

ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA

Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála um frestun réttaráhrifa í máli nr. 1/2022

Kæra á áréttingu Fjarskiptastofu til Mílu varðandi IP-MPLS þjónustu,
dags. 16. desember 2021.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

1. Með kæru, dags. 12. janúar 2022, hefur Míla ehf. (kærandi), kært stjórnvaldsathöfn Fjarskiptastofu (FST), dags. 16. desember 2021, um áréttingu stofnunarinnar til kæranda varðandi IP-MPLS þjónustu.
2. Eini aðili málsins hjá FST var kærandi sem er jafnframt aðili kærumsáls þessa.
3. Af hálfu kæranda er þess krafist að hin kærða stjórnvaldsathöfn verði felld úr gildi. Kærandi gerir einnig þá kröfu að réttaráhrifum hinnar kærðu stjórnvaldsathafnar verði frestað en sá hluti er tekinn til meðferðar í úrskurði þessum.
4. FST gerir þá kröfu að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa verði hafnað.
5. Í úrskurði þessum er einvörðungu sá þáttur málsins er lýtur að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa tekinn til meðferðar.

II. Helstu málsatvik

6. Upphaf málsins má rekja til 3. nóvember 2021, þegar FST beindi upplýsingabeiðni til kæranda, þar sem óskað var eftir svörum við tilteknum spurningum um IP-MPLS kerfi Mílu ehf.
7. Með bréfi, dags. 25. nóvember 2021, svaraði kærandi framangreindu erindi. Birtist þar sú afstaða kæranda að hann telji IP-MPLS kerfi sitt ekki uppfylla þau skilyrði sem Póst- og Fjarskiptastofnun (PFS) hefði gert í ákvörðun 21/2015 til að teljast ígildi leigulína. Með IP-MPLS kerfinu sé þannig ekki unnt að veita „tryggða“ bandbreidd, heldur væri notast við forgangsröðun við flutninga á þjónustum (t.d. Internet, VoIP eða IPTV) og aðeins væri um lágmarkstryggða bandbreidd fyrir hvern forgangsflokk. Taldi kærandi þannig IP-MPLS kerfi hans, sem yfirfært var til kæranda frá Símanum hf. í ársbyrjun 2021, félli ekki undir kvaðir þær sem hvíla á kæranda á lúkningarluta leigulína samkvæmt ákvörðun PFS nr. 8/2014 og/eða stofnlínuhluta leigulína samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2015.
8. Með bréfi FST, dags. 16. desember 2016, áréttaði stofnunin að IP-MPLS kerfi kæranda félli undir kvaðir þær sem hvíla á honum á lúkningarluta leigulína og/eða stofnlínuhluta leigulína, skv. ákvörðunum PFS nr. 8/2014 og 21/2015. Þannig væri þjónusta kæranda á IP neti (IP-MPLS) undir kvöðum á heildsölumarkaði, sbr. fyrrnefndar ákvarðanir PFS, en um væri að ræða kvaðir um aðgang, jafnræði, gagnsæi, bókhaldslega aðskilnað, eftirlit með gjaldskrá og færslu kostnaðarbókhalds.

9. Í ljósi þess að FST taldi kvaðir samkvæmt ákvörðunum PFS nr. 8/2014 og 21/2015 gilda varðandi IP-MPLS þjónustu kæranda, beindi stofnunin því til kæranda að uppfæra gildandi viðmiðunartilboð sitt fyrir leigulínur, m.t.t. þjónustu kæranda um IP-MPLS kerfi og skila FST kostnaðargreiningu varðandi verð fyrir slíka þjónustu. Kæranda var veittur frestur til 14. febrúar 2022 til að sinna þessum skyldum sínum. Tók FST fram að uppfærð viðmiðunartilboð og kostnaðargreind verð tækju ekki gildi fyrr en FST hefði samþykkt þau með formlegri ákvörðun, að undangengnu innanlandssamráði og samráði við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA).
10. Til að tryggja jafnræði milli Símans hf. og keppinauta þess lagði FST þá skyldu á kæranda að bjóða öðrum áhugasömum fjarskiptafyrirtækjum sambærilega þjónustu og Síminn hf. hefur notið frá 1. janúar 2021, með sömu skilmálum og á sömu kjörum. Tók FST fram að um bráðabirgðaverð væri að ræða þar til FST hefur tekið lokaákvörðun um verðin. Þegar ákvörðun FST lægi fyrir skyldi bráðabirgðaverðið leiðrétt gagnvart Símanum hf. og öðrum mögulegum kaupendum aftur til 1. janúar 2021. Míla skyldi enn fremur upplýsa Símann hf., án ástæðulausrar dráttar, um efni bréfsins, þ.m.t. um að IP-MPLS þjónusta Mílu sé undir kvöðum skv. fyrirnefndum ákvörðun PFS.
11. Úrskurðarnefnd móttók kæru á framangreindri stjórnvaldsathöfn FST, um áréttingu til Mílu varðandi IP-MPLS þjónustu, hinn 12. janúar 2022. Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Þá krefst kærandi þess að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

