, markaðshlutdeild og verðlagning sé breytileg eftir svæðum. Þá að samkvæmt BEREC þurfi samræmi í verðlagningu ekki að þýða að um sama landfræðilega markað sé að ræða og að sérstaka þýðingu hafi hvort slíkt samræmt verð leiði raunar af kvöðum. Niðurstaða ákvörðunarinnar hafi verið sú að ekki sé hægt að líta á markaðinn sem einn landfræðilegan markað, þ.m.t. með vísan til þess breytileika sem væri í markaðshlutdeild og útbreiðslu neta eftir landsvæðum, auk breytileika í samkeppnisaðilum. Framangreind viðmið séu að mati Mílu einföld og skýr og leiði til rökréttar og skiljanlegrar niðurstöðu. Séu þau heimfærð á hina kærðu ákvörðun og íslenskan veruleika blasi við hversu langsótt og allt að óskiljanleg niðurstaða FST sé, um að samkeppnisþrýstingur sé ekki svo neinu nemi breytilegur eftir einstökum landsvæðum.
190. Hvað varðar skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaðar ítrekar Míla sjónarmið sín. Sú neytendakönnun er liggi til grundvallar skilgreiningu heildsölumarkaðsins væri haldin verulegum annmörkum. Míla hefði bent á fjölmargar staðreyndir til stuðnings þess að ekki væri lengur staðganga á milli ljósleiðara og kopars og stutt umfjöllun sína sérfræðiáliti og neytendakönnun. Með tilliti til rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 væri FST rétt og skylt að endurskoða fyrrnefnda könnun sína en að lágmarki væri rétt að framkvæma nýja könnun. FST hafi ekki brugðist við framangreindu og eftir standi að forsendur í málalíbúnaði FST orki í meira lagi tvímælis. Þessu verði FST að bera hallan af en til hliðsjónar vísar Míla til dóms Hæstaréttar í máli nr. 111/2014.

---

<sup>1</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

191. Fjallar Míla þá aftur um greiningu danskra fjarskiptayfirvalda í sambandi við skilgreiningu- vöru og þjónustumarkaðar, en FST hafnaði að hún væri fordæmisgefandi vegna landsbundinna aðstæðna. Að mati Mílu sjáist greinilega, séu mælistikur danskra fjarskiptayfirvalda yfirfærðar á íslenskar aðstæður, hversu veikum stöðum, þ.á m. er varði rannsókn, hin kærða ákvörðun hvíli á. Hvort sem horft sé til uppbyggingar síðustu ára, þróunar markaðshlutdeildar, mismunandi hraða tenginga eða krafna notenda um sífellt aukinn hraða tenginga, brenni allt sama brunni, líkt og öll gögn málsins beri með sér.
192. Til stuðnings ályktunar um að staðgöngu skorti á milli kopars og ljóss vísar Míla til nýrrar töflu sem fyrirtækið hafi tekið saman um markaðsþróun. Þar megi finna tölulegar upplýsingar um fjárfestingar Mílu í kopar samanborið við ljós og um að kopartengingum fari mjög þverrandi. Míla vísar jafnframt til ákvörðunar Fjarskiptastofu í máli nr. 1/2022 um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum ehf., en þar komi m.a. fram að sé eingöngu miðað við áætlanir Ljósleiðarans um uppbyggingu ljósleiðara verði um 90% heimila sem geti tengst ljósleiðara árið 2023. Míla minnr aftur á mikilvægi framtíðarhorfa við markaðsgreiningu í samhengi skilgreiningar vöru- og þjónustumarkaðarins og rannsóknarskyldu FST.
193. Afstaða Mílu til umfjöllunar FST um markaðsstyrk er sú að fjarri sé lagi sé að sýnt sé fram á að Míla geti hindrað virka samkeppni og starfað að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Hér telur Míla að skorti enn rannsókn og rökstuðning, en úr því hafi ekki verið bætt.
194. Vakin er athygli á því að til þess að svara rökum Mílu um að fyrirtækið geti ekki hagað sér óháð keppinautum, viðskiptavinum og neytendum t.d. á höfuðborgarsvæðinu, m.a. vegna sterkrar stöðu GR þar og sterkrar fjárhagsstöðu síðastnefnds félags, leiði FST líkur að því að fjárhagsleg staða Mílu muni batna en öfugt fari um GR ef samkeppnisaðilar Símans fara að versla í meira mæli hjá Mílu. Líklegt sé að þessarar þróunar sé þegar að gæta. Míla bendir á að umræddar tölur sem Míla byggði ályktun sína á væri tölur FST sem lagðar hefðu verið til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Nú væri því aftur á móti haldið fram, að þær væru úr sér gengnar. Míla telur ályktun FST þá ranga enda ekkert sem bendi til þess að markaðshlutdeild Mílu sé að aukast á kostnað GR, heldur eigi hið gagnstæða við.
195. Um álagningu kvaða ítrekar Míla fyrst sjónarmið um meðalhóf. Míla telji það hvergi nærri að FST hafi sýnt fram á nauðsyn álagðra kvaða. Míla telur FST jafnframt með málatilbúnaði sínum viðurkenna að kvaðirnar feli í sér skerðingu stjórnarskrárvarinna réttinda, en að FST hafi þó tiltekið að ekki sé um verulegt inngríp að ræða. Míla telur síðastnefnd ummæli ekki standast skoðun, enda verð-, aðgangs-, og samningskvaðir í eðli sínu verulega íþyngjandi.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

196. Um afléttingu kvaða bendir Míla á að FST viðhaldi öllum kvöðum sem skipta máli í samkeppni á markaði ljósleiðara þrátt fyrir að markaðshlutdeild annara aðila sé yfir 75% á þeim markaði. Hinar vægari kvaðir skipti því í reynd engu máli. Aðgerðin virðist sýndaraðgerð að mati Mílu. Í staðinn hafi verið lagðar á meira íþyngjandi kvaðir og sé ákvörðunin því til íþyngingar ekki ívilnunar líkt og FST haldi fram. Þá sé, í málatilbúnaði FST, sem fyrr, ítrekað skírskotað til fyrirhugaðs endurmats og yfirvofandi „óvissu“. Jafnframt, að niðurstaðan um kvaðir byggi á hinni landfræðilegu greiningu og ályktunum um markaðsstyrk dregnar af henni, þ.á m. að ekki sé rétt að skipta landinu niður í fleiri en einn landfræðilegan markað. Þetta hangi þannig allt á þeirri spýtu, auk skilgreiningar vörumarkaðarsins, að því er virðist.
197. Hvað varðar þá kaupkvöð sem er lögð á félagið hafnar Míla að hún geti sótt stoð til 30. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Aðgangskvaðir, sem þar er kveðið á um, vísi jafnan til þess að veita öðru fyrirtæki aðgang að aðstöðu eða þjónustu en ekki að kaupa eða leigja aðstöðu eða þjónustu hjá samkeppnisaðila. Þá verði lagaheimildir til setningar íþyngjandi kvaða að vera skýrar og ótvíræðar og geti FST því ekki byggt á slíkum framsæknum lögskýringum.
198. Hvað varðar þá staðhæfingu FST að kvöðin standist meðalhóf enda sé hún skilyrt og losni Míla undan henni, semji Síminn um bitastraumsaðgang við viðkomandi netrekendur tiltekur Míla að Síminn sé sjálfstæð lögpersóna. Míla hafi ekkert boð- eða ákvörðunarvald yfir því hvort Síminn semji við samkeppnisaðila fyrirtækisins. Nálgunin sé fordæmalaus og feli raunar í sér álagningu smásölukskvaðar gagnvart Símanum, sem sé klædd í búning heildsölukskvaðar gagnvart Mílu. Þá telur Míla það rangt að Míla muni ekki bera neinn kostnað enda ljóst að óbeinn kostnaður muni falla til, t.d. þar sem setja þurfi upp tvöfaldan búnað og nýting á slíku kerfi sé verri en ella auk kostnaðar við að færa viðskiptavini á milli ljósleiðarakerfa.

### *c) Samantekt*

199. Að öllu framangreindu virtu taldi Míla að fallast bæri á kröfur sínar.

## 4. Viðbótarathugasemdir Fjarskiptastofu

### *a) Almenn*

200. Með bréfi dags. 11. maí 2022 voru FST sendar viðbótarathugasemdir Mílu og FST veittur frestur til 9. júní s.á. til þess að koma að viðbótarathugasemdum, teldi stofnunin þess þörf. Viðbótarathugasemdir FST bárust þann 8. júní 2022.

### *b) Viðbótarathugasemdir*

201. Að mati FST kom lítið nýtt fram í viðbótarathugasemdum Mílu, sem ekki hafði þegar fengið umfjöllun. Brugðist var við því sem að einhverju leyti þótti nýtt.
202. FST féllst ekki á málatilbúnað þess efnis að brotið hafi verið gegn rannsóknar- eða meðalhófsreglu og taldi þau fordæmi sem Míla vísaði til ekki eiga við.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

203. Hvað varðaði gagnrýni Mílu á málatilbúnað FST um að endurmat muni fara fram á árinu 2022, tekur FST fram að markaðsgreiningar séu viðvarandi verkefni. Það sé ekki óeðlilegt að stofnunin þurfi að endurskoða greiningar sínar stuttu eftir að þeim lýkur ef miklar vendingar verða á markaðinum eða að spár FST gangi ekki eftir. Þá ítrekaði FST að ESA hefði heimilað stofnunina að taka umrædda ákvörðun, verið sammála FST um að varasamt gæti verið að draga of mikið úr kvöðum á Mílu vegna óvissu varðandi markaðsþróun um þær mundir sem hin kærða ákvörðun var tekin, og beitti ekki neitunarvaldi sínu. Sem dæmi megi búast við því að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins varðandi sölu á Mílu til Ardian liggi fyrir í lok júlí eða í ágúst 2022. Þá ætti óvissuþáttunum um þróun markaðarins að fækka, auk þess sem markaðshlutdeildartölur fyrir fyrri hluta ársins 2022 ætti að liggja fyrir haustið 2022.
204. FST tók fram að rétt sé það sem komi fram í viðbótarathugasemdam Mílu að vænt endurskoðun taki aðeins til landfræðilegs markaðar en ekki vöru- og þjónustumarkaðar. Skilgreining vöru- og þjónustumarkaðar sé hins vegar viðvarandi verkefni sem meta þurfi í hvert sinn sem markaðsgreining sé framkvæmd.
205. Fallist úrskurðarnefndin á það með Mílu að ekki sé lengur staðgangna milli kopar- og ljósleiðaratenginga sé hins vegar ljóst að framkvæma þurfi markaðsgreininguna frá byrjun á þeim forsendum og teldist markaðsgreiningin þá að öllu leyti ógild. Þar til endurnýjuð markaðsgreining hefði verið framkvæmd myndi eldri markaðsgreining hins vegar gilda þar sem slík staðgangna var metin gilda milli þessara þjónustuflokka.
206. FST tiltók þá að það sé ekki sjálfstæð krafa FST í málinu að úrskurðarnefnd vísi kæru Mílu frá vegna vænts endurmats. Hins vegar velti stofnunin fyrir sér hvort þörf væri á því fyrir nefndina, að ógilda hina kæru ákvörðun í heild eða hluta sökum umrædds endurmats. FST skýrir þá frekar að stofnunin telji vafa undirorpið hvort úrskurðarnefnd geti breytt ákvörðun FST eða ógilt hana að hluta til líkt og í hefðbundnum stjórnslumálum, sökum þeirra fastmótuðu málsmeðferðarregla sem um markaðsgreiningar gildi. Það sé FST sem þurfi að framkvæma þau skref sem markaðsgreining áskilur, að skilgreina landfræðilegan- vöru- og þjónustumarkað, meta markaðsstyrk og e.a. útnefna aðila með umtalsverðan markaðsstyrk þá og leggja á viðeigandi kvaðir. Undanfari þessa sé ítarleg rannsókn FST, innanlandssamráð og samráð við ESA. ESA hafi síðan neitunarvald varðandi framangreinda þætti, að kvöðunum undanskildum. Ógildi úrskurðarnefndin skilgreiningu viðkomandi landfræðilegs markaðs, vöru- eða þjónustumarkaðs, mat á markaðsstyrk og útnefningu aðila með umtalsverðan markaðsstyrk kalli það á nýja málsmeðferð af hálfu FST.
207. FST tekur sérstaklega fram að engum vafa sé undiropið að úrskurðarnefndin geti staðfest hina kærðu ákvörðun eða ógilt hana í heild sinni. FST telur meiri vafa undiropið hvort úrskurðarnefndin geti breytt ákvörðun FST eða ógilt að hluta lík og í hefðbundnum stjórnslumálum, sökum þeirra fastmótuðu málsmeðferðarreglna sem um markaðsgreiningar gilda.



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

208. FST telur gagnrýni Mílu á skilgreiningu landfræðilegs markaðar í viðbótarathugasemdum fyrirtækisins í mestu fela í sér endurtekningar. Hvað varðar vísan til markaðsskilgreiningar danskra fjarskiptayfirvalda er minnt á að sú ákvörðun féll á eftir ákvörðun FST og verði hún skoðuð við endurmat hinnar landfræðilegu greiningar. Að mati FST fáist hins vegar ekki séð að óeðlilegri aðferð hafi verið beitt. Líkur væru á að niðurstaða landfræðilegrar greiningar hér á landi hefði verið önnur ef FST hefði komist að sömu niðurstöðu og Danir varðandi skilgreiningu á viðkomandi- vöru og þjónustumarkaða.
209. Hvað varðar gagnrýni Mílu á skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaðsins í viðbótarathugasemdum sínum telur FST rangt að rannsókn skorti, að neytendakönnun sú sem stofnunin lét framkvæma fyrir sig væri haldin annmörkum eða að túlkun FST á henni sé vafasöm.
210. Um vísan til markaðsskilgreiningar danskra fjarskiptaeftirlita ítrekar FST að stofnuninni beri að skilgreina viðkomandi vöru- og þjónustumarkað með hliðsjón af samkeppnisáðstæðum hér á landi, ekki í Danmörku eða í hinum EES-ríkjunum. Ítrekar FST þá þann mun sem sé á markaðinum í Danmörku og á Íslandi, m.a. vegna þess að afkastageta koparneta er minni í Danmörku en hér á landi, auk þess sem þar sé verðmunur á smásölumarkaði á milli kopars- og ljósleiðara.
211. FST telur að mestu ekki tilefni til þess að gera athugasemdir við viðbótarathugasemdir Mílu er lúta að þeim kvöðum sem á voru lagðar. Mótmælir FST þó að umrædd kaupkvöð feli í raun í sér smásölu kvöð á Símann, klædda í búning heildsölu kvæðar á Mílu. Jafnframt er ítrekað að Míla sé dótturfélag Símans og því séu félögin enn tengdir aðilar. Telur FST meðalhófs því hafa verið gætt með því að kveða á um að kvöðin falli á brott semji Síminn við Tengi. Síðast bendir FST á að Tengi eða öðrum áhugasömum aðila beri að greiða allan kostnað sem til kunnir að falla á Mílu vegna þessarar kvæðar.
- c) Samantekt*
212. Að öllu framangreindu virtu áréttaði FST kröfu sína um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafni öllum kröfum Mílu og staðfesti hina kærðu ákvörðun.

## B. Stjórnsýslukæra Símans

### 1. Sjónarmið kæranda

#### a) Almenn

213. Kærandi, Síminn krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni en tala vara er þess krafist að 5. og 10. liðir ákvörðunarinnar, þar sem kvaðir eru lagðir á Símann á mörkuðu 3a og 3b verði felldir úr gildi.
214. Síminn byggir á því að hin kærða ákvörðun, ýmist í heild eða álagning tiltekna kvaða samræmist ekki íslenskum lögum, þ.m.t. fjarskiptalögum og stjórnsýslulögum og reglum Evrópuréttarins.

