

ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 1/2023

**Kæra á bráðabirgðaákvörðun Fjarskiptastofu nr. 9/2023:
Bráðabirgðaákvörðun vegna markaðsgreiningar á mörkuðum 3a og 3b**

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur aðila

1. Með kæru, dags. 2. október 2023, hefur Míla hf. (Míla) kært bráðabirgðaákvörðun Fjarskiptastofu (FST) nr. 9/2023: Bráðabirgðaákvörðun vegna markaðsgreiningar á mörkuðum 3a og 3b, dags. 15. september 2023, til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála (ÚFP). Hinn 11. október 2023 barst svo kæra Ljósleiðarans ehf. (Ljósleiðarinn) vegna sömu bráðabirgðaákvörðunar FST.
2. Af hálfu Mílu er þess krafist að ákvörðun FST nr. 9/2023 (hér eftir „hin kærða bráðabirgðaákvörðun“) verði felld úr gildi í heild sinni. Til vara krefst Míla að hinni kærðu ákvörðun verði eftir atvikum breytt, þannig að aðeins verði lagðar á kvaðir á mörkuðum 3a og 3b á þeim svæðum þar sem kærandi er talin vera með umtalsverðan markaðsstyrk skv. drögum að markaðsgreiningu FST, dags. 15. september 2023, og öllum öðrum kvöðum á þessum mörkuðum verði létt af Mílu. Til þrautavara er þess krafist að aðlögunarfrestur vegna niðurfellingar kvaða á mörkuðum 3a og 3b, eins og getið er um í bráðabirgðaákvörðuninni, verði stytur í 4 vikur frá birtingu bráðabirgðaákvörðunarinnar.
3. Af hálfu Ljósleiðarans er þess krafist að fyrsti töluliður í hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun verði staðfestur með þeirri breytingu að felldur verði niður úr gildi eftirfarandi setning úr fyrsta setningarlið 1. töluliðar „... með þeirri breytingu sem tilgreind er í 2. tölulið ákvörðunarorðanna“. Þá krefst Ljósleiðarinn að felldur verði úr gildi 2. töluliður ákvörðunarorða hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar um að aflétt sé kvöðum á Mílu hf. í 36 sveitarfélögum sem talin eru upp undir 1. mgr. 2. gr. töluliðar á markaði 3a og þeim 31 sveitarfélögum sem talin eru upp undir 2. mgr. 2. töluliðar á markaði 3b. Sömuleiðis krefst Ljósleiðarinn þess að felldur verði úr gildi 3. mgr. 2. töluliðar ákvörðunarorða um að „[h]æfilegur aðlögunarfrestur, samkvæmt 47. gr. reglugerðar nr. 556/2023 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, hvað varðar afléttingu kvaða á þeim svæðum sem virk samkeppni telst ríkja samkvæmt drögum að markaðsgreiningu sem birt er til innanlandssamráðs í dag, byrjar að líða frá og með dagsetningu bráðabirgðarákvörðunar þessarar og lýkur á þeim degi sem FST tilgreinir í endanlegri ákvörðun í málinu“.

II. Helstu málsatvik

4. Í úrskurði ÚFP í máli nr. 3/2021 kom til skoðunar ákvörðun FST í máli nr. 5/2021, dags. 19. október 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). Með ákvörðuninni voru kærendur, þ.e. Míla hf. og Síminn hf., útnefnd sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk um umræddum mörkuðum og kvaðir lagðar á fyrirtækin. Leysti ákvörðunin af hendi ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 21/2014, forvera FST, þar sem Míla hafði sömuleiðis verið útnefnt sem fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði (þá markaður 4).
5. Kærði Míla í því tilviki ákvörðunina til ÚFP og krafðist þess að ákvörðunin yrði felld úr gildi í heild sinni en til vara að ákvörðunin yrði felld úr gildi, að henni eftir atvikum breytt, hvað varðar þá þætti hennar sem ÚFP féllist á að haldnir væru ógildingarannmörkum. Síminn hf. kærði sömuleiðis ákvörðun FST nr. 5/2021 til ÚFP og krafðist þess aðallega að ákvörðunin yrði felld úr gildi í heild sinni en til vara að 5. og 10. liðir ákvörðunarinnar yrðu felldir úr gildi.
6. Niðurstaða úrskurðarnefndar, hvað varðar Mílu, var sú að ÚFP viðhélt að meginstefnu til sömu kvöðum sem FST lagði á Mílu í ákvörðun nr. 5/2021, enda taldi nefndin ekki rétt að ógilda ákvörðunina. Ógilti ÚFP ákvörðun um álagningu tiltekinna kvaða, þeirra sem snéru beinlínis að tilvist Símasamstæðunnar, frá og með 15. september 2022, og þá liði ákvörðunarinnar sem lutu að framkvæmd efnahagslegs hermiprófs (ERT). Þá felldi úrskurðarnefndin úr gildi allar tilvísanir til þess að FST endurskoði árlega lista þeirra sveitarfélaga hvar kvaðir eru lagðar á.
7. Um ástæður þess að úrskurðarnefndin taldi ekki mögulegt að fallast á ógildingarkröfur kæranda og hin kærða ákvörðun yrði felld úr gildi í heild sinni, sagði úrskurðarnefndin (mgr. 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.
8. Í forsendum úrskurðarins var svo nánar vikið að niðurstöðu úrskurðarnefndarinnar, en þar sagði m.a. (mgr. 360):

Í ljósi þeirra 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.
9. Var það því niðurstaða úrskurðarnefndar að heimvísa hinni kærðu ákvörðun (ákvörðun 5/2021) til nýrrar ákvörðunartöku FST, þó með þeim hætti að henni var breytt líkt og framan greinir. Framangreind breyting gildi frá og með 15. september 2022. Ákvað

úrskurðarnefndin að ákvörðun FST, svo breytt, yrði markaður ákveðinn gildistími til 15. september 2023. Var hinni nýju ákvörðun FST þannig ætlað að leysa niðurstöðu úrskurðarnefndar af hólmi fyrir framangreint tímamark. Um þetta sagði úrskurðarnefndin (mgr. 363):

Við val á þessari leið var einkum litið til þess að það er FST sem að hefur á að skipa starfsliði og sérfræðipokkingu 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 til að ljúka þeirri greiningu á árinu 2022. Í umsögn ESA mæltist eftirlitsstofnunin jafnframt til þess að ný markaðsgreining færi fram fyrir árslok 2022.