12. Þar sem í úrskurði þessum er einungis tekin afstaða til kröfu um frestun réttaáhrifa, verður hér einungis stuttlega vikið að helstu sjónarmiðum kæranda að því er varðar frestun réttaráhrifa hinnar kærðu stjórnvaldsathafnar.
13. Kærandi krefst frestunar réttaráhrifa hinnar kærðu stjórnvaldsathafnar í samræmi við 29. gr. stjórnsýslulaga, sbr. einnig 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta-og póstmála.
14. Telur kærandi hina kærðu stjórnvaldsathöfn verulega íþyngjandi, svo sem kvaðirnar, sem séu af fjölpættum toga, beri skýrlega með sér. Þannig feli þær meðal annars í sér veruleg inngríp gagnvart kæranda varðandi veitingu og forræði á umræddri þjónustu, þ.á m. verðlagningu hennar, ásamt því að kalla meðal annars á innanlandssamráð. Í þessu ljósi, að virtu því hversu óvenjulegt og sérstaks eðlis málið er, að því ógleymdu að þegar á annað ár sé liðið frá því að yfirfærsla þjónustunnar átti sér stað til kæranda, sem ætla verði að FST hafi verið fullmeðvitað um, standi öll rök til að fallist sé á þessa kröfu.

2.

15. Í samræmi við 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009 var FST gefinn kostur á að tjá sig skriflega um kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa. Fór úrskurðarnefnd þess á leit við FST að stofnunin skilaði inn umsögn vegna kröfu kæranda með bréfi, dags. 17. janúar

2022, en frestur var veittur til og með 27. janúar sama ár og barst nefndinni greinargerð stofnunarinnar þann dag.

16. Í greinargerð FST kom fram sú afstaða stofnunarinnar um að engar forsendur séu til að fallast á frestun réttaráhrifa og fer stofnunin því fram á því að þeirri kröfu kæranda verði hafnað.
17. Máli sínu til stuðnings vísar FST til þess að málið varði í reynd ekki stjórnvaldsákvörðun, sem sé forsenda uppkvaðningar úrskurðar um frestun réttaráhrifa. Þannig sé í reynd um að ræða áréttingu um að gildandi heildsölukvaðir, í samræmi við fyrri ákvarðanir PFS (sem var forveri FST), taki jafnframt til IP-MPLS þjónustu kæranda. Vísar FST jafnframt til þess að hjá stofnuninni starfi sérfræðingar sem hafi áralanga reynslu af framkvæmd markaðsgreininga sem hafi án undantekninga staðist í kæru- og/eða dómsmálum þegar á það hefur reynt, auk þess sem ESA hafi aldrei beitt neitunarvaldi sínu gagnvart markaðsgreiningu. Hafi þannig verið einhver minnsti vafi um hvort gildandi heildsölukvaðir tækju til IP-MPLS netsins, sem fært var til kæranda hinn 1. janúar 2021, sé öruggt að sérfræðingar FST hefðu verið meðvitaðir um að framkvæma þyrfti markaðsgreiningu til að leggja kvaðirnar á að nýju.
18. Að sama skapi vísar FST til þess að þegar komi að markaðsgreiningu hvíli rík rannsóknarskylda á FST og gert ráð fyrir yfirgripsmiklu samráði við hagaðila. Þau sjónarmið eigi ekki einungis við um stofnunina, heldur einnig úrskurðarnefnd Fjarskipta- og póstmála, þ.e.a.s. að ekki sé heimilt að leggja kvöð á, breyta henni eða fella brott nema á grundvelli markaðsgreiningar og þeirra lögbundnu samráða sem lögin gera ráð fyrir. Því telur FST í raun ekki fært að fresta réttaráhrifum á gildandi kvöð eða fella hana úr gildi nema fyrir liggi formleg markaðsgreining, sem m.a. hefur hlotið samþykki ESA.
19. Í greinargerð FST kemur jafnframt fram það mat stofnunarinnar að þar sem umrædd þjónusta falli undir kvaðir samkvæmt eldri markaðsgreiningum geti þeim ekki verið haggð í sjálfstæðum kærumálum fyrir úrskurðarnefnd og að kærufrestur sé löngu liðinn. Þannig sé ekkert sem mæli með frestun réttaráhrifa í samhengi við þá lagaumgjörð sem á reyni í þessu máli.
20. Að öðru leyti hafnaði FST öðrum sjónarmiðum kæranda.

