

Reykjavík, 6. febrúar 2024

Fjarskiptastofa
v.t. Guðmann B. Birgisson
Suðurlandsbraut 4
108 Reykjavík

Án trúnaðarupplýsinga

Sent rafrænt á netföngin gudmann@fjarskiptastofa.is og oskarh@fjarskiptastofa.is

Efni: Athugasemdir Mílu eftir þriðja samráð um drög Fjarskiptastofu að markaðsgreiningu á mörkuðum 3a og 3b sem birt var til samráðs þann 23. janúar 2024

1. Inngangur

1. Vísað er til ofangreinds samráðsskjals Fjarskiptastofu („FST“, „stofnunin“ eða „stjórnvaldið“) sem birt var hagaðilum, þ.á m. Mílu hf. („Míla“, „félagið“ eða „fyrirtækið“), 23. janúar sl. og óskað viðbragða þeirra eigi síðar en 6. febrúar 2024.
2. Líkt og reifað er í samráðsskjalinu hefur það að geyma endurskoðun á mati FST í fyrri samráðsskjölum stofnunarinnar í máli þessu á eftirfarandi þremur atriðum:
 - i. breytingar á mati á umtalsverðum markaðsstyrk í Rangárþingi eystra á markaði 3b,
 - ii. breytingar á mati á því hvort Ljósleiðarinn og Tengir teljast hrein heildsölufyrirtæki og
 - iii. breyting á útfærslu kvaðar um tilkynningu jarðvegsframkvæmda og gildistöku þeirrar kvaðar gagnvart nýjum aðilum
3. Hér í framhaldinu verður fjallað um hvert þessara atriða og athugasemdir Mílu settar fram. Þótt í athugasemdum þessum sé ekki fjallað um hverja einustu málsgrein í samráðsdrögunum felst í því engin viðurkenning af hálfu Mílu á þeim staðhæfingum sem þar koma fram. Þá áréttar Míla allar framkomnar athugasemdir fyrirtækisins, bæði skriflegar og á fundum með FST og áskilur Míla sér allan rétt til þess að koma á framfæri frekari athugasemdum síðar.

4. Þess er óskað að farið verði með þær upplýsingar sem eru í [hornklofa] og eru skáletraðar, svo og þann viðauka í heild sinni sem er fylgiskjal með erindi þessu, sem trúnaðarmál, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga um Fjarskiptastofu og 17. gr. stjórnsýslulaga.

2. Um breytingar á mati FST á umtalsverðum markaðsstyrk í Rangárþingi eystra á markaði 3b

5. Míla gerir ekki athugasemdir við breytingar á mati á umtalsverðum markaðsstyrk í Rangárþingi eystra á markaði 3b.
6. Telur Míla þó rétt að gera athugasemdir við að farið var í þriðja samráð vegna þessa sveitarfélags. Telur Míla að ef FST hefði unnið með réttum hætti úr þeim gögnum sem þegar lágu fyrir hefði rétt niðurstaða um mat á umtalsverðum markaðsstyrk í Rangárþingi eystra á markaði 3b legið fyrir í samráðinu sem birt var þann 29. nóvember sl.