10. Í stað þess að ógilda hina kærðu ákvörðun, þannig að það réttarástand sem áður var skyldi komast á, var því sú leið farin að marka ákvörðuninni styttri gildistíma, í samræmi við upplýsingar FST um að ný markaðsgreining skyldi fara fram. Ljóst er að FST tókst ekki að gera fullbúna markaðsgreiningu og taka nýja ákvörðun innan setts tíma.
11. Með hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun lagði FST, með vísan til 18. gr. laga nr. 70/2021, um fjarskipti, og reglugerðar nr. 556/2023, um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, kvaðir á Mílu hf. á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum (M3a og M3b) í samræmi við þær kvaðir sem mælt er fyrir um í ákvörðun úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 3/2021, dags. 29. desember 2022, með þeirri breytingu sem tilgreind var í 2. tölul. ákvörðunarorðanna. Skyldu kvaðirnar gilda til bráðabirgða þar til ákvörðun í nýrri markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum hefur tekið gildi en þó eigi lengur en til 1. mars 2024. Í 2. tölul. ákvörðunarorðanna eru svo nefnd *annars vegar* 36 sveitarfélög á markaði 3a þar sem kvöðum á Mílu hf. er aflétt og *hins vegar* 31 sveitarfélög á markaði 3b þar sem kvöðum á Mílu hf. er aflétt. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun byrjar hæfilegur aðlögunarfrestur, samkvæmt 47. gr. reglugerðar nr. 556/2023, að líða frá og með dagsetningu ákvörðunarinnar og lýkur á þeim degi sem FST tilgreinir í endanlegri ákvörðun í málinu.
12. Kæra Mílu hf. barst úrskurðarnefndinni, sem fyrr greinir, hinn 2. október 2023. Um þá kæru var óskað athugasemda frá FST með bréfi, dags. 4. október 2023. Greinargerð FST um kæru Mílu barst úrskurðarnefndinni hinn 31. október 2023. Kæra Ljósleiðarans barst úrskurðarnefndinni svo hin 11. október 2023 og óskaði nefndin eftir athugasemdum FST við henni með bréfi, dags. 16. október 2023. Greinargerðir FST bárust úrskurðarnefndinni í báðum tilvikum hinn 31. október 2023.
13. Á fundi úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, hinn 10. nóvember 2023, fjallaði úrskurðarnefndin um framkomnar kærur í málinu. Á fundinum ákvað úrskurðarnefndin að leita sjónarmiða Ljósleiðarans ehf., Mílu hf. og FST um formhlið málsins, þ.m.t. um eðli hinnar kærðu ákvörðunar, hvort um væri að ræða kæranlega ákvörðun auk sjónarmiða um aðild að málinu hjá úrskurðarnefndinni. Það bréf var sent framangreindum aðilum með bréfi, dags. 14. nóvember. Hinn 20. nóvember 2023 barst úrskurðarnefndinni athugasemdir Mílu hf. og hinn 23. nóvember sl. bárust svo athugasemdir FST um formhlið málsins. Engar athugasemdir bárust frá Ljósleiðaranum ehf.

14. Nánar verður vikið að athugasemdum Ljósleiðarans ehf., Mílu hf. og FST í eftirfarandi köflum, hvað formhlið málsins varðar.

III. Helstu sjónarmið

15. Í úrskurði þessum kemur til umfjöllunar formhlið málsins, vegna framkominna kæra á bráðabirgðaákvörðun FST nr. 9/2023. Verða því efnislegar athugasemdir kæranda ekki raktar að öðru leyti því sem skiptir máli fyrir úrlausn um formhlið málsins.

1. Sjónarmið Mílu hf.

16. Í kæru Mílu, dags. 2. október 2023, kemur fram að krafa kæranda um að hin kærða bráðabirgðaákvörðun verði felld úr gildi sé á því byggð að fullnægjandi lagagrundvöllur og skilyrði hafi ekki verið fyrir hendi við töku hennar. Þá hafi FST farið út fyrir valdheimildir sínar með því að hafa farið gegn ákvörðun æðra setts stjórnvalds og að aflétting kvaða á hendur Mílu sé í raun háð endanlegri niðurstöðu FST.
17. Tekur Míla hf. fram að frestur fyrir FST til töku ákvörðunar sé liðinn, enda hafi úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála tekið fram að FST skyldi taka nýja ákvörðun fyrir 15. september 2023.
18. Hvað varðar heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar skv. 18. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, tekur Míla fram að í 2. mgr. ákvæðisins sé kveðið á um, með skýrum hætti, hverjir geti talist til aðila máls í skilningi 18. gr. þar sem segir að FST skuli taka málið til umfjöllunar skv. 16. og 17. gr. sömu laga innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðun var tekin, ella fellur hún úr gildi. Telur Míla ekki annað séð en að heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar sé þannig takmörkuð við tvær tegundir mála sem rekin eru á grundvelli fyrrnefndra lagaákvæða. Annars vegar sé um að ræða deilumál fjarskiptafyrirtækja (16. gr.) og hins vegar kvörtunarmál (17. gr.). Beiting þessa ákvæða telur Míla vera í þeim tilgangi annars vegar að skera úr ágreiningi fjarskiptafyrirtækja með ákvörðun og hins vegar að skera úr um með ákvörðun hvort fjarskiptafyrirtæki hafi brotið gegn skyldum sínum skv. gildandi lögum og reglum. Míla telur þetta ákvæði laga nr. 75/2021 því ekki veita heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar um álagningu kvaða.
19. Míla segir svo jafnframt í kæru sinni:

Samkvæmt framangreindu telur kærandi ljóst að Fjarskiptastofu sé aðeins heimilt á grundvelli 18. gr. laga um Fjarskiptastofu að taka bráðabirgðaákvörðun þegar hætta er á því að réttindi aðila, samkvæmt 16. eða 17. gr., fari forgörðum eða hætta er á að aðilar sem um er að ræða verði fyrir verulegu fjártjóni. Í þessu sambandi ber að hafa í huga að 2. mgr. 18. gr. laganna er formskilyrði fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar líkt og Fjarskiptastofa tekur skýrt fram í tölvupósti dags. 18. september 2023. Kærandi telur að túlkun Fjarskiptastofu á heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar, þ.e. að stofnuninni sé heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun um álagningu kvaða á fjarskiptafyrirtæki, sé bersýnilega röng enda eru slík mál ekki rekin á grundvelli 16. og 17. gr. laga um Fjarskiptastofu.

20. Að virtu framangreindu telur Míla hf. ljóst að ákvæði 18. gr. laga nr. 75/2021 veiti stofnuninni ekki lagaheimild til bráðabirgðaákvörðunar sem felur í sér álagningu og/eða afléttingu kvaða á fyrirtæki á fjarskiptamarkaði. Því hafi FST skort lagaheimild fyrir töku hinnar kærðu ákvörðunar.