3.

21. Þar sem FST vísaði til þess að ekki væru forsendur fyrir uppkvaðningu úrskurðar um frestun réttaráhrifa, þar sem ekki væri um stjórnvaldsákvörðun að ræða sem og að kærufrestur væri liðinn, taldi úrskurðarnefnd nauðsynlegt að fá sérstaklega afstöðu kæranda um þær röksemdir stofnunarinnar. Í samræmi við það var bréfi beint til kæranda, hinn 1. febrúar 2022, þar sem óskað var eftir frekari afstöðu kæranda um formhlið málsins. Var frestur veittur til 8. febrúar 2022 og barst úrskurðarnefndinni þann dag frekari athugasemdir kæranda.
22. Hafnar kærandi sjónarmiðum FST og telur umþrætta stjórnvaldsathöfn, þ.e.a.s. áréttingu FST, í reynd fela í sér stjórnvaldsákvörðun. Stjórnvaldsathöfnin feli í sér ákvörðun um

skyldur sem sé megin skylyrði stjórnvaldsákvörðunar skv. 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993. Þá sé ákvörðunin miðuð við 1. janúar 2021, sem sé til marks um að um sé að ræða stjórnvaldsákvörðun. Ákvörðunin sé jafnframt tekin í skjóli stjórnsýsluvalds og beint að kæranda sérstaklega, að aflokinni málsmeðferð stofnunarinnar.

23. Þá hafnar kærandi að unnt hefði verið að kæra stjórnvaldsákvörðanir í málum nr. 8/2014 og 21/2015 vegna augljóss skorts á lögvörðum hagsmunum, auk þess sem ákvörðunin sé hvorki ákveðin né skýr enda sé í reynd verið að ljá IP-MPLS þjónustu rýmri merkingu en samkvæmt fyrri ákvörðunum, sem fæli eðli málsins samkvæmt í sér nýja stjórnvaldsákvörðun.

IV. Niðurstöður

1.

24. 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 úrskurðarnefndar frestar ekki réttaráhrifum ákvörðunar. Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. er úrskurðarnefnd 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.
25. 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 kæruehimild gæti í raun orðið þýðingarlaus væri æðra stjórnvaldi ekki heimilt að fresta réttaráhrifum ákvörðunar lægra stjórnvalds. Með tilliti til meginreglunnar ber að túlka þessa undantekningarreglu þröngt, í samræmi við hefðbundin lögskýringarsjónarmið.
26. 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.
27. 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 lögmati 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.
28. Þau sjónarmið sem eru hins vegar talin mæla gegn frestun réttaráhrifa kærðrar ákvörðunar eru einkum: Almannahagsmunir, þ.e. hvort réttaráhrif ákvörðunar verði 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.

29. Við mat úrskurðarnefndarinnar á kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa voru röksemdir hans, auk FST, tekin til heildstæðrar skoðunar með tilliti til framangreindra sjónarmiða. Í samræmi við 4. mgr. 29. gr. stjórnarsýslulaga flýtti úrskurðarnefndin málsmeðferð sinni eins og við varð komið.

2.