#### b) Ákvörðun ekki í samræmi við íslensk lög og reglur Evrópuréttar

215. Kærandi, Síminn byggir í fyrsta lagi á því að ekki sé fyrir hendi lagagrundvöllur fyrir hinni kærðu ákvörðun. Samkvæmt 2. mgr. 17. gr. fjarskiptalaga verða kvaðir aðeins lagðar á fyrirtæki hafi það umtalsverðan markaðsstyrk á skilgreindum markaði. Þær kvaðir sem lagðar eru á Símann byggja á þeirri niðurstöðu FST að Síminn og Míla hafi umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markað 3a) og heildsölumarkað fyrir miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframléiddar vörur (markað 3b). Síminn starfi hvorki á mörkuðum 3a né 3b. Þá sé ríkjandi fyrirtækjaaðskilnaður á milli Mílu og Símans og því ekki hægt að samsama veru Mílu á umdræddum mörkuðum við veru Símans þar. Því sé óheimilt að leggja á fyrirtækið kvaðir, á markaði sem það starfi ekki á. Byggir Síminn á því að þegar af þeirri ástæðu beri að ógilda ákvörðun FST.
216. Þá byggir Síminn á því að engin markaðsgreining hafi farið fram á þeim markaði sem Síminn starfi raunverulega á, smásölumarkaði. Umfjöllun FST í kafla 3 í viðauka A við hina kærðu ákvörðun geti ekki talist fullnægjandi í þessu tilliti. Ekki hafi farið fram nein skilgreining á landfræðilegum markaði, en aðstæður séu mjög misjafnar eftir landsvæðum. Síminn telur að sá annmarki einn og sér, dugi til ógildingar. Þar sem markaðsgreining liggja ekki fyrir sé ekki unnt að draga ályktun um markaðsstyrk sem sé svo forsenda álagningar kvaða.
217. Síminn telur að ekki hafi verið farið að ákvæðum reglugerðar nr. 741/2009 um markaðsgreiningu á sviði fjarskipta við ákvörðunina. Vísað er til 4.-6. gr. reglugerðarinnar þar sem kveðið er á um hvernig skuli standa að rannsókn við skilgreiningu markaðar og mati á umtalsverðum markaðsstyrk. Með ákvörðuninni hafi FST ekki virt þá lágmarksvernd sem felst í hinni nauðsynlegu málsmeðferð sem þarf að fara fram til að leiða fram niðurstöðu um umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum markaði. Með þessu telur Síminn FST hafa brotið gegn stjórnsýslulögum, fjarskiptalögum og viðurkenndum aðferðum samkeppnisréttar við mat á því hvort fyrirtæki teljist vera með umtalsverðan markaðsstyrk.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

218. Að auki telur Síminn ákvörðunina brjóta gegn Evrópurétti. Samkvæmt tilmælum ESA frá 11. maí 2016 verði kvaðir einungis lagðar á, á mörkuðum sem ekki eru fyrirframskilgreindir, að þrem skilyrðum uppfylltum. Það er að a) um sé að ræða miklar og viðvarandi aðgangshindranir, b) markaðurinn sé þannig uppbyggður að ekki sé að vænta virkrar samkeppni í nánustu framtíð og c) að beiting samkeppnisréttar myndi ekki nægja ein og sér til að bæta úr þar sem markaðurinn hefur brugðist. Að undangengnu síðastnefndu þriggja þrepa prófi beri að tilkynna niðurstöður til ESA. FST hafi aftur á móti látið hjá líða að fjalla um þessi skilyrði, skilgreina smásölumarkað og skila tilkynningu til ESA. Framangreint felur að mati Símans í sér brot gegn EES-samningnum svo sem fram komi í 29. lið fyrrnefndra tilmæla ESA.
219. Síminn heldur því þá fram, að hefði verið framkvæmd rannsókn á framangreindum skilyrðum, hefði verið leitt í ljós að þau væru ekki uppfyllt. Markaðurinn búi ekki við miklar aðgangshindranir enda greið leið fyrir nýja aðila á markaðinn líkt og árangursrík innkoma nýrra aðila svo sem Hringdu og Nova hafi sýnt. Þá njóti við virkrar samkeppni á markaðinum eins og þróun markaðshlutdeildar Símans leiði m.a. í ljós en hún lækkaði úr 41% og niður í 36% frá árinu 2015 til ársins 2020. Á sama tímabili hafi Nova tekið til starfa og náð 22% markaðshlutdeild. Síminn búi ekki yfir umtalsverðum markaðsstyrk á markaðinum enda hafi hann engin tækni á því að ákveða verð á þeirri þjónustu sem hann kaupir af Mílu ehf. eða stýra að öðru leyti þjónustuframboði félagsins frekar en aðrir keppinautar á markaði. Síðast, enda þótt litið væri svo á að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á tilteknum smásölumörkuðum eftir fullnægjandi rannsókn og skilgreiningu á þjónustu- og landfræðilegum markaði, dugi samkeppnisreglur til eftirlits á markaðinum.
220. Telur Síminn því engin rök vera til staðar til stuðnings álagningar fyrirframkvaða, m.a. um bann við skaðlegri undirverðlagningu eða verðþrýsting. Samkeppnisreglur dugi þar til. Í þessu sambandi telur Síminn nauðsynlegt að taka mið af meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Byggir Síminn á að allt framangreint sé jafnframt annmarki sem valdi ógildingum á ákvörðunarinnar gagnvart Símanum.
221. Síminn byggir á nýjum tilmælum ESB sem birt voru 18. desember 2020, sem taka til EES-svæðisins, um skilgreiningu markaða og álagningu fyrirframkvaða. Samkvæmt þeim sé það markmiðið með nýju regluverki um fjarskipti, að afnema fyrirframkvaðir á fjarskiptafyrirtæki og byggja eftirlit á almennum samkeppnisreglum. Til að meta þörfina á álagningu kvaða á heildsölumarkaði sé grundvallaratriði að framkvæma ítarlega markaðsgreiningu á smásölumörkuðum sem þurfa á aðgangi að viðkomandi heildsölumörkuðum að halda. Síminn telur FST hafa vanrækt að framkvæma slíka markaðsgreiningu á smásölumörkuðum fyrir bitastraumsþjónustu. Ákvörðunin byggir því ekki á þeim trausta grunni sem nauðsynlegur er til þess að meta hvort þörf sé á sértækum fyrirframkvöðum FST eða nægjanlegt sé að láta samkeppnisyfirlit að hafa eftirlit á grundvelli hinnar almennu samkeppnislöggjafar. Hér verði að taka mið af því að hinar álögðu kvaðir séu verulega íþyngjandi fyrir Símann. Heldur Síminn því fram að FST hafi gengið allt of langt í álagningu hinna óþörfu kvaða sem séu að auki byggðar á ófullnægjandi rannsókn á þörf.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

222. Enda þótt fallist verði á að markaðsgreining FST sé fullnægjandi og renni nægjanlegum stoðum undir útnefningu Símans sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk telur Síminn eftir sem áður að FST hafi ekki heimildir að lögum til álagningar þeirra kvaða sem mælt er fyrir í hinni kærðu ákvörðun. Samkvæmt V. kafla laga um fjarskipti nr. 81/2003 og ákvæðum 3. mgr. 9. gr., 10.-14. gr. og 16.-17. gr. reglugerðar nr. 741/2009 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, er heimilt að leggja kvaðir á fjarskiptafyrirtæki á heildsölumarkaði s.s. jafnræðiskvöð, eftirlitskvaðar og kvöð um bókhaldslegan aðskilnað. Síminn byggir á að frá þessu fáist gagnályktað að kvaðirnar verði aðeins lagðar á heildsölumörkuðum ekki en smásölumörkuðum. Ákvæði 11-14. gr. reglugerðarinnar séu efnislega samsvarandi 29.-32. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Samkvæmt framansögðu fari álagning kvaðanna gegn ákvæðum reglugerðarinnar og þar með fjarskiptalögum og sé því ógildanleg. Sér í lagi telur Síminn enga lagaheimild vera fyrir álagningu ERT prófs. Tilskipun ESB nr. 2018/1972, sem FST vísi til um lagaheimild, hafi ekki verið innleidd í íslenskan rétt. Síminn telur að álagning ERT prófs rúmist ekki innan ákvæða hvorki 30. gr. né 32. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti, svo sem haldið sé fram af hálfu FST. Þvert á móti sé slíks prófs hvergi minnst í íslenskum rétti og þ.a.l. sé um að ræða brot gegn lögætisreglu íslensks stjórnsluréttar. Varði þetta ógildingu.

223. Enda þótt fallist yrði á að finna megi ERT prófi lagaheimild að íslenskum rétti telur Síminn að útfærsla FST á prófinu í hinni kærðu ákvörðun standist ekki kröfur Evrópuréttar. Er framangreint byggt á tilmælum framkvæmdarstjórnar ESB nr. 2013/466/EU um beitingu jafnræðis- og verðkvaða gagnvart næstu kynslóðar netum. Af tilmælunum sé ljóst að viðkomandi eftirlitsstjórnvald skuli útfæra slíkt próf fyrirfram og í kjölfar markaðsgreiningar. FST hafi m.a. í ljósi réttaröryggissjónarmiða borið að birta ákvörðun um álagningu kvaða og hvað felist í álagningu kvaðar um ERT próf fyrirfram. FST hafi hins vegar þvert á framangreint lagt á kvöð um ERT próf án þess að nokkur útfærsla lægi fyrir.

### *c) Brot gegn reglum stjórnsluréttarins*

224. Síminn telur að hin kærða ákvörðun feli í sér brot á reglum stjórnsluréttarins. Í fyrsta lagi byggir Síminn á að ekki sé um stjórnvaldsákvörðun að ræða þar sem að hin kærða ákvörðun sé ófullnægjandi að því leyti að hún kveði ekki nægjanlega skýrt á um skyldur þeirra aðila sem hún beinist gegn. Í ljósi réttaröryggissjónarmiða verði stjórnvaldsákvörðun að fela í sér endanlega úrlausn í tilteknu stjórnslumáli og vera nægilega skýr um réttindi og skyldur aðila máls. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar séu lagðar kvaðir á Símann á mörkuðum 3a og 3b, samkvæmt 27., 30., 31. og 32. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, í öllum tilvikum í tengslum við efnahagslegt hermipróf. Aftur á móti sé ekki að finna neina lýsingu á því hvað í kvöðinni felst heldur sé vísað til nánari lýsingar í viðauka A. Í ákvörðuninni komi þá fram að kvöðin sé ekki að fullu útfærð og að FST muni hefjast handa við sérstaka ákvörðun og útfærslu þegar ákvörðunin hefur tekið gildi.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

225. Síminn byggir á því að þar sem ekki hafi verið tekið ákvörðun í forsendum um hvað felist í hinum íþyngjandi kvöðum geti ákvörðunin ekki talist stjórnvaldsákvörðun, sem kveður með nægjanlega skýrum hætti um rétt og skyldu aðila máls. Sé hún því markleysa og beri að ógilda.
226. Í öðru lagi byggir Síminn á því að það skorti verulega á það að málsmeðferð FST uppfylli þær kröfur sem ákvæði 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 gerir til stjórnvalda um að mál séu rannsökuð á fullnægjandi hátt áður en að ákvörðun sé tekin. Þetta eigi við um fjölmarga þætti í ákvörðun FST.
227. Þannig telur Síminn rannsóknarregluna og lögmætisregluna hafa verið brotnar þar sem að FST hafi látið líða að skilgreina landfræðilegan markað og þjónustumarkað fyrir bitastraumsþjónustu í smásölu. Markaðsgreining sé lögbundið ferli sem kveðið er á um í reglugerð 741/2009 um markaðsgreiningu á sviði fjarskipta. Samkvæmt 5. gr. hennar beri að skilgreina landfræðileg mörk viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaðar í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Ef landfræðilegur markaður og vöru- og þjónustumarkaðir séu ekki skilgreindir sé ekki unnt að leggja mat á samkeppni með réttum hætti. Sé ekki rannsakað hvort aðstæður á vöru- og þjónustumarkaði séu mismunandi eftir landsvæðum sé ekki unnt að komast að niðurstöðu um hvort mismunandi aðstæður séu fyrir hendi þannig að rétt væri að skipta landinu í mismunandi markaði. Síminn telur FST ekki hafa framkvæmt neina slíka rannsókn enda þótt fyrir liggi að aðstæður, markaðshlutdeild, o.fl., sé með gjörólíkum ætti t.d. á höfuðborgarsvæðinu og sums staðar á landsbyggðinni. Sé landfræðileg skilgreining ekki framkvæmd sé ekki hægt að meta samkeppni á markaðinum. Sé ranglega staðið að skilgreiningu markaða, líkt og FST hafi gert sé allt sem á eftir kemur ómarktæk umfjöllun. Þetta valdi ógildinguna hinar kærðu ákvörðunar.
228. Þá heldur Síminn því fram að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglunni þar sem að hinni lögbundnu aðferð við mat á markaðsráðandi stöðu sem mælt er fyrir um í 6. gr. reglugerðar nr. 741/2009 um markaðsgreiningu á sviði fjarskipta hafi ekki verið beitt í hinni kærðu ákvörðun. Samkvæmt 1. mgr. síðastnefnds ákvæðis skuli, þegar markaður hefur verið skilgreindur, greina samkeppni á markaðinum með hliðsjón af þeim þáttum sem hafi áhrif á markaðsstyrk og komast að því hvort styrkur eins eða fleiri fyrirtækja sé umtalsverður. Í 3. mgr. ákvæðisins séu svo talin upp þau atriði sem líta ber til við greiningu á samkeppni og markaðsstyrk. Í 4. mgr. ákvæðisins kemur þá fram að FST sé heimilt að styðjast einnig við aðra videigandi þætti við mat á markaðsstyrk. Síminn byggir á að markaðsgreining í samræmi við framangreind fyrirmæli hafi ekki verið framkvæmd í hinni kærðu ákvörðun en um sé að ræða verulegan ógildingarannmarka.
229. Síminn telur FST jafnframt hafa brotið gegn rannsóknarreglunni þar sem að samkeppnisvandamál á smásölumarkaði hafi ekki verið rannsökuð. Álagning kvaða byggir á röngum skilningi á regluverki fjarskipta. Í samræmi við tilmæli ESA frá 2016 hafi FST borið að greina stöðuna á smásölumarkaði og þá sér í lagi við hvaða samkeppnisvandamál markaðurinn búi við. Smásölumarkaður fyrir breiðbandsþjónustu hafi hins vegar ekki verið greindur með fullnægjandi hætti í hinni kærðu ákvörðun og ekki liggi fyrir hvaða samkeppnisvandamál sé við að glíma.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

230. Síminn vísar til nýrra tilmæla framkvæmdarstjórnar ESB frá 7. maí 2018 um skilgreiningu markaða og mat á umtalsverðum markaðsstyrk en þar kemur m.a. fram að eftirlitskvaðir á heildsölustigi séu fyrirfram taldar nægilegar til þess að laga vandamál á smásölustigi. Rannsókn á markaðsstyrk á smásölustigi og skilgreining samkeppnisvandamála sé gerð til þess að komast að niðurstöðu um hvort nauðsynlegt sé að leggja íþyngjandi kvaðir á heildsölustigi. Þegar litið sé til þess að um sé að ræða verulega íþyngjandi álagningu kvaða verði að túlka allan vafa þeim í hag sem kvaðirnar beinast gegn og samhliða gera kröfu um að álagning kvaðanna sé réttlætanleg og standist meðalhóf. Telur Síminn að ákvörðun FST standist ekki að þessu leyti og að hana beri að ógilda.
231. Síminn rekur þá að málsmeðferð FST hafi verið slík að ógilda skuli ákvörðunina samkvæmt reglum stjórnisýsluréttarins. Framangreind vanræksla á rannsóknarreglunni samsvari annmarka að lögum. Málsmeðferð FST feli ekki í sér fullnægjandi rannsókn til þess að veita aðila vissu fyrir því að ákvörðun sé rétt og lögmæt og sé réttaröryggi aðila því ekki tryggt. Vanræksla á framkvæmd greiningar á landfræðilegum markaði og mat á markaðsstyrk feli í sér verulegan annmarka. Þá mæli engin veigamikil rök gegn því að ógilda ákvörðunina.
232. Að öllu framansögðu telur Síminn ljóst að vikið hafa verið með alvarlegum hætti frá lögfestum og ólögfestum reglum sem gilda um framkvæmd markaðsgreininga og með þeim hætti að um sé að ræða verulegt frávik frá þeim kröfum sem að rannsóknarregla stjórnisýslulaga gerir til rannsóknar stjórnisýslumála. Þegar um sé að ræða ákvarðanir sem eru að frumkvæði stjórnvalds og snúast um grundvöll þess að leggja á verulega íþyngjandi kvaðir séu gerðar enn meiri kröfur til þess að ítrustu rannsóknar sé gætt enda hafi FST öll lögbundin úrræði til þess að framkvæma fullnægjandi rannsókn. Af þessum sökum telur Síminn að ekki verði komist hjá því að ógilda ákvörðun FST.
233. Í þriðja lagi byggir Síminn á því að FST hafi brotið gegn meðalhófsreglu stjórnisýslulaga. Þá að sama regla gildi að EES-rétti um álagningu kvaða. Samkvæmt framangreindu skuli fjarskiptayfirvöld nota vægustu úrræði sem möguleg eru til þess að ná settu markmiði. Síminn telur að ákvörðun FST sé ekki rökstudd með fullnægjandi hætti um ástæður þess að nauðsynlegt sé að leggja smásölu kvaðir á Símann. Þá fari álagning smásölu kvaða gegn meginreglum í regluverki fjarskipta um að heildsölu kvaðir dugi almennt til þess að laga þau vandamál sem eru til staðar á smásölumarkaði og skuli smásölu kvaðir einungis notaðar í þröngum undantekningartilvikum.
234. Síminn byggir á því að FST hafi ekki sýnt fram á að heildsölu kvaðir dugi ekki til þess að leysa möguleg samkeppnisvandamál, séu þau til staðar. Hin kærða ákvörðun sé því ekki í samræmi við meðalhóf.
235. Þar að auki byggir Síminn á að í því að leggja á Símann kvaðir á markaði sem fyrirtækið starfar ekki á felist brot gegn meðalhófi.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

236. Í fjórða lagi byggir Síminn á því að ómálefnaleg sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Lagt sé til grundvallar að Síminn hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 þrátt fyrir að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafi komist að gagnstæðri niðurstöðu í máli nr. 7/2019 á því tímabili sem var til rannsóknar í því máli og að Héraðsdómur Reykjavíkur hafi í máli E-3251/2018 breytt verulega ákvörðun FST nr. 10/2018. Með þessu taki FST ákvörðun sem virði að vettugi niðurstöður framangreindra aðila þar sem að stofnunin sé ósammála niðurstöðunni. Síminn telur röksemdir FST hvað þetta varðar því sérlega ómálefnalegar og að þær skuli leiða til ógildingar ákvörðunarinnar.
237. Að auki liggja fyrir að vöruframboði Símans hafi nú verið breytt þannig að engan myndlykil þurfi til þess að nálgast sjónvarpsþjónustu Símans. Kjósi viðskiptavinir það, geti þeir notað app til að nýta þjónustuna, en FST taki ekkert tillit til þessa.
238. Í fimmta lagi byggir Síminn á því að FST hafi brotið gegn hinni óskráðu meginreglu stjórnarsýsluréttarins um bann við misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls. Í stað þeirrar tímafrekari og fyrirhafnarmeiri leið sem felst í því að framkvæma ítarlega rannsókn í samræmi við lög og reglur hafi FST stýtt sér leið og dregið ályktanir út frá hyggjuviti frekar en staðreyndum byggðum á gögnum og upplýsingum sem aflað hefur verið við rannsókn máls. Þó um málsmeðferðarreglu sé að ræða, sé slík aðferð ómálefnaleg og valdi því ógildingu ákvörðunar FST.

