



## PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

### Ákvörðun nr. 3/2018

#### Synjun á kröfu um að fella niður kvöð um tilkynningaskyldu vegna jarðvegs- og lagnaframkvæmda

##### I.

##### Erindið

Með bréfi Mílu ehf. (Míla), dags. 22. desember 2017, barst Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) erindi, þar sem farið er fram á að kvöð sem hvílir á félaginu um að tilkynna um jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara verði felld niður eða henni breytt með því að marka henni til muna skýrara gildissvið en nú er (*mál nr. 2017120063*). Um er að ræða útfærslu á *aðgangskvöð* sem lögð var á Mílu í tengslum við markaðsgreiningu á heimtauga- (M4/2008) og bitastraumsmörkuðum (M5/2008), sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014.

##### II.

##### Fyrri samskipti og forsendur fyrir sérstakri ákvörðunartöku

PFS og Míla hafa áður fundað og átt í tölvupóstamskiptum varðandi þessa málaleitan. Umræddum samskiptum lauk með tölvupósti, dags. 26. október 2017, þar sem stofnunin tjáði Mílu að hún sæi ekki flöt á því að verða við beiðni félagsins. Í umræddum tölvupósti voru tilgreind ýmiss rök fyrir því. Nú hefur PFS móttakið formlegt erindi þessa efnis, þ.e. þar sem farið er fram á að fyrrnefnd kvöð sé felld niður. Það er skilningur PFS, sem staðfestur var með tölvupósti frá Mílu, dags. 22. desember 2017, að það sé vilji félagsins að fá skorið úr um kröfuna með formlegri og kæránlegri stjórnvaldsákvörðun.

Almennt eru ekki teknar stjórnvaldsákvörðanir um tilhögun málsmeðferðar í stjórnslumálum í tilvikum þar sem ákvörðun bindur ekki enda á málið, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Þó svo að PFS hafi leiðbeint Mílu um að tekin verði afstaða til þess hvort að fyrrnefndri kvöð verði viðhaldið, breytt eða hún felld niður í þeirri endurskoðun á markaðsgreiningum á viðkomandi mörkuðum (nú tilgreindir sem 3a og 3b/2016), sem nú stendur yfir, er e.t.v. ekki rétt að líta svo á að í markaðsgreiningunni verði skorið úr um þá kröfu sem Míla hefur nú sett fram. Í því ljósi verður að telja forsendur fyrir því að krafan sé tekin fyrir í sérstöku stjórnslumáli.

Með tilliti til framangreinds taldi PFS rétt, eins og málinu var háttað, að fallast á beiðni félagsins um að taka ákvörðun um kröfuna í sérstöku máli. Var það metið svo að vafa um hvort forsendur til ákvarðanatöku skyldi túlka Mílu í hag og það væri ívilnandi gagnvart félaginu að taka afstöðu til kröfunnar í sérstöku máli.

### III. Bréfaskipti og sjónarmið

#### 3.1. Sjónarmið og rökstuðningur Mílu í erindinu

##### 3.1.1. Lagaskilyrði fyrir álagningu kvaða og efnisleg lagastoð þeirra

Í erindi Mílu, dags. 22. desember 2017, er vísað til þeirra lagaskilyrða sem þurfa að vera fyrir hendi svo heimilt sé að leggja kvöð á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og fjallað um hvers efnis slíkar kvaðir megi vera samkvæmt þeirri lagastoð sem um ræðir. Um þetta segir í erindi Mílu:

„Svo sem segir í 16. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti, skal PFS „skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið“. Samkvæmt 1. mgr. 17. gr. sömu laga skal PFS „með hliðsjón af 16. gr. greina viðkomandi markaði með hliðsjón af skuldbindingum samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið“, eftir atvikum í samstarfi við Samkeppniseftirlitið. Samkvæmt því sem segir í 2. mgr. 17. gr. skal „[m]arkaðsgreiningin [...] vera grundvöllur ákvörðunar um hvort Póst- og fjarskiptastofnun skuli leggja á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fyrirtæki með [umtalsverðan markaðsstyrk] skv. 18. gr.“, sbr. nánar efni 17. og 18. gr. laganna. Samkvæmt því sem fram kemur í greinargerð með frumvarpi til laganna er „[t]ilgangur markaðsgreiningar er að skera úr um hvort samkeppni sé virk á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið og að taka ákvörðun um að leggja á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild“. Enn fremur, að „[m]arkaðsgreiningu ber að endurskoða með hæfilegu millibili og verður það metið með hliðsjón af aðstæðum innan lands sem og tilmælum sem gefin verða út og endurskoðuð af framkvæmdastjórn ESB og Eftirlitsstofnun EFTA“.