2.1

30. Ákvæði 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, kveður á um að ákvarðanir FST sæti kæru til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og að slík kæra skuli berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun stofnunarinnar. Kveður ákvæðið um rétt til að bera undir úrskurðarnefndina stjórnvaldsákvæðanir FST, í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga, enda fer um kröfu um frestun réttaráhrifa eftir 29. gr. stjórnarsýslulaga.
31. Í greinargerð birtist sú afstaða FST að þar sem ekki sé um að ræða stjórnvaldsákvörðun, sé ekki forsenda fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála að kveða upp úrskurð. Er kærandi ósammála þessari afstöðu stofnunarinnar. Sökum þessa vafa aðila málsins um eðli hinnar kærðu stjórnvaldsathafnar, og þar sem forsenda fyrir kæru til úrskurðarnefndar er að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða, taldi úrskurðarnefndin, líkt og áður segir, sérstaka þörf á að fá nánari athugasemdir kæranda um eðli hinnar kærðu stjórnvaldsathafnar.
32. Stjórnarsýslulög mæla fyrir um þær lágmarkskröfur sem gera verður til stjórnarsýslunnar þegar stjórnvöld taka stjórnvaldsákvæðanir. Samkvæmt því er ljóst að stjórnvöldum ber að fylgja málsmeðferðarreglum stjórnarsýslulaga við undirbúning og töku slíkra ákvarðana. Í samræmi við framangreint er það grundvallaratriði, þegar tekið er til skoðunar hvort stjórnvald hafi gætt að málsmeðferðarreglum stjórnarsýslulaga, að meta hvort um sé að ræða stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga.
33. Ákvæði 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga kveður á um að lögin gildi þegar stjórnvöld, þar á meðal stjórnarsýslunefndir, taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna. Þau gilda þó ekki um samningu reglugerða né annarra stjórnvaldsfyrirmæla. Að öðru leyti er hugtakið ekki skilgreint í lögum.
34. Við mat á því hvort ákvörðun stjórnvalda telst ákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga hefur verið litið til tiltekinna sjónarmiða. Algeng einkenni ákvarðana, í framangreindum skilningi, er að stjórnvaldsákvörðun sé: 1) ákvörðun sem tekin er í skjóli stjórnarsýsluvalds; 2) hefur bindandi réttaráhrif um úrlausn tiltekins máls; 3) er beint út á við að borgurunum; 4) bindur enda á stjórnarsýslumál; 5) beinist að tilteknum aðila eða aðilum; 6) er ákvörðun í ákveðnu og fyrirbyggjandi máli og; 7) er ákvörðun um rétt og skyldu manna.

35. Í samræmi við framangreint þarf að fara fram heildstætt mat á eðli stjórnvaldsathafnar til niðurstöðu um hvort stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Af athugasemdum við 1. gr. stjórnsýslulaga, við frumvarp það sem varð að lögunum, er þó ljóst að í algjörum vafatilvikum beri að álykta svo að lögin gildi fremur en þau gildi ekki. Við þetta heildarmat þarf m.a. að líta til þess með hvaða hætti löggjafinn hefur gert ráð fyrir að leiða skuli mál til lykta.

2.2

36. 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 lögunum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á.

37. 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 lögin.

38. Samkvæmt 1. mgr. 73. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti, skal fjarskiptafyrirtæki sem rekur fjarskiptanet eða þjónustu samkvæmt almennri heimild eða hafa réttindi til að nota tíðni og númer, að beiðni FST, veita stofnuninni upplýsingar samkvæmt lögum um Fjarskiptastofu sem nauðsynlegar eru til þess að ganga úr skugga um að farið sé eftir skilyrðum almennra heimild eða sérstakra kvaða, sbr. 5. mgr. 6. gr. Komist FST að þeirri niðurstöðu að fjarskiptafyrirtæki fari ekki að skilmálum almennra heimilda, skilyrðum sem tengjast réttindum eða sérstökum kvöðum skal stofnunin tilkynna fjarskiptafyrirtækinu um þessa niðurstöðu og gefa fyrirtækinu tækifæri að koma skoðun sinni á framfæri eða lagfæra brot sitt innan eins mánaðar frá dagsetningu tilkynningar, skemmri tíma sem fyrirtækið samþykkir eða FST kveður á um þegar um endurtekið brot er að ræða eða lengri tíma sem FST samþykkir, sbr. 2. mgr. 73. gr. laga nr. 81/2003.

39. Láti fjarskiptafyrirtæki ekki af broti sínu innan settra tímamarka skal FST grípa til viðeigandi ráðstafana skv. 5. mgr. 74. gr. Tilkynna skal fjarskiptafyrirtæki um ákvörðun stofnunarinnar ásamt rökstuðningi við hana og skal veita því hæfilegan frest til þess að verða við ákvörðun, sbr. 3. mgr. 73. gr. laga nr. 81/2003. Við alvarleg og endurtekin brot

á skilmálum almennrar heimildar eða skilyrðum sem tengjast réttindum eða sérstökum kvöðum þegar ráðstafanir til að tryggja að farið verði að lögum hafa mistekist getur FST stöðvað netrekstur eða þjónustu fjarskiptafyrirtækis eða afturkallað réttindi tímabundið eða varalega, sbr. 4. mgr. 73. gr. laganna. Að sama skapi er heimild til handa FST að taka bráðabirgðaákvörðanir, liggi fyrir sannanir um brot á skilmálum almennra heimildar eða skilyrðum sem tengjast réttindum eða sérstökum kvöðum, sem leiðir til yfirvofandi hættu fyrir öryggi og heilsu almennings eða getur skapað alvarleg fjárhagsleg eða rekstrarleg vandamál fyrir önnur fjarskiptafyrirtæki eða notendur fjarskiptaneta eða þjónustu, sbr. 5. mgr. 73. gr. laganna.