3. Um breytingar á því hvort Ljósleiðarinn og Tengir teljast hrein heildsölufyrirtæki.

7. Míla gerir ekki athugasemdir við breytingar á mati FST á því hvort Ljósleiðarinn og Tengir teljast hrein heildsölufyrirtæki.
8. Gerir Míla hins vegar athugasemdir við málsmeðferð FST hvað þennan þátt varðar. Hefði FST eðlilega átt að kalla eftir viðskiptamannalista umræddra fyrirtækja á sama tíma og slíkt var gert gagnvart Mílu fyrr á árinu 2023. Hefði rannsóknarskyldu FST verið sinnt sem skyldi hvað þetta varðar hefði ekki verið þörf á því að fara með þetta atriði í þriðja samráð / aukasamráð. Olli þetta enn frekari töfum á málinu sem þegar hefur tafist óþarflega lengi.
9. Míla gerir jafnframt alvarlegar athugasemdir við rök FST fyrir því að Míla geti ekki talist hreint heildsölufyrirtæki í skilningi 59. gr. fjarskiptalaga. Hefur Míla áður komið á framfæri ítarlegum athugasemdum hvað það varðar. Þeim til viðbótar vill Míla koma á framfæri athugasemdum við það sem fram kemur í þessu þriðja samráðsskjali FST um viðskiptavinum Mílu og sér í lagi mótmælir Míla því að viðskipti Mílu við fyrirtækin/aðilana 13 sem FST merkir gul yfirstrikuð í Excel skjali sem FST sendi Mílu þann 25. janúar sl. geti talist *starfsemi á smásölumörkuðum fyrir fjarskiptapjónustu sem veitt er endanotendum* og af þeim sökum sé skilyrði þar um skv. 59. gr. ekki uppfyllt. [...]¹ Er skýringum og athugasemdum við hvert þessara 13 fyrirtækja og stofnana komið á framfæri í Excel skjali FST hér meðfylgjandi. Telur Míla hér ástæðu til að minna á lögbundna rannsóknarskyldu Fjarskiptastofu.
10. Mörg þessara viðskiptasambanda sem um er að ræða var komið á fyrir mörgum árum síðan og jafnvel á tíma forvera Mílu. Í áraraddir hafa hvílt kvaðir á Mílu um að veita fjarskiptafyrirtækjum aðgang að kerfum Mílu og þjónustu. Þegar fyrirtæki sem þessi hafa óskað eftir að koma í viðskipti við Mílu hefur Míla horft til [lista yfir skráð fjarskiptafyrirtæki](#) sem FST hefur haldið utan um og birt í áraraddir. Við útfærslu á kvöðum á Mílu hefur FST aldrei lagt á það nokkra áherslu að Míla verði að ganga úr skugga um það að viðskipavinir félagsins séu raunveruleg fjarskiptafyrirtæki, þ.e. að listi FST sé ekki rétta viðmiðið þar um, og hvað þá að þeir greiði rekstrargjald sem slíkir til ríkisins.

¹ Trúnaður.

11. Þessu til viðbótar er Kóðinn² skýr um það að líta ber á heildsölufyrirtæki á fjarskiptamarkaði sem veitir þjónustu til fyrirtækja sem teljast stór, þ.e. stærri en lítil og meðalstór fyrirtæki, sem hrein heildsölufyrirtæki, sbr. lokamálsgrein forgangsorða 208 í Kóðanum: „*An undertaking active on a wholesale market that supplies retail services solely to business users larger than small and medium-sized enterprises should be regarded as a wholesale-only undertaking.*” Líkt og fram kom á fundi Mílu með FST þann 5. febrúar sl. horfir FST til skilgreiningar laga um árreikninga nr. 3/2006 við mat á því hvaða fyrirtæki geta talist stór fyrirtæki í þessum skilningi. Í ljósi þessa kemur verulega á óvart að FST merki við fyrirtæki eins og [...]³ og án frekari rökstuðnings setji það fram sem svo að viðskipti Mílu við þessu fyrirtæki leiði til þess að umrætt skilyrði 59. gr. sé ekki uppfyllt. Sér Míla hér ástæðu aftur til að minna á lögbundna rannsóknarskyldu FST.