21. Þá tekur Míla fram, að jafnvel þótt að heimild FST skv. 18. gr. laganna til töku bráðabirgðaákvörðunar, takmarkaðist ekki aðeins við þessar tvær tegundir mála, þ.e. deilumál skv. 16. gr. og kvörtunarmál skv. 17. gr., þá séu önnur skilyrði ákvæðisins ekki heldur uppfyllt, þ.e. að hætta sé á því að dráttur á lokaákvörðun FST um álagningu kvaða á mörkuðum 3a og 3b muni eða geti valdið því að réttindi aðila máls fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjártjóni. Líkt og rakið er í kæru, telur Míla enga slíka hættu fyrir hendi. Sambærileg skilyrði séu sömuleiðis í 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023, um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, sem takmarki heimild til bráðabirgðaákvörðunar við þær aðstæður þegar nauðsynlegt er að taka ákvörðun í tengslum við markaðsgreiningu „án tafar til að tryggja samkeppni og vernda hagsmuni endanotenda, enda sé hætta á því að dráttur á úrskurði valdi því að réttindi aðila máls fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu tjóni [...]“.
22. Vísar Míla hf. sömuleiðis til þess að heimildir stjórnvalds til að víkja frá reglum sem gilda um fyrirkomulag markaðsgreininga, útnefningu félaga á fjarskiptamarkaði með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða, séu afar þröngar. Samkvæmt 10. mgr. 43. gr. Kódans (tilskipun ESB 2018/1972) verði ekki annað séð en að aðeins megi víkja frá lögbundinni málsmeðferð sem gildi um markaðsgreiningar og samráð í algerum undantekningar tilvikum þegar atvik eru þannig að áríðandi sé að bregðast við. Að mati Mílu sé ekkert þessara skilyrða sem upp eru talin í framangreindu ákvæði Kódans uppfyllt. Þannig hafi engin brýn nauðsyn verið til að taka bráðabirgðaákvörðun til að tryggja hagsmuni samkeppnisaðila og endanotenda.
23. Með vísan til framangreinds telur Míla ljóst að skilyrði til hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar um álagningu kvaða hafi ekki verið uppfyllt.
24. Míla hf. byggir jafnframt á því að FST hafi farið út fyrir valdheimildir sínar samkvæmt lögum með því að fara gegn ákvörðun æðra stjórnvalds. Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2021 hafi æðra sett stjórnvald tekið efnislega afstöðu til kærumáls og niðurstaðan því að jafnaði endanleg innan stjórnarsýslunnar og lægra sett stjórnvald geti þá ekki tekið nýja ákvörðun í málinu. Þannig hafi FST ekki verið heimilt að lögum að fara gegn framangreindum úrskurði og taka bráðabirgðaákvörðun enda skal stofnun haga sinni stjórnarsýsluframkvæmd í samræmi við úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.
25. Í kæru sinni tekur Míla sömuleiðis fram að félagið telji FST hafa brotið gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga og lögbundnum rétti Mílu til að koma á framfæri andmælum.
26. Í frekari athugasemdum sínum, dags. 20. nóvember 2023, kom Míla sjónarmiðum sínum á framfæri um aðild að málinu og hvort að hin kærða bráðabirgðaákvörðun væri kæránleg ákvörðun.
27. Hvað varðar aðild Ljósleiðarans tekur Míla fram að Ljósleiðarinn ætti hvorki einstaklega né verulega hagsmuni af úrlausn málsins og því bæri að vísa kæru félagsins frá úrskurðarnefndinni í samræmi við úrskurði nefndarinnar í máli nr. 3/2021.

28. Um eðli ákvörðunarinnar tekur Míla fram að ekki fari á milli mála að ákvörðunin sé stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Ákvörðunin uppfylli öll helstu skilyrði þess að teljast stjórnvaldsákvörðun, þ.e. sé einhliða ákvörðun tekin í skjóli stjórnsýsluvalds sem beinist að Mílu og sé bindandi fyrir félagið í ákveðnu og fyrirbyggjandi máli. Í ákvörðuninni sé mælt fyrir um réttindi og skyldur Mílu að lögum og varði hún auk þess mikilsverð réttindi félagsins. Réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar varði þannig nægjanlega verulega, lögvarða hagsmuni félagsins til þess að líta verði svo á að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Telur Míla óumdeilt að hin kærða bráðabirgðaákvörðun sé kæránleg og að úrskurðarnefndinni beri að taka stjórnsýslukæru Mílu til efnislegrar umfjöllunar.
29. Í athugasemdum sínum vísar Míla til úrskurðarframkvæmdar áfrýjunarnefndar samkeppnismála um skýringu 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, þ.e. að litið hafi verið svo á að bráðabirgðaákvörðanir sem teknar eru á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga feli ekki í sér stjórnvaldsákvörðun sem verði skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Telur Míla þau sjónarmið ekki eiga við í máli þessu. Í *fyrsta lagi* vísar Míla til þess að lagaskilyrði Samkeppniseftirlitsins og FST séu ólík. Í *öðru lagi* ákvarðar FST annars vegar kvaðir og hins vegar aðlögunarfrest vegna þeirra. Í *þriðja lagi* muni Míla ekki eiga þess kost að koma að þeim sjónarmiðum sem teflt hefur verið fram í kæru þessari á síðari stigum. Í hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun sé í reynd verið að „framlengja“ eldri ákvörðun um markaðsgreiningu uns ný ákvörðun á grundvelli nýrrar markaðsgreiningar og forsendna hefur verið tekin. Um sé að ræða stjórnvaldsákvörðun, sbr. dómur Landsréttar í máli 250/2022. Í *fjórða lagi* beri að skýra kæruheimild þannig að þær nái því markmiði sem liggi til grundvallar kæruheimild. Í *fimmta lagi* væri frávisun málsins andstæð meginreglum stjórnsýsluréttar um rétt borgaranna til endurskoðunar á stjórnvaldsúrskurði fyrir æðra stjórnvaldi, sbr. dóm Hæstaréttar nr. 1992, bls. 1377 og í *sjötta lagi* sé unnt að skjóta bráðabirgðaákvörðun til kærunefndar á grundvelli atviksbundins mats, sbr. úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 1/1999 og 3/2017. Að lokum vísar Míla til þess að FST hafi sjálf talið Mílu njóta kæruréttar.
30. Með vísan til framangreinds telur Míla eiga vísa beri kæru Ljósleiðarans frá og að taka eigi kæru félagsins til efnismeðferðar.

2.

31. Í stjórnsýslukæru sinni gerir Ljósleiðarinn þær kröfur sem áður greinir í kafla I, þ.e. að staðfest verði hin kærða bráðabirgðaákvörðun um áframhaldandi kvaðir en að kvöðum verði ekki aflétt og að ákvörðun um aðlögunarfrest falli úr gildi.
32. Ljósleiðarinn tekur undir með FST að heimild sé til staðar til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu í ljósi atvika og aðstöðunnar sem uppi var, þ.e. að bráðabirgðaákvörðunin hafi verið nauðsynleg til að koma í veg fyrir réttaróviss á fjarskiptamörkuðum. Telur Ljósleiðarinn að staðfesta eigi 1. tölul. hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar um að kvaðir skv. úrskurði nr. 3/2021 skuli staðfestur.
33. Hvað varðar afléttingu kvaða og aðlögunarfresti byggir Ljósleiðarinn á því að óheimilt sé að lögum að taka bráðabirgðaákvörðun sem felur efnislega í sér afléttingu kvaða og að aðlögunarfrestir, sem kunni leiða af niðurstöðu endanlegrar markaðsgreiningar á

grundvelli IX. kafla fjarskiptalaga, geti byrjað að líða við gildistöku bráðabirgðaákvörðunarinnar. Vísar Ljósleiðarinn til þess að samkvæmt ákvæðum fjarskiptalaga og markaðsreglugerðarinnar verði ráðið að eiginleg markaðsgreining, sem er grundvöllur þess að lagðar verði yfir höfuð kvaðir á fjarskiptafyrirtæki, þeim breytt eða þær felldar niður, liggur ekki fyrir. Einungis liggi fyrir drög á markaðsgreiningu. Þar sem einungis liggi fyrir drög að markaðsgreiningu séu ekki forsendur fyrir FST að taka ákvörðun um að leggja á, breyta eða aflétta kvöðum á fjarskiptafyrirtæki, en slíkar ákvarðanir verði einungis teknar að fyrir liggi endanleg markaðsgreining lögum samkvæmt.

