

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
um frestun réttaráhrifa í máli nr. 3/2021

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

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

1. Með kæru, dags. 15. nóvember 2021, hefur Míla ehf. (kærandi), kært ákvörðun Fjarskiptastofu (FST), nr. 5/2021, um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b), til úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála (ÚFP).
2. Aðilar málsins hjá FST voru kærandi og Síminn hf. (Síminn). Sömu aðilar eru að kærumáli þessu.
3. Af hálfu kæranda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni. Til vara er þess krafist að ákvörðunin verði felld úr gildi, eða henni eftir atvikum breytt, hvað varðar þá þætti hennar sem úrskurðarnefnd felst á að haldnir séu ógildingarannmörkum. Kærandi gerir einnig þá kröfu að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað en sá hluti er til tekinn til meðferðar í úrskurði þessum.
4. FST gerir á þessu stigi þá kröfu að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa verði hafnað.
5. Síminn tekur undir sjónarmið kæranda um frestun réttaráhrifa.
6. Í úrskurði þessum er einvörðungu sá þáttur málsins er lýtur að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa tekinn til meðferðar.

II. Helstu málsatvik

7. Upphaf málsins má rekja til 30. apríl 2020 þegar Póst- og fjarskiptastofnun (PFS), nú FST, birti frumdrög til samráðs á annars vegar heildsölumarkaði fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og hins vegar heildsölumarkaði fyrir miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (3b). Var hagsmunaaðilum boðið að gera athugasemdir við frumdrögin og fyrirhugaða niðurstöðu. Athugasemdafresti vegna samráðsins lauk þann 10. júlí 2020. Kærandi, ásamt öðrum hagsmunaaðilum, skilaði inn athugasemdum.

8. Í kjölfar fyrri athugasemda efndi FST hinn 30. október 2020 til afmarkaðs auka samráðs um tiltekin atriði í frumdrögunum. Samráðinu lauk þann 27. nóvember sama ár og skilaði kærandi, ásamt öðrum hagsmunaaðilum, inn frekari athugasemdum.
9. Markaður 3a, heildsölumarkaður fyrir staðaraðgang með fasttengingu, samanstendur af aðgangi að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum. FST skilgreindi markaðinn sem landið allt.
10. Niðurstaða ákvörðunar FST, varðandi markað 3a, var að útnefna kæranda ásamt Símanum með umtalsverðan markaðsstyrk í samræmi við 2. mgr. 17. gr., sbr. 18. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003.
11. Á markaði 3a lagði FST eftirfarandi kvaðir á kæranda, með vísan til 27. – 32. gr. laga nr. 81/2003 og með vísan til nánari lýsinga í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
 - a) Kvöð um að veita aðgang;
 - b) kvöð um að gæta jafnræðis gagnvart öllum fjarskiptatækjum sem kaupa staðaraðgang með fastlínu eða aðgang að tengdri aðstöðu;
 - c) kvöð um gagnsæi;
 - d) kvöð um bókhaldslegan aðskilnað;
 - e) kvöð um eftirlit með gjaldskrá;
 - f) verðlagning kæranda á ljósleiðaraheimtaugum skuli vera réttlát og sanngjörn og án mismununar;
 - g) kvöð um kostnaðarbókhald varðandi kopar- og ljósleiðaraheimtaugar og tengda aðstöðu, bakfæðingarljóslínur vegna heimtaugaaðgangs, hýsingu og aðgang að rörum og lagnaleiðum.
12. Á markaði 3a, lagði FST eftirfarandi kvaðir á Símann hf., með vísan til 27., 30., 31. og 32. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003, og með vísan til nánari lýsinga í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
 - a) Kvöð um að gæta jafnræðis, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kæranda;
 - b) kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, í tengslum við efnahagslegt hermipróf;
 - c) kvöð varðandi eftirlit með gjaldskrá, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kæranda, og;
 - d) kvöð um kostnaðarbókhald, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kæranda.
13. Markaður 3b, heildsölumarkaður fyrir miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur, samanstendur af óefnislegum lausnum sem boðnar eru miðlægt í kopar- eða ljósleiðaranetum, uppfylla ekki skilyrði til að teljast til markaðar 3a og eru

notaðar til að veita miðlægan fjöldaframleidda bitastraumspjónustu. FST skilgreindi markað 3b sem landið allt.