4. Míla hefur alla sömu hvata og önnur heildsölufyrirtæki skv. 59. gr. fjarskiptalaga

12. Í athugasemdum ESA við síðustu markaðsgreiningu FST á mörkuðum 3a og 3b er sérstaklega vísað til þess að FST hefði átt að greina nánar þá *sérstöku hvata* sem heildsölufyrirtæki (wholesale-only) á fjarskiptamarkaði hafa miðað við lóðrétt samþætt fjarskiptafyrirtæki þegar kemur að því að efla smásölusamkeppni.
13. Líkt og FST bendir á í fyrsta samráðsskjalinu er almennt og undir venjulegum kringumstæðum talin minni samkeppnisáhætta sem stafar af hegðun slíkra heildsölufyrirtækja heldur en áhætta sem stafar af lóðrétt samþættu fyrirtæki, að því tilskildu að viðskiptalíkanið sé ósvikið og engir hvatar séu til staðar til að mismuna fjarskiptafyrirtækjum sem veita smásölupjónustu.
14. Hefur Míla lagt á það áherslu að eftir að félagið var selt frá Símanum þá sé Míla heildsölufyrirtæki í skilningi fjarskiptalaga. Í það minnsta hefur Míla alla sömu hvata og slík félög, eins og þau eru skilgreind í 59. gr. fjarskiptalaga. Þannig hefur Míla enga hvata til að mismuna fjarskiptafyrirtækjum sem veita smásölupjónustu. Þvert á móti er eindreginn hvati til að auka nýtingu á innviðum og kerfum félagsins. Verður það ekki gert nema með því að veita öllum aðilum sem áhuga hafa jafnan aðgang að kerfum, netum og innviðum Mílu og á samkeppnishæfum kjörum og skilmálum.
15. Eins og Míla hefur áður áréttað starfa viðskiptavinir fyrirtækisins langflestir á grundvelli almennrar heimildar fjarskiptalaga til fjarskiptastarfsemi, eins og hún er skilgreind í lögunum.⁴ Míla starfar fyrst og fremst á heildsölumörkuðum fyrir fjarskiptapjónustu og veitir margvíslega þjónustu til þessara viðskiptavina fyrirtækisins sem ýmist starfa á smásölumörkuðum fyrir fjarskiptapjónustu sem veitt er endanotendum eða veita fjarskiptapjónustu til innri nota. Hvað síðari viðskiptamannahópin varðar er um að ræða stór fyrirtæki með sérstakar þarfir og sem veita fjarskiptapjónustu til innri nota. Eins og áður segir er ótvírætt af orðalagi Kóðans að líta skuli á fjarskiptafyrirtæki sem veitir þjónustu með þessum hætti til slíkra fyrirtækja sem heildsölufyrirtæki.

² Er Kóðinn bæði tilvísun til og stytting á tilskipun 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 nágildandi fjarskiptalög nr. 70/2022 byggja á.

³ Trúnaður.

⁴ Sbr. 4. tl. 1. mgr. 5. gr. og IV. kafli laga nr. 70/2022 um fjarskipti.

16. Hefur Míla áður komið á framfæri við FST ítarlegum athugasemdum um mat FST á því hvort Míla geti talist hreint heildsölufyrirtæki í skilningi 59. gr. fjarskiptalaga. Eru þær athugasemdir hér áréttaðar.

