



Fjaraskiptastofa

Ákvörðun nr. 9/2023

Bráðabirgðaákvörðun vegna markaðsgreiningar á mörkuðum 3a og 3b (mál nr. 2022020045)

I. Málavextir

1.1 Ákvörðun FST nr. 5/2021 um markaðsgreiningu á mörkuðum 3a og 3b, dags. 19. október 2021

(1) Með ákvörðun Fjaraskiptastofu (FST) 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), komst FST að þeirri niðurstöðu að viðhalda útnefningu Mílu ehf. (Míla), sbr. ákvörðun Póst- og fjaraskiptastofnunar (PFS) nr. 21/2014, sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á félagið á umræddum mörkuðum. Ennfremur útnefndi FST Símann í slíkri stöðu á viðkomandi mörkuðum og lagði takmarkaðar kvaðir á það félag, en félögin voru þá innan sömu samstæðu og lóðrétt samþætt, og þannig ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar.

(2) FST taldi að landfræðilegir markaðir viðkomandi heildsölumarkaða væru áfram skilgreindir sem landið allt, þrátt fyrir að samkeppnisaðstæður teldust nokkuð misjafnar milli sveitarfélaga landsins. Hins vegar taldi FST að þær aðstæður væru ekki nægilega misjafnar til að réttlæta landfræðilega aðgreinda markaða, en nægilega misjafnar þó til að réttlæta vægari kvaðir í 17 nánar tilgreindum sveitarfélögum landsins, þ.m.t. á höfuðborgarsvæðinu öllu.

(3) FST lagði kvaðir á félögin tvö á viðkomandi mörkuðum sem ætlað var að efla samkeppni í fjarskiptum, en kvöðin á Símann einskorðaðist við að unnt væri að framkvæma svokallað efnahagslegt hermipróf (e. Economic Replicability Test – ERT). Á Mílu var hins vegar um að ræða aðgangskvöð, jafnræðiskvöð, gagnsæiskvöð, kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, kvöð um eftirlit með gjaldskrá og kvöð um færslu kostnaðarbókhalds. Fram kom að kvöð um eftirlit með gjaldskrá hefði ekki hvílt á Símasamstæðunni að því er varðar ljósleiðara. Í stað kvaðar um að Míla skyldi kostnaðargreina verð fyrir slíkar afurðir, lagði FST á vægari kvöð, þannig að samstæðan þyrfti að standast svokallað efnahagslegt hermipróf, sem að mati FST myndi setja visst aðhald á verðlagningu ljósleiðaraafurða samstæðunnar á heildsölu- og smásölustigi. Kvaðirnar á Símann einskorðuðust við framangreint ERT próf.

1.2 Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 3/2021, dags. 29. desember 2022

(4) Með tveimur kærur, báðar dags. 15. nóvember 2021, kærðu bæði Míla og Síminn framangreinda ákvörðun FST. Kröfðust kærendur þess aðallega að hin kærða ákvörðun yrði felld úr gildi í heild en til vara að hluta. Þann 11. október 2022 krafðist Síminn þess svo að nefndin ógilti þá þegar hina kærðu ákvörðun FST í heild sinni, þar sem að hin kærða ákvörðun, um umtalsverðan markaðsstyrk Símans, hefði verið byggð á eignarhaldi Símans á Mílu og þeirri lóðréttu sambættingu sem það hefði falið í sér. Krafa Símans grundvallaðist á því að hinn 15. september 2022 hefði Samkeppniseftirlitið (SE) tilkynnt um að sátt hefði komist á vegna samruna Mílu við Ardian France SA (Ardian). Eftir að kaupin hefðu gengið í gegn, þann 30. september 2022 væri Míla ekki lengur hluti af samstæðu Símans og því hefði verið slitið á eignatengsl á milli félaganna. Af þeim sökum lægi fyrir að að meginforsenda FST fyrir niðurstöðu málsins og réttlætning fyrir álagningu íþyngjandi kvaða á Símann ættu ekki lengur við.

(5) Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála (nefndin) í máli nr. 3/2021, dags. 29. desember 2022, eða rúmunum 13 mánuðum eftir að FST tók hina kærðu ákvörðun, gerði nefndin tilteknar breytingar á hinni kærðu ákvörðun og var breytingin afturvirk til 15. september 2022, eða til dagsins sem SE samþykkti samruna Mílu og Ardian. Fram kom að ákvörðunin tæki þegar gildi en félli úr gildi eigi síðar en 15. september 2023. Bæri FST að taka nýja ákvörðun fyrir það tímamark sem leysti þessa ákvörðun nefndarinnar af hólmi.

(6) Í niðurstöðukafla úrskurðarins er m.a. fjallað um lagaskil og lagaumhverfi markaðsgreininga. Á málsmeðferðartíma málsins fyrir nefndinni tóku gildi ný fjarskiptalög nr. 70/2022, eða þann 1. september 2022. Í úrskurðinum kom fram að hin kærða ákvörðun grundvallaðist á eldri fjarskiptalögum nr. 81/2003, og því hefði efnisleg skoðun nefndarinnar farið eftir eldri lögnum. 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 samkvæmt eldri fjarskiptalögum skyldi viðhaldið þar til endurskoðun kvaðanna hefði farið fram að lokinni markaðsgreiningu.

(7) Fram kom að samkvæmt lögnum væri sú skylda lögð á FST, í V. kafla laganna, að skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum, og kanna hvort á þeim ríkti virk samkeppni. Kæmist FST að þeirri niðurstöðu að á viðkomandi markaði ríkti ekki virk samkeppni, vegna þess að eitt eða fleiri fyrirtæki væru með umtalsverðan markaðsstyrk, bæri stofnuninni að útnefna viðkomandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á þau viðeigandi kvaðir. Bæri FST að hafa samráð við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) og eftirlitsstofnanir í einstökum ríkjum á EES-svæðinu um skilgreiningu markaða, markaðsgreiningu og ákvörðun um kvaðir. Þá vísaði nefndin til þágildandi reglugerðar um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta nr. 741/2009.

(8) Í niðurstöðukafla úrskurðarins er einnig fjallað um breyttar aðstæður vegna sölu á Mílu. Segir að um meðferð máls fyrir æðra stjórnvaldi gildi 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 væri rannsóknarregla stjórnsýslulaga og bæri því þannig að rannsaka málið og tryggja að það væri nægilega upplýst áður en kveðinn væri upp úrskurður.

Meðal þeirra álitaefna sem kynnu að vakna við meðferð kærumáls 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 hefði verið tekin.

(9) 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 lagaheimild stæði til þess, enda ættu ákvarðanir stjórnvalda, þ.á.m. æðra stjórnvalds, að vera réttar að efni til. Í samræmi við framangreint væri það almenn regla að miða skyldi við þær upplýsingar sem lægju fyrir við töku úrskurðar. Meðferð málsins hefði óhjákvæmilega tafist í meðförum nefndarinnar vegna þess að ýmsar umfangsmiklar breytingar hefðu orðið á þeim mörkuðum sem hin kærða ákvörðun tæki til.

(10) Með sátt við samrunaaðila hinn 15. september 2022 féllst SE á kaup Ardian á Mílu. Með sáttinni samþykkti Míla að undirgangast skilyrði í þeim tilgangi að bregðast við neikvæðum samkeppnislegum áhrifum samrunans. Það var mat SE að breytt eignarhald á Mílu og rof á eignartengslum við Símann væri jákvætt skref fyrir samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Samhliða sölunni á Mílu var hins vegar verið gerður langtíma heildsölusamningur milli Símans og Mílu sem fól í sér samkeppnishindranir að mati SE. Þá voru fjarskiptakerfi og heildsölustarfsemi flutt frá Símanum í aðdraganda sölunnar sem styrktu stöðu Mílu. Af þessum sökum taldi SE nauðsynlegt að setja samrunanum skilyrði sem leiddu m.a. til þess að heildsölusamningi Símans og Mílu var breytt að nokkru leyti.

(11) Segir í úrskurði nefndarinnar að þær forsendur sem lagðar hefðu verið til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun hefðu því brostið að verulegu leyti, enda markaðurinn talsvert frábrugðinn í kjölfar þess að sala Mílu hefði gengið í gegn. Taldi nefndin með úrskurði sínum þyrfti hún að miða við þær aðstæður sem þá blöstu við á markaði eftir að SE heimilaði kaup Ardian á Mílu þann 15. september 2022.

(12) Því næst var í úrskurðinum fjallað um forsendur niðurstöðu nefndarinnar. Sagði þar að markmið fjarskiptalaga væri að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Frá því að lögbundinn einkaréttur ríkisins til fjarskiptastarfsemi hefði verið afnuminn hefðu höfuðmarkmið fjarskiptalaga því einkum verið tvenns konar. Annars vegar að efla virka samkeppni og hins vegar að tryggja að allir landsmenn ættu kost á ákveðinni lágmarksfjarskiptabjónustu. Sérstök fjarskiptalöggjöf hefði verið talin nauðsynleg til að þeim markmiðum yrði náð.

(13) Um markaði væri fjallað í V. kafla laganna. Samkvæmt 16. gr. þeirra skyldi FST skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Tilgangur markaðsgreiningar FST væri að skera úr um hvort samkeppni væri virk á þeim mörkuðum sem skilgreindir hefðu verið. Ef virk samkeppni ríkti ekki á viðkomandi markaði skyldi útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði í samræmi við 18. gr. laganna. Leggja mætti á þau fyrirtæki kvaðir samkvæmt lögunum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hefðu verið lagðar á. Tilgangur kvaða væri þannig að sama skapi að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði, en væri slíkt bæði til hagsbóta fyrir minni fyrirtæki en ekki síst fyrir neytendur.