14. Niðurstaða FST í hinni kærðu ákvörðun, varðandi markað 3b, var að útnefna kæranda og Símann með umtalsverðan markaðsstyrk í samræmi við 2. mgr. 17., sbr. 18. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003.
15. Á markaði 3b lagði FST eftirfarandi kvaðir á kæranda, með vísan til 27.-32. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003, og með vísan til nánari lýsingu í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
 - a) Kvöð um að veita aðgang;
 - b) kvöð um að gæta jafnræðis gagnvart öllum fjarskiptafyrirtækjum sem kaupa miðlægan aðgang á kopar- eða ljósleiðaraneti;
 - c) kvöð um gagnsæi;
 - d) kvöð um bókhaldslegan aðskilnað;
 - e) kvöð um eftirlit með gjaldskrá;
 - f) verðlagningu kæranda á bitastraumsaðgangi á ljósleiðaraheimtugum skuli vera réttlát og sanngjörn og án mismununar, og;
 - g) kvöð um kostnaðarbókhald varðandi miðlægan aðgang á kopar- og ljósleiðaraheimtaugum og tengda aðstöðu.
16. Á markaði 3b, lagði FST eftirfarandi kvaðir á Símann, með vísan til 27., 30., 31. og 32. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 og með vísan til nánari lýsinga í hinni kærðu ákvörðun og í viðauka A með henni:
 - a) Kvöð um að gæta jafnræðis, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er um bitastraumstengingar kæranda á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kærða, sem og á ljósleiðaranetum í eigu þriðja aðila þar sem kærandi leigir svartan ljósleiðara og setur bitastraumsbúnað sinn á og þjónustu Símasamstöðunnar á fráliggjandi smásölumörkuðum þar sem umrædd bitastraumspjónusta er nýtt;
 - b) kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, í tengslum við efnahagslegt hermipróf;
 - c) kvöð varðandi eftirlit með gjaldskrá, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er um bitastraumstengingar kæranda á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kæranda, og;
 - d) kvöð um kostnaðarbókhald, að því er varðar efnahagslegt hermipróf (ERT), vegna þjónustu sem veitt er um bitastraumstengingar kæranda á ljósleiðaraheimtaugum í eigu eða langtíma umráðum kæranda.
17. Úrskurðarnefndin móttók kæru á framangreindri ákvörðun FST, um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b), hinn 15. nóvember 2021. Kærandi krafðist þess aðallega að hin kærða ákvörðun yrði felld úr gildi en til varar að

ákvörðunin yrði felld úr gildi, eða henni eftir atvikum breytt, hvað varðar þá þætti hennar sem úrskurðarnefnd fellst á að haldnir séu ógildingarannmörkum. Þá krafðist kærandi jafnframt að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðun verði frestað. Í úrskurði þessum er einvörðungu tekinn til meðferðar sá þáttur er lýtur að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa.

18. Kæran var send til FST umsagnar, hinn 17. nóvember 2021, þar sem sérstaklega var óskað eftir athugasemdum stofnunarinnar er snéru að kröfu um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Var frestur til athugasemda veittur til 26. nóvember 2021, en framlengdur til 1. desember 2021 að ósk FST.
19. Þar sem nefndinni hafði jafnframt borist kæra frá Símanum vegna ákvörðunar FST í máli nr. 5/2021, þar sem ekki var gerð sambærileg krafa um frestun réttaráhrifa, var krafa kæranda jafnframt send Símanum til umsagnar. Var frestur til athugasemda til 26. nóvember 2021.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

20. Þar sem í úrskurði þessum er einungis tekin afstaða til kröfu um frestun réttaráhrifa, verður hér einungis stuttlega vikið að helstu sjónarmiðum kæranda að því er varðar frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar.

1.1

21. Kærandi krefst frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar í samræmi við heimild 29. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, sbr. einnig 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.
22. Telur kærandi hina kærður ákvörðun verulega íþyngjandi fyrir fyrirtækið og að kvaðirnar beri það skýrlega með sér. Sömuleiðis verði ekki fram hjá því horft að ákvörðunin sé, að stóru leyti, reist á sjónarmiðum tengd „Símasamstæðunni“, þ.á m. um að félögin teljist ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar, hvers grundvöllur sé ljóslega brostinn í ljósi sölu Símans á kæranda. Við bætist sú kvöð að kærandi skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila sem þess óska og að eitt fyrirtæki hafi m.a. farið þess á leit við kæranda.
23. Í ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), forvera FST, nr. 21/2014 var kærandi útnefndur sem fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og lagðar kvaðir á hann sem slíkan. Kærandi tekur fram að fyrirtækið geri ekki athugasemd við að hlíta því að fyrri kvaðir samkvæmt greiningu PFS, að því leyti sem þeim hefur ekki verið aflétt með hinni kærðu ákvörðun, svo sem varðandi afléttingu tiltekinna kvaða í tilviki 17 sveitarfélaga, haldi gildi sínu uns málið er til lykta leitt fyrir úrskurðarnefndinni, gegn frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar. Telur kærandi þ.a.l. að ekkert ætti að vera

því til fyrirstöðu, að meðan á kærumálið er til meðferðar hjá úrskurðarnefnd, að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar sé frestað, enda sé þá einfaldlega um að tefla sama ástand og varað hafi um langt skeið.