34. Kærandi bendir á að ef ekki séu lagaskilyrði til að leggja á, breyta eða aflétta kvöðum geti eðli málsins samkvæmt ekki verið lagaskilyrði til þess að kveða á um fresti vegna afléttingu hinna sömu kvaða sem ekki eru lagaskilyrði til að aflétta. Þeir frestir sem eru tilteknir í ákvörðunarorðum geti aðeins byrjað að líða þegar endanleg niðurstaða markaðsgreiningar liggur fyrir, en aðlögunarfrestir um álagningu, breytingu eða niðurfellinu, leiði þá af efnislegri niðurstöðu endanlegrar stjórnvaldsákvörðunar.
35. Þannig sé ekki hægt að kveða á um í bráðabirgðaákvörðun að aðlögunarfrestir vegna þeirra kvaða sem boðað er að felldar verði niður á grundvelli nýrrar markaðsgreininga, byrji að líða við dagsetningu bráðabirgðaákvörðunarinnar. Slíkt fari út fyrir tilgang og eðli bráðabirgðaákvörðunar sem að mati Ljósleiðarans geti ekki falið annað í sér en að viðhalda óbreyttu ástandi þar til ný endanleg stjórnvaldsákvörðun sé tekin.
36. Ljósleiðarinn skilaði ekki inn athugasemdum um formhlið málsins.

3.

37. FST skilaði inn tveimur greinargerðum til úrskurðarnefndar hinn 31. október 2023, annars vegar vegna framkominnar kæru Mílu og hins vegar vegna framkominnar kæru Ljósleiðarans. Í báðum tilvikum er krafist staðfestingar hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar. Varakrafa FST er sú, verði það mat úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála að bráðabirgðaákvörðunin sé haldin annmörkum, að þá taki úrskurðarnefndin sjálfstæða og nýja ákvörðun um tímamörk fyrr FST til að ljúka markaðsgreiningunni og að kvaðir skv. úrskurði í kærumáli 3/2021 gildi til þess tíma. Í öllu falli telur FST að ef hin kærða bráðabirgðaákvörðun verður felld úr gildi að þá þurfi að koma fram afstaða/leiðbeiningar úrskurðarnefndar um það réttarástand sem þá tekur við, fram að þeim tíma er ný markaðsgreining liggi fyrir. Þá gerir FST kröfu um að úrskurðarnefnd leiti álits ESA um kærumálið.
38. Í greinargerð FST vegna framkominnar kæru Mílu víkur FST að skilningi stofnunarinnar á úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 3/2021. Því næst víkur stofnunin að grundvelli hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar sem er reist á þeirri grundvallarreglu evrópska fjarskiptaregluverksins að kvaðir verði ekki lagðar á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, þeim breytt eða þær felldar niður, án undangenginnar markaðsgreiningar, sbr. 5. og 6. mgr. 44. gr. fjarskiptalaga, sbr. bráðabirgðaákvæði II. Þar sé skýrt kveðið á um að öllum kvöðum, sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki, og eru í gildi við gildistöku laganna skuli viðhaldið þar til endurskoðun kvaðanna hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu. Engri

markaðsgreiningu sé lokið sem kveði á um niðurfellingu kvaðanna en slík markaðsgreining sé á lokametrinum.

39. Þrátt fyrir framangreint tekur FST fram að stofnunin geti við sérstakar aðstæður og þegar nauðsyn ber til, lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk með bráðabirgðaákvörðun, sbr. 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023, um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta. Ákvæðið feli í sér innleiðingu á 10. mgr. 32. gr. tilskipunar og Ráðsins nr. 2018/1972/EU, en reglugerðin eigi sér stoð í 3. mgr. 43. gr. og 107. gr. fjarskiptalaga. Bráðabirgðaákvörðun FST nr. 9/2023 byggir einnig á almennri lagaheimild fyrir FST að taka bráðabirgðaákvörðun, þegar aðstæður krefjast þess, samkvæmt 18. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu.
40. Um ástæðu hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar tekur FST fram að stofnunin hafi talið réttaróvissu um gildandi kvaðir á Mílu vera skaðlegt ástand á fjarskiptamarkaði, en FST hafi orðið þess áskynja að Míla héldi því fram að kvaðalaust tímabil myndi myndast frá 15. september 2023 fram að töku nýrrar markaðsgreiningarákvörðunar. FST hafi því metið það nauðsynlegt að leggja kvaðir á Mílu til bráðabirgða í samræmi við frumniðurstöðu að nýrri markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum. Sömuleiðis hafi FST horft til þess að hún myndi einungis vara í tiltölulegan skamman tíma og að aflétting kvaða hefði hvort sem er ekki tekið gildi án hæfilegs aðlögunartíma, jafnvel þótt FST hefði lokið markaðsgreiningu að fullu þann 15. september sl. Míla væri þannig ekki í verri stöðu þar til endanleg markaðsgreining lægi fyrir um eða fljótlega eftir næstu áramót (2023-2024).
41. FST hafnar sjónarmiðum Mílu um að frestur til töku hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar hafi verið liðinn. Um skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar tekur FST fram að um sé að ræða verulega hagsmuni mikils fjölda aðila, bæði almennings og fyrirtækja á fjarskiptamarkaði, af því að kvöðum sé viðhaldið á Mílu með bráðabirgðaákvörðun þar til endanlegri markaðsgreiningu sé að fullu lokið. FST hafnar þeim sjónarmiðum Mílu, að bráðabirgðaákvörðun sé afmörkuð við mál skv. 16. og 17. gr. laga nr. 75/2021, enda sé sú tilvísun í ákvæðinu til að tryggja sérstakar málsmeðferðarreglur í slíkum málum.
42. Að því er varðar hina sérstöku heimild til bráðabirgðaákvörðunar í 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023, tekur FST fram að ákvæðið vísi sérstaklega til hagsmuna endnotenda þegar metin er nauðsyn þess að taka bráðabirgðaákvörðun. Eðli málsins samkvæmt séu hagsmunir almennings (endanotenda) óskilgreindir í hverju tilviki fyrir sig. Þetta séu heildarhagsmunir fjöldans sem telja verði verulega. Tekur FST fram að mikilvægt sé að ekki sé slakað á kvöðum Mílu í sveitarfélögum þar sem félagið býr ekki við neitt eða lítið samkeppnislegt aðhald en í því felist verulegir hagsmunir endanotenda og sé það raunverulegur grundvöllur fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar í málinu.
43. Með vísan til 10. mgr. 32. gr. fjarskiptatilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins, nr. 2018/1972/EU, telur FST skilyrðið um „sérstakar kringumstæður og brýna þörf“ vera uppfyllt í málinu. Það sem Míla hafi vonast eftir, þ.e. að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk losni undan kvöðum án undangenginnar markaðsgreiningar, eigi ekki að geta gerst. FST þekki engin dæmi um slíkt í evrópskri réttarframkvæmd á sviði fjarskipta. Þá taki þetta ákvæði tilskipunarinnar, að mati FST,

af allan vafa um hvort íslensk laga- og reglugerðarákvæði heimili stofnunarinnar að taka bráðabirgðaákvörðun um álagningu kvaða þar til fullbúinni markaðsgreiningu sé lokið með endanlegri ákvörðun. Vísar FST til þess að túlka beri íslensk lagaákvæði til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar Íslands og Evrópurétt, en þar fyrir utan séu lög nr. 70/2022, um fjarskipti, alveg skýr um að slíkt geti ekki gerst, þ.e. að kvaðalaust tímabil myndist. Telur FST það sérkennilega lögskýringu hjá Mílu, að ekki megi taka bráðabirgðaákvörðun í markaðsgreiningarmálum eða að slíkar ákvarðanir geti eingöngu átt við um ágreiningsmál milli fjarskiptafyrirtækja eða neytendakvartanir, sem eigi ekki við.