### *d) Samantekt*

239. Síminn byggir á því að kvaðir hafi verið lagðar á fyrirtækið á markaði sem það starfar ekki á og án undanfarandi lögskyldrar markaðsgreiningar og ályktunar um markaðsstyrk. Hin kærða ákvörðun sé andstæð íslenskum lögum og reglum evrópuréttar og brjóti gegn skráðum og óskráðum reglum stjórnarsýsluréttarins. Það beri því að ógilda hana.

## 2. Sjónarmið Fjarskiptastofu

### *a) Almenn*

240. Úrskurðarnefnd fór á leit við þess við Fjarskiptastofu að skilað yrði inn umsögn vegna kæru Símans og var frestur í því skyni veittur til 20. janúar 2022. Með greinargerð sinni vegna kæru Símans dags. 31. janúar 2022 krafðist FST staðfestingar hinnar kærðu ákvörðunar og mótmælti kröfum Símans.

### *b) Ákvörðun ekki í samræmi við íslensk lög og reglur Evrópuréttar*

241. Um þá málsástæðu Símans að ekki sé fyrir hendi lagagrundvöllur fyrir hinni kærðu ákvörðun, enda starfi Síminn ekki á mörkuðum 3a og 3b, tekur FST fram að samkeppnisvandamál hafi fylgt þeirri lóðréttu samþættingu sem hefur verið á milli Símans og Mílu innan Símasamstæðunnar árum saman og að tilgangur álagningar kvaðanna hafi verið sá að bregðast við þeim vandamálum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

242. Síminn og Míla myndi eina efnahagslega einingu. Fyrirtækjasamstæður sem myndi eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnis- og fjarskiptaréttar geti ekki með innanhússskipulagsbreytingum, svo sem þeim fyrirtækjaaðskilnaði sem Síminn vísi til, komið sér undan kvöðum eða takmarkað möguleika fjarskiptaeftirlitstofnana til þess að stuðla að aukinni samkeppni á markaði. FST fellst á að Síminn, smásölueining Símasamstæðunnar, starfi ekki á heildsölumörkuðum. Það sem máli skipti sé aftur á móti að samstæðan starfi bæði á smásölu- og heildsölumarkaði. FST telur sig þannig allt að einu hafa getað lagt kvaðirnar á móðurfélag samstæðunnar, Símann. Til að auka gagnsæi og skýrleika hafi kvaðir hins vegar verið lagðar á Mílu en að auki á Símann og til þess að tryggja virkni kvaðarinnar enda upplýsingar frá Símanum nauðsynlegar. FST telur samkvæmt framansögðu að full heimild hafi verið til álagningar kvaðanna á bæði fyrirtækin innan samstæðunnar.
243. Þeirri málsástæðu Símans að enginn markaðsgreining hafi farið fram á smásölumarkaði, þeim markaði sem Síminn starfi raunar á, er einnig hafnað af hálfu FST. Bendir FST á að í kafla 3 í viðauka A við hina kærðu ákvörðun sé að finna ítarlegan kafla á 56 blaðsíðum um samkeppnisaðstæður á smásölumarkaði fyrir fastan aðgang og breiðbandsþjónustu. Í þeirri umfjöllun sé sá smásölumarkaður sem tengist viðkomandi heildsölumörkuðum 3a og 3b skilgreindur og gerð grein fyrir samkeppnisstöðunni á honum.
244. FST byggi á tilmælum framkvæmdastjórnar ESB um viðkomandi markað frá 2014, sem að tilmæli ESA frá 2016 byggist á. Samkvæmt þeim skuli áður en heildsölumarkaðir eru skilgreindir, leggja mat á það hvort virkrar samkeppni njóti á smásölustigi ef ekki séu til staðar kvaðir á undirliggjandi heildsölumörkuðum. Sé ekki talið að virk samkeppni myndi ríkja í slíku ástandi beri að taka viðkomandi heildsölumarkaði til skoðunar. Fyrirmælin feli einungis í sér að kanna þurfi hvort virkrar samkeppni njóti við á smásölumarkaðinum en að þau gangi ekki svo langt að krefjast útnefningar fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk, nema í þeim undantekningartilvikum þar sem ljóst er að kvaðir á viðkomandi heildsölumarkað dugi ekki til. Ekki sé tímabært að greina smásölumarkaðinn heldur skuli fyrst freista þess að stuðla að virkri samkeppni á smásölumarkaði með áframhaldandi kvöðum á heildsölustigi.
245. FST tekur þá fram að farið hafi verið að framangreindum fyrirmælum. Niðurstaða FST hafi verið sú að einsýnt væri að virk samkeppni ríkti ekki á umræddum smásölumarkaði, þrátt fyrir kvaðir á Mílu á heildsölumörkuðum 3a og 3b. Burtséð frá framangreindri greiningu í 3. kafla viðauka A við hina kærðu ákvörðun, sé ljóst að draga megi þá ályktun að ekki ríki virk samkeppni á umræddum smásölumarkaði enda hafi Síminn einn þar umtalsverðan markaðsstyrk. Markaðshlutdeild Símans sé rétt tæplega 50%. Mikið þyrfti að koma til að slík markaðshlutdeild leiddi ekki til niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu fyrirtækis auk þess sem FST spái því að markaðshlutdeild Símans muni, í ljósi samnings við GR, hækka umtalsvert og fara yfir 50% á landsvísu.



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

246. Markaðsstyrkur annara keppinauta á markaði sé síst þannig að unnt sé að halda því fram að þeir búi yfir umtalsverðum markaðsstyrk enda sé næsti keppinautur Vodafone, sem hefur 28% markaðshlutdeild og hlutdeild hvers hefur farið hríðlækkandi á síðastliðnum árum. Auk þess sé staða Mílu á viðkomandi heilsölumarkaði sterk. Saman bendi þetta til þess að ef ekki væri fyrir heildsöluþvæðingum, gæti samstæðan starfað án tillits til samkeppni eða neytenda og haldið uppi aðgönguhindrunum að innviðum, kerfum og þjónustu. Samkvæmt framansögðu telur FST sig hafa lagt fullnægjandi mat á umræddan smásölumarkað og að fyrir liggja að Síminn sé þar markaðsráðandi. Ekki þurfi að útnefna hann formlega sem slíkan. Að fenginni þeirri niðurstöðu hafi heildsölumarkaðurinn verið tekinn til skoðunar í samræmi við tilmæli ESB og ESA. Engar kvaðir hafi þá verið lagðar á smásölumarkaðinn en kvöð um framkvæmd ERT prófs sé í eðli sínu heildsöluþvæðingum. Ekki komi til afskipta af smásöluverðlagningu Símans í sambandi við umrædda kvöð nema að fjölmörgum skilyrðum uppfylltum.
247. FST telur jafnframt rangt að engin skilgreining hafi farið fram á landfræðilegum markaði málsins. Í köflum 5-7 í viðauka A við hina kærðu ákvörðun komi fram ítarleg landfræðileg greining á landfræðilegum mörkuðum málsins, þ.e.a.s. mörkuðum 3a og 3b. Jafnframt vísist til kafla 5-7 í viðauka B og kafla 6 í viðauka C.
248. FST hafnar þá þeirri málsástæðu Símans að ekki væri heimilt að leggja kvaðir á, samkvæmt tilmælum ESA, nema að ESA hefði annað hvort veitt samþykki fyrirfram, þá eða að markaðurinn fullnægði því þriggja þrepa prófi sem að kæmi fram í tilmælum ESA og að undangenginni tilkynningu til ESA. Með sömu rökum og áður hafi komið fram hafi ekki verið nauðsynlegt að leggja fullburða og aðskilda markaðsgreiningu á umræddum smásölumarkaði, þ.m.t. að framkvæma framangreint þriggja þrepa próf.
249. Greining FST hafi verið fullnægjandi og í samræmi við fjarskiptaregluverkið og framkvæmdina í öðrum EES-rikkjum. ESA hafi ekki gert athugasemdir við þetta atriði. FST telur rangt að hefði slíkt próf verið framkvæmt hefði komið í ljós að virk samkeppni ríkti á markaðinum og að beiting samkeppnisréttar dygði til þess að bæta úr þar sem markaðurinn hefði brugðist. FST hafi framkvæmt rökstutt mat sem sýndi fram á að líklegt væri að markaðshlutdeild Símans myndi fara yfir 50% á gildistíma greiningarinnar. Það yrði þá ekki ráðandi þáttur, þyrfti FST að framkvæma mat á markaðsstyrk Símans á smásölumarkaði hvort að Síminn gæti haft áhrif á verð frá Mílu.
250. Þar að auki taldi FST ekki unnt að fallast á að ný tilmæli framkvæmdarstjórnar ESB frá 18. desember 2020 styddu málstað Símans svo sem haldið væri fram, m.a. þar sem þar komi fram að markmið nýs fjarskiptaregluverks sé að afnema fyrirframkvaðir og byggja heldur eftirlit á almennum reglum samkeppnisréttar. Þá að til þess að meta þörf á álagningu kvaða á heildsölumarkaði væri grundvallaratriði að framkvæma ítarlega markaðsgreiningu á tengdum smásölumarkaði.
251. FST telur skilgreiningu sína á smásölumarkaði hafa verið fullnægjandi og að ESA hafi látið hana athugasemdalaus. Jafnframt gildi framangreind tilmæli ekki á EES-svæðinu, enda hafi ESA ekki enn sett slík tilmæli. Gildi því tilmæli ESA frá 2016 sem FST hafi byggt á.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

252. FST féllst þá ekki á með Símanum að ekki væri lagastoð fyrir álagningu kvaðar um ERT próf á Símann þar sem slíkar kvaðir yrðu aðeins lagðar á heildsölumarkaði samkvæmt reglugerð nr. 741/2009 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta og lögum nr. 81/2003 um fjarskipti. Kvöðin væri einmitt lögð á á heildsölumarkaði hvar bæði Síminn og Míla hefðu verið útnefnd sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk enda um eina efnahagslega einingu að ræða. ESA hefði ekki gert athugasemdir við framangreint né hefði framkvæmdin verið sú innan EES-svæðisins líkt og Síminn héldi fram. Þess heldur telur FST að lagastoð fyrir kvöðinni sé að finna í 30. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Ákvæðið sé mjög almennt en ERT próf sé að meðal þeirra verkfæra sem fjarskiptastofnanir geti gripið til, í því skyni að tryggja jafnræði í verðlagningu aðila með umtalsverðan markaðsstyrk. Slík hafi verið framkvæmd eftirlitsstofnana innan EES-svæðisins um árabíl á grundvelli þess fjarskiptaregluverks sem innleitt var með 30. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Þá telur FST rangt að vísað sé til óinnleiddrar tilskipunar ESB sem lagastoðar. Hið rétta sé að tilvísunin sé til þess að ítreka að gert sé ráð fyrir því að ERT próf sé jafnræðiskvöð að Evrópurétti.

253. FST mótmælir þá að framkvæmd ERT prófsins standist ekki kröfur EES-réttar, nánar tiltekið tilmæla ESB nr. 2013/466/EB, þar sem fram komi að birta skuli fyrirfram ákvörðun um álagningu kvaða um ERT próf og hvað í því felist. Í þessu samhengi ítrekar FST að lagastoð fyrir prófinu sé að finna í fjarskiptalögum en ekki framangreindum tilmælum og ættu þau ekki við. Eftir sem áður telji FST útfærslu sína samræmast kröfum tilmælanna. Er tekið fram að útfærslan hafi verið með þeim hætti sem raun ber vitni m.a. vegna þess að öll kurl séu ekki komin til grafar um afdrif fyrirhugaðrar sölu Símans á Mílu.

### *c) Brot gegn reglum stjórnisýsluréttarins*

254. FST telur rangt að hin kærða ákvörðun kveði ekki nægjanlega skýrt á um skyldur þess aðila er hún beindist gegn, með þeim hætti að hún uppfylli ekki þær kröfur sem gerðar eru til stjórnvaldsákvörðunar. Ákvörðunin sé skýr um áform FST um að taka sérstaka ákvörðun í kjölfar hinnar kærðu ákvörðunar um nánari útfærslu og innleiðingu umrædds ERT prófs og að kvöðin nái bæði til Mílu og Símans, enda sé það forsenda þess að hún sé framkvæmanleg. FST mótmælir þá að framangreint leiði til þess að Síminn njóti ekki fulls andmæla- og kæruréttar, enda verði slíks við að njóta, komi til sérstakrar ákvörðunar um beitingu prófsins. Telji úrskurðarnefnd þetta verulegan ágalla heldur FST því fram að það ætti aldrei að valda ógildingu ákvörðunarinnar í heild, líkt og Síminn haldi fram heldur einungis ógildingu þess hluta sem um ræðir, ERT kvaðarinnar. Símanum ætti ekki að vera erfitt að átta sig á því hvað felst í kvöðinni. Að auki liggi fyrir áralöng framkvæmd slíkra kvaða í fjölmörgum ríkjum innan EES-svæðisins.