1.2

24. Í öllu falli telur kærandi rétt að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar sé frestað hvað varðar „kaupkvöð“ hinnar kærðu ákvörðunar, sbr. niðurlag liðar 9 a og lið 9 b í ákvörðunarorði, ásamt kvöð um að standast efnahagslegt hermipróf (e. Economic Replicability Test – ERT) varðandi ljósleiðaraafurðir samstæðunnar, ásamt tilteknum kvöðum um bókhaldslegan aðskilnað og kostnaðarbókhald eftir því sem nauðsynlegt verður talið vegna framkvæmdar umrædds ERT prófs, sbr. liði 4 b og f og liði 9 b og f í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar.

2.

25. Úrskurðarnefnd fór þess á leit við FST að stofnunin skilað umsögn vegna kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa með bréfi, dags. 17. nóvember 2021, og var frestur í því skyni veittur til og með 26. nóvember sama ár. Fallist var á frest til að skila inn umsögn til 1. desember 2021 og þann dag barst úrskurðarnefndinni greinargerð stofnunarinnar.

2.1

26. FST krefst þess að aðalkröfu kæranda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar í heild sinni verði vísað frá. Vísar stofnunin í þeim efnum til þess að um sé að ræða undantekningarreglu sem túlka verði þröngt. Telur stofnunin engin rök standa til þess að fresta réttaráhrifum allrar greiningarinnar á grundvelli kröfugerðar kæranda.
27. FST tekur fram, vegna röksemda kæranda um að hin kærða ákvörðun sé reist á sjónarmiðum tengd Símasamsteypunni, að rétt sé að í greiningunni sé gerð grein fyrir áhrifum lóðréttar samþættingar kæranda og Símans og að stofnunin hafi litið svo á að félagið mynduðu eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Þegar stofnunin hafi tekið hina kærðu ákvörðun hafi ekki verið búið að greina frá kaupsamningi Ardian á kæranda. Telur FST ótímabært að líta svo á að Síminn og kærandi séu ekki lengur ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar.
28. Þá telur FST það ekki ganga að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað, að undanskildum þeim ívilnunum sem stofnunin gerði í 17 tilteknum sveitarfélögum. Telji ÚFP að fresta beri réttaráhrifum ákvörðunarinnar í heild verði jafnframt að taka til umræddra ívilnana á þeim svæðum.

2.2

29. FST tiltekur að varakrafa kæranda um frestun réttaráhrifa að hluta varði í reynd fjórar nánar tilgreindar kvaðir sem eru:
- Að kærandi og Síminn standist efnahagslegt hermipróf (ERT) að því er ljósleiðaraafurðir félaganna varðar.
 - Að kæranda sé óheimilt að draga til baka bitastraumsbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annarra netrekenda en kæranda, þar sem kærandi hefur leigt svarta ljósleiðara, gegn vilja umrædds netrekenda, á meðan Síminn veitir ekki þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila.
 - Að bitastraumseiningu kæranda sé ekki heimilt að mismuna á nokkurn hátt eftir undirliggjandi neti.
 - „Kaupkvöð kæranda“, sem skyldar félagið gegn hæfilegu gjaldi til að setja upp bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila sem þess óskuðu.
30. Hvað varðar hið efnahagslega hermipróf telur FST að sú kvöð sé mikilvæg til að efla samkeppni á fjarskiptamörkuðum og leggst gegn því að réttaráhrifum þeirrar kvaðar verði frestað. Í ljósi sölu kæranda frá Símanum tekur stofnunin þó fram að hún hyggist ekki hefjast handa við að undirbúa ákvörðun um útfærslu, innleiðingu og framkvæmd umrædds prófs á meðan málið, þ.e. sala Símans á kæranda til Ardian, sé til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Að mati FST er mikilvægt að stofnunin geti hafist handa við þá vinnu ef ekkert verður af viðskiptunum eða ef stofnunin metur það svo að þjónustusamningur kæranda og Símans sé þess eðlis að efnahagsleg, viðskiptaleg og rekstrarleg tengsl félaganna verði áfram með þeim hætti að líta megi á félögin sem eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar, þrátt fyrir að eignartengsl séu ekki lengur til staðar. Að mati stofnunarinnar væri því bagalegt ef úrskurðarnefndin myndi fresta réttaráhrifum þessarar kvaðar, ef málsmeðferð myndi dragast hjá nefndinni varðandi efnislega úrlausn.
31. FST tekur fram að ef stofnunin myndi hefjast handa vorið 2022 við gerð ákvörðunardraga varðandi útfærslu, innleiðingu og framkvæmd umrædds ERT prófs sé ljóst að sú vinna muni taka marga mánuði. Drögin færu svo í innanlandssamráðs og uppfærð drög færu svo að lokum í lögbundið samráð við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA). Því væri ólíklegt að niðurstaða slíkrar ákvörðunar myndi liggja fyrir fyrr en á árinu 2023. Fyrir þann tíma ætti efnisleg niðurstaða úrskurðarnefndar, m.a. að því er varðar þennan þátt hinnar kærðu ákvörðunar, að liggja fyrir.
32. Hvað varðar afstöðu FST varðandi frestunar réttaráhrifa kvaðar um að kærandi dragi ekki til baka bitastraumsbúnað sinn af öðrum netum, sem kærandi byggir einkum á að svo íþyngjandi kvöð verði hvergi fundinn staður í lögum og sé í ósamræmi við meðalhóf, tekur stofnunin fram að hún sé þeirri afstöðu ósammála.
33. Í a-lið 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, kemur m.a. fram að kæranda sé óheimilt að draga til baka bitastraumsbúnað sinn eða þjónustu um ljósleiðaranet annarra