(14) Líkt og fram kæmi í hinni kærðu ákvörðun hefði FST metið það svo að samkeppni á þeim fjarskiptamörkuðum sem til skoðunar hefði verið væri ekki virk og því væri nauðsynlegt að útnefna viðkomandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og til að stuðla að virkri samkeppni, væri stofnuninni rétt og skylt að viðhalda fyrri kvöðum, auk viðbótarkvaða. Hinn 15. september 2022 hefði SE heimilað framangreindan samruna og í kjölfarið hefði verið rofið á þau eignartengsl sem verið höfðu á milli Símans og Mílu. 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 það með kærendum að með þessu hefðu orðið þáttaskil í málinu. Fyrst í kjölfar sáttarinnar hefði legið fyrir með óbyggjandi hætti að Símasamstæðan væri liðin undir lok með tilheyrandi breytingu á landslagi markaðarins. Frá þessu tímamarki hefði legið fyrir að margar þær forsendur sem búið hefðu að baki hinnar kærðu ákvörðunar hefðu brostið.

(15) Í mgr. 358 í úrskurðinum segir svo:

„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.“ [undirstrikun og feitletrun FST]

(16) Með hliðsjón af framangreindum ákvæðum, tilgangi þeirra og mati FST á viðkomandi mörkuðum teldi nefndin undirliggjandi veigamikla almannahagsmuni sem fælust einkum í því að virk samkeppni væri á fjarskiptamörkuðum hérlandis. 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 töluverðs tjóns.

(17) Þá segir í mgr. 360 í úrskurðinum:

„Í ljósi þessara ríku haagsmuna 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.“ [undirstrikun og feitletrun FST]

(18) Því næst segir að í ljósi framangreinds teldi nefndin að sá kostur að staðfesta hina kærðu ákvörðun óbreytta væri ekki tækur og að þörf væri á nýrri ákvörðun að undangenginni lögbundinni málsmeðferð, sem FST hefði í umsögnum sínum bent á að stofnuninni bæri að annast um. Því hefði nefndin ákveðið að heimvísa hinni kærðu ákvörðun til nýrrar ákvörðunartöku FST, þó með þeim hætti að breyta henni. Myndi framangreind breyting gilda frá og með 15. september 2022.

(19) Þá segir í mgr. 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 undanenginni lögbundinni málsmeðferð. Hinni nýju ákvörðun FST er þannig ætla að leysa ákvörðun úrskurðarnefndarinnar af hólmi fyrir framangreint tímamark.“ [undirstrikun og feitletrun FST]

(20) Þá segir nefndin að við val á þessari leið hefði einkum verið litið til þess að það væri FST sem hefði á að skipa starfsliði og sérfræðipokkingu til þess að framkvæma þá rannsókn og viðhafa þá málsmeðferð, þ.m.t. samráð við ESA, sem fjarskiptalög gerðu kröfu til. Það væri hlutverk FST að framkvæma fullburða markaðsgreiningu og eftir atvikum meta í kjölfarið hvaða kvaðir væru nauðsynlegar til þess að tryggja virka samkeppni á fjarskiptamarkaði.

(21) Þá segir í mgr. 364:

„Með vísan til þess sem rakið er hér að framan um réttaröryggi og þá almannahagsmuni sem búa að 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 megin stefnu 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 bitastraumsbúnað sinn við ljósleiðaraheimtaugar annarra netrekenda.“ [undirstrikun og feitletrun FST]

(22) Þá kemur fram að fyrir hið fyrsta staðfesti nefndin því skilgreiningu á bæði vöru- og þjónustumörkuðum og landfræðilegum mörkuðum markaða 3a og 3b. Þá staðfesti nefndin útnefningu Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk á báðum mörkuðum. Jafnframt staðfesti nefndin álagningu kvaða á Mílu þó með tilteknum undantekningum vegna slita á eignartengslum við Símann.

(23) Þá kom fram að ákvörðun nefndarinnar væri markaður gildistími til 15. september 2023 í síðasta lagi. 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 ákvörðunina og taka nýja ákvörðun innan hæfilegra tímamarka.

(24) Þá segir í mgr. 367:

„Var hér einnig litið til 37.-39. gr. viðbótarathugasemda Mílu, frá 8. apríl 2022, þar sem fram kom að það kæmi einnig 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.“ [undirstrikun og feitletrun FST]

(25) Því næst kom fram í úrskurði nefndarinnar að hin kærða ákvörðun hefði verið byggð á þeirri forsendu að Míla og Síminn tilheyrðu fyrirtækjasamstæðu. Ljóst væri að eftir 15. september 2022 hefði breyting orðið þar á. Enda þótt nokkur tengsl væru enn á milli félaganna vegna heildsölusamnings sem væri í gildi á milli fyrirtækjanna væri ekki ljóst hvort unnt væri að beita vægari úrræðum, til þess að sporna gegn skaðlegum áhrifum þeirra tengsla á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þar af leiðandi teldi nefndin rétt að ógilda álagningu tiltekinna kvaða sem snéru að tilvist Símasamstæðunnar, frá og með 15. september 2022.

1.3 Vinna við nýja markaðsgreiningu og samráð um fyrirhugaða bráðbirgðaákvörðun

(26) Þegar leið á árið 2022 hafði frumathugun FST á landfræðilegri greiningu á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum leitt í ljós að tilefni væri til að framkvæma þá greiningu frá grunni út frá breyttum forsendum, eins og ESA hafði gefið ábendingu um í umsögn sinni um fyrri markaðsgreiningu FST á viðkomandi mörkuðum. Þá var ferlið um sölu Mílu úr Símasamstæðunni jafnframt hafið og útlit fyrir verulegar forsendubreytingar á fjarskiptamarkaði ef viðskiptin skyldu ganga í gegn sem þau gerðu með samkomulagi samrunaaðila við Samkeppniseftirlitið þann 15. september 2022.

(27) Önnur mikilvæg forsenda fyrir framvindu markaðsgreiningarinnar var að fá niðurstöðu í kærumáli Mílu hf. og Símans hf. til ógildingar á fyrri markaðsgreiningu FST, sbr. ákvörðun nr. 5/2021, en hún leit dagsins ljós með úrskurði þann 29. desember 2022. Á því rúmlega ári sem leið frá því að FST tók ákvörðun sína og úrskurður úrskurðanefndar var kveðinn upp höfðu orðið grundvallarbreytingar á íslenskum fjarskiptamarkaði með sölunni á Mílu út úr Símasamstæðunni til franska fjárstýringarfyrirtækisins Ardian France SA. Þar sem álagðar kvaðir samkvæmt ákvörðun FST höfðu að hluta til miðast við lóðréttu samþættingu umræddra fyrirtækja innan sömu samstæðu var ljóst að forsendur voru að nokkru leyti brostnar og felldi nefndin því niður þær kvaðir á Mílu sem beinlínis tengdust umræddri lóðréttri samþættingu. Eftir sölu Símans á Mílu var Síminn ekki lengur starfandi sem eigandi innviða á viðkomandi mörkuðum og var því útnefning Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk felld niður og allar kvaðir á það fyrirtæki.

(28) Í úrskurði nefndarinnar var tekið fram að ekki kæmi til álita að ógilda ákvörðun FST í heild af framangreindum sökum. Hins vegar væri mikilvægt að framkvæma nýja markaðsgreiningu á fyrrnefndum mörkuðum og þar til að slík greining lægi fyrir skyldu kvaðir samkvæmt hinni kærðu ákvörðun gilda áfram með tilteknum breytingum sem leiddu af sölunni á Mílu. Því var það niðurstaða úrskurðarnefndar að leggja fyrir FST að framkvæma nýja markaðsgreiningu og ljúka henni fyrir 15. september nk.

(29) Áætlun um að ný ákvörðun tæki gildi fyrir 15. september nk. hefur ekki gengið eftir þar sem nauðsynlegt var að framkvæma ítarlegt mat á því hvort nýleg þróun fjarskiptaneta leiddi til þess að staðaganga væri orðin á milli fastanetslausna og tiltekinna farnetslausna við skilgreiningu viðkomandi þjónustumarkaða á smásölu- og heildsölustigi. Endurskoðun á landfræðilegri afmörkun markaða var einnig viðamikil og tímafrek, sem lítur út fyrir að enda með mjög mörgum landfræðilegum mörkuðum á hvorum heildsölumarkaði. Þá þurfti að greina samkeppnisstöðuna á öllum umræddum landfræðilegum mörkuðum. Markaðsgreining sú sem nú stendur yfir er því byggð á nýjum og flóknari forsendum en fyrri greining og í grunninn er um að ræða nýja markaðsgreiningu fremur en uppfærslu á hinni eldri.

(30) Í ljósi þess að FST hefur orðið þess áskynja í samskiptum við Mílu hf. að félagið liti svo á að ef ný markaðsgreining á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum hefði ekki tekið gildi fyrir fyrrgreint tímamark, sem rennur sitt skeið í dag, að þá væri Míla laus undan öllum kvöðum á viðkomandi mörkuðum. FST telur það hvorki standast lög né forsendur úrskurðarins um að ekki gæti myndast kvaðalaust ástand án undangenginnar markaðsgreiningar. Þar sem á hinn bóginn var ekkert fjallað um það í úrskurðinum hvað myndi gerast ef ekki myndi takast að ljúka endanlegri markaðsgreiningu fyrir fyrrgreind tímamörk hefur myndast bagaleg réttaróvissa sem nauðsynlegt þykir að bregðast við.