40. Í 74. gr. laga nr. 81/2003 er svo fjallað um viðurlög við brotum á ákvæðum laganna. Þar segir í 5. mgr. að þegar fjarskiptafyrirtæki fer ekki að ákvæðum laga, skilyrðum almennra heimildar, skilyrðum sérstakra réttinda eða einstökum ákvörðunum FST geti stofnunin ákveðið, í samræmi við 73. gr., að fella niður skráningu fyrirtækis, afturkallað réttindi eða bætt við skilyrðum.

2.3

41. Í samræmi við framangreint hefur löggjafinn markað málum ákveðinn farveg, telji FST fyrirtæki ekki fara eftir þeim kvöðum sem stofnunin hefur lagt á fyrirtæki í kjölfar markaðsrannsóknar. Þannig getur stofnunin gripið til aðgerða og viðurlaga í samræmi við framanrakin ákvæði 73. og 74. gr. laga nr. 81/2003, með tilheyrandi málsmeðferð og stjórnvaldsákvörðum.
42. Með tilliti til málsmeðferðarreglna stjórnarsýslulaga, auk sértækari ákvæði annarra laga, þurfa stjórnvöld að gæta að því að leggja stjórnarsýslumál í þann farveg sem löggjafinn hefur markað málum í lögum með tilheyrandi málsmeðferðarreglum. Þannig er stjórnvöldum ekki unnt að víkja sér frá þeim skyldum sem lög gera til þeirra með því einu að nefna stjórnvaldsathafnir öðru nafni ef efni þeirra felur í reynd í sér stjórnvaldsákvörðun.
43. Með vísan til alls sem að framan er rakið, er það mat úrskurðarnefndarinnar að hafi FST í reynd talið kæranda hafi brotið í bága við kvaðir samkvæmt fyrri ákvörðunum, bar stofnuninni að leggja málið í farveg samkvæmt XVI. kafla laga nr. 81/2003. Ákvörðunum í kjölfar málsmeðferðar samkvæmt stjórnarsýslulögum og framangreindum kafla laga nr. 81/2003 hefði kæranda verið unnt að skjóta til úrskurðarnefndar með kæru í samræmi við 20. gr. laga nr. 75/2021, um fjarskiptastofu. Getur FST ekki vikið sér undan framangreindum skyldum, með því einu að nefna stjórnvaldsathöfn, sem er í reynd stjórnvaldsákvörðun, „áréttingu á fyrri ákvörðun“ og þannig afnumið það réttaröryggi sem löggjafinn hefur búið lögaðilum í aðdraganda framangreindra ákvarðana. Vísast í þessum efnum meðal annars til álits umboðsmanns Alþingis frá 7. apríl 2008, í máli nr. 2008.
44. Með framangreindum röksemdum er það niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að hin kærða stjórnvaldsathöfn sé í reynd stjórnvaldsákvörðun, í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga, og því kæránleg til nefndarinnar. Um er að ræða ákvörðun sem tekin er í

skjóli stjórnarsýsluvalds FST, er beint milliliðalaust að kæranda og er með henni kveðið á bindandi hátt um skyldur kæranda.

45. Fellst úrskurðarnefndin því að hin kærða stjórnvaldsathöfn beri öll megineinkenni stjórnvaldsákvarðana, í samræmi við framangreint, og hafnar um leið þeim sjónarmiðum FST að ekki sé um sjálfstæða ákvörðun að ræða, heldur áréttingu um fyrri ákvarðanir um að gildandi heildsöluþing taki jafnframt til IP-MPLS þjónustu kæranda.
46. Hafnar úrskurðarnefnd jafnframt, með vísan til framangreindra forsendna, að ekki sé forsenda fyrir uppkvaðningu úrskurðar um frestun réttaráhrifa og að kærufrestur sé liðinn.
47. Hér er vakin athygli á því að framangreind niðurstaða um eðli hinnar kærðu stjórnvaldsathafnar felur ekki í sér afstöðu úrskurðarnefndar um hvort að IP-MPLS kerfi kæranda, sem yfirfært var til félagsins frá Símanum hf. í ársbyrjun 2021, falli undir þær kvaðir sem hvíla á kæranda á lúkningarluta leigulína eða ekki, skv. ákvörðun PFS nr. 8/2014 og/eða á stofnlínuhluta leigulína skv. ákvörðun PFS nr. 21/2015.