netrekenda en kæranda þar sem kærandi hefur leigt svarta ljósleiðara, gegn vilja umrædds netrekenda, á meðan Síminn veitir ekki þjónustu um bitastraumskerfi slíkra aðila.

34. Hvað varðar meðalhóf tekur stofnunin fram að ljóst sé að kærandi losni undan þessari kvöð ef Síminn semur um bitastraumsaðgang við slíka netrekendur. Ennfremur ef slíkir netrekendur ætla að hækka gjöld sín með óeðlilegum ætti. Kærandi hafi þegar, að eigin frumkvæði, leigt svarta ljósleiðara af slíkum netrekendum og sett bitastraumsbúnað sinn á þau. Þar sem Síminn sé langstærsti smásalinn víða á landsbyggðinni sé mikilvægt fyrir félög sem þessi að ná til viðskiptavina Símans. FST tekur fram að mögulegt tjón kæranda sem af þessar kvöð geti hlotist sé hverfandi í heildarsamhengi rekstur kæranda á meðan slíkt getur valdið þessum minni netrekendum töluverðu tjóni.
35. Þá er FST ósammála því að kvöð þessi hafi ekki lagastoð. Líta verði svo á að bæði aðgangskvöð og jafnræðiskvöð skuli túlkaðar með víðtækum hætti.
36. Í athugasemdum, varðandi frestun réttaráhrifa kvaðar um að bitastraumseiningu kæranda sé ekki heimilt að mismuna eftir undirliggjandi neti, leggst FST alfarið gegn því að fresta réttaráhrifum þessa jafnræðiskvaðar. Vísar FST til þess að kærandi sé langstærsta innviðafyrirtæki landsins á fjarskiptamarkaði og telja verði að mögulegt tjón sem kærandi kunni að verða fyrir á þeim tíma sem líði fram að endanlegum úrskurði úrskurðarnefndar sé hverfandi í samhengi heildarreksturs félagsins. Þess beri ennfremur að geta að aðrir minni aðilar njóti góðs af kvöð þessari og telur FST ekki rök fyrir því að þau bíði mögulegt tjón af biðinni, en ljóst sé að þetta atriði skiptir rekstur þeirra mun meira máli en kæranda.
37. Hvað varðar þá kvöð að kærandi skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumsbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila tekur FST fram að með þessari kvöð hafi ætlunin verið að leysa vandamál sem fælist í samþættingu Símans og kæranda. Kærandi myndi losna undan þessari kvöð ef Síminn myndi kaupa bitastraumsaðgang af öðrum netrekendum. Til að takmarka íþyngjandi áhrif þessarar kvaðar væri kveðið á um að viðkomandi netrekandi greiði kostnað við slíka uppsetningu bitastraumsbúnaðar kæranda og hæfilegan viðbótar rekstrarkostnað. Því telji FST að kærandi myndi ekki verða fyrir miklum auka kostnaði vegna þessa, en væntanlega myndu tekjur félagsins lækka vegna aukinnar samkeppni.
38. Þó að FST telji kvöð þessa standast ákvæði laga nr. 81/2003, um fjarskipti, leggst stofnunin ekki gegn því að réttaráhrifum kvaðarinnar verði frestað þar til efnisúrskurður falli í málinu. Kærandi hafi þegar upplýst um að fjarskiptafyrirtæki hafi nú þegar óskað eftir því að kærandi bjóði bitastraumsþjónustu á ljósleiðarneti þess. Telur FST að það væri í sjálfu sér til lítils unnið fyrir fjarskiptafyrirtæki ef kvöðin yrði síðar metin ólögmat og kærandi myndi draga búnað sinn til baka, með tilheyrandi óþægindum fyrir endanotendur.

3.