(31) Þann 4. september s.l. birti FST frétt á heimasíðu sinni þar sem upplýst var um að stofnunin hygðist taka bráðabirgðaákvörðun um álagningu kvaða á Mílu hf. á viðkomandi mörkuðum og sömuleiðis um afléttingu kvaða að stórum hluta. Taldi FST rétt að veita hagaðilum skamman frest til að gera athugasemdir um þá fyrirætlun, en greint var frá skilyrðum fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar, forsendum að baki henni og meginefni hennar. Stofnunin óskaði sérstaklega eftir afstöðu umsagnaraðila til þess hvort vilji væri til þess að stytta aðlögunartíma fyrir gildistöku nýrra kvaða á Mílu hf. eða til 1. október nk. Umsagnarfrestur var veittur til 7. september s.l.

(32) Umsagnir bárust frá eftirtöldum aðilum:

- Ljósleiðaranum ehf. (dags. 07.09.2023)
- Mílu hf. (dags. 07.09.2023)
- Nova hf. (dags. 07.09.2023)
- Símanum hf. (dags. 06.09.2023)
- Snerpu ehf. (dags. 05.09.2023)
- Sýn hf. (dags. 05.09.2023)

(33) Flestir umsagnaraðilar tóku einungis eða aðallega afstöðu til þess álitaefnis sem sérstaklega var spurt um, þ.e. hvort forsendur stæðu til þess að stytta aðlögunartíma fyrir þær kvaðir sem ætlunin er að fella niður. Nova hf., Snerpa ehf. og Sýn hf. töldu ekki vera forsendur fyrir styttingu aðlögunartímans og að rétt væri að bíða niðurstöðu í lokaákvörðun um nýja markaðsgreiningu á meðan Síminn taldi hefðbundinn aðlögunartíma ekki nauðsynlegan og studdi styttingu hans.

(34) Í athugasemdum Mílu kemur fram að fyrirhuguð bráðabirgðaákvörðun FST eigi sér ekki viðhlítandi stoð í lögum. Mílu hafi ekki gefist tækifæri á því að njóta andmælaréttar síns þegar horft er til þess hversu skammur umsagnarfresturinn hafi verið og að félaginu hafi verið synjað um aðgang að öllum gögnum málsins. Það er álit Mílu að jafnvel þó að fyrir hendi væri efnisleg lagastoð til að taka ákvörðun um álagningu kvaða án undangenginnar markaðsgreiningar að þá séu lagaleg skilyrði fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar ekki til staðar. Þá hefur Míla lagt á það ríka áherslu að FST meti hvort raunveruleg þörf sé fyrir því að taka bráðabirgðaákvörðun um kvaðir á félagið þar sem það búi nú þegar við strangar kvaðir á grundvelli sáttar sem félagið gerði við SE í tengslum við söluna á Mílu úr Símasamstæðunni. Ekki sé heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun nema brýnir hagsmunir standi til þess.

(35) Í hnotskurn ganga athugasemdir Ljósleiðarans ehf. út á það að félagið geri ekki athugasemdir við því að þörf sé á töku bráðabirgðaákvörðunar og að skilyrði fyrir því séu uppfyllt, en að það standist ekki lög að breyta eða afnema kvaðir sem lagaðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk án undangenginnar markaðsgreiningar og öllu því samráðsferli sem því fylgir. Því þyrfti bráðabirgðaákvörðun að einskorðast við að framlengja gildistíma gildandi kvaða með óbreyttum hætti.

(36) Þann 12. september s.l. óskaði Míla hf. eftir aðgangi að umsögnum annarra aðila sem höfðu skilað inn umsögn í samráði FST. FST taldi ekki vera forsendur fyrir öðru en að samþykka þessa aðgangsbeiðni. Í ljósi þess að samráðsferlinu var lokið voru þessi gögn afhent samdægurs með þeim formerkjum að þau væru send Mílu hf. til upplýsingar, en ekki til

umsagnar/andmæla Mílu hf. Síðla kvölds þann 13. september s.l. barst FST erindi frá Mílu sem bar yfirskriftina „viðbótarathugasemdir“ og fjölluðu m.a, um umsagnir annarra aðila í samráðinu. FST telur ekki ástæðu til að rekja efni umræddra viðbótarathugasemda Mílu hf.

II. Lagaumhverfi

(37) Í ákvæði II. til bráðabirgða í lögum nr. 70/2022, kveður á um að öllum kvöðum, sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki samkvæmt eldri fjarskiptalögum skuli viðhaldið þar til endurskoðun kvaðanna hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu. Í 5. mgr. 44. gr. fjarskiptalaga 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.“

(38) Í 48. gr. reglugerð nr. 556/2023 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, sem tók gildi 23. maí 2023, er fjallað um endurskoðun markaðsgreininga. Þar kemur fram í 1. mgr. að til að veita markaðsaðilum vissu um skilyrði kvaða skuli setja markaðsgreiningum tímafresti. Markaðsgreiningar skulu framkvæmdar með reglubundnum hætti og innan hæfilegs og viðeigandi tímaramma. Samkvæmt 2. mgr. skal hámarkstími milli markaðsgreininga vera 5 ár til að tryggja stöðugleika og fyrirsjáanleika kvaða. Í undantekningartilvikum er unnt að auka hann um eitt ár. Þessi hámarkstími er að því tilskildu að ekki verði viðamiklar breytingar á viðkomandi markaði sem kalla fyrir á nýja greiningu. Í 6. mgr. segir svo:

*„Nái Fjarskiptastofa ekki að framkvæma markaðsgreiningar innan framangreindra hámarksfresta, **veldur það ekki ógildingu fyrri markaðsgreiningar eða þeirra kvaða sem tengjast henni.**“ [feitiletrun FST]*

(39) Í 7. mgr. 48. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um gildistíma og niðurfellingu kvaða. Þar segir:

*„Ákvarðanir sem Fjarskiptastofa tekur í kjölfar markaðsgreiningar, **þ.m.t. kvaðir, skulu gilda þar til stofnunin hefur endurtekið greiningu á viðkomandi markaði** og tekið nýja ákvörðun í kjölfar nýrrar markaðsgreiningar.“ [feitiletrun FST]*

(40) Í 8. mgr. 48. gr. er svo að finna skýrt ákvæði um hvað gerist ef úrskurðarnefnd eða dómstólar ógilda markaðsgreiningarákvarðanir FST. Þar segir:

*„Ógildi úrskurðarnefnd fjarskipta- eða póstmála, eða dómstólar, ákvarðanir sem Fjarskiptastofa tekur í kjölfar markaðsgreininga, þ.m.t. að því er varðar kvaðir, **skal 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 skal Fjarskiptastofa hraða endurskoðun umræddrar greiningar eins og unnt er.“ [feitiletrun FST]*

(41) Í 47. gr. reglugerðarinnar er fjallað um niðurfellingu kvaða og aðlögunartíma. Þar segir:

*„Taki Fjarskiptastofa ákvörðun um að fella niður kvaðir sem verið hafa í gildi, **skal stofnunin mæla fyrir um hæfilegan aðlögunartíma fyrir aðgangsbæðendur áður en þær falla niður**, sem og önnur skilyrði tengd kvöðunum. Fjarskiptastofu ber að vega saman annars vegar hagsmuni fjarskiptafyrirtækisins sem kvaðirnar voru lagðar á, af því að losna undan þeim og að þær haldist ekki lengur en nauðsynlegt er, og hins vegar hagsmuni aðgangsbæðanda, og endanotenda, af því að tryggja snurðulaus umskipti yfir í aðra þjónustu.*

Við ákvörðun um hæfilegan aðlögunarfrest skal m.a. hafa hliðsjón af gildistíma gildandi samninga milli aðgangsveitenda og aðgangsbæðenda, sem gerðir hafa verið á viðkomandi markaði sem kvaðir hafa náð til. Fjarskiptastofa tekur einnig tillit til þeirra möguleika sem aðgangsbæðendum stendur til boða um aðgang á viðskiptalegum forsendum eða með því að taka þátt í mögulegum samfjárfestingum. Stofnunin skal forðast eins og kostur er að kveða á um óhóflega langa tímafresti í þessum sambandi.“
[feitiletrun FST]

(42) Í 56. gr. reglugerðar um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta segir um heimild FST til töku bráðabirgðaákvörðunar:

*„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 eftirlitstofnunum í einstökum ríkjum 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.“ [feitiletrun FST]

Ofangreind 55. gr. reglugerðarinnar, sem þarna er vísað til fjallar um hið almenna samráðsferli við ESA og fjarskiptaeftirlitsstjórnvöld á EES-svæðinu.

(43) Ofangreind 56. gr. reglugerðarinnar um heimild til töku bráðabirgðaákvörðunar er í anda 18. gr. laga nr. 75/2021 um heimild til bráðabirgðaákvörðunar, hvar 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.“

III. Forsendur og niðurstaða

3.1. Nauðsyn bráðabirgðaákvörðunar og skilyrði fyrir töku hennar

(44) Almennt fellir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála (nefndin) úrskurði, en í framangreindum úrskurði nefndarinnar í máli nr. 3/2021, dags. 20. desember 2022, nefnir nefndin hins vegar úrlausn sína „ákvörðun“. Að mati FST verður að líta á þá „ákvörðun“ sem um ræðir, þar sem gildistími var markaður frá 15. september 2021 til 15. september 2023, sem hina kærðu ákvörðun FST eins og nefndin breytti henni með úrskurði sínum þann 29. desember 2022, sbr. umfjöllun í kafla 1.2 hér að framan.