255. FST telur þá stofnunina ekki hafa brotið gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins. Hin kærða ákvörðun sé viðamikil, að henni hafi verið langur aðdragandi og að stofnunin hafi í engu öðru máli framkvæmt eins ítarlega rannsókn og í fyrirliggjandi máli.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

256. FST tiltekur að ómögulegt sé að svara slíkum almennum staðhæfingum svo sem þeirri sem Síminn setji fram um að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglunni varðandi fjölmarga þætti í hinni kærðu ákvörðun, með öðrum hætti en að hafna þeim alfarið.
257. FST telur þá að rangt sé að skort hafi á rannsókn málsins þar sem að hinn landfræðilegi markaður hafi ekki verið skilgreindur. Þvert á móti sé hann skilgreindur í 6. og 7. köflum viðauka A við hina kærðu ákvörðun. Fullnægjandi gögn hafi verið höfð til hliðsjónar. Út frá þeim hafi fengist sú niðurstaða að landfræðilegi markaðurinn væri landið allt, enda niðurstaða ítarlegrar rannsóknar að ekki væri réttlætanlegt að skipta landinu upp í aðgreinda markaði.
258. FST hafnar því að við töku hinnar kærðu ákvörðunar hafi ekki verið fylgt fyrirmælum 6. gr. reglugerðar nr. 741/2009 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta um aðferð við rannsókn á því hvort fyrirtæki búi yfir umtalsverðum markaðsstyrk. Í því samhengi vísar FST til þeirrar röksemdar sem fjallað er um að framan þess efnis að ekki hafi verið nauðsynlegt vegna ákvörðunarinnar að framkvæma sjálfstæða markaðsgreiningu á viðkomandi smásölumarkaði og útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk, heldur hafi verið nægjanlegt að greina hvort við væri að njóta virkrar samkeppni á markaðinum. Um sé að ræða markaðsgreiningu á heilsölumörkuðum 3a og 3b. Álagðar kvaðir séu heildsölu-kvaðir sem hafa tiltekin tengsl við umræddan smásölumarkað og þurfi því að meta hvort hæfilegt bil sé á milli heildsölu- og smásöluverða samstæðunnar, til að keppinautar samstæðunnar geti keppt við hana við eðlilegar samkeppnislegar aðstæður. Að auki sé að mati FST augljóst að virk samkeppni ríkti ekki á smásölumarkaði.
259. Þá hafnar FST því að hafa ekki framkvæmt fullnægjandi rannsókn á samkeppnisvandamálum á smásölumarkaði. Samkvæmt tilmælum framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu markaða og mati á umtalsverðum markaðsstyrk frá 7. maí 2018, skuli eftirlitskvaðir á heildsölustigi fyrirfram taldar nægjanlegar til þess að laga vandamál á smásölustigi. FST telur sig hafa framkvæmt ítarlega greiningu á viðkomandi smásölumarkaði í 3., 6. og 7. kafla viðauka A við hina kærðu ákvörðun. Í köflum 10.2 og 11.2 sé að finna ítarlega umfjöllun um samkeppnisvandamál bæði á smásölu- og heildsölustigi. FST telur því alrangt að skort hafi á slíka rannsókn enda þótt FST hafi ekki verið skylt að framkvæma fullburða markaðsgreiningu á þeim markaði með tilheyrandi útnefningu aðila með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu viðeigandi kvaða. FST tekur fram að stofnunin hyggist heldur freista þess að leysa þessi samkeppnisvandamál á heildsölustiginu sem fyrr greinir. FST telur þá þær ályktanir sem Síminn dragi af framangreindum tilmælum ESB rangar. Þvert á móti renni tilmælin stöð undir framkvæmd FST en þar komi fram að engin þörf sé á að sanna að tiltekinn aðili sé með umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum smásölumarkaði til þess að geta útnefnt tiltekinn aðila með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi heildsölumarkaði. Einnig komi fram að greina skuli tengdan smásölumarkað. Ríki ekki virk samkeppni, sé heimilt að framkvæma markaðsgreiningu á tengdum heildsölumarkaði, annars ekki. FST telur sig hafa farið að þessum tilmælum, en það hafi verið athugasemdalaust af hálfu ESA.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

260. Í samræmi við framangreint telur FST því rangt að hin kærða ákvörðun sé haldin ógildingaranmörkum enda vísi stofnunin alfarið á bug að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglunni. Þess heldur snúist álitaefnið að þeim ályktunum sem FST dró af hinni viðamiklu rannsókn.
261. FST féllst ekki heldur á með Símanum að ekki hafi verið gætt að meðalhófi við álagningu kvaða í hinni kærðu ákvörðun. Álagning kvaðar um ERT próf á Símann hafi verið nauðsynleg, enda prófið óframkvæmanlegt án upplýsinga frá Símanum. Álagning ERT prófs sé ennfremur minna íþyngjandi en upprunaleg áformuð kvöð stofnunarinnar um kostnaðargreind verð á ljósleiðaraafurð Mílu, en Síminn hafi lagst gegn síðastnefndri kvöð í athugasemdum sínum við frumdrög ákvörðunarinnar.
262. Þá telur FST ekki að ómálefnaleg sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar, auk þess sem að ekki fáiast séð hvernig röksemdir Símans þar um geti leitt til ógildingar ákvörðunarinnar. FST telur sig ekki hafa haldið því fram að Síminn hafi brotið gegn umræddum ákvæðum fjölmiðlalaga. Þeim dóm héraðsdóms, sem Síminn vísi til hafi þá verið skotið til Landsréttar enda fáiast tilteknar forsendur hans ekki staðist.
263. Að sama skapi felst FST ekki á að stofnunin hafi misbeitt valdi við val á leiðum til úrlausnar máls, með því að viðhafa einfaldari og fljótlegri leið við rannsókn málsins. FST telur þessa málsástæðu órökstudda og ítrekar að miklu fremur ætti ágreiningur málsins að snúast um þær ályktanir sem FST dró af rannsókn málsins.

### *d) Samantekt*

Að öllu framangreindu virtu áréttaði FST kröfu sína um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafni öllum kröfum Símans og staðfesti hina kærðu ákvörðun.

## 3. Viðbótarathugasemdir Símans

### *a) Almenn*

264. Með bréfi dags. 21. febrúar 2022 var Símanum gerð grein fyrir, og gefið færi á að kynna sér, greinargerð FST vegna kæru Símans og gögn málsins. Frestur var veittur til að koma við viðbótaathugasemdum til 21. mars 2022. Athugasemdir bárust þann 5. maí 2022.

### *b) Viðbótarathugasemdir*

265. Í viðbótarathugasemdum Símans kemur fram að fyrirtækið telji fyrir hið fyrsta að í greinargerð FST sé ekki brugðist við málatilbúnaði fyrirtækisins með nýjum rökum eða gögnum heldur um að endurtekningu á ákvörðuninni sjálfri sem feli að miklu leyti í sér staðfestingu á því sem fram kemur í stjórnsýslukæru Símans.
266. Vekur Síminn þá athygli á því að FST hafi borið við að ERT próf yrði ekki framkvæmt fyrr en niðurstaða samkeppnisyfirvalda um sölu Símans á Mílu, þ.e.a.s. samruna Mílu og Ardian France SA lægi fyrir. Fæli þetta í sér frestun á réttaráhrifum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

267. Í ljósi hinna fjölmörgu annmarka sem ákvörðunin væri haldin væri að mati Símans eðlilegra að afturkalla eða endurupptaka hina kærðu ákvörðun. Þá hafi í engu verið skýrt hvað muni felast í prófinu. Ennfremur fælu ummæli stofnunarinnar um fyrirhugaða framkvæmd ERT prófsins raunar í sér staðfestingu á málalíbúnaði Símans þess efnis að ákvörðunin uppfylli ekki skilyrði þess að teljast stjórnvaldsákvörðun.
268. Síminn tók fram að í stjórnsýslukæru sinni væri byggt á því að samkvæmt skýru orðalagi 2. mgr. 17. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti, byggji heimild FST til álagningar íþyngjandi kvaða, á því að viðkomandi fyrirtæki búi yfir umtalsverðum markaðsstyrk á skilgreindum fjarskiptamarkaði. Markaðsgreining sé því nauðsynlegur undanfari slíkrar álagningar. Síminn telur að FST hafi, í greinargerð sinni, raunar staðfest að ekki hafi verið framkvæmd fullnægjandi greining á þeim smásölumörkuðum sem fyrirtækið starfi á. Þannig hafi FST viðurkennt að hafa brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og regluverki fjarskipta um hvaða skilyrði þurfi að vera uppfyllt svo íþyngjandi kvaðir verði lagðar á. Sú ályktun sem FST dragi um að virkrar samkeppni njóti ekki við á smásölumarkaði feli í sér grundvallarmisskilning á tilgangi markaðsgreiningar enda slík niðurstaða ómarktæk án undangenginnar markaðsgreiningar. Að auki áréttar Síminn að það fáist ekki staðist að lögum að leggja kvaðir á heildsölumarkaði sem fyrirtækið starfi ekki á enda þótt það sé í eignartengslum við fyrirtæki sem hefur umtalsverðan markaðsstyrk þar.
269. Að mati Símans er umfjöllun FST um ERT próf ruglingsleg og styður við niðurstöðu um ógildingu ákvörðunarinnar. Síminn felst ekki á með FST að lagastöð fyrir álagningu kvaðar um ERT próf megi finna í 30. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Síminn telur kvöðina bæði ekki rúmist innan ákvæðisins og ganga lengra en orðalag þess heimili. Hið sama gildi um 32. gr. sömu laga, sbr. röksemdir FST um að ERT kvöðin sé einskonar blanda jafnræðiskvaðar og kvaðar um eftirlit með gjaldskrá. Þá byggji FST á því að tilmæli ESB og BEREC verði höfð til hliðsjónar en síðastnefnd tilmæli hafi ekki verið innleidd í landsrétt. Að sama skapi telur Síminn að það stöð ekki að vísa til þess að ERT kvaðir hafi verið lagðar á annarsstaðar í Evrópu, enda gildi ekki sömu lög þar. Að framansögðu brjóti FST gegn lögætisreglunni, sem varði ógildingu ákvörðunarinnar. Síðast bendir Síminn á að jafnvel þó litið sé svo á að 30. og/eða 32. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti eigi við, sé þar gert að skilyrði álagningar kvaðanna að viðkomandi fyrirtæki búi yfir umtalsverðum markaðsstyrk á þeim markaði sem kvöðunum sé beint að. Síminn starfi hvorki á, né búi yfir umtalsverðum markaðsstyrk, á mörkuðum 3a og 3b.
270. Síminn fellst þá ekki á mótmæli FST þess efnis að landfræðileg skilgreining hafi raunar verið framkvæmd með vísan til tugblaðsíðna umfjöllunar í viðauka við hina kærðu ákvörðun. Telur Síminn FST byggja hér á magni frekar en inntaki greiningarinnar, sem FST hafi raunar viðurkennt að sé ófullnægjandi og ekki í samræmi við 1. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 741/2009. Óskiljanlegt sé FST haldi því fram að rannsóknin hafi ekki verið fullburða, en í senn að hún sé fullnægjandi. Síminn telur því röksemdir sínar standa um að ógilda beri ákvörðunina á þessum grundvelli.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

271. Varðandi þá röksemd FST að með ERT kvöðinni sé verið að gæta meðalhófs gagnvart Mílu enda vægara úrræði beitt, telur Síminn hana ómálefnalega. Það geti ekki talist málefnalegt að leggja íþyngjandi kvöð á eitt fyrirtæki til að gæta meðalhófs gagnvart öðru fyrirtæki. Af því að samkeppnisvandamál á smásölumarkaði hafi ekki verið nægjanlega rannsökuð leiði að ekki hafi verið sýnt fram á nauðsyn þess að leggja á Símann kvaðir á smásölustigi.

### *c) Samantekt*

272. Að framansögðu ítrekaði Síminn kröfu sína um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála felli hina kærðu ákvörðun úr gildi.

## 4. Viðbótarathugasemdir Fjarskiptastofu

### *a) Almenn*

273. Með bréfi dags. 11. maí 2022 voru FST sendar viðbótarathugasemdir Símans og veittur frestur til 9. júní s.á. til þess að koma að viðbótarathugasemdum, teldi stofnunin þess þörf. Viðbótarathugasemdir FST bárust þann 9. júní 2022.

### *b) Viðbótarathugasemdir*

274. Í viðbótarathugasemdum sínum ítrekaði FST að stofnunin teldi af og frá að þeir annmarkar sem Síminn teldi vera á umræddri ERT kvöð leiði til ógildingar ákvörðunarinnar í heild sinni heldur væri nær að ógilda þá kvöð.

275. FST hafnar þá að hafa ekki framkvæmt fullnægjandi rannsókn á smásölumarkaði og ítrekar að það sé meginatriði að litið sé á Mílu og Símann sem eina efnahagslega einingu sem geti ekki með innanhússkipulagsbreytingum komið sér hjá kvöðum sem lagðar verði á hina efnahagslegu einingu. Ítrekað er, að í samhengi hinnar kærðu ákvörðunar, hafi verið nægjanlegt að greina hvort virk samkeppni ríkti á smásölumarkaði en ekki hafi borið nauðsyn né skylda til fullburða greiningar og útnefningu aðila með umtalsverðan markaðsstyrk. FST tiltekur þá að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins muni væntanlega liggja fyrir síðar á árinu, í júlí eða ágúst, og komi þá í ljós hvort hin lóðréttu samþætting Símans og Mílu hafi verið rofin. Að fenginni þeirri niðurstöðu kunni að vera nauðsynlegt að framkvæma nýja greiningu á umræddum mörkuðum en að svo búnu sé ekki rétt að endurupptaka eða afturkalla hina kærðu ákvörðun.

276. FST telur þá rangt að stofnunin hafi staðfest í greinargerð, eða að raunin sé sú, að hin kærða ákvörðun sé ekki stjórnvaldsákvörðun. FST muni hins vegar útfæra kvöð um ERT próf með sjálfstæðri stjórnvaldsákvörðun gangi sala Símans á Mílu ekki eftir. Framangreindur áskilnaður hafi skolast til í upprunalegri greinargerð þar sem fram komi að FST muni taka slíka ákvörðun ef salan gengur eftir.

277. FST vísar á bug röksemdum Símans um að lagastoð skorti til álagningar kvaða á fyrirtækið, þar sem að markaðsgreining viðkomandi markaðar og niðurstaða um umtalsverðan markaðsstyrk væri nauðsynlegur undanfari þess skv. 17. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

278. Þá að slíkar kvaðir yrðu ekki lagðar á Símann þar sem hann starfaði ekki á heildsölumarkaði enda yrðu þær aðeins lagðar á fyrirtæki sem væru markaðsráðandi á viðkomandi markaði. FST ítrekaði að Síminn tilheyrði samstæðu, einni efnahagslegri einingu í skilningi samkeppnis- og fjarskiptaréttar. Unnt hefði því verið að leggja kvaðir á eininguna sem slíka en í stað þess farin sú leið að leggja kvaðir á Símann og Mílu, og þá aðallega á Mílu. FST ítrekaði einnig að ekki hafi verið nauðsynlegt að framkvæma fullburða greiningu á umræddum smásölumarkaði. Enga síður telji FST sig hafa framkvæmt fullnægjandi mat á smásölumarkaðinum sem leiddi í ljós að þar ríkti ekki virk samkeppni og hafi FST því verið heimilt að greina viðkomandi heildsölumarkaði og leggja viðeigandi kvaðir á Símann og Mílu, þ.m.t. ERT kvöðina.
279. Hvað varðar umfjöllun Símans um ERT próf og lagastöð þar að lútandi hafnaði FST því fyrst að umfjöllun sín sé ruglingsleg. Þess heldur sé að finna góða samantekt um hana í greinargerðinni. Hvað varðar þá málsástæðu að ekki geti staðist að byggja á því að meðalhófs hafi verið gætt þar sem að álagning ERT prófs sé vægara úrræði gagnvart Mílu, þegar það sé það ekki gagnvart Símanum, og þ.a.l. ómálefnalegt að byggja á því gagnvart hinu síðarnefnda fyrirtæki, bendir FST á að um sé að ræða samstæðu. Samstæðuna beri að virða sem heild og sé því ekki um ómálefnaleg sjónarmið að ræða.
280. Að sama skapi hafnar FST því að hafa brotið gegn lögmatísreglunni enda eigi álagning kvaðarinnar sér stöð í 30. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Kvöðin hafi þá einnig tengsl við 32. gr. sömu laga. Síðast áréttar FST að tilmæli ESB og BEREC sem ekki séu innleidd í íslenskan rétt verði einungis höfð til hliðsjónar en byggt sé á lögum 81/2003 um fjarskipti.
281. Ítrekar FST jafnframt að fullnægjandi landfræðileg skilgreining hafi verið framkvæmd á mörkuðum 3a og 3b og að samkeppni á smásölumarkaði hafi verið metin.
282. FST hafnar því þá að stofnunin hafi staðfest að hafa brotið gegn meðalhófsreglu í greinargerð sinni. Þvert á móti telji FST að meðalhófs hafi verið gætt og framkvæmd fullnægjandi rannsókn á samkeppnisvandamálum, til þess að álykta um nauðsyn álagningar kvaða á Símann.

