

## Viðauki við frétt

### ***I. Almennt um hina kærðu ákvörðun Fjarskiptastofu***

Með hinni kærðu ákvörðun FST frá 2021 viðhélt stofnunin útnefningu á Mílu, sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014, sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á félagið á umræddum mörkuðum. Enn fremur útnefndi FST Símann sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og lagði tilteknar kvaðir á félagið, en samstæða félaganna (Símasamstæðan) taldist vera ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar.

FST taldi að markaður 3a næði yfir aðgang að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum, þar sem FST taldi að staðganga ríkti milli slíkra heimtauga. Það sama átti við um bitastraumstengingar um slíkar heimtaugar á markaði 3b. Þá taldi FST að landfræðilegi markaðurinn teldist áfram landið allt, þrátt fyrir að samkeppnisaðstæður teldust nokkuð misjafnar milli sveitarfélaga landsins. Hins vegar taldi FST að þær væru ekki nægilega misjafnar til að réttlæta landfræðilega aðgreinda markaði, en þó nægilega misjafnar þó til að réttlæta vægari kvaðir í 17 nánar tilgreindum sveitarfélögum landsins, þ.m.t. á höfuðborgarsvæðinu öllu. Vegna óstöðugra samkeppnisaðstæðna í mörgum af þessum sveitarfélögum, m.a. vegna mögulegrar sölu Símans á Mílu, kvaðst stofnunin framkvæma nýtt mat á landfræðilegum aðstæðum hér á landi á umræddum mörkuðum sem ljúka ætti fyrir árslok 2022.

FST lagði tilteknar kvaðir fyrst og fremst á Mílu, en að litlu leyti á Símann, á viðkomandi mörkuðum til að efla samkeppni í fjarskiptum. Gagnvart Mílu var um að ræða aðgangskvöð, jafnræðiskvöð, gagnsæiskvöð, kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, kvöð um eftirlit með gjaldskrá (hvað kopar varðaði) og kvöð um færslu kostnaðarbókhalds. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá hafði ekki hvílt á Símasamstæðunni að því er varðaði ljósleiðara. Í stað kvaðar um að Míla skyldi kostnaðargreina verð fyrir slíkar afurðir, lagði FST á vægari kvöð, þannig að bæði Míla og Síminn skyldu standast svokallað efnahagslegt hermipróf (e. Economic Replicability Test, ERT), sem ætlað var að setja visst aðhald á verðlagningu ljósleiðaraafurða samstæðunnar á heildsölu- og smásölustigi. FST skyldi síðar taka sérstaka ákvörðun um útfærslu umræddrar ERT kvaðar, áður en unnt yrði að framkvæma slíkt próf.

Þann 14. september 2021 sendi FST til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) drög að ofangreindri ákvörðun. Þann 14. október 2021, barst álit ESA, sem heimilaði FST að taka ákvörðun á grundvelli framangreindra markaðsgreininga. ESA gerði hins vegar nokkrar athugasemdir sem lutu fyrst og fremst að landfræðilegri skilgreiningu markaðanna, og taldi e.t.v. vera kominn tími til að skoða að aðgreina landfræðilega markaði hér á landi á viðkomandi mörkuðum.

### ***II. Nánar um úrskurð úrskurðarnefndar***

Fram kom í úrskurði nefndarinnar að í málinu væri deilt um hvort hin kærða ákvörðun FST væri lögmæt, þ.e.a.s. ákvörðun um útnefningu Mílu og Símans sem fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á umræddum heildsölumörkuðum.