39. Úrskurðarnefnd óskaði jafnframt eftir athugasemdum Símans, sem hefur einnig kært ákvörðun FST nr. 5/2021, með bréfi, dags. 17. nóvember 2021. Bárust nefndinni athugasemdir frá Símanum með bréfi, dags. 25. nóvember sama ár.
40. Í athugasemdum vísar Síminn til þess að þegar hin kærða ákvörðun hafi verið birt hafi FST verið kunnugt um að allar líkur væru á því að slitið yrði á eignatengsl kæranda og Símans innan skamms. Undir þeim kringumstæðum hefðu það verið vandaðir stjórnsýsluhættir af hálfu stofnunarinnar að bíða með töku endanlegrar ákvörðunar og vísar Síminn í því sambandi til ákvæðis 2. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis. Því hafi FST tekið ákvörðun sem ekki fái staðist, gangi kaupin eftir. Með vísan til þess sjái Síminn vart aðra leið færa en að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað.
41. Síminn vísar til takmakaðra réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar á fyrirtækið. Það helgist af því að ákvörðunin feli í sér kvöð um svokallað ERT hermipróf og kvaðir því tengdu. Hins vegar komi að engu leyti fram í ákvörðuninni hvað felst í slíku prófi eða hvernig það skuli útfært. Hin kærða ákvörðun sé að þessu leyti ekki annað ákvörðun um að til standi að taka aðra ákvörðun um forsendur og útfærslu ERT prófsins. Skýri það ástæður þess að Síminn hafi ekki séð ástæðu til að gera kröfu um frestun réttaráhrifa því réttaráhrif ákvörðunarinnar gagnvart félaginu séu mjög takmörkuð.
42. Með vísan til þessa tekur Síminn undir sjónarmið kæranda um frestun réttaráhrifa. Telur Síminn einnig að réttast hefði verið að FST hefði dregið hina kærðu ákvörðun til baka og beðið eftir því hvort eignarhlutur Símans í kæranda færðist til nýrra eigenda.

IV. Niðurstöður

1.

43. Í 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, er fjallað um réttaráhrif kæru. Þar segir í 1. mgr. ákvæðisins að kæra til úrskurðarnefnd frestar ekki réttaráhrifum ákvörðunar. Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. er ÚFP þó heimilt, að kröfu málsaðila, að fresta réttaráhrifum kærðrar ákvörðunar meðan kæra er til meðferðar þegar sérstakar ástæður mæla með því, í samræmi við stjórnsýslulög. Í samræmi við framangreind ákvæði ber því að líta til ákvæða stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, við mat á því hvort fresta eigi réttaráhrifum ákvörðunar sem kærð er til nefndarinnar.
44. Meginregla í stjórnsýslurétti er að kæra frestar ekki réttaráhrifum og er hún staðfest í 1. mgr. 29. gr. stjórnsýslulaga. Í 2. mgr. 29. gr. er þó kveðið á um að heimilt sé að fresta réttaráhrifum kærðrar ákvörðunar meðan kæra er til meðferðar þar sem ástæður mæla með því. Með tilliti til sérstakra athugasemda ákvæðisins, við frumvarp það sem varð að stjórnsýslulögum, er ljóst að þessi regla var talin nauðsynleg þar sem kæruheimild gæti í raun orðið þýðingarlaus væri aðra stjórnvaldi ekki heimilt að fresta réttaráhrifum

ákvörðunar lægra stjórnvalds. Með tilliti til meginreglunnar ber að túlka þessa undantekningarreglu þröngt, í samræmi við hefðbundin lögskýringarsjónarmið.

45. Athugasemdir við ákvæðið gefa nokkra mynd af þeim sjónarmiðum sem hafa þarf til hliðsjónar við mat á ákvörðun um frestun réttaráhrifa, en við slíkt mat ber að líta til réttmætra sjónarmiða hjá öllum aðilum málsins.
46. Meðal sjónarmiða sem mæla með því að fresta réttaráhrifum ákvörðunar eru: Hvort að ákvörðun teljist íþyngjandi og feli í sér verulegt inngríp í starfsemi aðila máls; hvort sama ástandi verði ekki komið á aftur þótt ákvörðun yrði síðar felld úr gildi; hvort vafi leiki á um lögmæti ákvörðunar og; aðrir þættir, svo sem hugsanlegur annmarki á málsmeðferð lægra sett stjórnvalds og að kæruehimild verði í raun þýðingarlaus verði réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar ekki frestað.
47. Þau sjónarmið sem eru hins vegar talin mæla gegn frestun réttaráhrifa kærðrar ákvörðunar eru einkum: Almannahagsmunir, þ.e. hvort réttaráhrif ákvörðunar varði hagsmuni almennings, og; einkahagsmunir, en í athugasemdum við ákvæði 2. mgr. 29. gr. stjórnsýslulaga er sérstaklega vikið að því að það mæli almennt gegn því að fresta réttaráhrifum ákvörðunar ef fleiri en einn aðili eru að máli og með gagnstæða hagsmuni og þarf í því tilliti jafnframt að líta til hagsmuna annarra einkaaðila en þeirra sem eru beinir aðilar máls.
48. Við mat úrskurðarnefndarinnar á kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa voru röksemdir hans, og annarra hagsmunaaðila, tekin til heildstæðrar skoðunar með tilliti til framangreindra sjónarmiða. Ljóst er að málið er mjög umfangsmikið, málsaðilar með ólíka sýn á málið og röksemdir bæði með og á móti frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar. Krafðist málið því ítarlegrar skoðunar nefndarinnar en nefndin flýtti þó málsmeðferð svo fljótt sem varð við komið, sbr. 4. mgr. 29. gr. stjórnsýslulaga.