5. Lögbundin skylda Fjarskiptastofu til að mismuna ekki fjarskiptafyrirtækjum við álagningu kvaða

17. Íslensk fjarskiptalöggjöf byggir á Kóðanum og samkvæmt honum ber FST að gera allar nauðsynlegar ráðstafanir til að ná þeim markmiðum sem sett eru fram í 3. gr. Kóðans. Sambærileg markmiðsákvæði er að finna í fjarskiptalögum. Er þar m.a. lögð áhersla á að FST beri að tryggja að við svipaðar aðstæður sé fjarskiptafyrirtækjum ekki mismunað“ (e. „ensure that, in similar circumstances, there is no discrimination in the treatment of providers of electronic communications networks and services“). Á þetta við um m.a. álagningu kvaða á félög sem útnefnd hafa verið með umtalsverðan markaðsstyrk.
18. Á fundi Mílu með FST þann 5. febrúar sl. kom Míla á framfæri athugasemdum sínum um það að félaginu væri mismunað af hálfu FST við álagningu kvaða skv. þeim samráðsdrögum sem liggja fyrir. Eru þær athugasemdir hér með áréttaðar.
19. Mótmæli Míla því að kvaðir séu lagðar á fyrirtækið umfram önnur félög sem útnefnd verða með umtalsverðan markaðsstyrk líkt og Míla og sem einnig uppfylla ekki skilyrði 59. gr. fjarskiptalaga sem hrein heildsölufyrirtæki. Er það lögbundin skylda FST að mismuna ekki fyrirtækjum við álagningu kvaða. Þá er það jafnframt lögbundin skylda FST að gæta jafnræðis og meðalhófs í samræmi við ákvæði stjórnsýslulaga þegar teknar eru íþyngjandi ákvarðanir.
20. Engin rök standa til þess að á Mílu verði lagðar þyngri kvaðir en á önnur fyrirtæki sem útnefnd verða með umtalsverðan markaðsstyrk og sem ekki teljast hrein heildsölufyrirtæki. Mótmælir Míla harðlega þeirri mismunun sem birtist í samráðsskjölum FST hvað þetta varðar.
21. Bendir Míla á að í samráðsskjali 2, sem birt var þann 29. nóvember, er vísað til þess að þar sem Ljósleiðarinn og Tengir uppfylli skilyrði 1. mgr. 59. gr. fjarskiptalaga geti FST aðeins lagt á þessi fyrirtæki aðgangskvöð skv. 48. gr. laganna og jafnræðiskvöð skv. 50. gr. laganna og kvöð um réttláta og sanngjarna verðlagningu. FST sé þannig ómögulegt að leggja þyngri kvaðir á Ljósleiðarann og Tengir. Þegar svo kemur í ljós, þegar staða þessara fyrirtækja er rannsökuð með fullnægjandi hætti, að þau uppfylla ekki skilyrði 1. mgr. 59. gr. fjarskiptalaga þá hyggst FST engu að síður ekki breyta neinu varðandi kvaðir á umrædd fyrirtæki. Þegar rökstuðningur FST fyrir þessu er skoðaður blasir við augljós mismunun. Þannig segist FST vilja gæta meðalhófs gagnvart Ljósleiðaranum og Tengi með því að leggja þyngri kvaðir á Mílu, m.a. kvöð um kostnaðargreind verð fyrir aðgang að rorum, sbr. málsgrein 27 úr samráðsskjali FST sem birt var þann 23. janúar sl.:

„Þar sem áframhaldandi kvöð mun hvíla á Mílu varðandi kostnaðargreind verð fyrir afurðir þessar telur FST **að óþarft sé, og í raun ekki í samræmi við meðalhóf, að leggja slíkar kvaðir á félögin**, þar sem unnt væri að fylgjast með því hvort verð félaganna séu réttlát og sanngjörn **með því að beita verðsamanburði við kostnaðargreind verð Mílu** fyrir slíkar afurðir og bregðast við ef um frávík er að ræða. **Ljóst er að viðurhlutaminna er að viðhalda kvöðum eins og þessum á Mílu, sem hefur framkvæmt slíkar kostnaðargreiningar áður, en að leggja þær á nýja aðila.**“ (leturbr. Mílu).

22. Gerir Míla alvarlegar athugasemdir við álagningu kvaða á félagið á grundvelli framangreindra röksemda sem eru í algerri andstöðu við regluverk fjarskiptalaga og þau markmið sem því er ætlað að tryggja sem og réttinda sem Mílu eru tryggð bæði skv. EES samningnum og stjórnsýslulögum. Er því þarna beinlínis haldið fram að þar sem Míla er von því að vera undir kvöðum þá sé réttlætanlegt að halda félaginu áfram í kvöðum og ekki leggja kvaðir á aðra aðila í sambærilegri stöðu og Míla.
23. Sambærilega óréttmætan rökstuðning er að finna í samráðsskjali FST sem birt var þann 29. nóvember sl., sbr. t.d. málsgrein 2434 í því skjali:
- „Þá skal Míla áfram gera gæðaviðmiðunarsamninga (SLA's), yfirlýsingu um gæðatryggingu (SLG's) og birta lykil frammistöðupætti (KPI's), en slakað er á kröfum um að Míla birti opinberlega gæðaviðmiðunarsamninga sem félagið hefur gert eða mun gera við fjarskiptafyrirtæki. Þessar kvaðir voru nýjar á árinu 2014 en var viðhaldið með ákvörðun FST nr. 5/2021. **Þær fólu í sér töluverða vinnu fyrir Mílu fyrstu árin**, en FST metur það svo að umrædd atriði hafi verið nauðsynleg til að stuðla að auknu jafnræði og séu nauðsynleg áfram. **Að mati FST er það ekki íþyngjandi fyrir Mílu að viðhalda þeim kerfum sem byggð voru upp til að uppfylla þessar kvaðir.**“ (leturbr.Mílu)
24. Eru framangreindar skyldur sem lagðar eru á Mílu á grundvelli jafnræðiskvaðar skýrt dæmi um hvernig FST hefur útfært kvaðir með ítarlegri og meira íþyngjandi hætti á Mílu heldur en önnur fjarskiptafyrirtæki í sömu stöðu. Kvaðir á Ljósleiðarann og Tengir fela þannig ekki í sér skyldu um að gera gæðaviðmiðunarsamninga (SLA's), yfirlýsingu um gæðatryggingu (SLG's) og birta lykil frammistöðupætti (KPI's). Er hér því um augljósa mismunun að ræða. Þá virðist ein af réttlætningum FST fyrir því að leggja þessa augljóslega íþyngjandi kvöð á Mílu, umfram önnur sambærileg fyrirtæki, vera sú að Míla sé von þessu og því sé það ekki íþyngjandi að viðhalda þessum skyldum. Stenst rökstuðningur sem þessi enga skoðun sé horft til reglna stjórnsýslulaga um meðalhóf og jafnræði.