### *c) Samantekt*

283. Að öllu framangreindu virtu áréttaði FST kröfu sína um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafni öllum kröfum Símans og staðfesti hina kærðu ákvörðun.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

### C. Krafa Símans um ógildingu, dags. 11. október 2022

#### 1. Sjónarmið Símans

284. Hinn 11. október 2022, barst úrskurðarnefndinni krafa kæranda, Símans um að ÚFP ógilti nú þegar ákvörðun FST nr. 5/2021. Í erindi Símans var vísað til þess að hin kærða ákvörðun, um umtalsverðan markaðsstyrk Símans, hafi byggt á eignarhaldi Símans á Mílu og þeirri lóðréttu samþættingu sem það fæli í sér.
285. Krafa Símans um ógildingu grundvallast á því að hinn 15. september 2022 hafi Samkeppniseftirlit tilkynnt um að sátt hefði komist á vegna samruna Mílu við Ardian France SA. Eftir að kaupin gengu í gegn, þann 30. september 2022 væri Míla ekki lengur hluti af samstæðu Símans og hefði því verið slitið á eignatengsl á milli félaganna. Af þeim sökum lægi fyrir að meginforsenda FST fyrir niðurstöðu málsins og réttlætning fyrir álagningu íþyngjandi kvaða á Símann, ætti ekki lengur við. Krafa Símans byggir á því að hin kærða ákvörðun sé haldin verulegum ógildingarannmörkum og að FST ætti í réttu lagi að afturkalla hina kærðu ákvörðun með vísan til 2. mgr. 25. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.
286. Með vísan til þessa, þ.e.a.s. hinna augljósu annmarka sem séu á hinni kærðu ákvörðun, og að Fjarskiptastofa virðist ekki ætla afturkalla ómarktæka ákvörðun, gerði Síminn þá kröfu að úrskurðarnefndin ljúki nú þegar málsmeðferð málsins með ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar.

#### 2. Sjónarmið Fjarskiptastofu

287. Í ljósi rannsóknarskyldu úrskurðarnefndarinnar sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og þeirri nýju málsástæðu sem nú væri komin fram, óskaði úrskurðarnefndin eftir viðbótarathugasemdum FST og Mílu við kröfu Símans, með bréfum, dags. 11. október 2022. Veittur var frestur til að koma að athugasemdum til 25. október 2022.
288. Viðbótarathugasemdir FST bárust úrskurðarnefndinni með bréfi, dags. 25. október 2022. FST telur af og frá að forsendur séu fyrir því að úrskurðarnefndin ógildi hina kærðu ákvörðun FST í heild sinni, bæði gagnvart Mílu og Símanum. Þær kvaðir sem lagðar voru á Símann tengdust einungis framtíðarútfærslu um kvöð um efnahagslegt hermipróf.
289. Ítrekar FST fyrri sjónarmið sín um að stofnunin telji að engir annmarkar hafi verið á umræddri ákvörðun þegar hún var tekin, sem leiði til þess að nauðsynlegt sé að ógilda hana í heild. Að mati FST yrði úrskurðarnefndin að horfa til aðstæðna og atvika máls eins og þau lágu fyrir á ákvörðunardegi við mat á gildi hinnar kærðu ákvörðunar. Þá telur FST að þrátt fyrir að slitið hafi verið á eignatengsl Símans og Mílu, munu félögin með víðtækum þjónustusamningi, áfram tengjast þéttum fjárhagslegum og viðskiptalegum böndum til langs tíma. Það hafi hins vegar verið langt því frá ljóst þegar hin kærða ákvörðun var tekin, hinn 19. október 2021.



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

290. FST telur ljóst að með nýjum fjarskiptalögum, nr. 70/2022, sem tóku gildi 1. september 2022, og framangreindum samruna, sé breytt landslag uppi á íslenskum fjarskiptamarkaði, sem sinn tíma muni taka að greina og meta hvaða áhrif framangreint muni hafa til framtíðar. Því hafi stofnunin hafið vinnu við undirbúning nýrrar markaðsgreiningar á umræddum mörkuðum. Meðal þess sem þurfi líklega að skera úr um sé það hvort Míla sé orðin hreint heildsölufyrirtæki, en að FST hafi takmarkaðri úrræði við álagningu kvaða á slíkt fyrirtæki. Þá þurfi að skera úr um hvort tilefni sé nú til að aðgreina fleiri en einn landfræðilegan markað hér á landi á umræddum heildsölumörkuðum. Markmið FST sé það að frumniðurstaða varðandi þessi atriði muni liggja fyrir áður en árið er úti. Aðeins sé þó hægt að aflétta útnefningu um umtalsverðan markaðsstyrk og slíkum kvöðum með nýrri markaðsgreiningu. Augljóslega muni Síminn þá ekki vera útnefndur sem aðili með umtalsverðan markaðsstyrk og verði þannig ekki heldur forsenda fyrir álagningu kvaða.
291. FST telur að ekki sé hægt að líta á söluna á Mílu, sem raungerðist í kjölfar samþykktar Samkeppniseftirlitsins á samrunanum, u.þ.b. ári eftir að hin kærða ákvörðun var tekin, sem annmarka í skilningi stjórnarsýslulaga. Atburðir sem gerast eftir að ákvörðun er tekin geti í besta falli leitt til endurupptöku máls, ef skilyrði eru til þess en Síminn hafi ekki farið fram á afturköllun ákvörðunarinnar við FST, að heild eða hluta, eftir að sátt Samkeppniseftirlitsins lá fyrir þann 15. september sl.
292. FST ítrekar jafnframt að umrædd ERT kvöð hafi aldrei komið til framkvæmda og muni ekki gera það í ljósi niðurstöðunnar í samrunamálinu.
293. FST muni framkvæma nýja markaðsskilgreiningu sem mun leysa hina kærðu ákvörðun af hólmi þar sem niðurstaðan verði augljóslega sú að Síminn hf. muni ekki vera útnefndur sem aðili með umtalsverðan markaðsstyrk, né munu kvaðir hvíla á því félagi. Að mati FST geti óvirk kvöð sem hvílir á félaginu í nokkra mánuði, á meðan lögbundið markaðsskilgreiningarferli stendur yfir, vart talist mjög íþyngjandi fyrir félagið.

### 3. Athugasemdir Mílu

294. Athugasemdir Mílu, ásamt fylgiskjölum, bárust úrskurðarnefndinni með bréfi, dags. 24. október 2022.
295. Míla vísar til þess að hin kærða ákvörðun hverfist að miklu leyti um nánar tiltekin eignar- og stjórnunartengsl Símans og Mílu. Fyrir liggi að þau séu ekki lengur söm.
296. Vísar Míla til þess úrskurðarnefndinni sem kærustjórnvald, beri að leggja til grundvallar þær upplýsingar sem fyrir lágu þegar úrskurður var kveðinn upp. Hafi grundvöllur máls breyst í verulegum atriðum frá því að mál var til meðferðar á fyrra stjórnarsýslustigi, kunni þó að koma til þess að kærustjórnvald kjósi að vísa málinu aftur til meðferðar á fyrsta stjórnarsýslustigi í stað þess að taka efnisákvörðun í því.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

297. Kærustjórnvaldi væri hins vegar ekki fær sú leið að hafna að taka afstöðu til nýrra upplýsinga eða breyttra aðstæðna nema sérstök lagaheimild stæði til. Vísaði Míla m.a. til álits umboðsmanns Alþingis í máli nr. 7242/2012.
298. Míla tekur undir kröfur og málatilbúnað Símans um að bótið væri að slíta eigna- og stjórnunartengslum Símans og Mílu og telur sömu sjónarmið eiga við um hina kærðu ákvörðun, þ.á. m. í heild sinni gagnvart Mílu. Með athugasemdum Mílu, fylgdi sérstakur viðauki sem inniheldur orðréttar tilvísanir til tengsla Símans og Mílu í hinni kærðu ákvörðun. Í ljósi þess að slitið hafi verið á eigna- og stjórnunartengsl Símans og Mílu, sé það engum vafa undirorpið, að grundvöllur hinnar kærðu ákvörðunar hafi breyst í verulegum atriðum frá því að málið var til meðferðar á fyrsta stjórnslustigi.
299. Míla vísar jafnframt til þess að heildsölusamningur hafi verið gerður milli Símans og Mílu til langs tíma. Á þessum samningum hafi verið gerðar verulegar breytingar undir rekstri málsins fyrir samkeppnisfyrirvöldum með sérstakri sátt við Samkeppniseftirlitið. Í því samhengi er bent á að starfsemi Mílu hafi m.a. verið sett tiltekin skilyrði.
300. Reisir Míla athugasemdir sínar á því að grundvöllur hinnar kærðu ákvörðunar væri brostinn, enda ætti meginforsenda hennar ekki lengur við. Af þeim ástæðum stæðu traust efnisrök til þess að fella niður allar kvaðir, þ.m.t. gagnvart Mílu.
301. Að mati Mílu, stendur úrskurðarnefndin frammi fyrir eftirfarandi valkostum:
- i) úrskurðarnefndin ógildi hina kærðu ákvörðun á grundvelli ógildingarannmarka sem tengjast ekki hinum breytta málsgrundvelli;
  - ii) nefndin vísi málinu aftur til Fjarskiptastofnu til meðferðar eða;
  - iii) að úrskurðarnefndin rannsaki málið til hlítar m.t.t. breytts málsgrundvallar og felli úrskurð á málið að undangenginni slíkri rannsókn.

### 4. Viðbótarathugasemdir

302. Með bréfum, dags. 26. október 2022 voru Símanum, Mílu og FST veitt færi á að kynna sér athugasemdir annarra aðila og FST og eftir atvikum skila viðbótarathugasemdum til úrskurðarnefndarinnar. Veittur var frestur í því skyni til 9. nóvember 2022. Engar athugasemdir bárust frá Símanum.

#### *a) Viðbótarathugasemdir FST*

303. Viðbótarathugasemdir FST, bárust úrskurðarnefndinni hinn 2. nóvember 2022, og lutu þær einkum að athugasemdum Mílu þar sem að Síminn skilaði ekki inn viðbótarathugasemdum. Afstaða FST er að rannsaka þurfi hvort þær staðhæfingar Mílu og Símans, að eignar- og stjórnunartengsl félaganna hafi verið rofin séu réttar, svo sem með því að kalla eftir kaupsamningi Símans og Ardian og þjónustusamningi Mílu og Símans, ásamt tengdum gögnum. Þá telur FST rétt að úrskurðarnefndin kalli eftir uppfærðum þjónustusamningi milli Símans og Mílu og kaupsamningi Símans og Ardian og tengdum gögnum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

304. Bendir FST á að nú standi yfir endurskoðun á umræddri markaðsgreiningu á M3a/b í ljósi framangreinds samrunamáls. Slíkt verði ekki gert nema að undangenginni ítarlegri rannsókn, innanlandssamráði og samráði við ESA. Ógildi nefndin ákvörðun FST nr. 5/2021 í heild sinni, gildi eldri ákvörðun um þessa markaði þar til FST hefur framkvæmt nýja greiningu og birt ákvörðun þar um eftir hið lögbundna ferli. Vísar FST þessu til stuðnings til bráðabirgðaákvæði II. með fjarskiptalögum nr. 70/2022 og að fjarskiptaregluverkið geri því ekki ráð fyrir að rof myndist í kvaðir sem lagðar séu á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk með því að ógilda slíkar ákvarðanir FST.
305. Þá bendir FST á að samkvæmt álitum umboðsmanns Alþingis í máli nr. 7242/2012, sé meginreglan sú að hinu æðra stjórnvald beri að leggja til grundvallar þær upplýsingar sem fyrir liggja þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Að mati FST verði ekki séð að fjarskiptaregluverkið geri ráð fyrir því að úrskurðarnefnd eða dómstólar ógildi eða breyti ákvörðunum sem FST hefur tekið í kjölfar ítarlegra markaðsgreininga vegna atvika sem koma upp eftir að ákvörðun sé tekin. Viðvarandi framkvæmd markaðsgreininga hafi einmitt þann tilgang að taka mið af breyttum markaðsaðstæðum.
306. Að mati FST hafa fjarskiptalög að geyma lagaheimild fyrir nefndina til að hafna því að taka afstöðu til atvika sem eiga sér stað eftir að hin kærða ákvörðun er tekin. Hins vegar geti komið til þess að nefndin taki afstöðu til breyttra aðstæðna ef hin nýja ákvörðun FST, sem byggir á yfirstandandi markaðsgreiningu, verður kærð til nefndarinnar.
307. FST telur að þær breytingar á formgerð markaðsins, sem áttu sér stað um ári eftir töku hinnar kærðu ákvörðunar, geti ekki leitt til ógildingar hennar eða haft áhrif á niðurstöðu nefndarinnar, heldur kalli hún á nýja markaðsgreiningu FST, sem sé nú þegar hafin. Að mati FST þurfi m.a. að leggja mat á samkeppnisleg áhrif þjónustusamnings Símans og Mílu.
308. Þó svo að Síminn hafi selt Mílu þurfi að leggja mat á hvort rétt sé hjá Samkeppniseftirlitinu að öll eignatengsl hafi í raun verið rofin. Allt verði þetta skoðað gaumgæfilega í þeirri markaðsgreiningu sem sé nú hafin hjá FST.
309. FST bendir á að lóðrétt samþætting fyrirtækja sé aðeins eitt af fjölmörgum atriðum sem stofnuninni beri að horfa til og leggja mat á, við mat á umtalsverðum markaðsstyrk. Þannig beri einnig að horfa til markaðshlutdeildar, aðgangshindrana, kaupendastyrks, aðgangi að fjármagni og fleiri atriða. Því væri langt því frá unnt að fullyrða að niðurstaða FST í hinni kærðu ákvörðun hefði verið önnur ef að ljóst hefði verið við töku ákvörðunarinnar að losa myndi um hina lóðréttu samþættingu Símans og Mílu, nema að því er ERT kvöðina varðar. Þá sé ekki heldur ljóst að losað hafi verið að fullu um áhrif lóðréttar samþættingar Símans og Mílu, þrátt fyrir sölu Símans á Mílu, í ljós ítarlegs langtímaþjónustusamnings á milli félaganna.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

310. FST hafnar þeim valkostum sem Míla setur úrskurðarnefndinni og tekur fram að atburðir sem gerast löngu eftir lögbundin tímamörk úrskurðarnefndar til að kveða upp úrskurð sinn geti ekki leitt til þess að hin kærða ákvörðun hafi verið haldins ógildingarannmörkum. Vísar FST aftur til þess að í reynd sé það óþarft fyrir úrskurðarnefndina að ógilda hinu kærðu ákvörðun og vísa málinu aftur til meðferðar hjá FST, þar sem endurskoðun á umræddri ákvörðun sé þegar til meðferðar.
311. FST ítrekar þá fyrri sjónarmið sín um að engir form- eða efnisannmarkar hafi verið á hinni kærðu ákvörðun við töku hennar sem kalli á ógildingu hennar. Atburðir sem gerast löngu eftir lögbundin tímamörk úrskurðarnefndarinnar til að kveða upp úrskurð sinn geti ekki leitt til þess að hin kærða ákvörðun hafi verið haldin slíkum annmörkum. Hins vegar hafi atburðir þessir leitt til þess að FST hafi hafið nýja greiningu á umræddum mörkuðum.

### *b) Viðbótarathugasemdir Mílu*

312. Viðbótarathugasemdir Mílu bárust úrskurðarnefndinni með bréfi, dags. 4. nóvember 2022.
313. Að mati Mílu gengur umfjöllun FST um að nefndin verði að horfa til aðstæðna og atvika máls eins og þau lágu fyrir á ákvörðunardegi, við mat á gildi hinnar kærðu ákvörðunar, og að breyttur málsgrundvöllur geti í besta falli leitt til endurupptöku máls, í berhögg við fræðikenningar á sviði stjórnisýsluréttar og stjórnisýslufordæmi umboðsmanns Alþingis. Kærustjórnvaldi sé almennt ekki fær sú leið að hafna því að taka afstöðu til nýrra upplýsinga eða breyttra atvika nema sérstök lagaheimild standi til þess.
314. Míla ítrekar fyrri sjónarmið sín um að grundvöllur málsins hafi breyst í verulegum atriðum frá því að hin kærða ákvörðun var tekin, sem leggi sérstakar skyldur á herðar úrskurðarnefndarinnar. Vísar Míla til þess að framkvæma þurfi sérstaka rannsókn m.t.t. hins breytta landslags, en að öðrum kosti vísa málinu aftur heim til frekari meðferðar og rannsókna.
315. Að endingu tekur Míla fram að það hljóti að blasa við að fella verði ERT kvöðina úr gildi í ljósi hins breytta málsgrundvallar, enda hafi FST sjálf lýst því yfir að hún muni aldrei koma til framkvæmda í ljósi þeirra breytinga sem hafa orðið.
316. Áskilur Míla sér þá rétt til endurupptöku málsins.