2.

49. Af málatilbúnaði kæranda verður ráðið að hann byggir einkum á því að hin kærða ákvörðun sé verulega íþyngjandi fyrir fyrirtækið. Þá sé ákvörðunin að miklu leyti reist á sjónarmiðum tengdum „Símasamstæðunni“, þ.á m. um að félögin teljist *ein efnahagsleg eining* í skilningi samkeppnisréttar en sá grundvöllur sé brostinn í ljósi sölu Símans á kæranda. Verður það sjónarmið kæranda ekki skilið á annan hátt en að hann telji ákvörðunina byggða á röngum forsendum. Að sama skapi sé sú kvöð er skyldar kæranda, gegn hæfilegu gjaldi, að setja upp bitastraumbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila sem þess óska, bæði fordæmalaus og verði hvergi nærri fundinn skýr staður í lögum auk þess að vera ekki í anda meðalhófs.
50. Í greinargerð til nefndarinnar vísar FST til þess að kvaðir á hendur kæranda í hinni kærðu ákvörðun séu ekki verulega breyttar eða meira íþyngjandi en áður giltu skv. ákvörðun PFS nr. 21/2014. Þá sé kvöðin um hið svokallaða efnahagslega hermipróf að því er

ljósleiðaraafurðir kæranda og Símann varðar, þó hún teljist nokkuð íþyngjandi, verulega vægari kvöð en kvöð um kostnaðargreind verð á ljósleiðaraafurðum kæranda sem FST hafði áformað í frumdrögum ákvörðunar. Hvað varðar sjónarmið um Símasamstæðuna, og að FST hafi litið svo á að kærandi og Síminn myndi eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar, vísar FST til þess að kaupin séu ekki endanlega komin í gegn, enda sé málið nú til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu, sem hafi óskað eftir formlegri samrunatilkynningu. Því telji FST ótímabært að líta svo á að Síminn og kærandi séu ekki lengur ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar.

51. Meðal markmiða laga nr. 81/2003, um fjarskipti, er að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Um markaði er fjallað í V. kafla laganna. Samkvæmt 16. gr. skal FST skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Um framkvæmd þessarar markaðsgreiningar er fjallað í 17. gr. laganna en samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins skal FST, með hliðsjón af 16. gr. laganna, greina viðkomandi markaði með hliðsjón af skuldbindingum samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Markaðsgreining skal, skv. 2. mgr. ákvæðisins, vera grundvöllur ákvörðunar um hvort FST skuli leggja á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk skv. 18. gr. laganna. Ef samkeppni telst virk skulu ekki lagðar kvaðir á fyrirtæki á þeim mörkuðum. Ef virk samkeppni ríkir ekki á viðkomandi markaði skal útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði í samræmi við 18. gr. laganna. Leggja má á þau kvaðir samkvæmt lögnum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á.
52. Samkvæmt 1. mgr. 18. gr. laga nr. 81/2003 telst fyrirtæki hafa umtalsverðan markaðsstyrk ef það eitt og sér eða með öðrum hefur þann efnahagslega styrkleika á ákveðnum markaði að geta hindrað virka samkeppni og það getur að verulegu leyti starfað án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Þegar fyrirtæki eitt og sér eða með öðrum hefur umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum markaði getur það einnig talist hafa umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum markaði ef tengsl milli markaðanna eru slík að fyrirtæki getur beitt markaðsstyrk sínum á öðrum markaðinum til að auka markaðsstyrk sinn á hinum, sbr. 2. mgr. 18. gr.
53. Tilgangur markaðsgreiningar FST er að skera úr um hvort samkeppni sé virk á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið. Þegar samkeppni er ekki virk skal stofnunin útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og leggja á þau kvaðir, viðhalda þeim eða breyta í samræmi við löginn. Líkt og leiðir af hinni kærðu ákvörðun er ljóst að FST mat það svo að samkeppni á þeim fjarskiptamörkuðum sem til skoðunar voru, þ.e. markaði 3a og 3b, væri ekki virk og því væri nauðsynlegt að útnefna kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og, til að stuðla að virkari samkeppni, væri stofnuninni rétt og skylt að viðhalda fyrri kvöðum og auk viðbótarkvaða.