5. Um breytingu á gildistöku kvaðar og útfærslu kvaðar um tilkynningu jarðvegsframkvæmda á nýja aðila.

25. Er ofangreind breyting á gildistöku kvaðar og útfærslu kvaðar um tilkynningu jarðvegsframkvæmda á nýja aðila enn eitt dæmið um mismunun við álagningu kvaða á fjarskiptafyrirtæki í sambærilegri stöðu. Þannig hefur FST boðað, „*með tilliti til sanngirnis og meðalhófs*“, að kvaðir um tilkynningu jarðvegsframkvæmda á Ljósleiðarann og Tengir ekki taka gildi fyrr en 6 mánuðum eftir gildistöku ákvörðunar í kjölfar markaðsgreiningar þessarar.
26. Mótmælir Míla þessari mismunun harðlega. Sér í lagi ef horft er til þess að enginn dæmi eru um að sambærilegur aðlögunartími hefur verið veittur Mílu við álagningu nýrra kvaða. Þá bendir Míla auk þess á að það er tiltölulega einföld framkvæmd að birta umræddar tilkynningar. Umrædd fyrirtæki, Ljósleiðarinn og Tengir, hafa bæði þegar gert samninga við Mílu um samnýtingu framkvæmda svo þessi fyrirtæki þekkja framkvæmdina vel og eiga slíka samninga til. Míla sér því enga réttlætanlega ástæðu að setja inn aðlögunarfrest, sér í lagi ef tilgangurinn er að tryggja samkeppni, enda er afleiðingin í raun að framkvæmdir ársins eru utan slíkra kvaða.

Niðurlag

27. Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir athugasemdum og sjónarmiðum Mílu um það samráðsskjal FST sem birt var þann 23. janúar 2024.
28. Samkvæmt öllu framangreindu, sbr. einnig meðfylgjandi fylgiskjal, er ljóst að mati Mílu að mat FST sem birtist í þessum samráðsdrögum eru haldin verulegum efnisannmörkum sem nauðsynlegt er að bætt verði úr áður en endanleg ákvörðun verður tekin í málinu.
29. Fyrir liggur að niðurstaða greiningarinnar kann að hafa gífurleg áhrif á hagsmuni Mílu og aðstæður á markaðnum til lengri tíma, enda er ákvörðunin bindandi fyrir markaðinn næstu árin, eða þar til FST tekur markaðinn að nýju til endurskoðunar. Er því mikilvægt að vandað sé til verka, FST gæti með fullnægjandi hætti að rannsóknarskyldu sinni á öllum stigum rannsóknarinnar og gæti að sjónarmiðum um nauðsyn og meðalhóf í tengslum við hvers konar ákvarðanatöku, þ.á m. við álagningu kvaða á fyrirtæki sem starfa á markaðnum.
30. Að lokum er allur réttur er áskilinn til að koma að frekari sjónarmiðum.

Virðingarfyllst,
Inga Helga Halldórudóttir
Lögfræðingur Mílu hf.

Meðfylgjandi:

Viðauki 1: Excel skjal FST yfir tiltekna viðskiptavinum Mílu