Þá kom fram að úrskurðir nefndarinnar skyldu lögum samkvæmt liggja fyrir innan 12 vikna frá því að kæra berst. Í þessu tilviki hefði úrskurður því átt að liggja fyrir eigi síðar en 7. febrúar 2022. Málsmeðferð nefndarinnar tók hins vegar um 13 og hálfan mánuð. Rúmum 7 mánuðum eftir að lögbundinn hámarks málsmeðferðarfrestur rann út samþykkti Samkeppniseftirlitið ofangreindan samruna, sem fól í sér sölu Símans á Mílu, sem breytti verulega grundvelli málsins að mati nefndarinnar. Í tengslum við þessa miklu seinkun á úrskurði bar nefndin fyrir sig umfang málsins, umfang málsmeðferðarinnar, flækjustig málsins og að með samþykkt Samkeppniseftirlitsins á framangreindum samruna þann 15. september 2022 hefðu aðstæður í málinu orðið talsvert frábrugðnar þeim aðstæðum sem voru til staðar þegar hin kærða ákvörðun FST var tekin.

Tók úrskurðarnefnd fram að á þeim tíma sem nefndin hafði málið til meðferðar, eða þann 1. september 2022, hefðu tekið gildi ný fjarskiptalög nr. 70/2022, sem felldu hefðu fjarskiptalög nr. 81/2003 úr gildi. Það lægi þó fyrir að hin kærða ákvörðun hefði grundvallast á eldri fjarskiptalögum og því hafi efnisleg skoðun úrskurðarnefndar farið eftir fjarskiptalögum nr. 81/2003, þ.e.a.s. þeim sem giltu þegar málsatvikin áttu sér stað. Væri það jafnframt í samræmi við ákvæði II. til bráðabirgða í lögum nr. 70/2022, sem kvæði á um að öllum kvöðum, sem lagðar hefðu verið á fjarskiptafyrirtæki skv. VII. kafla laga nr. 81/2003, og væru í gildi við gildistöku hinna nýju laga, skyldi við haldið þar til endurskoðun kvaðanna hefði farið fram að lokinni markaðsgreiningu.

Varðandi breyttar aðstæður vegna sölu Símans á Mílu, sem raungerðust eftir að Samkeppniseftirlitið samþykkti samruna Mílu og Ardian þann 15. september 2022, tók nefndin fram að um meðferð máls fyrir æðra stjórnvaldi giltu í grófum dráttum sömu reglur og áttu við þegar lægra setta stjórnvaldið fjallaði um málið. Meðal þeirra reglna sem giltu þannig við málsmeðferð æðra stjórnvalds er rannsóknarregla og því bæri æðra stjórnvaldi að rannsaka málið og tryggja að það væri nægilega upplýst áður en úrskurður væri kveðinn upp. Meðal þeirra álitafna sem kynnu að vakna við meðferð kærú máls væri í hversu ríkum mæli æðra setta stjórnvaldinu væri heimilt eða skylt að líta til atriða eða breyttra aðstæðna og gæti m.a. reynt á það ef aðstæður, sem lagðar hefðu verið til grundvallar hinni kærðu niðurstöðu, hefðu breyst frá því að sú ákvörðun var tekin. Hvað breyttar aðstæður varðaði gildi sú almenna regla að úrskurðarstjórnvald ætti að leggja til grundvallar þær upplýsingar sem fyrir lægju þegar úrskurður væri kveðinn upp. Almennt væri úrskurðarstjórnvaldi ekki fær sú leið að hafna því að taka afstöðu til nýrra upplýsinga eða breyttra atvika í máli nema sérstök lagaheimild stæði til þess.