3.

48. Kærandi reisir kröfu sína um frestun réttaráhrifa á því að hin kærða ákvörðun sé verulega íþyngjandi, í samræmi við kvaðir FST um aðgang, jafnræði, gagnsæi, bókhaldslegan aðskilnað, eftirlit með gjaldskrá og færslu kostnaðarbókhalds. Feli þessar kvaðir í sér veruleg inngrip gagnvart kæranda varðandi veitingu og forræði á umræddri þjónustu, þ.á m. verðlagningu hennar, ásamt því að kalla á innanlandssamráð. Að sama skapi telur kærandi að tjónið yrði óafturkræft, yrði ekki fallist á frestun réttaráhrifa.
49. FST reisir kröfu sína á synjun á frestun réttaráhrifa einkum á því þeim áhrifum, sem markaðsgreiningar og þær kvaðir sem lagðar eru á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, hafa á allan fjarskiptamarkaðinn, þ.e. hæfni samkeppnisaðila viðkomandi fjarskiptafyrirtækis til að bjóða fram vörur og þjónustu til hagsbóta fyrir neytendur. Þannig séu hagsmunir kæranda, um að fá frestun á réttaráhrifum á kvöð sem hvílir á félaginu, ekki meiri en hagsmunir annarra fjarskiptafyrirtækja af því að nýta sér aðgang að fjarskiptainnvíðum kæranda og með því draga úr óæskilegum áhrifum lóðréttrar samþættingar.
50. Þrátt fyrir að fallist sé á það með FST að ríkir almanna- og einkahagsmunir felist í því að virk samkeppni sé á fjarskiptamörkuðum, telur úrskurðarnefndin jafnframt mikilvægt að líta til annarra sjónarmiða, í samræmi við ákvæði 2. mgr. 29. gr. stjórnarsýslulaga, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009. Telur úrskurðarnefndin þannig, í samræmi við þann farveg sem FST markaði málinu, vafa uppi um lögmæti ákvörðunarinnar. Lögmæti ákvörðunarinnar bíður þó efnislegrar úrlausnar hinnar kærðu ákvörðunar. Að sama skapi er um íþyngjandi ákvörðun sem felur í sér veruleg inngrip í starfsemi kæranda, með afturvirkum hætti, sem getur leitt til óafturkræfs tjóns fyrir kæranda, fellir úrskurðarnefndin hina kærðu ákvörðun úr gildi. Ber hér einnig að líta til þess hve óvenjulegt málið er, auk þess sem að með frestun hefur í reynd ekki með sér neina

breytingu á því ástandi sem verið hefur á fjarskiptamarkaði frá 1. janúar 2021, þegar kærandi tók yfir IP-MPLS kerfi frá Símanum hf.

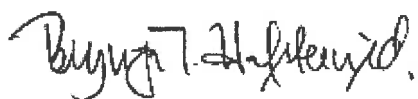
51. Í samræmi við framangreint, í kjölfar heildarmats úrskurðarnefndar á gögnum og sjónarmiðum kæranda og FST, telur nefndin að í máli þessu liggi fyrir sérstakar ástæður sem mæli með því að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar þar til efnisleg niðurstaða kemur í málinu, í samræmi við 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, sbr. 2. mgr. 29. gr. stjórnslulaga.
52. Með vísan til framangreind fellst nefndin á kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar.
53. Vakin er athygli á því að Fjarskiptastofa getur borið úrskurð úrskurðarnefndar um fjarskipta- og póstmála undir dómstóla, í samræmi við 3. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu. Málshöfðun frestar ekki gildistöku úrskurða nefndarinnar.
54. Ákvörðun um málskostnað bíður efnisúrlausnar málsins.

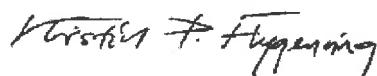
V. Úrskurðarorð

Réttaráhrifum ákvörðunar Fjarskiptastofu, dags. 16. desember 2021, um áréttingu Fjarskiptastofu til Mílu varðandi IP-MPLS þjónustu er frestað á meðan stjórnslukæran er til meðferðar hjá úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 11. febrúar 2022.


Þórður Bogason, formaður


Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir



Kirstín Þ. Flygenring