54. Með hliðsjón af framangreindum ákvæðum, tilgangi þeirra og mati FST á viðkomandi mörkuðum telur nefndin undirliggjandi veigamikla almannahagsmuni sem felast einkum í því að virk samkeppni sé á fjarskiptamörkuðum hérlandis. Samræmist það því almenna sjónarmiði að virk samkeppni á markaði er almennt til þess fallin stuðla að lægra verði, auknum gæðum og betri þjónustu, neytendum í hag. Að sama skapi eru undir einkahagsmunir annarra og minni fyrirtækja á markaðnum þar sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni, keppinautum til töluverðs tjóns.
55. Þrátt fyrir að fallist sé á með kæranda að um íþyngjandi ákvörðun sé að ræða verður ekki litið framhjá hjá tilgangi og markmiða framangreindra ákvæða, m.a. hvað varðar álagningu kvaða, sem er ætlað að stuðla að virkri samkeppni, og eru í eðli sínu íþyngjandi ákvarðanir. Þá telur nefndin undirliggjandi hagsmuni ekki vera þess eðlis að sama ástandi verði ekki komið aftur á þótt ákvörðun verði felld úr gildi og hefur kærandi ekki sýnt fram á slíka hagsmuni.
56. ÚFP telur með vísan til framangreinds ekki ástæður til að fallast á kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa á hinn kærðu ákvörðunar í heild sinni enda verður að telja undirliggjandi almanna- og einkahagsmuni, í málinu, vega þyngra en hagsmuni kæranda í þessu tilliti. Þá verði ekki hjá því litið að ÚFP er að lögum ætlaður skammur tími til þess að skera úr kærúmalum. Stafar þetta m.a. af því að miklu getur skipt málsaðila að fá skjóta úrlausn sinna mála á sviði fjarskiptaréttar. Má því með nokkrum rökum segja að málsmeðferð nefndarinnar geri þegar ráð fyrir að mikilsverðir hagsmunir geti farið forgörðum og því sé frestun réttaráhrifa ákvarðana sem kærðar eru til nefndarinnar ekki jafn brýn og ella. Þó svo lögmæti hinnar kærðu ákvörðunar bíði frekari skoðunar úrskurðarnefndar telur hún ekki svo bersýnilega annmarka á hinn kærðu ákvörðun að nauðsyn sé að fresta réttaráhrifum hennar.
57. Kröfu kæranda um frestun hinnar kærðu ákvörðunar í heild er því hafnað af hálfu nefndarinnar.

3.

58. Hvað varðar varakröfu kæranda um frestun réttaráhrifa, telur kærandi rétt að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar sé frestað hvað varðar svonefnda „kaupkvöð“. Vísar kærandi í þeim efnum til niðurlags liðar 9 a og lið 9 b. og efnisgreina 91-92 og 95 í hinn kærðu ákvörðun. Verður ekki annað ráðið en hér eigi kærandi við kvöð um að kærandi dragi ekki til baka bitastraumsbúnað sinn á öðrum netum; kvöð um að bitastraumseiningu kæranda sé ekki heimilt að mismuna eftir undirliggjandi neti og; kvöð um að kærandi skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumsbúnað að ljósleiðaranetum óskyldra aðila.

59. Þá telur kærandi jafnframt að til vara sé rétt að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar hvað varðar kvöð um efnahagslegt hermipróf (ERT) sem nánar er kveðið á um í liðum 4 b og f og liði 9 b og f í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar.
60. Hvað varðar þann þátt hinnar kærðu ákvörðunar sem snýr annars vegar að kvöð um að kærandi dragi ekki til baka bitastraumbúnað sinn á öðrum netum og hins vegar að kvöð um að bitastraumseiningu kæranda sé ekki heimilt að mismuna eftir undirliggjandi neti, telur nefndin, í kjölfar þess heildstæða mats sem að ofan er rakið, að hagsmunir gegn því að fresta réttaráhrifum þessa þátta sé ríkari en hagsmunir kæranda að þeim sé frestað. Hefur nefndin hér einkum til skoðunar þá almanna- og einkahagsmuni sem undir eru, með tilliti til þess að tryggja virka samkeppni og að kvaðirnar séu ekki þess efnis að sama ástandi verði ekki komið á aftur þótt ákvörðunin verði felld úr gildi. Vísast að öðru leyti til fyrri umfjöllunar um aðalkröfu kæranda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar í heild.
61. Þá hafði nefndin jafnframt til hliðsjónar forsendur hinnar kærðu ákvörðunar og sjónarmið FST sem fram komu í athugasemdum, við mat á því hvort fallast ætti á frestun réttaráhrifa um þessar kvaðir. Hvað varðar kvöð um að kærandi dragi ekki til baka bitastraumbúnað sinn á öðrum netum er ljóst að kærandi losnar undan þessari kvöð ef Síminn semur um bitastraumsaðgang að ljósleiðaraneti annarra netrekenda.
62. Í hinni kærðu ákvörðun er, líkt og áður hefur komið fram, lögð sú kvöð á kæranda að hann skuli, gegn hæfilegu gjaldi, setja upp bitastraumbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila sem þess óska, þ.e. kæranda er skylt að bjóða upp á bitastraumspjónustu á ljósleiðarneti á sama svæði. Í athugasemdum FST kemur fram að það vandamál, sem framangreind kvöð var ætlað að leysa, fælist í lóðrétttri samþættingu Símans og kæranda. Kærandi myndi losna undan þessari kvöð ef Síminn myndi kaupa bitastraumsaðgang af öðrum netrekendum. Til að takmarka íþyngjandi áhrif kvaðarinnar væri kveðið á um að viðkomandi netrekandi greiði kostnað við slíka uppsetningu bitastraumbúnaðar kæranda og hæfilegan viðbótar rekstrarkostnað. Tók FST það fram að þrátt fyrir að stofnunin teldi þessa kvöð standast, leggist hún ekki gegn því að réttaráhrifum þessarar kvaðar verði frestað þar til efnisúrskurður fellur í málinu.
63. Með vísan til þess sem framan er rakið fellst úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála á kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa þeirra kvaðar sem snýr að því að kærandi skuli gegn hæfilegu gjaldi setja upp bitastraumbúnað á ljósleiðaranet óskyldra aðila. Við framangreinda niðurstöðu tók nefndin til skoðunar hagsmuni annarra einkaaðila en þeirra sem beina aðild eiga að málinu hjá nefndinni og taldi þá ekki ríkari en hagsmuni kæranda að fá réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar frestað. Nefndin tók jafnframt tillit til afstöðu FST, sem lagðist ekki gegn frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar að þessu leyti. Þá ber að líta til þess ástands sem kæmi upp, fari svo að úrskurðarnefnd teldi hina kærðu ákvörðun ólögmdæta, en þá væri kvöðin í reynd til lítils fyrir aðra netrekendur, með tilheyrandi tjóni fyrir þá og endanotendur.