### *c) Lokaathugasemdir – gagnaöflun lokið*

317. Með bréfum, dags. 10. nóvember 2022 var Símanum, FST og Mílu veitt færi að skila viðbótarathugasemdum til úrskurðarnefndarinnar. Frestur til athugasemda var til 17. nóvember 2022. Engar viðbótarathugasemdir bárust hvorki frá Símanum né FST.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

318. Viðbótarathugasemdir Mílu bárust úrskurðarnefndinni með bréfi, dags. 15. nóvember 2022. Míla ítrekar fyrri athugasemdir sínar, m.a. um allir eignarhlutir í Mílu hafi skipt um hendur og Síminn hafi enga aðkomu, beina né óbeina að stjórnun Mílu og því þ.a.l. hafnað að eigna- og stjórnunartengsl séu á milli félaganna.
319. Míla ítrekar jafnframt fyrrgreint álit umboðsmann Alþingis, um að kærustjórnvaldi beri að leggja til grundvallar þær upplýsingar sem liggja fyrir þegar úrskurður hins æðra setta stjórnvalds er kveðinn upp. Míla hafnar sjónarmiðum FST um að úrskurðarnefndin eða dómstólar ógildi eða breyti ákvörðunum sem FST hefur tekið í kjölfar ítarlegra markaðsgreininga vegna atvika sem upp koma eftir að ákvörðun er tekin og telur þessa aðferðafræðilegu nálgun vera í andstöðu við sjónarmið umboðsmanns Alþingis, þar sem hann tekur fram að horfa verði til síðari atvika, nema því aðeins að annað leiði af lögum. Slík fyrirmæli, um að ekki skuli horfa til síðari atvika í samræmi við meginregluna, sé ekki að finna í fjarskiptalögum. Að sama skapi bendir Míla á að athugasemdir FST beri það sannanlega með sér að málsgrundvöllur málsins sé breyttur.
320. Að mati Mílu ber úrskurðarnefndinni að fylgja fyrrgreindum sjónarmiðum umboðsmanns Alþingis, kjósi hún að rannsaka ekki sjálf málið m.t.t. breyttra atvika, og vísa málinu aftur til meðferðar á fyrsta stjórnarsýslustigi í stað þess að taka efnisákvörðun í því.
321. Með bréfi Mílu 15. nóvember 2022 lauk gagnaöflun í málinu sem þá hafði verið í tólf mánuði til meðferðar hjá úrskurðarnefndinni. Hafði málsaðilum verið gerð grein fyrir ástæðum tafa.

## IV. Niðurstöður

### A. Almenn

322. Í máli þessu er deilt um hvort hin kærða ákvörðun sé lögmæt, þ.e.a.s. ákvörðun Fjarskiptastofu um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b). Ákvörðunin er umfangsmikil og athugasemdir kæranda þ.a.l. fjölbættar auk þess sem nýjar málsástæður orðið til við meðferð málsins.
323. Niðurstöðukafla úrskurðar þessa verður skipt í þrennt. Í hluta A verður fjallað almennt um niðurstöður úrskurðarnefndarinnar. Í hluta B verður fjallað um niðurstöður um stjórnarsýslukæru Mílu. Í hluta C verður svo fjallað um niðurstöður varðandi stjórnarsýslukæru Símans.
324. Málsmeðferðartími málsins hjá úrskurðarnefndinni hefur dregist, en samkvæmt 2. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, skal úrskurður úrskurðarnefndarinnar að jafnaði liggja fyrir innan tólf vikna frá því að kæra berst henni. Líkt og komið hefur fram í samskiptum nefndarinnar við aðila málsins og Fjarskiptastofu stafa þessar tafir af umfangi málsins, sem telur á annað þúsund blaðsíður, umfangi málsmeðferðarinnar, en nefndin hefur úrskurðað um frestun réttaráhrifa auk tveggja úrskurða um aðild Tengis hf. og Ljósleiðarans ehf., og flækjustigi málsins, sem krefst ítarlegrar yfirferðar úrskurðarnefndarinnar.
325. Var málsaðilum kynntar þessar tafir með bréfi, dags. 11. maí 2022, og aftur með bréfi, dags. 13. júní 2022, í kjölfar frekari athugasemda FST. Málsmeðferð var þó á öllum stigum tíma flýtt eftir fremsta megni, að gættum þeim kröfum sem stjórnarsýslulög nr. 37/1993 gera til málsmeðferðar fyrir úrskurðarnefndinni.
326. Líkt og ítarlega hefur verið fjallað um var tilkynnt um sölu Símans á Mílu til Ardian í kjölfar hinnar kærðu ákvörðunar. Samkeppniseftirlitið lauk rannsókn sinni á samruna Mílu og Ardian hinn 15. september 2022 með sátt um samrunann. Í kjölfar þessa voru aðstæður í málinu talsvert frábrugðnar og dróst málsmeðferð þess því enn frekar þegar að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins lá fyrir, enda kom þá fram krafa frá Símanum um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar þá þegar hinn 11. október 2022.
327. Sökum umfangs málsins og þess að ný gögn voru að berast úrskurðarnefndinni til 15. nóvember 2022 var útilokað að unnt væri að kveða upp úrskurð innan lögbundinna viðmiðunarmarkna án þess að ganga í berhögg við málsmeðferðarreglur stjórnarsýslulaga. Nefndin kvað upp úrskurð í málinu rúmum sex vikum eftir að gagnaöflun var lokið, þrátt fyrir annir m.a. vegna annarra mála sem að sættu forgangi.

# ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

## 1. Lagaskil

328. Á þeim tíma sem úrskurðarnefndin hafði málið til umfjöllunar, eða hinn 1. september 2022, tóku í gildi ný lög um fjarskipti nr. 70/2022, og um leið voru samnefnd lög nr. 81/2003 felld úr gildi.
329. Með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 70/2022 voru innleidd hér á landi efnisákvæði tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) 2018/1972 frá 11. desember 2018, um setningu evrópskra reglna um fjarskipti (e. European Electronic Communications Code Directive eða EECC-tilskipunin), sem stundum er vísað til sem „Kóðans.“ Um er að ræða nýja grunngerð, þ.e.a.s. uppfærðar meginefnisreglur á fjarskiptamarkaði, sem leysir af hólmi fjórar eldri gerðir, sem vikið verður nánar að hér að neðan. EECC-tilskipunin var tekin upp í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES) með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 275/2021, frá 24. september 2021.
330. Sama dag var svo tekin upp í samninginn, með ákvörðun nr. 274/2021, reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) 2018/1971, frá 11. desember 2018, um að koma á fót evrópskum hópi eftirlitsaðila á sviði fjarskipta (e. Body of European Regulators for Electronic Communication – BEREC), og stofnun honum til stuðnings (e. Agency for Support for BEREC – BEREC Office), um breytingu á reglugerð (ESB) 2015/2120 og um niðurfellingu reglugerðar (EB) nr. 1211/2009.
331. Það liggur þó fyrir að hin kærða ákvörðun grundvallast á eldri lögum, þ.e.a.s. lögum nr. 81/2003, um fjarskipti, og mun efnisleg skoðun úrskurðarnefndar fara eftir þeim lögum, þ.e.a.s. þeim sem giltu þegar málsatvikin áttu sér stað. Er það jafnframt í samræmi við ákvæði II. til bráðabirgða í lögum nr. 70/2022, sem kveður á um að öllum kvöðum, sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki skv. VII. kafla laga um fjarskipti, nr. 81/2003, og eru í gildi við gildistöku laganna, skuli viðhaldið þar til endurskoðun kvaðanna hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu.

## 2. Lagaumhverfi – markaðsgreiningar á sviði fjarskipta

332. Samhengisins vegna telur úrskurðarnefndin nauðsynlegt að víkja að lögum nr. 81/2003, um fjarskipti, sem voru í gildi við meðferð hinnar kærðu ákvörðunar Fjarskiptastofu.
333. Lög nr. 81/2003, um fjarskipti, sem felld voru úr gildi með framangreindum lögum nr. 70/2022, byggðu á samevrópsku regluverki, einkum tilskipunum Evrópuþingsins og ráðsins 2002/19/EB frá 7. mars 2002, um aðgang að og samtengingu við fjarskiptanet og aðstöðu sem þeim tengist (aðgangs- og samtengingartilskipuninni), 2002/20/EB frá 7. mars 2002, um veitingu heimilda fyrir fjarskiptanet og þjónustu (heimildatilskipuninni), 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan ramma stjórnarsýslu um fjarskiptanet og þjónustu (rammatilskipuninni), 2002/22/EB, um alþjónustu og réttindi notenda í sambandi við fjarskiptanet og þjónustu (alþjónustutilskipuninni) og 2002/58/EB um vinnslu persónulegra upplýsinga og verndun einkalífs í fjarskiptum (tilskipuninni um persónuvernd í fjarskiptum), svo og ákvörðun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 676/2002/EB um tíðnimál. Þær fjórar fyrstnefndu voru leystar af hólmi með áður nefndri tilskipun (ESB) 2018/1972, eða Kóðanum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

334. Í 15. gr. rammatilskipunarinnar er fjallað um málsmeðferð við skilgreiningu markaða. Þannig segir í 1. mgr. að eftir samráð við almenning og samráð við innlend stjórnvöld skuli framkvæmdarstjórnin samþykkja tilmæli um viðkomandi vöru- og þjónustumarkaði. Samkvæmt ákvæðinu skal, í tilmælunum og í samræmi við I. viðauka tilskipunarinnar, tilgreina þá vöru- og þjónustumarkaði innan rafræna fjarskiptageirans, sem hafa þau einkenni sem kunna að réttlæta að lagðar séu á eftirlitsskyldur, sem koma fram í sértilskipunum, með fyrirvara um markaði sem hægt er að skilgreina í ákveðnum tilvikum samkvæmt samkeppnislögum. Um þessi tilmæli Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) verður vikið nánar að hér síðar. Á grundvelli 2. mgr. 15. gr. rammatilskipunarinnar skal Framkvæmdarstjórnin birta viðmiðunarreglur fyrir markaðsgreiningu og mat á verulegum markaðsstyrk (viðmiðunarreglurnar) sem skulu vera í samræmi við meginreglur samkeppnislaga.
335. Samkvæmt 3. mgr. 15. gr. rammatilskipunarinnar skal innlent stjórnvald, að teknu ýtrasta tilliti til tilmælanna og viðmiðunarreglnanna, skilgreina viðkomandi markaði, eftir því sem við á, miðað við innlendar aðstæður, einkum viðkomandi landfræðilega markaði á yferráðasvæði sínu í samræmi við meginreglur samkeppnislaga. Innlent stjórnvald skal fylgja málsmeðferðinni sem um getur í 6. gr. og 7. gr. tilskipunarinnar, áður en það skilgreinir markaði sem eru frábrugðnir þeim sem eru skilgreindir í tilmælunum.
336. Sem fyrr segir byggðu lög nr. 81/2003 m.a. á framangreindri rammatilskipun. Þannig var sú skylda lögð á Fjarskiptastofu, í V. kafla laganna, að skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, og kanna hvort á þeim ríkti virk samkeppni. Kæmist Fjarskiptastofa að þeirri niðurstöðu að á viðkomandi markaði ríkti ekki virk samkeppni, vegna þess að eitt eða fleiri fyrirtæki væru með umtalsverðan markaðsstyrk, bar stofnuninni að útnefna viðkomandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á þau viðeigandi kvaðir.
337. Samkvæmt 28. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, sem áður var 7. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, ber Fjarskiptastofu að hafa samráð við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) og eftirlitsstofnanir í einstökum ríkjum á Evrópska efnahagssvæðinu (EES) um skilgreiningu markaða, markaðsgreiningu og ákvörðun um kvaðir.
338. ESA hefur gefið út leiðbeiningar og tilmæli þar sem fjallað er um framkvæmd markaðsgreininga. Það eru annars vegar leiðbeiningar um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk frá 14. júlí 2004 og hins vegar tilmæli um viðkomandi markaði sem geta verið andlag fyrirframkvaða frá 11. maí 2016 (hér verður notast við sömu orðanotkun og í hinni kærðu ákvörðun og verða síðarnefndu tilmælin nefnd „tilmælin“).



## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

339. Framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins (ESB) gaf út ný tilmæli um viðkomandi markaði í desember 2020, þar sem mörkuðum er fækkað. Í hinni kærðu ákvörðun var sérstaklega tekið fram að tilmælin hefðu ekki gildi varðandi hina kærðu ákvörðun þar sem þau hafi hvorki verið tekin upp í EES samninginn, né heldur gefin út af ESA. Að öðru leyti vísast hér til viðauka A hinnar kærðu ákvörðunar.
340. Í leiðbeiningum ESA frá 2004 voru settar fram þær meginreglur sem eftirlitsyfirvöldum í EFTA-ríkjunum, m.a. Fjarskiptastofu, þar að fara eftir við greiningu á markaðsaðstæðum og skilvirkri samkeppni. Var tilgangur þeirra m.a. að halda samræmdu eftirliti og einsleitri beitingu nýju reglnanna á öllu Evrópska efnahagssvæðinu.
341. Í tilmælum ESA frá 2016 er svo vikið að videigandi vöru- og þjónustumarkaði á sviði rafrænna fjarskipta til fyrirframálagningar kvaða í samræmi við rammatilskipunina, einkum 1. mgr. 15. gr. hennar. Tilgangur þeirra var að gera grein fyrir því hvaða vöru- og þjónustumarkaðir geta gefið tilefni til fyrirframálagningar kvaða í samræmi við ákvæði 1. mgr. 15. gr. rammatilskipunarinnar.
342. Samkvæmt tilmælunum hefur fyrirframálagning kvaða það markmið að bæta hag notenda með því að sjá til þess að samkeppni komist á í reynd og með varanlegum hætti á smásölumörkuðum. Þegar unnið er að markaðsgreiningu, sbr. 16. gr. rammatilskipunarinnar og m.v.t. skýringa við tilmælin, skal hver markaður metinn með hliðsjón af því hvernig hann getur þróast á komandi árum að teknu tilliti til markaðsaðstæðna eins og þær eru þegar matið fer fram.
343. Árið 2009 var gefin út reglugerð nr. 741/2009, um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, á grundvelli 3. mgr. 18. gr. og 75. gr. laga nr. 81/2003. Reglugerðin gildir um málsmeðferð og helstu viðmið sem byggja skal á við skilgreiningu fjarskiptamarkaða, greiningu á viðkomandi mörkuðum, ákvörðun um útnefningu fyrirtækis eða fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og ákvörðun um kvaðir, skv. lögum um fjarskipti nr. 81/2003. Byggir reglugerðin á framanröktum EES gerðum, tilmælum og leiðbeiningum. Reglugerðinni var breytt með reglugerð nr. 206/2018 en í því fólst, í meginatriðum, að listi yfir viðkomandi markaði var uppfærður til samræmis við nýjustu tilmæli ESA, um viðkomandi markaði sem geta verið andlag fyrirframkvaða.
344. Samkvæmt 3. gr. reglugerðar nr. 741/2009 skal markaðsgreining vera grundvöllur ákvörðunar um hvort Fjarskiptastofa skuli leggja á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fjarskiptafyrirtæki. Ef samkeppni telst virk á viðkomandi markaði skulu ekki lagðar kvaðir á fyrirtæki. Ef virk samkeppni ríkir ekki á viðkomandi markaði skal útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Leggja má á þau kvaðir samkvæmt lögum um fjarskipti og reglugerðinni eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á. Í ákvæðinu kemur jafnframt fram að markaðir skuli greindir með tilliti til þróunar í nánustu framtíð, að því marki sem mögulegt er. Það tímabil sem tekið er mið af ætti að endurspeglar sérkenni viðkomandi markaðar og áætlaðan tíma þar til næsta markaðsgreining fer fram.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