44. Þá hafnar FST sjónarmiðum Mílu um að stofnunin hafi farið út fyrir valdmörk sín. Um hafi verið að ræða nýja ákvörðun á nýjum forsendum sem leiði af frumniðurstöðu markaðsgreiningar.
45. Að öðru leyti er sjónarmiðum Mílu hafnað af FST en ekki er ástæða til að víkja nánar að þeim málsástæðum.
46. Hvað varðar kæru Ljósleiðarans gerir FST sömuleiðis þá kröfu að hin kærða bráðabirgðaákvörðun verði staðfest. Um umfjöllun FST um grundvöll hinnar kærðu ákvörðunar vísast til framangreindrar umfjöllunar, sem var samhljóma í báðum greinargerðum.
47. Hvað varðar niðurfellingu kvaða án markaðsgreiningar hafnar FST sjónarmiðum Ljósleiðarans um að stofnuninni sé óheimilt að taka bráðabirgðaákvörðun sem feli efnislega í sér afléttingu kvaða án þess að undanfarandi markaðsgreiningu hafi verið lokið. Vísar FST í þeim efnum til meginreglur íslenskrar réttarframkvæmdar um að skýra beri íslensk laga- og reglugerðarákvæði til samræmis við alþjóðlega skuldbindingar landsins og Evrópurétt. Við lögskýringu á 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023, sbr. og 18. gr. laga nr. 75/2021, beri því að horfa til 10. tölul. 32. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2018/1972/EU (Kóðinn). Í ákvæðinu sé kveðið á um að við sérstakar aðstæður og þegar brýn þörf sé á geti fjarskiptaeftirlitsstofnanir tekið bráðabirgðaákvörðun um ráðstafanir að gættum sjónarmiðum um meðalhóf.
48. Samkvæmt framangreindu ákvæði sé um að ræða undantekningu frá öllu markaðsgreiningarferlinu, sbr. 44.-46. gr. laga nr. 70/2022. Því sé ekki fært að álykta að FST sé óheimilt að beita bráðabirgðaúrræði um niðurfellingu á kvöðum án undangenginnar marksaðgreiningar, þar sem undanþága víki til hliðar öllu markaðsgreiningarferlinu í heild sinni, skapist þær aðstæður að nauðsynlegt sé að taka bráðabirgðaákvörðun.
49. Hvað varðar niðurfellingu kvaða á hendur Mílu almennt, vísar FST til þess að það hafi verið örökrétt og ósanngjarnt að viðhalda kvöðum á Mílu í þeim sveitarfélögum sem talin eru upp í 2. tölul. ákvörðunarorða í hinn kærðu bráðabirgðaákvörðun þannig að hinn hóflegi aðlögunartími byrji ekki að líða fyrr en á gildistökudegi hinnar nýju markaðsgreiningarákvörðunar. Þá hafi FST talið slíka ráðstöfun vera í betra samræmi við meginreglu hins evrópska fjarskiptaréttar um að kvaðir séu hóflegar, endurspegli markaðsaðstæður eftir því sem kostur er og útfærsla þeirra sé ætluð að mæta tilteknum skilgreindum samkeppnisvandamálum.

50. Með vísan til 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023, sbr. 18. gr. laga nr. 70/2022, og að túlka beri íslensk lög í samræmi við tilskipun nr. 2018/1972/EU, hafi FST verið heimilað að taka bráðabirgðaákvörðun um niðurfellingu kvaða á Mílu, án þess að ákvörðun um endanlega markaðsgreiningu á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum liggi fyrir.
51. Hvað varðar upphaf aðlögunartíma, þ.e. þau sjónarmið Ljósleiðarans um að óheimilt sé að aðlögunarfrestir geti byrjað að líða við gildistöku bráðabirgðaákvörðunar, vísar FST til framanrakinna sjónarmiða þar sem sömu sjónarmið séu reist við þessa afstöðu Ljósleiðarans og um heimild FST til að aflétta kvöðum.
52. Í greinargerð sinni, kveður FST að endingu að ekki verði séð að það skipti Ljósleiðarann í reynd máli þótt ÚFP taki til greina þann hluta kröfunnar sem varðar upphaf aðlögunartímans fyrir niðurfellingu kvaða. Svo sé til þess að líta að Ljósleiðarinn sé ekki aðgangsbíðandi að netum Mílu á þeim mörkuðum sem undir eru.
53. Hinn 23. nóvember 2023 barst, sem fyrr segir, greinargerð FST vegna formhliðar málsins.
54. Hvað varðar aðilastöðu í málinu tekur FST fram að Míla sé óumdeilanlega aðili að málinu. Stofnunin geri hins vegar enga kröfu hvað varðar mögulega aðild Ljósleiðarans. Hins vegar sé ljóst að breyttar aðstæður séu frá því að úrskurðarnefndin hafnaði því að veita Ljósleiðaranum aðild að kærumáli um fyrri markaðsgreiningu á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum vegna máls 3/2021.
55. Í greinargerð FST er svo með almennum hætti vikið að eðli bráðabirgðaákvæðana og að samkvæmt fræðikenningum sé ekki litið á bráðabirgðaákvæðanir sem eiginlegar stjórnsýsluákvæðanir. Af þeim sökum sé ekki skylt að fylgja ákvæðum stjórnsýslulaga við undirbúning um töku slíkrar ákvörðunar. FST hafi þó gætt andmælaréttar og rannsóknarskyldu sinni.
56. Þar sem málsmeðferðarreglur stjórnsýsluréttarins gildi almennt ekki um bráðabirgðaákvæðanir, telur FST e.t.v. rökrétt að þær séu heldur ekki kærانlegar til æðra setts stjórnsýsluákvæðna. Það sé enn fremur í samræmi við ákvæði 2. mgr. 26. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, þar sem kveðið er á um að ákvörðun, sem ekki bindi enda á mál, verði ekki kærð fyrr en málið hefur verið til lykta leitt. FST tekur fram að bráðabirgðaákvörðun nr. 9/2023 hafi ekki bundið enda á stjórnsýslumálið sem varðar markaðsgreiningu á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum.
57. Um framkvæmdina til þessa, hvað varðar bráðabirgðaákvæðanir, bendir FST á að slíkum athöfnunum sé aðeins beitt í undantekningartilfellum og sé beitt af varfærni. Slíkar ákvæðanir komi sjaldan til skoðunar úrskurðarnefndar sem hafi jafnan tekið slíkar ákvæðanir til efnislegrar meðferðar. Sömuleiðis vísar FST til stjórnsýsluframkvæmdar áfrýjunarnefndar Samkeppnismála, sem sé á þá leið að bráðabirgðaákvæðanir séu jafnan ekki kærانlegar til nefndarinnar.
58. Að endingu tekur FST fram að stofnunin telji ekki ástæðu til að gera tiltekna kröfu varðandi álitamál um kærurheimild á bráðabirgðaákvörðun. Hins vegar þyki FST vera ástæða til að nefndin gaumgæfi álitaefni og komist að rökstuddri niðurstöðu sem muni

hafa fordæmisgildi til framtíðar. Máli sínu til stuðnings vísar FST til þess að megindrættir kæru Mílu byggji á meintum brotum stofnunarinnar á málsmeðferðarreglum stjórnsýslulaga.

IV. Niðurstöður

1.