(45) Eins og nánar verður rökstutt hér síðar, og þar sem ljóst er að FST hefur ekki unnist tími til að ljúka markaðsgreiningunni innan þeirra tímamarka sem nefndin úrskurðaði, telur FST nauðsynlegt að taka bráðabirgðaákvörðun sem tryggir að kvaðir á Mílu verði ekki afnumdar fyrr en með endanlegri ákvörðun FST í kjölfar þeirrar markaðsgreiningar sem nú stendur yfir. Eins og nánar verður rökstutt hér síðar er það í samræmi við hið lögformlega rétta ferli við afnám kvaða. Í stað þess að miða við þær kvaðir sem lagðar voru á Mílu með ákvörðun FST nr. 5/2021 telur FST eðlilegra að sömu kvaðir og gilda á Mílu eftir framangreindan úrskurð úrskurðarnefndar frá 29. desember 2022 gildi fram að hinni endanlegu ákvörðun í málinu. Er með því horft til þess að með úrskurði nefndarinnar voru afnumdar kvaðir á Mílu sem endurspeglar að Míla og Síminn eru ekki lengur lóðrétt samþætt fyrirtæki, sem ekki var raunin þegar FST tók hina framangreinda ákvörðun á árinu 2021. Mun bráðabirgðaákvörðunin gilda þar til endanleg ákvörðun FST um endurskoðaða markaðsgreiningu á umræddum mörkuðum lýkur með endanlegri ákvörðun, sem stefnt er að að liggi fyrir eigi síðar en fyrir næstu áramót, þó ekki lengur en til 1. mars 2024.

(46) Þar sem Míla hefur gefið það sterktlega í skyn að félagið líti svo á að félagið losni undan öllum kvöðum líti endanleg ákvörðun FST ekki dagsins ljós fyrir 16. september 2023 og þar til endanleg ákvörðun í kjölfar endurskoðaðrar markaðsgreiningar verður birt, telur FST nauðsynlegt að taka bráðabirgðaákvörðun, sem tekur af allan vafa um að framangreint tímabil frá 16. september fram að birtingu hinnar nýju ákvörðunar um endurskoðaða markaðsgreiningu verði ekki kvaðalaust, enda telur FST að slíkt slíkt kvaðaleysi milli markaðsgreininga sé í andstöðu við skýr lagafyrirmæli í fjarskiptalögum nr. 70/2022 og reglugerð nr. 556/2023 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta.

(47) Í ákvörðun úrskurðarnefndar er ekki að finna umfjöllun um hvað gerist ef ný markaðsgreining lítur ekki dagsins ljós innan framangreinds frests. Til að taka af allan vafa er bráðabirgðaákvörðun þessi tekin þrátt fyrir að FST telji að nánar tilgreind ákvæði umræddra fjarskiptalaga og reglugerðar er fjalla um markaðsgreiningar, sem nánari grein verður gerð fyrir hér að neðan, séu skýr hvað varðar það að ekki myndist kvaðalaust tímabil milli markaðsgreininga. Þykir rétt að skýra réttarstöðu aðila á markaði, m.a. að því er varðar hvaða kvaðir munu gilda á Mílu þar til endanleg ákvörðun liggur fyrir, hvaða aðlögunarfrestir eru hæfilegir við slíkt afnám og gildistíma bráðabirgðaákvörðunarinnar.

(48) Hér að neðan mun FST rökstyðja nauðsyn þess að taka umrædda bráðabirgðaákvörðun og sýna fram á að skilyrði ákvæðis framangreindrar 56. gr. reglugerðarinnar séu uppfyllt, en þau eru eins og áður greinir þau sömu og kveðið er á um í 18. gr. laga um Fjarskiptastofu.

Lagagrundvöll bráðabirgðaákvörðunar þessarar er því að finna í umræddri 18. gr. fjarskiptalaga og umræddri 56. gr. reglugerðarinnar.

(49) Eins og fram kemur í kafla II hér að framan, þar sem fjallað var um lagaumhverfi málsins, telur FST einsýnt að þó svo að nefndin hafi einungis markað gildistíma „ákvörðunarinnar“ til 15. september 2023, sem nefndin taldi vera *hæfilegan* frest fyrir FST til að framkvæma nýja markaðsgreiningu, gera hvorki fjarskiptalög né umrædd reglugerð um framkvæmd markaðsgreininga í fjarskiptum ráð fyrir að kvaðalaust tímabil verði til staðar á þessum mörkuðum þann 16. september 2023, þar til endanleg ákvörðun sem byggist á hinni nýju greiningu lítur dagsins ljós, nái FST ekki að ljúka hinni nýju greiningu með endanlegri ákvörðun eigi síðar en 15. september 2023. Aðeins með nýrri ákvörðun FST í kjölfar lögbundinnar markaðsgreiningar er heimilt að fella niður kvaðir, hvort sem það er á viðkomandi mörkuðum í heild eða tilteknum landfræðilegum hluta þeirra. Auk þess skal FST, skv. 47. gr. framangreindrar reglugerðar, kveða á um hæfilegan aðlögunartíma þegar ákvörðun um að fella niður kvaðir sem hafa verið í gildi er tekin. Hefði FST lokið nýrri markaðsgreiningu þann 15. september 2023 er því ljóst að kvaðir á Mílu hefðu ekki fallið niður daginn eftir, heldur aðeins að liðnum hinum hæfilega aðlögunartíma. Hér síðar verður fjallað frekar um hæfilegan aðlögunartíma í þessu máli.

(50) Í ákvæði II til bráðabirgða í fjarskiptalögum nr. 70/2022, er kveðið á um að öllum kvöðum, sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki samkvæmt eldri fjarskiptalögum skuli viðhaldið þar til endurskoðun kvaðanna hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu. Samkvæmt IX. Kafla laganna er það aðeins FST sem framkvæmir markaðsgreiningar á fjarskiptamörkuðum hér á landi. Samkvæmt 5. mgr. 44. gr. laganna segir að hafi kvaðir verið lagðar á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði beri að fella þær úr gildi, ef markaðsgreining FST leiðir í ljós að skilyrði á viðkomandi markaði réttlæti ekki álagningu kvaða.

(51) Samkvæmt ofangreindu kveða gildandi fjarskiptalög með skýrum hætti á um að kvaðir sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk verða ekki felldar niður nema með ákvörðun FST í kjölfar markaðsgreiningar, þannig að ekki myndist kvaðalaust tímabil milli markaðsgreininga. Ljóst er að slíkri markaðsgreiningu, sem getur afnumið kvaðir, er ekki lokið. Úrskurðarnefnd getur, að mati FST, ekki aftengt þessi skýru lagaákvæði með því að setja FST tímafresti og er það álit stofnunarinnar að það hafi ekki verið ætlun nefndarinnar. Er því nauðsyn á umræddri bráðabirgðaákvörðun til að brúa þetta bil milli loka gildistíma ákvörðunar nefndarinnar og gildistöku nýrrar markaðsgreiningarákvörðunar.

(52) Þessi sjónarmið koma einnig fram með afar skýrum hætti í framangreindri reglugerð um framkvæmd markaðsgreininga, sem tók gildi 23. maí 2023. Þess má geta, þótt það hafi ekki sjálfstætt gildi við túlkun lagaákvæða þessa máls, að hvorki Míla né önnur fjarskiptafyrirtæki gerðu athugasemdir við reglugerðardrögin þegar þau voru birt til samráðs í samráðsgátt stjórnvalda.

(53) Í 48. gr. reglugerðarinnar er fjallað um endurskoðun markaðsgreininga. Þar kemur fram í 1. mgr. að til að veita markaðsaðilum vissu um skilyrði kvaða skuli að hámarki líða 5 ár á milli markaðsgreininga. Markaðsgreiningar skulu framkvæmdar með reglubundnum hætti og innan hæfilegs og viðeigandi tímaramma. Samkvæmt 2. mgr. skal hámarkstími milli

markaðsgreininga vera 5 ár, og 6 ár í undantekningartilvikum, til að tryggja stöðugleika og fyrirsjáanleika kvaða. Í undantekningartilvikum er unnt að auka hann um eitt ár. Þessi hámarkstími er að því tilskildu að ekki verði viðamiklar breytingar á viðkomandi markaði sem kalla fyrir á nýja greiningu. Enginn ákvæðinn tímafrestur er settur á FST í ákvæðinu ef það þarf að framkvæma nýja markaðsgreiningu fyrir. Aðeins að hann skuli vera hæfilegur og viðeigandi. Að mati FST fer slíkur hæfilegur tímafrestur eftir eðli, umfangi og flækjustigi viðkomandi markaðsgreiningar.

(54) Í 6. mgr. greinarinnar segir svo:

*„Nái Fjarskiptastofa ekki að framkvæma markaðsgreiningar innan framangreindra hámarksfresta, **veldur það ekki ógildingu fyrri markaðsgreiningar eða þeirra kvaða sem tengjast henni.**“* [feitletrun FST]

Þetta ákvæði tekur sérstaklega fram að þó svo FST fari umfram umræddan 5-6 ára hámarksfrest valdi það ekki ógildingu fyrri markaðsgreiningar eða þeirra kvaða sem tengjast henni. Sækir ákvæði þetta lagastoð í framangreindri 5. mgr. 44. gr. fjarskiptalaga og sýnir svart á hvítu að undir engum kringumstæðum á að koma til kvaðalaus tímabils á milli markaðsgreininga.