### 3. Breyttar aðstæður vegna sölu á Mílu

345. Líkt og ítarlega hefur verið rakið í umfjölluninni að framan barst úrskurðarnefndinni krafa Símans, hinn 11. október 2022, um að úrskurðarnefndin ógilti hina kærðu ákvörðun vegna breyttra aðstæðna, þ.e.a.s. vegna sölu félagsins á Mílu. Tók Míla undir þessi sjónarmið og vísaði til þess að hin kærða ákvörðun hverfist að stóru leyti um nánar tiltekin eigna- og stjórnunartengsl Símans og Mílu. FST mótmælti þessu og vísaði m.a. til þeirra atvika sem uppi voru þegar hin kærða ákvörðun var tekin, með vísan til eðli hinnar kærðu ákvörðunar, þ.m.t. markaðsgreininga.
346. Um meðferð máls fyrir æðra stjórnvaldi gilda í grófum dráttum sömu reglur og áttu við þegar lægra setta stjórnvaldið fjallaði um málið, sbr. m.a. 1. mgr. 30. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Meðal þeirra reglna sem gilda þannig við málsmeðferð æðra stjórnvalds er rannsóknarregla 10. gr. stjórnsýslulaga og ber því þannig að rannsaka málið og tryggja að það sé nægjanlega upplýst áður en kveðinn er upp úrskurður. Meðal þeirra álitaeftna sem kunna að vakna við meðferð kærumáls er í hversu ríkum mæli æðra setta stjórnvaldinu er heimilt eða skylt að líta til atriða eða breyttra aðstæðna og getur m.a. reynt á það ef aðstæður, sem lagðar voru til grundvallar hinni kærðu niðurstöðu, hafa breyst frá því að sú ákvörðun var tekin.
347. Hvað varðar breyttar aðstæður gildir sú almenna regla að úrskurðarstjórnvald eigi að leggja til grundvallar þær upplýsingar sem fyrir liggja þegar úrskurður er kveðinn upp. Almenn er úrskurðarstjórnvaldi ekki fær sú leið að hafna því að taka afstöðu til nýrra upplýsinga eða breyttra atvika í máli nema sérstök lagaheimild standi til þess.
- Má í þessu tilliti líta álit umboðsmanns frá 9. desember 2014 í máli nr. 7242/2012, þar sem vikið var að þessu álitamál, sbr. umfjöllun hér að framan. Í álit umboðsmanns kom fram að kærustjórnvaldi bæri að leggja til grundvallar þær upplýsingar sem liggja fyrir þegar úrskurður er kveðinn upp, nema annað leiði af lögum. Skipti í því sambandi ekki máli þótt nýjar upplýsingar hafi komið fram eða atvik máls breyst eftir að hin kærða ákvörðun var tekin, enda eigi ákvarðanir stjórnvalda, þ.á m. æðra stjórnvalds, að vera réttar að efni til.
348. Í samræmi við framangreint er það almenn regla að miða skuli við þær upplýsingar sem liggja fyrir við töku úrskurðar. Líkt og ítarlega hefur verið rakið hefur málið óhjákvæmilega tafist í meðförum úrskurðarnefndarinnar vegna þess að ýmsar umfangsmiklar breytingar orðið á þeim mörkuðum sem hin kærða ákvörðun tekur til. Úrskurðarnefndin telur að þær breytingar hafi verið fyrirsjáanlegar við töku hinnar kærðu ákvörðunar.
349. Í athugasemdum Mílu er svo vísað til fjölda tilvísana, í hinni kærðu ákvörðun, þar sem vísað er til Mílu og Símans sem Símasamstæðunnar, en að það eigi bersýnilega ekki við lengur, enda séu eigna- og stjórnunartengsl rofin í ljósi sölu Símans á Mílu.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

350. Enda þótt að ákvörðunin hafi tekið mið af aðstæðum á ákvörðunardegi, verður ekki fram hjá því litið að tilkynnt var um sölu Símans á Mílu þremur dögum eftir birtingu hinnar kærðu ákvörðunar, en Fjarskiptastofa hefur sjálf upplýst um að upplýsingar hafi verið til staðar hjá stofnuninni um hina fyrirhuguðu sölu þegar ákvörðunin var tekin. Í þessu samhengi skal þá jafnframt ítrekað að við markaðsgreiningar er meginreglan sú að markaðir skulu greindir með tilliti til þróunar í náinni framtíð, líkt og fram kemur m.a. í 3. gr. reglugerðar nr. 741/2009. Hin kærða ákvörðun byggir enga síður á því að Síminn og Míla séu samstæða og er það m.a. grundvöllur álagningu fjölda kvaða. Að þessu leyti er það álit úrskurðarnefndarinnar að ákvarðanatakan hafi verið ótímabær þótt sala Símans á Mílu hafi verið háð skilyrðum, m.a. um samþykki Samkeppniseftirlitsins.
351. Samkeppniseftirlitið lauk rannsókn sinni á samruna Mílu og Ardian hinn 15. september 2022 með sátt um samrunann. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var sú að rof á eignartengslum Mílu við Símann væri jákvætt skref fyrir samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Samhliða sölunni á Mílu var hins vegar gerður langtíma heildsölusamningur milli Símans og Mílu sem fól í sér samkeppnishindranir að mati Samkeppniseftirlitsins. Þá voru fjarskiptakerfi og heildsölustarfsemi flutt frá Símanum til Mílu í aðdraganda sölunnar sem styrktu stöðu Mílu. Af þessum sökum taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að setja samrunanum nokkur skilyrði auk þess sem sátt náðist um að breyta heildsölusamningi Símans og Mílu að nokkru leyti.
352. Hafa þær forsendur sem lagðar voru til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun því brostið að verulegu leyti, enda markaðurinn talsvert frábrugðin í kjölfar þess að sala Mílu gekk í gegn. Ljóst er þannig samkvæmt öllu framansögðu, að við ákvörðun sína verður úrskurðarnefndin að miða við þær aðstæður sem blasa við á markaði, í kjölfar samþykki Samkeppniseftirlitsins á samruna Mílu og Ardian hinn 15. september 2022 og samhliða sölu Símans á Mílu.

### 4. Forsendur niðurstöðu

353. Markmið laga nr. 81/2003, um fjarskipti, voru að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Frá því að lögbundinn einkaréttur ríkisins til fjarskiptastarfsemi var afnuminn hafa höfuðmarkmið fjarskiptalaga því einkum verið tvenns konar. Annars vegar að efla virka samkeppni og hins vegar að tryggja að allir landsmenn eigi kost á ákveðinni lágmarksfjarskiptaþjónustu. Sérstök fjarskiptalöggjöf er talin nauðsynleg til að þeim markmiðum verði náð.
354. Um markaði er fjallað í V. kafla laganna. Samkvæmt 16. gr. þeirra skal FST skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Tilgangur markaðsgreiningar FST er að skera úr um hvort samkeppni sé virk á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið. Ef virk samkeppni ríkir ekki á viðkomandi markaði skal útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði í samræmi við 18. gr. laganna. Leggja má á þau kvaðir samkvæmt lögnum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

355. Tilgangur kvaða er þannig að sama skapi að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði, en er slíkt bæði til hagsbóta fyrir minni fyrirtæki en ekki síst fyrir neytendur.
356. Líkt fram kemur í hinni kærðu ákvörðun mat FST það svo að samkeppni á þeim fjarskiptamörkuðum sem til skoðunar voru, þ.e.a.s. markaði 3a og 3b, væri ekki virk og því væri nauðsynlegt að útnefna kærundur með umtalsverðan markaðsstyrk og að til að stuðla að virkri samkeppni, væri stofnuninni rétt og skylt að viðhalda fyrri kvöðum og auk viðbótarkvaða.
357. Hinn 15. september 2022 heimilaði Samkeppniseftirlitið samruna Mílu og Ardian og var í kjölfarið rofið á þau eignartengsl sem höfðu verið á milli Símans og Mílu. Af því tilefni kom fram krafa Símans um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar, þá og þegar, en Míla tók undir þessa kröfu. Úrskurðarnefndin felst á það með kærendum að með þessu hafi orðið þáttaskil í málinu. Fyrst í kjölfar sáttar Samkeppniseftirlitsins lá fyrir með óyggjandi hætti að Símasamstæðan væri liðinn undir lok með tilheyrandi breytingu á landslagi markaðarins. Frá þessu tímamarki liggur fyrir að margar þær forsendur sem bjuggu að baki hinni kærðu ákvörðunar voru brostnar, líkt og aðilar hafa bent á.
358. Væri fallist á ógildingarkröfur kæranda og hin kærða ákvörðun ógilt í heild sinni, hefði það í för með sér að réttaráhrif ákvörðunarinnar féllu þá niður, án þess að tekin væri að öðru leyti ný efnisleg ákvörðun í málinu. Þar sem réttaráhrif ákvörðunarinnar féllu niður, kæmist þá á það réttarástand sem ríkti fyrir gildistöku ákvörðunarinnar. Fyrir gildistöku ákvörðunarinnar gildi ákvörðun PFS nr. 21/2014, dags. 13. ágúst 2014. Það má þykja ljóst að aðstæður eru enn síður hinar sömu og þær sem ríktu þegar að síðastnefnd ákvörðun var tekin árið 2014.
359. Með hliðsjón af framangreindum ákvæðum, tilgangi þeirra og mati FST á viðkomandi mörkuðum telur úrskurðarnefndin undirliggjandi veigamikla almannahagsmuni sem felast einkum í því að virk samkeppni sé á fjarskiptamörkuðum hérlendis. Samræmist það því almenna sjónarmiði að virk samkeppni á markaði sé almennt til þess fallin stuðla að lægra verði, auknum gæðum og betri þjónustu, neytendum í hag. Að sama skapi eru undir einkahagsmunir annarra og minni fyrirtækja á markaðnum þar sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni, keppinautum til töluverðs tjóns.
360. Í ljósi þessara ríku hagsmuna keppinauta, en fyrst og fremst almennings, sem og niðurstöðu FST um að virk samkeppni sé ekki á umræddum mörkuðum, er ekki unnt að kveða á um að engar kvaðir gildi á markaði. Í ljósi breyttra aðstæðna, á enn síður við að ógilda ákvörðunina þannig að eldri ákvörðun rakni við.
361. Í ljósi alls framangreinds telur úrskurðarnefndin að sá kostur að staðfesta hina kærðu ákvörðun óbreytta sé ekki tækur og að þörf sé á nýrri ákvörðun að undangenginni lögbundinni málsmeðferð, sem FST hefur í umsögnum sínum bent á að stofnunni beri að annast um.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

362. Hefur úrskurðarnefndin því ákveðið heimvísa hinni kærðu ákvörðun til nýrrar ákvörðunartöku FST, þó með þeim hætti að breyta henni líkt og nánar verður greint frá hér á eftir. Mun framangreind breyting gilda frá og með 15. september 2022.
363. Þá hefur úrskurðarnefndin ákveðið að ákvörðun hennar, svo breyttri, verði markaður ákveðinn gildistími, til 15. september 2023. Með þessu leitast úrskurðarnefndin við að tryggja, að innan þess tíma taki FST nýja ákvörðun, að undangenginni lögbundinni málsmeðferð. Hinni nýju ákvörðun FST er þannig ætlað að leysa ákvörðun úrskurðarnefndarinnar af hólmi fyrir framangreint tímamark.

Við val á þessari leið var einkum litið til þess að það er FST sem að hefur á að skipa starfslíði og sérfræðipekkingu til þess að framkvæma þá rannsókn og viðhafa þá málsmeðferð, þ.m.t. samráð við ESA, sem fjarskiptalög gera kröfu til. Það sé hlutverk FST að framkvæma fullburða markaðsgreiningu og e.a. meta í kjölfarið hvaða kvaðir séu nauðsynlegar til þess að tryggja virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Jafnframt er litið til þess að FST hefur ítrekað upplýst um að ný markaðsgreining muni fara fram, en í athugasemdum stofnunarinnar hinn 2. nóvember 2022 kom m.a. fram það markmið FST að ljúka þeirri greiningu á árinu 2022. Í umsögn ESA mæltist eftirlitsstofnunin jafnframt til þess að ný markaðsgreining færi fram fyrir árslok 2022.

### B. Stjórnsýslukæra Mílu

#### 1.

364. Með vísan til þess sem rakið er að framan um réttaröryggi og þá almannahagsmuni sem búa að baki því að lagðar séu á kvaðir, þar sem virkrar samkeppni er ekki við notið á markaði, telur úrskurðarnefndin ekki rétt að ógilda ákvörðun FST um Mílu í heild sinni. Í stað þess telur úrskurðarnefndin rétt að halda að meginstefnu til í gildi þeim kvöðum sem FST lagði á Mílu þó að teknu tilliti til sölu Símans á Mílu og þeim sjónarmiðum sem úrskurðarnefndin byggði á við ákvörðun um frestun réttaráhrifa kvaðar um að Míla skuli tengja bitastraumbúnað sinn við ljósleiðaraheimtaugar annarra netrekenda.
365. Fyrir hið fyrsta staðfestir úrskurðarnefndin því skilgreiningu á bæði vöru- og þjónustu og landfræðilegum mörkuðum markaða 3a og 3b. Ljóst er að landfræðilegir markaðir eru til endurskoðunar og við þá endurskoðun ber FST að hafa til hliðsjónar þau margvíslegu rök sem Míla hefur teft fram í þessu máli til rökstuðnings um breytingar þar á. Að sama skapi hefur Míla teft fram gagnrýni á skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaðar, þ.m.t. um staðgöngu á milli kopars- og ljósleiðaratenginga. Úrskurðarnefndin beinir því til FST að taka mið af þeim sjónarmiðum og meta hvort þau séu byggð á málefnalegum grundvelli og eigi við. Úrskurðarnefndin telur mikilvægt að fram komi sú afstaða hennar að hún telur að kæra Mílu hafi ekki verið lögð fram að tilefnislausu og tekur tillit til þess við ákvörðun málskostnaðar, sbr. hér síðar.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

366. Þá staðfestir úrskurðarnefndin útnefningu Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk á bæði mörkuðum 3a og 3b. Jafnframt staðfestir úrskurðarnefndin álagningu kvaða á Mílu þó með þeim undantekningum sem á eftir greinir auk þess sem ákvörðuninni er markaður gildistími til 15. september 2023 í síðasta lagi. Með þessu móti er leitast við að gæta meðalhófs í garð Mílu. Jafnframt er miðað að því að tryggja réttaröryggi gagnvart neytendum og fyrirtækjum á fjarskiptamarkaði, með því að tryggja að réttaróvissa skapist ekki heldur gefist FST færi á að endurskoða ákvörðunina og taka nýja ákvörðun innan hæfilegra tímamarka.
367. Var hér einnig litið til 37.-39. mgr. viðbótarathugasemda Mílu, frá 8. apríl 2022, þar sem fram kom að það kæmi til greina að mati Mílu að ógilda ákvörðunina með þeim hætti að lagt væri fyrir FST að taka tiltekna þætti málsins til frekari skoðunar, t.d. þá sem varakrafa Mílu laut að. Þá kom fram að Míla gerði ekki athugasemd við að sæta álögðum kvöðum samkvæmt hinni kærðu ákvörðun, öðrum en þeim sem hefur verið frestað, og að því gættu að ný ákvörðun lægi fyrir innan eðlilegra tímamarka.
368. Eins og greint hefur verið frá með greinargóðum hætti að framan, var hin kærða ákvörðun byggð á þeirri forsendu að Míla og Síminn tilheyrðu fyrirtækjasamstæðu. Ljóst er að eftir 15. september 2022 hefur breyting orðið þar á. Enda þótt nokkur tengsl séu enn á milli Mílu og Símans vegna heilðsölusamnings sem er í gildi á milli fyrirtækjanna er ekki ljóst hvort unnt sé að beita vægari úrræðum, til þess að sporna gegn skaðlegum áhrifum þeirra tengsla á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þar af leiðandi telur úrskurðarnefndin rétt að ógilda álagningu eftirfarandi kvaða sem að snúa beinlínis að tilvist Símasamstæðunar, frá og með 15. september 2022.
369. Nánar tiltekið er um að ræða kvöð þá sem finna má í 2. málslið 4. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, um að á markaði 3a skuli gæta þess að ekki verði of lítill munur á milli verðs Mílu á heilðsöluaðföngum og verðs Símasamstæðunnar á frálíggjandi mörkuðum, þ.m.t. smásöluverðs á mikilvægustu áskriftaleiðum Símans sem innihalda internetaðgang. Einnig verður felld úr gildi kvöð 2. málsliðar f-liðar 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar um að á markaði 3b skuli gæta þess að ekki verði of lítill munur á milli verðs Mílu á heilðsöluaðföngum og verðs Símasamstæðunnar á frálíggjandi mörkuðum, þ.m.t. smásöluverðs á mikilvægustu áskriftaleiðum Símans sem innihalda internetaðgang.
370. Úrskurðarnefndin hefur þá ákveðið að fella úr gildi þá liði ákvörðunar FST sem kveða á um framkvæmd efnahagslegs hermiprófs. Þá var að finna í 4. málslið b-liðar og 3. málslið f.-liðar 4. mgr. ákvörðunarorða ákvörðunar FST er varðar markað 3a. Þá í 4. málslið b.-liðar og 3. málslið f.-liðar 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er varðar markað 3b. Ástæða þessa er þríþætt. Fyrir hið fyrsta byggir kvöðin á miklu leyti á stöðu Símasamstæðunnar, sem er ekki lengur við lýði. Í öðru lagi er kveðið á um kvöð sem verður útfærð sérstaklega í annarri ákvörðun. Með vísan til dóms Landsréttar frá 14. október 2022 í máli nr. 250/2022, verður að telja að slíkt fyrirkomulag standist ekki. Loks er litið til þess að í athugasemdum FST frá 25. október 2022 tók stofnunin fram að kvöðin um ERT próf muni ekki koma til framkvæmda.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