59. Í máli þessu er deilt um réttmæti bráðabirgðaákvörðun FST í máli nr. 9/2023. Míla reisir kröfur sínar á því að hvorki hafi verið til lagaheimild til töku hennar né hafi málsmeðferðarreglum verið fylgt. Ljósleiðarinn kveður FST hafa haft heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar, þó svo stofnuninni hafi ekki verið heimilt að aflétta kvöðum á hendur Mílu, líkt og gert var í hinn kærðu bráðabirgðaákvörðun. FST gerir aðallega þá kröfu að hin kærða bráðabirgðaákvörðun verði staðfest. Um framkomnar kröfur og málsástæður vísast til umfjöllunar hér að framan.
60. Líkt og framan greinir, og í samræmi við ákvæði 9. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, óskaði úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála eftir athugasemdum kæranda og FST við formhlið málsins með bréfi, dags. 14. nóvember 2023. Leitaði nefndin þar eftir sjónarmiðum um eðli hinnar kærðu ákvörðunar og hvort um sé að ræða kæranlega ákvörðun, auk sjónarmiða um aðild að málinu hjá úrskurðarnefndinni.
61. Skiluðu FST og Míla inn sínum athugasemdum um formhlið málsins. Engar athugasemdir bárust frá Ljósleiðaranum.

2.

62. Samhengisins vegna telur úrskurðarnefndin nauðsynlegt að víkja að lögum nr. 70/2022, um fjarskipti, sem og þeim reglugerðum og tilskipunum, sem helst varða málið.
63. Lög nr. 70/2022 tóku gildi hinn 1. september 2022, sbr. 1. mgr. 109. gr. laganna. Með lögnum var 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), hér eftir nefndur „Kóðinn“. Um var að ræða nýja grunngerð, þ.e. uppfærðar meginefnisreglur á fjarskiptamarkaði, sem leysti af hólmi fjórar eldri gerðir. Með gildistöku laganna féllu úr gildi eldri lög um fjarskipti, nr. 81/2003.
64. Markmið laganna er skv. 2. gr. að tryggja aðgengileg, greið, hagkvæm, skilvirk og örugg fjarskipti hér á landi sem og að auka vernd og valmöguleika neytenda og stuðla að virkri samkeppni, hagkvæmum fjárfestingum og nýsköpun á fjarskiptamarkaði.
65. Um markaði, markaðsgreiningar og kvaðir er fjalla í IX. kafla laganna. Þar segir m.a. í 1. mgr. 43. gr. að FST skuli skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Í ákvæðum 44.-46. gr. er svo nánar vikið að framkvæmd markaðsgreininga, umtalsverðan markaðsstyrk og kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Í 5. mgr. 44. gr. laganna segir:

Leiði markaðsgreiningin á grundvelli 1.–4. mgr. í ljós að skilyrði á viðkomandi markaði réttlæti ekki álagningu kvaða eða skilyrði skv. 6. mgr. eru ekki fyrir hendi, skal hvorki

leggja á né viðhalda kvöðum á grundvelli 46. gr. Hafi kvaðir verið lagðar á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði ber að fella þær úr gildi.

66. Líkt og fram kom í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2021 tóku framangreind lög, nr. 70/2022, gildi á meðan nefndin hafði málið til meðferðar og féllu samnefnd lög nr. 81/2003 þá úr gildi. Í því máli lá fyrir að hin kærða ákvörðun, þ.e. ákvörðun FST í máli nr. 5/2021, grundvallaðist á eldri lögum og efnisleg skoðun úrskurðarnefndar færi því eftir þeim lögum. Samræmdist það ákvæði II til bráðabirgða í lögum nr. 70/2022, sem kveður á um að öllum kvöðum, sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki samkvæmt eldri fjarskiptalögum skuli viðhalið þar til endurskoðun kvaðanna hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu.
67. Samkvæmt 3. mgr. 43. gr. laga nr. 70/2022 skal ráðherra setja reglugerð um nánari skilgreiningu markaða, um framkvæmd markaðsgreiningar skv. 44. gr., um mælikvarða sem nota skal við mat á því hvort fyrirtæki, eitt eða fleiri saman, hafi umtalsverðan markaðsstyrk skv. 45. gr. og um kvaðir og aðrar skyldur og réttindi skv. 46.-61. gr.
68. Á grundvelli framangreinds ákvæðis, sbr. einnig 107. gr. laga nr. 70/2022, hefur ráðherra sett reglugerð nr. 556/2023, um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta. Í V. kafla reglugerðarinnar er fjallað um málsmeðferð við markaðsgreiningar og gildistöku þeirra. Þar kemur fram í 1. mgr. að markaðsgreiningar skuli framkvæmdar með reglubundnum hætti og að þeim skuli settir tímafrestrir. Samkvæmt 2. mgr. er hámarkstími milli markaðsgreininga fimm ár, að því tilskildu að ekki verði viðamiklar breytingar á viðkomandi markaði sem kalla fyrir á nýja greiningu. Í undantekningartilvikum er unnt að framlengja hámarksfrestinn um eitt ár til viðbótar. Þessi hámarkstími er þannig að því tilskildu að ekki verði viðamiklar breytingar á viðkomandi markaði sem kalla fyrir á nýja greiningu.
69. Í 6. mgr. 48. gr. reglugerðarinnar segir svo að nái FST ekki að framkvæma markaðsgreiningar innan framangreindra hámarksfresta, valdi það ekki ógildingu fyrri markaðsgreiningar eða þeirra kvaða sem tengjast henni. Þá segir í 8. mgr. 48. gr. laga nr. 70/2022, að ógildi úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, eða dómstólar, ákvarðanir sem FST tekur í kjölfar markaðsgreininga, þ.m.t. að því er varðar kvaðir, skuli fyrri greining á viðkomandi markaði gilda þar til ný greining hefur verið framkvæmd, svo ekki myndist kvaðalaust tímabil sem leitt getur til óafturkræfra skaðlegra áhrifa á samkeppni. Í slíkum tilvikum skuli FST hraða endurskoðun umræddra greininga eins og unnt er.
70. Líkt og að framan er rakið, gerir fjarskiptaregluverkið ekki ráð fyrir því að kvaðir verði felldar niður né lagðar á nema með ákvörðun FST í kjölfar markaðsgreiningar. Þannig er það meðal tilgangs ákvæða um markaðsgreiningu og kvaðir, að ekki myndist kvaðalaust tímabil með tilheyrandi skaðlegum áhrifum. Líkt og rakið var í fyrri úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, í máli nr. 3/2021, eru undir ákvæðum fjarskiptalaga veigamiklir almannahagsmunir sem felast í virkri samkeppni, sem og einkahagsmunir fyrirtækja sem starfrækt eru á viðkomandi mörkuðum.
71. Niðurstaða úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, í máli nr. 3/2021, var reist á því að FST hefði þá þegar, seint á árinu 2022, hafið vinnu við markaðsgreiningar og sömuleiðis upplýst ESA um að ný markaðsgreining færi fram fyrir árslok 2022. Hafði FST upplýst

um að endurskoðun markaðsgreiningar skyldi ljúka fyrir sumarið 2023. Af þeim sökum taldi úrskurðarnefnd fyrirséð að stofnunin myndi ljúka sinni málsmeðferð innan þeirra tímamarka sem gefin voru, þ.e. fyrir 15. september 2023. Þessi tímamörk voru sett til að leitast við að gæta meðalhófs í garð Mílu og að tryggja að FST tæki nýja ákvörðun, að undangengini lögbundinni málsmeðferð skv. lögum nr. 70/2022 og reglugerð nr. 556/2023.