(55) Enn er þetta ítrekað í 7. mgr. 48. gr. reglugerðarinnar þar sem kveðið er á um gildistíma og niðurfellingu kvaða. Þar segir:

*„Ákvarðanir sem Fjarskiptastofa tekur í kjölfar markaðsgreiningar, **þ.m.t. kvaðir, skulu gilda þar til stofnunin hefur endurtekið greiningu á viðkomandi markaði og tekið nýja ákvörðun í kjölfar nýrrar markaðsgreiningar.**“* [feitletrun FST]

(56) Í 8. mgr. 48. gr. er svo að finna skýrt ákvæði um hvað gerist ef úrskurðarnefnd eða dómstólar ógilda markaðsgreiningarákvarðanir FST. Þar segir:

*„Ógildi úrskurðarnefnd fjarskipta- eða póstmála, eða dómstólar, ákvarðanir sem Fjarskiptastofa tekur í kjölfar markaðsgreininga, **þ.m.t. að því er varðar kvaðir, skal 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 skal Fjarskiptastofa hraða endurskoðun umræddrar greiningar eins og unnt er.“* [feitletrun FST]

Þarna er að finna reglu um hvað gerist ef úrskurðarnefnd eða dómstólar ógilda ákvörðun FST um markaðsgreiningar. Ekki skal myndast kvaðalaust tímabil þar til ný greining hefur verið framkvæmd. Að mati FST er skýrt að þetta á einnig við þegar breyting er gerð á gildandi ákvörðun um markaðsgreiningar eins og í þessu tilviki. Að mati FST getur tímafrestur sá sem úrskurðarnefnd markaði hinni breyttu markaðsgreiningarákvörðun ekki vikið skýrum laga- og reglugerðarákvæðum til hliðar hvað ofangreint varðar. Eins og að ofan greinir telur FST þó vissara að taka umrædda bráðabirgðaákvörðun til að skýra réttarstöðuna enn frekar í ljósi framangreindrar afstöðu Mílu.

(57) Ofangreind sjónarmið um að kvaðalaust tímabil myndist ekki milli markaðsgreininga FST kemur einnig skýrt fram í umræddum úrskurði nefndarinnar. Vísar nefndin m.a. til þess að það sé aðeins í verkahring FST hér á landi að framkvæma markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, til að skera úr um það hvort samkeppni sé virk á þeim mörkuðum sem skilgreindir

eru. Ennfremur vísar nefndin til framangreinds ákvæðis II til bráðabirgða í lögum nr. 70/2022, sem kveður á um að öllum kvöðum, sem lagðar hafa verið á fjarskiptafyrirtæki samkvæmt eldri fjarskiptalögum (sem í gildi voru þegar hin kærða ákvörðun FST var tekin) skuli viðhaldið þar til endurskoðun kvaðanna hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu FST.

(58) Í mgr. 360 í framangreindum úrskurði segir nefndin að í ljósi ríkra hagsmuna keppinauta, en fyrst og fremst almennings, sem og niðurstöðu FST um að virk samkeppni væri ekki til staðar á umræddum mörkuðum, væri ekki unnt að kveða á um það í úrskurði nefndarinnar að engar kvaðir giltu á markaði. Í ljósi breyttra aðstæðna ætti enn síður við að ógilda hina kærðu ákvörðun FST þannig að eldra réttarástand frá 2014 raknaði við. Í því ljósi taldi nefndin að sá kostur að staðfesta hina kærðu ákvörðun óbreytta, í ljósi slita á eignartengslum Símans og Mílu, væri ekki tækur og að þörf væri á nýrri ákvörðun FST að undangenginni lögbundinni málsmeðferð. Því hefði nefndin ákveðið að heimvísa hinni kærðu ákvörðun til nýrrar ákvörðunartöku FST, þó með því að breyta henni. Hinni nýju ákvörðun FST væri þannig ætlað að leysa ákvörðun nefndarinnar af hólmi fyrir 15. september 2023, sem nefndin taldi, eins og áður segir, að væri nægilegur tími fyrir FST til að framkvæma nýja markaðsgreiningu. Það væri hlutverk FST að framkvæma fullburða markaðsgreiningu og eftir atvikum meta í kjölfarið hvaða kvaðir væru nauðsynlegar til þess að tryggja virka samkeppni á fjarskiptamarkaði.

(59) Í mgr. 364 segir nefndin svo að með vísan til réttaröryggis og þá almannahagsmuni sem byggju að baki því að kvaðir væru lagðar á, þar sem virkrar samkeppni nyti ekki við á markaði, teldi nefndin ekki rétt að ógilda ákvörðun FST um Mílu í heild sinni. Í stað þess teldi nefndin rétt að halda að meginstefnu til í gildi þeim kvöðum sem FST hefði lagt á Mílu þó að teknu tilliti til sölu Símans á Mílu.

(60) Varðandi ákvörðun nefndarinnar um að marka gildistíma ákvörðunarinnar til 15. september 2023 kom fram að 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 ákvörðunina og taka nýja ákvörðun innan hæfilegra tímamarka.

(61) FST hyggur að áðurnefnt tímamark hafi verið ákveðið af hálfu nefndarinnar m.t.t. að vinna FST við að endurskoðaða markaðsgreininguna var þegar hafin og vonir stóðu til þess að henni yrði lokið sumarið 2023. Það gekk hins vegar ekki eftir þar sem FST taldi, eftir óformlegar viðræður við ESA, að nauðsynlegt væri að framkvæma ítarlegt mat á því hvort nýleg þróun fjarskiptaneta leiddi til þess að staðaganga væri orðin á milli fastanetslausna og tiltekinna farnetslausna við skilgreiningu viðkomandi þjónustumarkaða á smásölu- og heildsölustigi, auk þess sem landfræðileg afmörkun markaða var flókin og tímafrek, sem endaði með mörgum landfræðilegum mörkuðum á hvorum heildsölumarkaði. Þá þurfti að greina samkeppnisstöðuna á öllum umræddum landfræðilegum mörkuðum. Markaðsgreining sú sem nú stendur yfir er því byggð á nýjum og mun flóknari forsendum og annarri nálgun en í fyrri greiningu og er því að miklu leyti um að ræða nýja og ólíka markaðsgreiningu. Þessar upplýsingar lágu ekki fyrir þegar úrskurðarnefnd tók ákvörðun sína og gat nefndin því ekki horft til þeirra þegar hún markaði ákvörðun sinni tímamörk. Þá var FST nokkur vandi á höndum að hefja nýja greiningu af krafti fyrr en úrskurður nefndarinnar lægi fyrir, en eins og að ofan greinir tafðist sá úrskurður af ýmsum ástæðum til 29. desember 2022. Frá því í byrjun janúar 2023 hafa hins vegar fjölmargir starfsmenn FST unnið hörðum höndum að greiningunni

og verkefnum hefur verið forgangsraðað í þágu greiningar þessarar. FST hefur því hvergi slegið slöku við í tengslum við þetta verkefni eftir að niðurstaða úrskurðarnefndar lá fyrir í árslok 2022.

(62) Eins og áður greinir getur umræddur tímafrestur sem úrskurðarnefnd kvað á um ekki vikið til hliðar skýrum ákvæðum fjarskiptalaga og reglugerðar um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta og þannig gert það að verkum að kvaðalaust tímabil myndist. Hins vegar telur FST rétt með bráðabirgðaákvörðun þessari að kveða á um að sömu kvaðir og úrskurðarnefnd ákvarðaði með ákvörðun sinni frá 29. desember 2022 muni gilda á Mílu þar til ný markaðsgreiningarákvörðun hefur verið tekin, þó eigi lengur en út febrúar 2024. Binding kvaða við ákveðið tímamark verður eingöngu réttlætt á þeim grundvelli að um er að ræða bráðabirgðaákvörðun, enda skulu þær í eðli sínu gilda tímabundið. Ef ekki væri kveðið á um nýtt tímabundið ástand myndi réttarástandið frá 2014 gilda að mati FST. Myndi slíkt vera verulega íþyngjandi fyrir Mílu og úr hófi fram.

(63) Að ofangreindu virtu, sérstaklega til að koma í veg fyrir réttaróvissu á markaðnum, telur FST því nauðsynlegt að taka umrædda bráðabirgðaákvörðun.

(64) Í ofangreindu ákvæði 18. gr. laga um Fjarskiptastofu og 56. gr. reglugerðar um markaðsgreiningar eru verndarhagsmunir ákvæðanna að tryggja samkeppni og vernda hagsmuni endanotenda. Til að heimilt sé að beita ákvæðinu þarf að uppfylla annað af tveimur skilyrðum, þ.e. annað hvort að hætta sé á að réttindi aðila máls fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjáртjóni. Til að sýna fram á það að hætta sé á að réttindi aðila máls fari forgörðum er nærtækast að vísa í 360. mgr. í framangreindum úrskurði, þar sem nefndin segir að í ljósi ríkra hagsmuna keppinauta, en fyrst og fremst almennings, sem og niðurstöðu FST um að virk samkeppni væri ekki til staðar á umræddum mörkuðum, væri ekki unnt að kveða á um það í úrskurði nefndarinnar að engar kvaðir giltu á markaði. Vísaði nefndin því bæði til ríkra almannahagsmuna og einkahagsmuna, auk sjónarmiða um réttaröryggi, máli sínu til stuðnings að hafna ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. FST gerir þennan rökstuðning nefndarinnar að sínum til að rökstyðja að framangreint skilyrði umrædds lagaákvæðis og reglugerðarákvæðis sé uppfyllt.

(65) Þá er að mati FST augljóst að meðal aðila máls eru þau fjarskiptafyrirtæki sem hafa verið að kaupa hina kvaðasettu þjónustu af Mílu, sem og þau fjarskiptafyrirtæki sem eiga í beinni samkeppni við Mílu á viðkomandi mörkuðum. Mikilvægt er að aflétting kvaða á Mílu á tilteknum landfræðilegum mörkuðum málsins fari fram í samræmi við laga- og reglugerðarumhverfi það sem um slíkt gildir og að kveðið sé á um hæfilegan aðlögunarfrest.

(66) Í 2. mgr. umræddra laga- og reglugerðarákvæða segir að séu ofangreind skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar uppfyllt, sé stofnuninni heimilt að víkja frá almennum reglum um samráð við ESA og aðrar fjarskiptaeftirlitsstofnanir á EES-svæðinu, en að stofnunin þurfi engu að síðar að tilkynna þessum aðilum tafarlaust um bráðabirgðaákvörðunina sem rökstudd skal með fullnægjandi hætti. FST hefur látið þýða bráðabirgðaákvörðun þessa á ensku og sendir ESA tilkynningu um hana í dag.