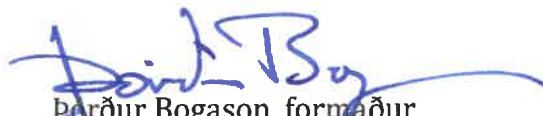
64. Hvað varðar kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa um kvöð um efnahagslegt hermipróf telur ÚFP ekki ástæðu til að fallast á röksemdir kæranda. Grundvallast sú niðurstaða í *fyrsta lagi* á að ljóst er að FST hefur lýst því yfir að ekki verði hafist handa við að undirbúa ákvörðun um útfærslu, innleiðingu og framkvæmd umrædds prófs á meðan málið, þ.e. sala Símans á kæranda, er til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Í *öðru lagi* liggur fyrir, með tilliti til athugasemda FST, að ekki standi til að hefjast handa við gerð ákvörðunardragna varðandi útfærslu, innleiðingu og framkvæmd umrædds ERT prófs fyrir en vorið 2022 og mun það taka marka mánuði. Þannig sé ólíklegt að niðurstaða slíkrar ákvörðunar myndi liggja fyrir fyrir en einhvern tímann á árinu 2023. Telur nefndin ótvírætt að efnisleg niðurstaða í máli kæranda muni þá liggja fyrir, með tilliti til þess málsmeðferðartíma sem úrskurðarnefnd er veittur til úrlausnar kærumála.
65. Með vísan til framangreinds fellst ÚFP á það með kæranda að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar að því leyti sem kvöð er lögð á kæranda að setja gegn hæfilegu gjaldi upp bitastraumbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila, sbr. lokamálsliður a-liður 9. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar, sbr. einnig 92. efnisgrein hennar.
66. Að öðru leyti, með vísan til framangreinds og eftir athugun ÚFP á gögnum málsins og sjónarmiðum aðila telur nefndin að ekki séu fyrir hendi sérstakar aðstæður í máli þessu sem mæla með frestun réttaráhrifa, að öðru leyti en því sem að ofan er rakið, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, og 2. mgr. 29. gr. stjórnssýslulaga. Eru því ekki skilyrði fyrir frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar að öðru leyti en varðar þá kvöð sem er lögð á kæranda um að setja gegn hæfilegu gjaldi upp bitastraumbúnað á ljósleiðaranetum óskyldra aðila, sbr. a-liður 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.
67. Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slík mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu.
68. Ákvörðun um málskostnað bíður efnisúrlausnar málsins.

V. Úrskurðarorð

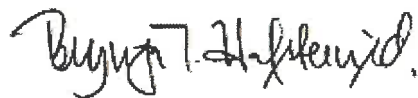
Kröfu Mílu ehf. um að fresta í heild réttaráhrifum ákvörðunar Fjarskiptastofu nr. 5/2021, um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu (markaður 3a) og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur (markaður 3b), er hafnað.

Fallist er á kröfu Mílu ehf. um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar að því leyti sem kvöð er lögð á Mílu ehf. að setja gegn hæfilegu gjaldi upp bitastraumsbúnað á ljósleiðarnetum óskyldra aðila, sbr. lokamálsliður a-liðar 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, sbr. 92. efnisgreinar hennar.

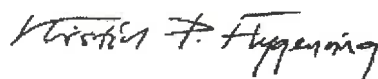
Reykjavík, 15. desember 2021



Þorður Bogason, formaður



Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir



Kirstín Þ. Flygenring