72. Við málsmeðferð í máli þessu hefur fram komið af hálfu FST að áætlun stofnunarinnar um gerð markaðsgreiningar hafi ekki gengið eftir. Eftir óformlegar viðræður við ESA hafi verið talið nauðsynlegt að framkvæma ítarlegt mat á því hvort nýleg þróun fjarskiptaneta leiddi til þess að staðgangi væri orðin milli fastnetslausna og tiltekinna farnetslausna við skilgreiningu viðkomandi þjónustumarkaða á smásölu- og heildsölustigi, auk þess sem landfræðileg afmörkum markaða hafi verið flókin og tímafrek, sem endaði með mörgum landfræðilegum mörkuðum á hvorum heildsölumarkaði. Þá hafi þurft að greina samkeppnisstöðuna á öllum umræddum landfræðilegum mörkuðum. Markaðsgreiningin sem nú stæði yfir sé því byggð á nýjum og mun flóknari forsendum og annarri nálgun en í fyrri greiningu og því sé að miklu leyti um að ræða nýja og ólíka markaðsgreiningu.
73. Framangreint eru allt atriði sem lágu ekki fyrir þegar fyrri málsmeðferð átti sér stað, þ.e. vegna máls úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2021.

3.

74. Fjarskiptastofa starfar á grundvelli laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu. Í 3. gr. laganna er vikið að markmiðum laganna, og skal FST skv. 3. mgr. leitast við að auka vernd og valmöguleika notenda og stuðla að virkri samkeppni og hagkvæmum fjárfestingum á fjarskiptamarkaði.
75. Í 18. gr. laganna er vikið að heimild FST til töku bráðabirgðaákvörðunar. Þar segir:

Telji fjarskiptastofa nauðsynlegt að taka ákvörðun í einstökum málum án tafar, enda sé hætt á því að dráttur á úrskurði valdi því að réttindi aðila máls fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjártjóni, er stofnuninni heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun.

Fjarskiptastofa skal taka málið til umfjöllunar skv. 16. og 17. gr. innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðunin var tekin, ella fellur hún úr gildi.

76. Í reglugerð nr. 556/2023 er einnig vikið að heimild Fjarskiptastofu til bráðabirgðaákvörðunar. Þar segir í 56. gr.:

Telji Fjarskiptastofa nauðsynlegt að taka ákvörðun í tengslum við markaðsgreiningu án tafar til að tryggja samkeppni og vernda hagsmuni endanotenda, enda sé hætt á því að dráttur á úrskurði valdi því að réttindi aðila máls fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjártjóni, er stofnuninni heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun.

Séu skilyrði 1. mgr. uppfyllt, er Fjarskiptastofu heimilt að víkja frá ákvæði 55. gr. og skal þá tilkynna ESA og eftirlitsstofnunum í einstökum EES-svæðisins tafarlaust um bráðabirgðaákvörðunina sem rökstudd skal með fullnægjandi hætti.

Fjarskiptastofa skal í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar hefja markaðsgreiningu samkvæmt hefðbundinni málsmeðferð sem gildir um markaðsgreiningar innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðunin var tekin, ella fellur hún úr gildi. Ákvæði 55. gr. skulu gilda um slíka málsmeðferð.

77. Heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar sækir sér enn fremur stoð í Kóðanum (tilskipun 2018/1972), nánar tiltekið 10. mgr. 32. gr.¹
78. Samkvæmt framanröktu ákvæði Kóðans er, við sérstakar aðstæður (e. exceptional circumstances), þegar brýn þörf er á aðgerðum, heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun og víkja þannig frá málsmeðferðarreglum sem mælt er fyrir um í 3. og 4. tölulið ákvæðisins, en þar undir falla 61., 64., 67., 68. og 83. gr. Kóðans, sem fjalla um málmeðferð markaðsgreininga, þ.m.t. samráðsskyldu við ESA og önnur ríki EES svæðisins um frumniðurstöður markaðsgreininga.
79. Ákvæði 18. gr. laga nr. 75/2021 um heimild FST (áður Póst- og fjarskiptastofnunar) til töku bráðabirgðaákvörðunar er ekki nýtt af nálinni. Líkt og fram kemur í athugasemdum við ákvæðið gerir það ráð fyrir að verulegir hagsmunir þurfi að vera í húfi svo hægt sé að taka bráðabirgðaákvörðun, en ákvæðið er samhljóða 11. gr. eldri laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Í athugasemdum við það ákvæði sagði að það væri hliðstætt ákvæði eldri laga, þ.e. laga nr. 110/1999, um Póst- og fjarskiptastofnun, um bráðabirgðaákvæðanir. Með tilkomu laga nr. 69/2003 voru skilyrðin þó hert nokkuð þannig að verulegir hagsmunir þurfi að vera í húfi svo beita megi ákvæðinu.
80. Í samræmi við framangreint á núverandi ákvæði 18. gr. laga nr. 75/2021 vissa stoð í eldri lögum nr. 110/1999, nánar tiltekið 8. gr. laganna. Í athugasemdum við það ákvæði sagði m.a.:
- Þetta ákvæði er nýmæli sem gerir Póst- og fjarskiptastofnun kleift að taka ákvæðanir til bráðabirgða þegar aðstæður krefjast þess og dráttur á niðurstöðu málsins er til þess fallinn að valda verulegu fjártjóni.
- Í stjórnslögum er ekki að finna almenna heimild til bráðabirgðaákvörðunar en t.d. í samkeppnislögum er heimild fyrir Samkeppnisstofnun að taka slíkar ákvæðanir.
- Er Póst- og fjarskiptastofnun ætlað að meta hvenær slíkrar ákvörðunar er þörf en sú ákvörðun getur sætt endurskoðun skv. 10. gr.
81. Af framangreindu er ljóst að skv. 18. gr. laga nr. 70/2022 er Fjarskiptastofnu veitt heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar. Mat á því, hvort að skilyrði bráðabirgðaákvörðunar séu til staðar, er lagt í hendur FST, en ljóst er að skilyrði um nauðsyn og brýna þörf þurfa að vera uppfyllt, auk þess sem gæta þarf meðalhófs við beitingu þessarar heimildar.
82. Ekki er fallist á það með Mílu hf. að heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar afmarkist við ákvörðun FST á grundvelli 16. eða 17. gr. laga nr. 75/2021. Hins vegar er sérstaklega víkið að málsmeðferð vegna téðra ákvæðana (kvartana og lausn deilumála) í 2. mgr. 18. gr. Sækir þessi túlkun sér stoð í ákvæði Kóðans auk þess að vera útfært, viðvíkjandi markaðsgreiningar, í reglugerð nr. 556/2023, líkt og að framan er rakið.
83. Sömuleiðis er málalíbúnaði Ljósleiðarans ehf., um skort á heimild til að fella niður kvaðir í bráðabirgðaákvörðun, hafnað. Við sérstakar aðstæður kann að vera réttlætanlegt að

¹ In exceptional circumstances, where a national regulatory authority considers that there is an urgent need to act, in order to safeguard competition and protect the interests of users, by way of derogation from the procedure set out in paragraphs 3 and 4, it may immediately adopt proportionate and provisional measures. It shall, without delay, communicate those measures, with full reasons, to the Commission, to the other national regulatory authorities, and to BEREC. A decision of the national regulatory authority to render such measures permanent or extend the period for which they are applicable shall be subject to paragraphs 3 and 4.

fella niður kvaðir á hendur fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, enda séu skilyrði að mati FST uppfyllt. Um er að ræða atvikaþvikið mat, sem einungis skal beitt í undantekningartilvikum enda skulu kvaðir almennt afnumdar á grundvelli markaðsgreininga, sbr. framangreint.

4.