(67) Í 3. mgr. umræddra laga- og reglugerðarákvæða segir að lokum að FST skuli í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar hefja markaðsgreiningu samkvæmt hefðbundinni málsmeðferð sem um markaðsgreiningar gildir innan 7 daga frá því að bráðabirgðaákvörðunin er tekin, ella falli hún úr gildi. Ljóst er að hefðbundin málsmeðferð skv. ofangreindu er í fullum gangi og því er ákvæði þetta uppfyllt.

3.2. Aflétting kvaða og afmörkun aðlögunartíma

(68) Samhliða bráðabirgðaákvörðun þessari birtir FST drög að endurskoðaðri markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum, að kvöðum undanskildum. Stefnt er að því að innanlandssamráð um kvaðir á fyrirtæki sem FST álítur að séu með umtalsverðan markaðsstyrk muni fara fram innan fárra vikna. Stefnir FST að því að endanleg ákvörðun sem byggist á hinni endurskoðuðu markaðsgreiningu verði birt fyrir árslok 2023. Ekki er þó útilokað að ófyrirsjáanlegar aðstæður geti tafið ferlið þannig að endanleg ákvörðun líti ekki dagsins ljós einhverjum vikum síðar, þó aldrei síðar, að mati FST, en fyrir lok febrúar 2024.

(69) Í 47. gr. ofangreindrar reglugerðar er fjallað um niðurfellingu kvaða og aðlögunartíma í tengslum við slíkt. Þar segir:

*„Taki Fjarskiptastofa ákvörðun um að fella niður kvaðir sem verið hafa í gildi, **skal stofnunin mæla fyrir um hæfilegan aðlögunartíma fyrir aðgangsbæðendum áður en þær falla niður**, sem og önnur skilyrði tengd kvöðunum. Fjarskiptastofu ber að vega saman annars vegar hagsmuni fjarskiptafyrirtækisins sem kvaðirnar voru lagðar á, af því að losna undan þeim og að þær haldist ekki lengur en nauðsynlegt er, og hins vegar hagsmuni aðgangsbæðanda, og endanotenda, af því að tryggja snurðulaus umskipti yfir í aðra þjónustu.*

Við ákvörðun um hæfilegan aðlögunarfrest skal m.a. hafa hliðsjón af gildistíma gildandi samninga milli aðgangsbæðenda og aðgangsbæðenda, sem gerðir hafa verið á viðkomandi markaði sem kvaðir hafa náð til. Fjarskiptastofa tekur einnig tillit til þeirra möguleika sem aðgangsbæðendum stendur til boða um aðgang á viðskiptalegum forsendum eða með því að taka þátt í mögulegum samfjárfestingum. Stofnunin skal forðast eins og kostur er að kveða á um óhóflega langa tímafresti í þessum sambandi.“
[undirstrikun og feitletrun FST]

Umrætt reglugerðarákvæði er í samræmi við leiðbeiningar og tilmæli um markaðsgreiningar sem gilt hafa um langa hríð í tengslum við framkvæmd markaðsgreininga. Við slíka niðurfellingu kvaða í ríkjum á EES-svæðinu hefur almennt verið miðað við 6 mánaða aðlögunarfrest, en einnig þekkist aðlögunarfrestur upp á 3 mánuði og 12 mánuði.

(70) Til að koma til móts við Mílu í máli þessu kveður FST á um að hæfilegur aðlögunarfrestur, hvað varðar kvaðir á þeim svæðum sem virk samkeppni telst ríkja samkvæmt drögum að markaðsgreiningu, sem birt er til innanlandssamráðs í dag, byrji að líða frá og með dagsetningu bráðabirgðaákvörðunar þessarar og að honum ljúki þann dag sem FST tekur endanlega ákvörðun í málinu, sem stefnt er að verði fyrir árslok 2023, en í síðasta lagi fyrir lok febrúar 2024. Aðlögunarfresturinn gæti því verið frá 3,5 mánuðum upp í mest 5,5 mánuði. Er það í lægri kanti þess sem algengast er í Evrópu. FST telur a.m.k. ekki þörf á lengri aðlögunarfresti en að hámarki 5,5 mánuðum, sér í lagi ef horft er til þess að sem fram kemur í 2. mgr. 47. gr. ofangreinds reglugerðarákvæðis um möguleika sem aðgangsbæðendum

stendur til boða, en umrædd svæði þar sem virk samkeppni er talin ríkja einkennist af samhliða fjarskiptaneti keppinauta Mílu. Eins og áður greinir telur FST vel gerlegt og hefur allan hug á því að ljúka endanlegri ákvörðun í málinu fyrir árslok 2023.

(71) Hvað hæfilegan aðlögunartíma varðar í tengslum við mögulegar tilslakanir á kvöðum á þeim svæðum þar sem Míla mun áfram vera með umtalsverðan markaðsstyrk samkvæmt framangreindum markaðsgreiningardrögum, verður hann útfærður í seinna innanlandssamráði málsins sem áformað er innan fárra vikna.

3.3 Afstaða til athugasemda umsagnaraðila

(72) Í öllum meginatriðum felur framangreindur rökstuðningur í sér afstöðu FST til fram kominna athugasemda hagsmunaaðila. FST telur þó engu að síður vera tilefni til að fjalla sérstaklega um tiltekin sjónarmið að teknu tilliti til athugasemda umsagnaraðila.

(73) Fyrir tveimur dögum síðan eða að kvöldi 13. september s.l. bárust FST viðbótarathugasemdir af hálfu Mílu hf. sem m.a. höfðu að geyma afstöðu félagsins til umsagna annarra umsagnaraðila sem tóku þátt í samráðinu. Þetta gerist þrátt fyrir að FST hafði leiðbeint félaginu, við afhendingu á umsögnum þessara aðila, að ekki væri verið að gefa Mílu hf. kost á athugasemdum/andmæli við umsagnirnar, heldur væri verið að senda þær félaginu til upplýsinga. Samkvæmt 1. mgr. 18. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 er stjórnvaldi heimilt að setja málsaðilum ákveðinn frest til þess að kynna sér gögn máls og tjá sig um það. Það gerði FST með því að kveða á um svarfrest fyrir þátttakendur í samráðinu til 7. september s.l. Viðbótarathugasemdir Mílu hf. bárust að þeim tíma liðnum og með mjög skömmum fyrirvara fyrir tímasetningu á hinni boðuðu bráðabirgðaákvörðun.

(74) Eftirlitsskyldur aðili getur ekki með síðbúnum og einhliða aðgerðum raskað eðlilegri framvindu á stjórnarsýslumáli með því að virða ekki svarfresti, krefjast afstöðu stjórnvaldsins á grundvelli upplýsinga sem öðrum málsaðilum hefur ekki gefist kostur á að kynna sér, og ryðja þar með úr vegi lögmætu markmiði stjórnvaldsins um töku stjórnvaldsákvörðunar sem ætlað er tryggja mikilvæga hagsmuni fyrirtækja og notenda á fjarskiptamarkaði fyrir tiltekið og afdrifaríkt tímamark sem runnið er upp í dag. FST fjallar því ekki sérstaklega um viðbótarathugasemdir Mílu hf. frá 13. september 2023. Þó skal tekið fram að FST hefur að sjálfsögðu kynnt sér umræddar athugasemdir, en telur að rökstuðningur stofnunarinnar í þessari ákvörðun og afstaða hennar til fyrri umsagnar Mílu hf. feli jafnframt í sér efnislegt svar við viðbótarathugasemdum félagsins.

3.3.1 Aðlögunartími fyrir afléttingu kvaða

(75) Í samráðsskjali um fyrirhugaða bráðabirgðaákvörðun FST var opnað á þann möguleika að niðurfelling kvaða í þeim sveitarfélögum sem búa við virka samkeppni myndi hefjast frá og með 1. október nk. Sérstaklega var leitað eftir afstöðu viðsemjenda Mílu hf. til þessa atriðis.

(76) Eins og áður er getið lögðust Nova hf., Snerpa ehf. og Sýn hf. gegn því að aðlögunartíminn yrði stytur með þessum hætti á meðan Síminn var því fylgjandi. FST telur að ekki þurfi að gera ríka kröfu til þess að hagsmunaaðilar rökstyðji hagsmuni sína með ítarlegum hætti, enda er sérstaklega gert ráð fyrir því í regluverkinu að hæfilegur aðlögunartími skuli ákveðinn þegar kvaðir eru felldar niður eða þeim breytt. Þarfir hagsmunaaðila fyrir hæfilegan aðlögunartíma geta komið til af ýmsum ástæðum, s.s. tíma til að ljúka samningum við Mílu,

gerð samninga við aðra birgja og afhendingartími aðfanga, þjálfun starfsfólks og breytingar á pöntunar- og söluferlum, auk markaðssetningar á nýjum vörum og þjónustu gagnavart endanotendum. Allt getur þetta tekið einhvern tíma. Miðað við þau fordæmi sem FST hefur fundið frá öðrum ríkjum EES-svæðisins getur aðlögunartíminn verið frá 3 mánuðum upp í 12 mánuði.

(77) Mikilvæg forsenda fyrir Mílu hlýtur að vera að upphaf aðlögunartímans hefjist nú með töku þessarar bráðabirgðaákvörðunar og að við endanlega ákvörðun verði aðlögunartíminn ákvarðaður m.t.t. þess.

3.3.2. Meint brot á andmælarétti

(78) Míla hf. telur að andmælaréttur hafi ekki verið virtur gagnvart félaginu. Félagið hafi ekki fengið aðgang að gögnum málsins en skoðun á þeim sé mikilvægur liður við framkvæmd rannsóknarreglunnar, t.d. að aðilum gefist kostur á leiðréttu mögulega rangar eða ófullnægjandi upplýsingar sem ætlunin er að stjórnvaldsákvörðun byggja á.