Í samræmi við framangreint væri það almenn regla að miða við þær upplýsingar sem fyrir lægju við töku úrskurðar. Taldi úrskurðarnefnd að ýmsar umfangsmiklar breytingar, sem orðið hefðu á viðkomandi mörkuðum að undanförunu, hefðu verið fyrirsjáanlegar við töku hinnar kærðu ákvörðunar. Í hinni kærðu ákvörðun væri að finna fjölda tilvísana þar sem vísað væri til Mílu og Símans sem Símasamstæðunnar, en kærundur hefðu bent á að það ætti bersýnilega ekki við lengur, enda væru eigna- og stjórnunartengsl rofin í ljósi sölu Símans á Mílu. Enda þótt ákvörðunin hefði tekið mið af aðstæðum á ákvörðunardegi, yrði ekki fram hjá því litið að tilkynnt hafi verið um sölu Símans á Mílu þremur dögum eftir birtingu hinnar kærðu ákvörðunar, en FST hefði sjálf upplýst um að upplýsingar hefðu verið til staðar hjá stofnuninni um hina fyrirhuguðu sölu þegar ákvörðunin hafi verið tekin. Ítrekað skyldi að markaðir skyldu greindir með tilliti til þróunar í náinni framtíð. Hin kærða ákvörðun hefði engu að síður byggst á því að Síminn og Míla væru samstæða og væri það m.a. grundvöllur fjölda kvaða. Að þessu leyti væri það álit nefndarinnar að ákvarðanatökan hefði verið ótímabær þótt sala Símans á Mílu hefði verið háð skilyrðum, m.a. um samþykki Samkeppniseftirlitsins. Hefðu þær forsendur sem FST lagði til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun því brostið að verulegu leyti, enda markaðurinn talsvert frábrugðinn í kjölfar þess að sala Mílu hafi gengið í gegn. Þannig væri ljóst að við ákvörðun sína yrði nefndin að miða við þær aðstæður sem við blöstu á markaði, í kjölfar samþykkis Samkeppniseftirlitsins á samruna Mílu og Ardian og samhliða sölu Símans á Mílu.

Í þessu samhengi vill FST geta þess að markaðsgreiningar þessar höfðu verið í vinnslu í langan tíma, eldri greiningar voru komnar til ára sinna og Síminn og Míla þrýstu mjög á að FST hraðaði vinnslu þeirra. Þó svo að FST beri að horfa til framtíðar við markaðsgreiningar getur stofnunin ekki frestað greiningum vegna orðróms eða fyrirætlana markaðsaðila sem ekki hafa raungerst og ekki er ljóst hvort raungerist né byggt ákvarðanir sínar á slíkum orðrómmum eða áformum. FST ber hins vegar að endurskoða greiningar sínar án tafar þegar miklar breytingar raungerast á markaði, en FST hóf endurskoðun á umræddum mörkuðum um leið og niðurstaða samrunans lá fyrir. Tilkynnt var um söluina eftir að hin kærða ákvörðun lá fyrir. Þá var ljóst snemma í samrunaferlinu að Samkeppniseftirlitið gerði alvarlegar athugasemdir við viðskiptin og fór svo að allir lögbundnir frestir í málsmeðferð samrunamála voru nýttir til hins ýtrasta, auk þess sem forstjóri Símans sagði nýlega í blaðaviðtali að viðskiptin hefðu

hangði á blápræði fram á síðasta dag. Það var því engan veginn ljóst hvernig samrunamálið myndi fara fyrir en á lokadegi lögbundinna fresta, tæpu ári eftir að FST tók hina kærðu ákvörðun.

Þá kom fram í úrskurði nefndarinnar að hinn 15. september 2022 hefði Samkeppniseftirlitið heimilað samruna Mílu og Ardian og í kjölfarið hefðu eignartengsl þau sem verið höfðu á milli félaganna rofnað. Af því tilefni hefði komið fram krafa Símans um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar, þá og þegar, en Míla hefði tekið undir þessa kröfu. Nefndin féllist á að með þessu hefðu orðið þáttaskil í málinu. Fyrst í kjölfar sáttar Samkeppniseftirlitsins hefði legið fyrir með óyggjandi hætti að Símasamstæðan væri liðin undir lok með tilheyrandi breytingu á landslagi markaðarins. Frá þessu tímamarki lægi fyrir að margar þær forsendur sem búið hefðu að baki hinni kærðu ákvörðun væru brostnar. Yrði 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 aftur á það réttarástand sem ríkt hefði fyrir gildistöku hinnar kærðu ákvörðunar. Fyrir gildistöku ákvörðunarinnar hefði ákvörðun PFS nr. 21/2014 gilt, en ljóst væri að aðstæður í dag væru enn síður þær sömu og ríktu þegar sú ákvörðun var tekin árið 2014.