84. Valdsvið úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála er skilgreint í 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu. Þar kemur fram að ákvarðanir FST sæti kæru til úrskurðarnefndarinnar. Þetta hlutverk er svo nánar skýrt í reglugerð nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Er hlutverk nefndarinnar þar sömuleiðis skilgreint nánar.
85. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur skýrt ákvæði 20. gr. laga nr. 75/2021 svo að það taki fyrst og fremst til stjórnvaldsákvæðana á stjórnsýslustigi, þ.e. ákvæðana sem binda enda á stjórnsýslumál þannig að sé til lykta leitt, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnsýslulaga. Það stjórnvald sem tekur stjórnvaldsákvörðun hefur þannig ekki frekar afskipti af málum.
86. Af því leiðir að bráðabirgðaákvörðun, sem tekin er við málsmeðferð og undirbúning að töku stjórnvaldsákvörðunar, telst ekki í eðli sínu stjórnvaldsákvörðun þar sem málinu lýkur ekki af hálfu viðkomandi stjórnvalds við töku ákvörðunarinnar. Er slík ákvörðun ekki kæranleg nema í undantekningartilvikum, þegar nauðsynlegt þykir fyrir áframhaldandi meðferð máls sem til meðferðar er hjá Fjarskiptastofu. Við mat á því hvort nauðsynlegt sé að taka hina kærðu bráðabirgðaákvörðun til umfjöllunar úrskurðarnefndarinnar, er m.a. litið til lögmætis hennar, hvort gætt hafi verið að meðalhófi og hvort slíkar röksemdir hafi verið færðar fram þannig að nauðsyn sé fyrir frekari málsmeðferð. Má í þeim efnum líta til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, í máli nr. 3/2017. Í því máli hafði PFS kveðið á um frestun gildistöku skilmálabreytinga ótímabundið. Tók nefndin málið til meðferðar vegna þess annmarka og setti FST ákveðið tímamark.
87. Með hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun var ákveðið að viðhalda kvöðum, með álagningu kvaða í hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun, í samræmi við þær sem höfðu hvílt á Mílu frá úrskurði í máli nr. 3/2021. Sömuleiðis var ákveðið að aflétta kvöðum í nánar tilteknum 36 sveitarfélögum á markaði 3a og 31 sveitarfélagi á markaði 3b. Samkvæmt ákvörðuninni byrjar hæfilegur aðlögunarfrestur, samkvæmt 47. gr. reglugerðar nr. 556/2023, hvað varðar afléttingu kvaða á þeim svæðum sem virk samkeppni telst ríkja samkvæmt drögum að markaðsgreiningu sem birt var til innanlandssamráðs hinn 15. september 2023, að líða frá og með dagsetningu hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar.
88. Í hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun eru kvaðirnar bundnar ákveðnum tímamörkum og skulu gilda þar til ný markaðsgreining á viðkomandi mörkuðum hefur tekið gildi, en þó eigi lengur en til 1. mars 2024.
89. Í ljósi framangreinds er það ljóst að með hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun voru kvaðir lagðar á Mílu hf., sem eru sambærilegar þeim sem áður hvíldu á fyrirtækinu með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, í máli nr. 3/2021. Hefur slíkt áhrif við mat á því hve íþyngjandi hin kærða bráðabirgðaákvörðun er, enda verður ekki framhjá því horft

að um er að ræða kvaðir sem hvíldu á Mílu fyrir töku hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar.

90. Eins og málið horfir við úrskurðarnefndinni er þessi niðurstaða minna íþyngjandi en ef ekkert hefði verið aðhafst af hálfu FST og úrskurður nr. 3/2021, fallið úr gildi. Líkt og kveðið er á um í reglugerð nr. 556/2023, skal eldri greining gilda þar til nýrri greiningu hefur verið lokið, svo ekki myndist kvaðalaust tímabil, þegar úrskurðarnefnd eða dómstólar ógilda ákvarðanir á grundvelli markaðsgreininga. Ljóst þykir að slík niðurstaða hefði verið því mun meira íþyngjandi fyrir Mílu enda kæmist þá á það réttarástand sem ríkti fyrir gildistöku úrskurðar nr. 3/2021. Þá var í gildi ákvörðun PFS nr. 21/2014 og verður að telja aðstæður í dag mjög frábrugðnar því sem þá var.
91. Þá telur úrskurðarnefndin ljóst í þessu tilviki að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar, skv. framangreindum ákvæðum laga nr. 75/2021, reglugerð 556/2023 og Kódans, séu uppfyllt, enda er um að ræða sérstakar aðstæður þar sem öndverð niðurstaða fæli í sér að meira íþyngjandi kvaðir myndu rakna við yfir stutt tímabil. Telur úrskurðarnefndin slíka niðurstöðu vera í beinu ósamræmi við markmið laga nr. 70/2022, sbr. einnig reglugerð nr. 556/2023 og ákvæði Kódans, sem fjallað var um hér að framan. Brýn nauðsyn var því til staðar fyrir FST að bregðast við því ástandi sem upp var komið.
92. Með hliðsjón af framansögðu verður ekki talið að hin kærða bráðabirgðaákvörðun hafi verið íþyngjandi eða haft önnur veigamikil áhrif á hagsmuni Mílu hf., þar með talin umtalsverð fjárhagslegt áhrif á starfsemi félagsins. Skoðast það í því framangreindu ljósi, þ.e. að um var að ræða sambærilega kvaðir og giltu áður og að fyrri markaðsgreining frá 2014 tæki annars gildi.
93. Samkvæmt framanröktu verður ekki séð að Míla hafi fært slíkar röksemdir fram að það gefi tilefni til að ætla að nauðsynlegt sé fyrir áframhaldandi meðferð málsins hjá FST að úrskurðarnefndin taki hina kærðu bráðabirgðaákvörðun til meðferðar. Ber hér einnig að hafa í huga að Míla á þess kost að koma sjónarmiðum sínum á framfæri á síðari stigum, ef til kæru kemur á endanlegri ákvörðun FST.
94. Með vísan til þess sem að framan er rakið er það niðurstaða úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála að hin kærða bráðabirgðaákvörðun sé ekki kæranleg til úrskurðarnefndarinnar. Af þeim sökum er óhjákvæmilegt að vísa kærunum frá nefndinni.
95. Í ljósi framangreinds er ekki tekin afstaða til álitaefta um aðild né kæru Ljósleiðarans að öðru leyti en framan greinir. Þá er öðrum sjónarmiðum Ljósleiðarans og Mílu hafnað með vísan til framangreinds.

5.

96. Úrskurðarnefndin leyfir sér að benda FST á mikilvægi þess að ljúka málinu innan tilsetts tíma, að gættum málsmeðferðarreglum. Sömuleiðis hefði FST mátt gæta að því að veita ekki kæruleiðbeiningar til aðila í kjölfar ákvarðana sem stofnunin telur að ekki séu kærانlegar.
97. Málinu er vísað frá úrskurðarnefndinni. Í ljósi kæruleiðbeininga FST og þar sem ekki er um að ræða efnislegan úrskurð úrskurðarnefndarinnar greiðist málskostnaður úr ríkissjóð eins og greinir í úrskurðarorði. Vísast hér til 5. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu.

V. Úrskurðarorð

Kærum Mílu hf. og Ljósleiðarans ehf. er vísað frá úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Málskostnaður að fjárhæð 1.744.000 kr. greiðist úr ríkissjóði.

Reykjavík, 20. desember 2023.


Þórður Bogason, formaður


Kjartan Briem


Kirstín Flygenring