(79) FST taldi einmitt mikilvægt fyrir Mílu hf., sem og aðra hagaðila, að fá tækifæri til að tjá sig um mat FST á forsendum og nauðsyn bráðabirgðaákvörðunar, skilyrði sem ákvörðunin þarf að uppfylla og um meginefni hennar. Þessi atriði voru öll tekin saman með greinargóðum hætti í texta samráðsskjalsins sem birt var sem frétt á heimasíðu FST þann 4. september s.l.

(80) Daginn eftir að samráðsskjalið var birt barst FST rökstudd beiðni frá Mílu hf. um aðgang að öllum gögnum sem ætlunin væri að byggja hina boðuðu bráðabirgðaákvörðun á. Einnig fór félagið fram á að fá hæfilegan frest til að kynna sér umbeðin gögn. Fyrir utan úrskurð úrskurðarnefndar í kærumáli nr. 3/2021, sem kemur til túlkunar um það réttarástand sem er uppi og deilt er um, auk viðeigandi réttarheimilda sem byggt er á, var það upplýst samdægurs af hálfu FST að fyrirhuguð bráðabirgðaákvörðun byggði að öðru leyti á frumniðurstöðu markaðsgreiningar á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum. Um væri að ræða skjal sem væri í vinnslu hjá stofnuninni og því ekki hægt að veita aðgang að því.

(81) Þar sem að um var að ræða frumniðurstöðu í drögum sem enn voru í vinnslu, einkum hvað varðar skrif um niðurstöður í landfræðilega þætti greiningarinnar, taldi FST að umbeðnar upplýsingar væri ekki fullnægjandi og uppfærðar á þann hátt að það væri hægt að veita andmæli um þær. Þess í stað taldi FST fremur vera hægt að gera grein fyrir meginefnisatriðum hinnar boðuðu bráðabirgðaákvörðunar, án þess að nákvæm sundurliðun á sveitafélögum væri birt ásamt mati stofnunarinnar á samkeppnisaðstæðum í þeim. Taldi FST að Míla þyrfti ekki að fá aðgang að markaðsgreiningunni í heild sinni, eins og hún lá fyrir í drögum, til þess að geta tjáð sig um forsendur og nauðsyn bráðabirgðaákvörðunar og um hvort skilyrði væru uppfyllt fyrir töku hennar. Með bréfi Mílu hf., dags. 7. september s.l. bárust stofnuninni ítarlegar athugasemdir af hálfu félagsins um fyrirhugaða bráðabirgðaákvörðun FST. Í bréfi Mílu hf. koma fram athugasemdir sem lúta bæði að efni og formi bráðabirgðarákvörðunarinnar, einkum er það útlistað að ekki séu uppfyllt formskilyrði fyrir töku slíkrar ákvörðunar, auk þess sem hennar sé ekki þörf. Ekki er gerð nein tilraun til þess að hálfu Mílu hf. að útskýra hvaða þýðingu það hefði fyrir andmælarétt félagsins að fá nánari sundurliðun á samkeppnisstöðunni í hverju sveitarfélagi fyrir sig, eða hvaða aðrir þættir í markaðsgreiningunni, s.s. varðandi staðgöngumatið eða skilgreininguna á vöru og þjónustumörkuðum, hefðu áhrif á forsendur þess að taka bráðabirgðaákvörðun. Tilgangur

samráðsins var að fá fram sjónarmið um skilyrði fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar og hvort að markaðsaðilar væru sammála um að stytta aðlögunartíma niðurfelldra kvaða, en ekki til að hagaðilar fengju tækifæri til að tjá sig um markaðsgreininguna í heild sinni. Samráð um það hófst í dag samhliða töku bráðabirgðarákvörðunar þessarar.

(82) Þá verður ekki litið framhjá því að um er að ræða bráðabirgðaákvörðun sem gerir ráð fyrir því að rannsókn máls að henni lokinni haldi áfram, þ.m.t. til að tæma andmælarétt málsaðila að fullu áður en endanleg ákvörðun er tekin. Sé horft til orðalags bæði 18. gr. laga nr. 75/2021 um Fjarskiptastofu og 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta að þá gerir hún ráð fyrir að FST geti tekið bráðabirgðaákvörðun „án tafar“. Hlýtur það augljóslega að fela í sér að öll gögn máls liggi ekki endilega fyrir eða að byggt sé á tilteknum forsendum sem eru ekki fullmótaðar á því stigi sem bráðabirgðaákvörðun er tekin.

(83) Ekki verður annað séð en að Míla hafi til hins ýtrasta nýtt sér þann rétt til andmæla sem boðið var upp á af hálfu FST í aðdraganda ákvörðunar þessarar. Málsástæðum Mílu um að brotið hafi verið á andmælarétti Mílu hf. er því hafnað.

3.3.3. Nánar um skilyrði fyrir töku bráðabirgðarákvörðunar

(84) Míla hf. heldur því fram að það bresti skilyrði fyrir töku bráðabirgðarákvörðun í máli þessu, bæði með vísan til 18. gr. laga nr. 75/2021 um Fjarskiptastofu og 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta.

(85) Að áliti Mílu hf. tekur heimild FST til töku bráðabirgðaákvörðana eingöngu til mála sem falla undir 16. gr. og 17. gr. laga nr. 75/2021 um Fjarskiptastofu, sem varða annars vegar lausn deilumála milli fjarskiptafyrirtækja og hins vegar neytendakvartanir, en vísað er til þessara tveggja ákvæða í 2. mgr. 18. gr. laganna. FST telur þessa lögskýringu Mílu hf. ekki ganga upp og með henni sé horft framhjá tilgangi umræddrar innbyrðis tilvísana milli ákvæða laganna.

(86) Umrædd tilvísun er eingöngu áréttning á því að eftir að bráðabirgðaákvörðun er tekin gilda eftir sem áður almennar málsmeðferðarreglur sem mælt er fyrir um í 16. og 17. gr. laganna við áframhaldandi meðferð málsins, m.a. um lögbundinn afgreiðslutíma, sáttaumleitanir FST, úrlausn deilumála aðila sem teygja sig milli ríkja o.s.frv. Tilvísunin felur ekki í sér útilokun á heimild FST til að taka bráðabirgðaákvörðun í öðrum einstökum málum en fjallað er um í 16. og 17. gr. laganna, ef inntaksskilyrði heimildarinnar eru uppfyllt, þ.e. að telji Fjarskiptastofa nauðsynlegt að taka ákvörðun í *einstökum málum* án tafar, enda sé hætta á því að dráttur á úrskurði valdi því að réttindi aðila máls fari forgörðum eða hann verði fyrir verulegu fjártjóni, sé stofnuninni heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun.

(87) Fjarskiptatilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2018/1972/EU (Kóðinn) hefur að geyma ítarleg og efnismikil ákvæði um markaðsgreiningar og framkvæmd þeirra. Þar sem um var ræða fremur sértæk og sérfræðileg lagaákvæði sem beinast að tiltölulega afmörkuðum hópi einstaklinga sem vinna fyrir fyrirtæki sem starfa á fjarskiptamarkaði var farin sú leið við innleiðingu þessa hluta Kóðans að gefa út reglugerð 556/2023 nr. um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta. Reglugerðin er sett á grundvelli 3. mgr. 43. gr. fjarskiptalaga og þegar skoðaðar eru skýringar við umrætt lagaákvæði í frumvarpi til téðra laga verður ljóst að reglugerðinni er ætlað að ná til ýmissa framkvæmdaratriða sem er að finna í tilskipuninni og afleiddra gerða sem framkvæmdastjórnin, eða ESA í tilfelli EFTA ríkjanna, kann að gefa út í framtíðinni.

(88) Í reglugerðinni er með skýrum hætti kveðið á um heimild FST til að taka bráðabirgðaákvörðun í stjórnáskilum sem varða markaðsgreiningar, sbr. 56. gr. reglugerðarinnar

(89) Túlkun Mílu hf. á orðalagi 56. gr. reglugerðarinnar er sama marki brennd, þ.e. horft til ákveðinnar orðanotkunar, fremur en að láta inntak ákvæðisins ráðast af rökréttum tilgangi og innbyrðis samræmi við önnur lagaákvæði fjarskiptaregluverksins. Í 3. mgr. 56. gr. reglugerðarinnar segir að FST skuli í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar hefja markaðsgreiningu samkvæmt hefðbundinni málsmeðferð sem gildir um markaðsgreiningar innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðunin var tekin, ella falli hún úr gildi. Þarna vill Míla leggja áherslu á þetta tiltekna orð „hefja“ og álykta að ekki sé heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun í markaðsgreiningarmálum sem þegar eru hafin. Ekki sé heimilt fyrir FST að framlengja málsmeðferð markaðsgreiningar með þeim hætti.

(90) Fyrir það fyrsta er málsmeðferð markaðsgreininga ekki sett nein tímamörk og FST hefur fært fram rök um að slíkt samrýmist ekki lögum. FST er ekki að framlengja málsmeðferðartíma markaðsgreiningar sinnar á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum heldur að eyða allri óvissu um það réttarástand sem muni ríkja eftir daginn í dag þann 15. september 2023, þar til að endanleg ákvörðun um markaðsgreiningu og álagningu kvaða mun líta dagsins ljós. Ástæða og nauðsyn þessarar ráðstöfunar er að FST hefur orðið þess áskynja í samskiptum við Mílu hf. að félagið telji sig vera lausa undan kvöðum á umræddum mörkuðum eftir áður nefnt tímamark.