371. Þá verður felld úr gildi sú kvöð sem kemur fram í lokamálslið a-liðar 9. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar um að á markaði 3b skuli Míla tengja bitastraumsbúnað sinn við ljósleiðaraheimtaugar annarra netrekenda. Þessi kvöð hefur aldrei komið til framkvæmda, þar sem réttaráhrifum hennar var frestað með úrskurði nefndarinnar hinn 15. desember 2021. Í athugasemdum sínum við meðferð kröfu um frestun réttaráhrifa bar FST við að tilgangur þessarar kvaðar væri sá að sporna gegn áhrifum lóðréttar samþættingar Símans og Mílu. Þar sem slík samþætting er ekki lengur fyrir hendi er ekki unnt að fullyrða að enn sé nauðsyn fyrir álagningu kvaðarinnar. Verður kvöðin því felld úr gildi.
372. Að lokum, í ljósi stytts gildistíma hefur úrskurðarnefndin jafnframt ákveðið að fella úr gildi allar tilvísanir til þess að FST endurskoði árlega lista þeirra sveitarfélaga hvar kvaðir eru lagðar á. Þær var að finna í a-lið 4. gr. og a-lið 9. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

### C. Stjórnsýslukæra Símans

373. Endurtekið hefur verið fjallað um þær breyttu aðstæður sem nú ríkja á markaði, samanborið við þær sem lagðar voru til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Hafa nú eignartengsl á milli Mílu og Símans verið rofin við sölu hins fyrrnefnda fyrirtækis og með sátt við Samkeppniseftirlitið hinn 15. september 2022. Að þessu tilefni lagði Síminn fram hjá úrskurðarnefndinni nýja kröfu um ógildinguna hinnar kærðu ákvörðunar hinn 11. október 2022, sem fyrr segir. Telur úrskurðarnefndin að sér sé skylt að taka tillit til breyttra aðstæðna og að eftir tímamarkið 15. september 2022 sé ekki unnt að vísa til Mílu annars vegar og Símans hins vegar sem Símasamstæðunar, líkt og gert er mjög víða í hinni kærðu ákvörðun og tekur niðurstaða úrskurðarnefndarinnar mið af því.
374. Útnefning Símans sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 3a og 3b byggði fyrst og fremst á eignarhaldi Símans á Mílu og þeirri lóðréttu samþættingu sem að það fæli í sér. Þannig kom fram í umsögn FST, dags. 25. október 2022, um ógildingarkröfu Símans í kjölfar sáttar við Samkeppniseftirlitið, að augljóslega myndi Síminn ekki vera útnefndur sem aðili með umtalsverðan markaðsstyrk í nýrri markaðsgreiningu sem væri fyrirhuguð og yrðu kvaðir því felldar niður.
375. Skortir þannig á að útnefning Símans með umtalsverðan markaðsstyrk byggi á tilskyldri rannsókn á stöðu Símans á markaði við núgildandi aðstæður og nauðsyn álagningar kvaða á fyrirtækið svo sem ákvæði stjórnsýslulaga gera kröfu um. Sama niðurstaða fæst með vísan til þeirra krafna sem gera verður til slíkrar íþyngjandi skerðingar atvinnufrelsis í samræmi við atvinnufrelsisákvæði 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar. Samkvæmt ákvæðinu verður atvinnufrelsi ekki skert, nema með lagabóði, krefjist hagur almennings þess. Í ljósi þeirrar óvissu sem nú ríkir um stöðu Símans á mörkuðum 3a og 3b er með öllu óvíst að hagur almennings af virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði krefjist slíkrar takmörkunar. Verður Síminn að fá að njóta þess vafa.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

376. Af þessum sökum telur úrskurðarnefndin rétt að ógilda tilnefningu Símans sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk bæði á mörkuðum 3a og 3b frá 15. september 2022. Því fylgir að þær kvaðir sem lagðar hafa verið á Símann sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum, sbr. 3., 5., 8. og 10. liðir ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, falla jafnframt úr gildi frá og með 15. september 2022.
377. Það skal tekið fram að framangreint felur ekki í sér að útilokað sé að Síminn verði tilnefndur á ný sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á umræddum mörkuðum og á hann lagðar kvaðir, enda sé slík niðurstaða undirbyggð fullnægjandi rannsókn og markaðsgreiningu.

### D. Önnur atriði

378. Um málskostnað úrskurðarnefndarinnar er fjallað í 5. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, sbr. einnig 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Tapist mál í grundvallaratriðum skal sá málsaðili sem tapar að jafnaði greiða málskostnaðinn. Hins vegar er ekki heimilt að gera neytendum fjarskiptaþjónustu og pósthjónustu, Fjarskiptastofu eða Byggðastofnun að greiða gjald samkvæmt ákvæðinu.
379. Líkt og rakið er í þessum úrskurði hefur málsmeðferð málsins kallað á úrskurð um frestun réttaráhrifa og tvo úrskurði um aðild að málinu, auk þess sem umfang málsins og gagna þess er mjög mikið. Þá hefur málsmeðferð tekið langan tíma, m.a. vegna þess að við töku hinnar kærðu ákvörðunar lágu fyrir upplýsingar um mögulegar breytingar á markaði sem fólust í sölu Símans á Mílu. Því hefur úrskurðarnefndin óhjákvæmilega varið miklum tíma í úrvinnslu þessa máls, enda um að ræða mikla hagsmuni á fjarskiptamarkaði.
380. Á grundvelli stjórnslukæra Mílu og Símans hefur úrskurðarnefndin íhugað að ógilda hina kærðu ákvörðun en með vísan til rökstuðnings hér að framan hefur hún ákveðið að heimvísa málinu í raun til nýrrar ákvörðunartöku, með því að breyta hinni kærðu ákvörðun FST og ætla henni ákveðinn gildistíma, svo ráðrúm gefist til nauðsynlegs undirbúnings nýrrar ákvörðunar. Í ljósi þessa telur úrskurðarnefndin útilokað að kærendum verði gert að greiða málskostnað að nokkru leyti og greiðist hann því alfarið úr ríkissjóði, líkt og greinir í úrskurðarorðum.
381. Hafi kærundur greitt málskotsgjald að fjárhæð 150.000,- kr. í ríkissjóð vegna kæru sinnar ber að endurgreiða þeim það.
382. Vilji aðilar ekki una úrskurði nefndarinnar er unnt að bera úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021.



## V. Úrskurðarorð

Ákvörðun FST nr. 5/2021, frá 19. október 2021, er breytt með svofelldum hætti frá og með 15. september 2022:

(1) Markaður 3a, heildsölumarkaður fyrir staðaraðgang með fasttengingu, samanstandur af aðgangi að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum.

(2) Landfræðileg skilgreining markaðar 3a er landið allt.

(3) Á markaði 3a er Míla ehf. útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk í samræmi við 2. mgr. 17. gr., sbr. 18. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003.

(4) Á markaði 3a, eru eftirfarandi kvaðir lagðar á Mílu ehf., með vísan til 27. – 32. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 og með vísan til nánari lýsingar í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 5/2021 og í viðauka A með þeirri ákvörðun:

a. Kvöð um að veita aðgang. Míla skal verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um staðaraðgang á heildsölustigi, að kopar- og ljósleiðaranetum sínum, hvort sem um er að ræða fullan eða skiptan aðgang. Ennfremur skal veita aðgang að tengdri aðstöðu og þjónustu. Þar sem ekki er mögulegt að veita aðgang að efnislegri heimtaug skal Míla bjóða upp á VULA sýndarlausn sem komið getur að sömu notum. Míla skal veita aðgang að rörum, lagnaleiðum og jarðvegs- og lagnaframkvæmdum. Birta skal upplýsingar um rör og lagnaleiðir, jarðvegs- og lagnaframkvæmdir og breytingar á fyrirkomulagi aðgangs með þeim hætti sem lýst er í kafla 2.1 í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 5/2021. Skylda til að veita aðgang að rörum og lagnaleiðum, auglýsingaskylda Mílu að því er jarðvegsframkvæmdir varðar og regla um 5 ára frest til að upplýsa um yfirfærslu netkerfa, gilda ekki í þeim 17 sveitarfélögum þar sem meiri samkeppni ríkir, en þau eru þessi miðað við aðstæður í dag: Reykjavíkurborg, Kópavogsbær, Seltjarnarnesbær, Garðabær, Hafnarfjarðarkaupstaður, Mosfellsbær, Akraneskaupstaður, Svalbarðsstrandarhreppur, Grýtubakkahreppur, Tjörneshreppur, Hveragerðisbær, Sveitarfélagið Ölfus, Flóahreppur, Ásahreppur, Fljótsdalshreppur, Rangárþing ytra og Skeiða- og Gnúpverjahreppur.

b. Kvöð um að gæta jafnræðis gagnvart öllum fjarskiptafyrirtækjum sem kaupa staðaraðgang með fastlínu eða aðgang að tengdri aðstöðu. Aðfangajafnræði (EoI) skal vera til staðar, sem og jafnt aðgengi að upplýsingum og jafnir möguleikar til að hafa áhrif á þróun heildsöluvara. Ótengdir aðilar skulu geta líkt eftir vöruframboði tengdra aðila með sjálfbærum hætti (e. Technical Replicability). Mílu er skylt að gera gæðaviðmiðunarsamninga (SLA) við alla aðgangskaupendur og gefa út yfirlýsingu um gæðatryggingu (SLG). Míla skal safna saman og birta mánaðarlega tiltekna lykil frammistöðupætti (KPI).

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

c. Kvöð um gagnsæi. Míla skal gefa út viðmiðunartilboð um staðaraðgang, tengda aðstöðu og aðgang að rörum og lagnaleiðum. Míla skal m.a. birta opinberlega upplýsingar um skráningu heimtauga og röra og lagnaleiða, tæknilýsingar, einkenni neta, skilmála og skilyrði fyrir afhendingu og notkun og gjaldskrá.

d. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað. Mílu ber að afhenda Fjarskiptastofu árlega sérgreindan rekstrar- og efnahagsreikning fyrir staðaraðgang, þar sem fram kemur skipting vegna koparheimtauga, ljósleiðaraheimtauga, aðgangs að aðstöðu (hýsing) og aðgangs að rörum og lagnaleiðum, ásamt álitsgerð óháðs endurskoðunaraðila um framkvæmd aðskilnaðar.

e. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Gjaldskrá fyrir aðgang að koparheimtaugum, ljóslínunum í götuskáp, VULA á koparheimtaugum og aðstöðu sem tengist staðaraðgangi á koparheimtaugum skal taka mið af kostnaði. Byggja skal á sögulegum kostnaði sem heimfærður er á viðkomandi þjónustur (HCA FAC). Gjaldskrá Mílu fyrir rör og lagnaleiðir skal vera byggð á sögulegum kostnaði eða verðsamanburði.

f. Verðlagning Mílu á ljósleiðaraheimtaugum skal vera réttlát og sanngjörn og án mismununar. Mílu er ennfremur bannað að beita skaðlegri undirverðlagningu. Míla skal birta gjaldskrá fyrir ljósleiðaraheimtaugar og VULA á ljósleiðaraheimtaugum.

g. Kvöð um kostnaðarbókhald varðandi kopar- og ljósleiðaraheimtaugar og tengda aðstöðu, bakfæðingarljóslínur vegna heimtaugaaðgangs, hýsingu og aðgang að rörum og lagnaleiðum. Skila skal til Fjarskiptastofu lýsingu á kostnaðarbókhaldi og skýrslu óháðs endurskoðunaraðila um samræmi lýsingar og framkvæmdar.

(5) Markaður 3b, heildsölumarkaður fyrir miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur, samanstandur af óefnislegum lausnum sem boðnar eru miðlægt í kopar- eða ljósleiðaranetum, uppfylla ekki skilyrði til að teljast til markaðar 3a og eru notaðar til að veita miðlæga fjöldaframleidda bitastraumsþjónustu.

(6) Landfræðileg skilgreining markaðar 3b er landið allt.

(7) Á markaði 3b er Míla ehf. útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk í samræmi við 2. mgr. 17. gr., sbr. 18. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003.

(8) Á markaði 3b, eru eftirfarandi kvaðir lagðar á Mílu ehf., með vísan til 27. – 32. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 og með vísan til nánari lýsinga ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 5/2021 og í viðauka A með þeirri ákvörðun:

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

a. Kvöð um að veita aðgang. Míla skal verða við öllum eðlilegum og sanngjörnum beiðnum annarra fjarskiptafyrirtækja um miðlægan heildsöluáðgang, sbr. skilgreiningu á þjónustumarkaði 3b, hvort sem aðgangurinn er veittur um kopar- eða ljósleiðaraheimtaugar. Míla skal einnig, ef þess er óskað, annast sendingu á bitastraumnum um stofnlínunet til þess staðar þar sem viðkomandi fjarskiptafyrirtæki hefur tengingu við net Mílu. Míla skal enn fremur veita aðgang að tengdri aðstöðu og þjónustu sem þörf er á í tengslum við miðlægan aðgang. Tilkynna skal um breytingar á fyrirkomulagi bitastraumsaðgangs með þeim hætti sem lýst er í kafla 4.1, en skylda til að tilkynna um breytingar á fyrirkomulagi bitastraums með tveggja ára fyrirvara gildir ekki í þeim 17 sveitarfélögum þar sem meiri samkeppni ríkir, en þau eru þessi miðað við aðstæður í dag: Reykjavíkurborg, Kópavogsbær, Seltjarnarnesbær, Garðabær, Hafnarfjarðarkaupstaður, Mosfellsbær, Akraneskaupstaður, Svalbarðsstrandarhreppur, Grýtubakka-hreppur, Tjörneshreppur, Hveragerðisbær, Sveitarfélagið Ölfus, Flóahreppur, Ásahreppur, Fljótsdalshreppur, Rangárþing ytra og Skeiða- og Gnúpverjahreppur. Mílu er óheimilt að draga til baka bitastraumsbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annarra netrekenda en Mílu þar sem Míla hefur leigt svarta ljósleiðara, gegn vilja umrædds netrekanda, á meðan Síminn veitir ekki þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila.

b. Kvöð um að gæta jafnræðis gagnvart öllum fjarskiptafyrirtækjum sem kaupa miðlægan aðgang á kopar- eða ljósleiðaraneti. Aðfangajafnræði (EoI) skal vera til staðar, sem og jafnt aðgengi að upplýsingum og jafnir möguleikar til að hafa áhrif á þróun heildsöluvara. Ótengdir aðilar skulu geta líkt eftir vöruframboði tengdra aðila með sjálfbærum hætti (e. Technical Replicability). Mílu er skylt að gera gæðaviðmiðunarsamninga (SLA) við alla aðgangskaupendur og gefa út yfirlýsingu um gæðatryggingu (SLG). Míla skal safna saman og birta mánaðarlega tiltekna lykíl frammistöðupætti (KPI).

c. Kvöð um gagnsæi. Míla skal gefa út viðmiðunartilboð um miðlægan aðgang og tengda aðstöðu. Míla skal m.a. birta opinberlega upplýsingar um skráningu heimtauga, tæknilysingar, einkenni neta, skilmála og skilyrði fyrir afhendingu og notkun og gjaldskrá.

d. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað. Mílu ber að afhenda Fjarskiptastofu árlega sérgreindan rekstrar- og efnahagsreikning fyrir bitastraumsaðgang, þar sem fram kemur skipting vegna bitastraumsaðgangs um koparheimtaugar, bitastraumsaðgangs um ljósleiðaraheimtaugar og aðgangs að aðstöðu (hýsing), ásamt álitserð óháðs endurskoðunaraðila um framkvæmd aðskilnaðar.

e. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Gjaldskrá fyrir bitastraumsaðgang um koparheimtaugar og tengda aðstöðu skal taka mið af kostnaði. Byggja skal á sögulegum kostnaði sem heimfærður er á viðkomandi þjónustur (HCA FAC).

f. Verðlagning Mílu á bitastraumsaðgangi á ljósleiðaraheimtaugum skal vera réttlát og sanngjörn og án mismununar. Mílu er enn fremur bannað að beita skaðlegri undirverðlagningu. Míla skal birta gjaldskrá fyrir miðlægan aðgang á ljósleiðaraheimtaugum.

## ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

g. Kvöð um kostnaðarbókhald varðandi miðlægan aðgang á kopar- og ljósleiðaraheimtaugum og tengda aðstöðu. Skila skal til Fjarskiptastofu lýsingu á kostnaðarbókhaldi og skýrslu óháðs endurskoðunaraðila um samræmi lýsingar og framkvæmdar.

Þessi ákvörðun tekur þegar gildi en fellur úr gildi eigi síðar en 15. september 2023. Ber Fjarskiptastofu að taka nýja ákvörðun fyrir það tímamark sem leysir þessa ákvörðun af hólmi.

Málskostnaður að fjárhæð 7.200.000,- kr. greiðist úr ríkissjóði.

Reykjavík, 29. desember 2022

Pórður Bogason formaður  
sign.

Kirstín Þ. Flygenring  
sign.

Kjartan Briem  
sign.