Með hliðsjón af ákvæðum fjarskiptalaga nr. 81/2003, tilgangi þeirra og mati FST á viðkomandi mörkuðum taldi nefndin undirliggjandi veigamikla almannahagsmuni sem fælust einkum í því að virk samkeppni ríkti á fjarskiptamörkuðum hérlendis. Samræmdist það því almenna sjónarmiði að virk samkeppni á markaði væri almennt til þess fallin að stuðla að lægra verði, auknum gæðum og betri þjónustu, neytendum í hag. Að sama skapi væru undir einkahagsmunir annarra og minni fyrirtækja á markaðnum þar sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk hefði þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni, keppinautum til mögulegs tjóns. Í ljósi þessara ríku hagsmuna keppinauta, en fyrst og fremst almennings, sem og niðurstöðu FST um að virk samkeppni ríkti ekki á umræddum mörkuðum, væri ekki unnt að kveða á um að engar kvaðir giltu á markaði og því taldi nefndin ekki rétt að ógilda hina kærðu ákvörðun í heild sinni. Í ljósi breyttra aðstæðna, ætti enn síður við að ógilda ákvörðunina þannig að eldri ákvörðun tæki aftur gildi. Í stað ofangreinds taldi nefndin 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 nefndin byggði á við ákvörðun um frestun réttaráhrifa kvaðar um að Míla skyldi tengja bitastraumbúnað sinn við ljósleiðaraheimtaugar annarra netrekenda.

Í ljósi alls framangreinds taldi úrskurðarnefnd að sá kostur að staðfesta hina kærðu ákvörðun óbreytta væri ekki tækur og að þörf væri á nýrri ákvörðun að undangenginni lögbundinni málsmeðferð FST. Því heimvísaði nefndin hinni kærðu ákvörðun til nýrrar ákvörðunartöku FST, þó með þeim hætti að breyta henni með tilteknum hætti. Myndi framangreind breyting gilda frá og með 15. september 2022. Hinni breyttu ákvörðun skyldi ákvarðaður ákveðinn gildistími, til 15. september 2023. Þannig væri leitast við að tryggja, að innan þess tíma tæki FST nýja ákvörðun, að undangenginni lögbundinni málsmeðferð. Hinni nýju ákvörðun FST væri þannig ætlað að leysa ákvörðun úrskurðarnefndar af hólmi fyrir framangreint tímamark. Með þessu móti væri leitast við að gæta meðalhófs í garð Mílu. Jafnframt væri miðað að því að tryggja réttaröryggi gagnvart neytendum og fyrirtækjum á fjarskiptamarkaði, með því að tryggja að réttaróvissa skapaðist ekki heldur gæfist FST færi á að endurskoða hina kærðu ákvörðun og taka nýja ákvörðun innan hæfilegra tímamarka.

Úrskurðarnefndin staðfesti m.a. skilgreiningu FST á bæði vöru- og þjónustumörkuðum og landfræðilegum mörkuðum. Að mati nefndarinnar væri ljóst að landfræðilegir markaðir væru til endurskoðunar og við þá endurskoðun bæri FST að hafa til hliðsjónar þau margvíslegu rök sem Míla hefði teft fram í kærumálinu. Að sama skapi hefði Míla teft fram gagnrýni á skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaða, þ.m.t. um staðgöngu milli kopars- og ljósleiðaratenginga. Úrskurðarnefnd beindi því til FST að taka mið af þeim sjónarmiðum og meta hvort þau væru byggð á málefnalegum grundvelli og ættu við. Það væri afstaða nefndarinnar að hún teldi að kæra Mílu hefði ekki verið lögð fram að tilefnislausu og tók tillit til þess við ákvörðun málskostnaðar, sem féll að öllu leyti á ríkissjóð.