(91) Í annan stað er Míla hf. að missa sjónar af raunverulegum tilgangi þessa ákvæðis sem er að setja þrýsting á stjórnvaldið um að hefja án ástæðulauss dráttar formlegt mál til úrlausnar á því atriði sem ágreiningur stendur um. Ekki er gert ráð fyrir að réttarástand sem myndast með töku bráðabirgðarákvörðunar vari lengur en nauðsyn ber til. Þegar horft er til þessa tilgangs 3. mgr. 56. gr. reglugerðarinnar er það mjög svo órökrétt túlkun á ákvæðinu að ekki sé heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun í málum sem eru langt komin og í fullum gangi hjá FST.

3.3.4. Áhrif sáttar Mílu hf. við Samkeppniseftirlitið

(92) Þegar metin er þörf fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar, sem leggur kvaðir á Mílu hf. á grundvelli fjarskiptalaga, telur félagið það hafa verulega þýðingu í málinu að Míla hf. sé bundin ströngum kvöðum sem leiða af sátt félagsins við Samkeppniseftirlitið, sbr. ákvörðun nr. 16/2023. Með tilliti til þessa sé ekki þörf á að viðhalda kvöðum á Mílu hf. á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum.

(93) FST getur ekki fallist á þetta sjónarmið. Markaðsgreiningar og álagningu kvaða á fjarskiptafyrirtæki sem útnefnd eru með umtalsverðan markaðsstyrk fer samkvæmt lögbundnu ferli sem gerir ráð fyrir viðtæku samráði við markaðsaðila og aðkomu bæði SE og ESA. Að áliti FST er það ekki tækt út frá lögfræðilegum sjónarmiðum að aftengja allt þetta lögbundna ferli, þ.m.t. varðandi heimild til töku bráðabirgðarákvörðunar, með því að leggja sátt Mílu hf. við SE til grundvallar sem einu kvaðabindingu hf. Mílu á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum.

(94) Skilyrði sáttarinnar voru aldrei hugsuð til þess að leysa af hólmi *ex ante* eftirlit FST með fjarskiptafyrirtækjum sem útnefnd hafa verið með umtalsverðan markaðsstyrk. Það er sérstaklega tekið fram í 12. gr. skilyrðanna að sáttin hafi engin áhrif á lögsögu FST skv. lögum nr. 75/2021 um þau atriði er heyra undir fjarskiptalög nr. 70/2022 og afleiddar reglur eða ákvarðanir á grundvelli fjarskiptalaga, svo sem álagðar kvaðir vegna markaðsgreininga og umtalsverðs markaðsstyrks. Skilyrði sem SE kann að setja fyrir samþykki samrunamála geta verið önnur eða mismunandi en þær kvaðir sem FST leggur á fjarskiptafyrirtæki á grundvelli markaðsgreininga, t.d. er sú jafnræðiskvöð sem lögð er á Mílu á grundvelli fjarskiptalaga, útfærð með ítarlegri hætti en sambærileg skilyrði sem sett eru af SE. Því til viðbótar er ákveðinn eðlismunur á því hvernig stofnanirnar tvær haga eftirliti sínu með því að kvaðir séu virtar. Eins og Míla hf. þekkir er slíkt eftirlit meira viðvarandi á gildistíma kvaða í tilfelli FST og getur birst í frumkvæðismálum af hálfu stofnunarinnar á borð við úttektir, fyrirspurnabréfa o.s.frv.

3.3.5. Niðurfelling á kvöðum án undangenginnar markaðsgreiningar

(95) Kvaðir sem lagðar eru á fjarskiptafyrirtæki sem hafa verið útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk skulu, eftir því sem kostur er, endurspegla það markaðsumhverfi sem til staðar er hverju sinni. Útfærsla á kvöðum skal vera í samræmi við meðalhóf og vera til þess fallin að vinna bug á þeim samkeppnisvandamálum sem hafa verið skilgreind í markaðsgreiningu. Við sölunni á Mílu hf. út úr Símasamstæðunni varð rof á lóðréttri samþættingu í starfsemi félagsins, en einn helsti tilgangur kvaða, samkvæmt fjarskiptalögum, er að takast á við neikvæð áhrif slíkrar samþættingar á samkeppni.

(96) Nú þegar frumniðurstöður markaðsgreiningar liggja fyrir og ár liðið frá því að samruninn var samþykktur með nýjum eigendum Mílu hf. og rof á lóðréttum eignartengslum í starfsemi fyrirtækisins telur FST að það sé málefnalegt og í samræmi við framangreind sjónarmið um markmið kvaða að endurskoða álagningu kvaða út frá landfræðilegri greiningu á markaðsstöðu í fjarskiptum eftir sveitarfélögum. Að viðhalda óbreyttum kvöðum í sveitarfélögum sem frumgreining FST leiðir í ljós að búi við virka samkeppni er ekki í samræmi við meðalhóf.

(97) FST er ekki sammála Ljósleiðaranum ehf. að markaðsgreining sé fortakslaust skilyrði sem ekki er hægt að víkja frá ef brýn nauðsyn kallar á töku bráðabirgðaákvörðunar til að forða tjóni á samkeppnishagsmunum á fjarskiptamarkaði. Taka bráðabirgðaákvörðunar er skýr og vel útfærð valdheimild sem mælt er fyrir um í 10. mgr. 32. gr. Kóðans. Ákvæðið orðast svo:

“10. 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.”

(98) Eins og skýrlega er kveðið á um nær undanþágan (e. derogation) til þeirrar málsmeðferðar sem mælt er fyrir um í 3. og 4. töluliðum ákvæðisins. Þegar skoðað er hvaða málsmeðferð fellur þar undir er ljóst að um er að ræða 61, 64, 67, 68 og 83. gr. Kóðans sem fjalla um málsmeðferð markaðsgreininga, þ.m.t. samráðsskyldu við ESA og önnur ríki EES svæðisins um frumniðurstöðu markaðsgreiningar.

(99) Samkvæmt framangreindu er það hafið yfir allan vafa, að álitni FST, að stofnunin hafi heimild til að breyta eða fella niður kvaðir á fjarskiptafyrirtæki, sem útnefnt hefur verið með umtalsverðan markaðsstyrk, án undangenginnar markaðgreiningar, þegar í undantekningartilvikum er talin nauðsyn á töku bráðabirgðaákvörðunar.

Ákvörðunarorð

1. Með stoð í 18. gr. laga nr. 70/2021 um Fjarskiptastofu og 56. gr. reglugerðar nr. 556/2023 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta leggur Fjarskiptastofa 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 er í 2. tölulið ákvörðunarorðanna. Skulu 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.

2. Afléttar eru kvaðir á Mílu hf. í eftirtöldum 36 sveitarfélögum á markaði 3a:

- Akraneskaupstaður
- Akureyrarbær
- Árneshreppur
- Ásahreppur
- Bolungarvíkurkaupstaður
- Borgarbyggð
- Dalvíkurbyggð
- Eyjafjarðarsveit
- Eyja- og Miklaholtshreppur
- Fljótsdalshreppur
- Flóahreppur
- Garðabær
- Grýtubakkahreppur
- Hafnarfjarðarkaupstaður
- Hrunamannahreppur
- Hvalfjarðarsveit
- Hveragerðisbær
- Hörgársveit
- Ísafjarðarbær
- Kjósarhreppur

- Kópavogsbær
- Mosfellsbær
- Mýrdalshreppur
- Rangárþing ytra
- Reykhólahreppur
- Reykjanesbær
- Reykjavíkurborg
- Seltjarnarnesbær
- Skeiða- og Gnúpverjahreppur
- Skorradalshreppur
- Svalbarðsstrandarhreppur
- Sveitarfélagið Ölfus
- Tjörneshreppur
- Vestmannaeyjabær
- Vopnafjarðarhreppur
- Þingeyjarsveit

Afléttar eru kvaðir á Mílu hf. í eftirtöldum 31 sveitarfélögum á markaði 3b:

- Akraneskaupstaður
- Árneshreppur
- Ásahreppur
- Bláskógabyggð
- Bolungarvíkurkaupstaður
- Borgarbyggð
- Fljótaldshreppur
- Flóahreppur
- Garðabær
- Grímsnes- og Grafningshreppur
- Grýtubakkahreppur
- Hafnarfjarðarkaupstaður
- Hrunamannahreppur
- Hvalfjarðarsveit
- Hveragerðisbær
- Hörgársveit
- Ísafjarðarbær
- Kjósarhreppur
- Kópavogsbær
- Mosfellsbær
- Mýrdalshreppur
- Rangárþing ytra
- Reykjanesbær
- Reykjavíkurborg
- Seltjarnarnesbær
- Skeiða- og Gnúpverjahreppur

- Skorradalshreppur
- Svalbarðsstrandarhreppur
- Sveitarfélagið Árborg
- Sveitarfélagið Ölfus
- Tjörneshreppur

Hæfilegur 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 bráðabirgðaákvörðunar þessarar og lýkur á þeim degi sem Fjarskiptastofa tilgreinir í endanlegri ákvörðun í málinu.

3. Ákvörðun þessi til bráðabirgða er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 20. gr. laga nr. 75/2021 um Fjarskiptastofu. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um bráðabirgðaákvörðun Fjarskiptastofu. Samkvæmt lögum nr. 75/2021 um Fjarskiptastofu getur aðili einnig borið ákvörðun stofnunarinnar beint undir dómstóla án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd. Slíkt mál skal höfðað innan þriggja mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um ákvörðun stofnunarinnar. Málskot frestar ekki réttaráhrifum ákvarðana stofnunarinnar. Málskot beint til dómstóla hindrar að úrskurðarnefnd sé heimilt að taka kæru til málsmeðferðar.

Fjarskiptastofa, 15. september 2023

Hrafnkell V. Gíslason

Björn Geirsson