Þegar fjarskiptafyrirtæki er talið hafa umtalsverðan markaðsstyrk, samkvæmt markaðsgreiningu framkvæmdri með stoð í 17. gr. laganna, er PFS samkvæmt 27. gr. laganna heimilt að „leggja á það kvaðir um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað, opinn aðgang að sérstakri netaðstöðu, eftirlit með gjaldskrá og kostnaðarbókhald eins og með þarf í þeim tilgangi að efla virka samkeppni“, sbr. einnig hér nánar 28. – 34. gr. laga nr. 81/2003, þar sem er að finna nánari skilgreiningu á þessum atriðum, þ.m.t. gagnsæi og jafnræði, sbr. 29. og 30. gr. laganna.

Af lestri laganna verður að mati Mílu ekki ráðið að skýr lagaheimild standi til þess að leggja þá kvöð á Mílu að „birta lista yfir fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir (e. Civil Works) með sex mánaða fyrirvara“. Verður heldur ekki séð að sambærileg kvöð hafi verið lögð á aðila erlendis, og svo sem Míla hefur áður upplýst PFS um. Kvöð sem þessi, sem er í eðli sínu verulega íþyngjandi Mílu, verður á hinn bóginn að styðjast við skýran og ótvíræðan lagagrundvöll.“

*3.1.2. Áhrif tilskipunar nr. 2014/61/EB um lækkun kostnaðar við útbreiðslu háhraðaneta*  
Þá vísar Míla til tilskipunar nr. 2014/61/EB um lækkun kostnaðar við útbreiðslu háhraðaneta sem félagið telur að hafi þýðingu varðandi útfærslu á tilkynningaskyldu og þess að slík skylda hvíli ekki einungis á einu fjarskiptafyrirtæki á markaði. Um þetta segir í erindi Mílu:

„Þá má og benda á, að samkvæmt Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/61/ESB frá 15. maí 2014 um ráðstafanir til að lækka kostnað við uppbyggingu á háhraða rafrænum fjarskiptanetum, sem telst hluti af skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum, en á eftir að innleiða í íslenskan rétt, virðist ekki gert ráð fyrir að upplýsingagjöf sé í þessu formi, hvað þá að hún sé bundin við tiltekið fjarskiptafyrirtæki en ekki önnur, þótt gert sé ráð fyrir upplýsingagjöf ýmiss konar.

Míla telur rétt með vísan til þess sem að framan greinir, að PFS taki til skoðunar umrædda kvöð, þ.m.t. lagagrundvöll hennar, og grípi til viðeigandi úrræða af því tilefni. Telur Míla að vel færi á því samhliða að markaður væri sérstakar farvegur, eftir atvikum í samráði við sveitarfélög telji PFS ástæðu til, varðandi upplýsingagjöf aðila á markaði, þ.m.t. Gagnaveitu Reykjavíkur ehf., í tengslum við uppbyggingu á háhraða rafrænum fjarskiptanetum. Slíkt væri samkeppni og þar með neytendum til góðs.

Við þá vinnu væri jafnframt vafalaust rétt og eðlilegt að líta til þess sem fram kemur í umræddri tilskipun, eftir því sem við getur átt.“

### **3.2. Sjónarmið PFS**

Eftir að hafa yfirfarið röksemdir og sjónarmið Mílu sem fram koma í erindi félagsins var það frumniðurstaða stofnunarinnar að hafna bæri kröfunni. Í bréfi til Mílu, dags. 4. janúar 2018, voru raktar forsendur og lagarök stofnunarinnar fyrir því að synja kröfu Mílu og félaginu gefinn kostur á því að koma á framfæri andmælum.

Ekki þykir tilefni til að rekja allar forsendur og rökstuðning PFS með ítarlegum hætti, enda er það meginniðurstaða stofnunarinnar að það bresti formskilyrði samkvæmt lögum að verða við kröfu Mílu. Þrátt fyrir það telur PFS tilefni til þess, samhengisins vegna, að tilgreina þessi sjónarmið sín í stuttu máli, enda eru þau til þess fallin að svara efnislegum málartilbúnaði Mílu og varpa ljósi á lagagrundvöll málsins í heild sinni.

#### *3.2.1. Lagaleg skilyrði fyrir niðurfellingu kvaðar*

Framkvæmd markaðsgreiningar er lögbundið skilyrði þess, sbr. 2. mgr. 17. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, að PFS sé heimilt að viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir sem lagðar hafa verið á aðila með umtalsverðan markaðsstyrk samkvæmt VII. kafla laganna.

Framkvæmd markaðsgreiningar er bæði flókið og tímafrekt ferli sem krefst samráðs við markaðsaðila og eftirlitsstjórnvöld bæði hér heima og erlendis. Mjög þröngar skorður hafa verið settar fyrir því að hægt sé að breyta kvöðum án markaðsgreiningar, en slíkt er mögulegt varðandi útfærslu kvaðar um tæknileg atriði og verð, en þó engu að síður að undangengnu innanlands samráði og samráði við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA). Krafa Mílu lýtur á hinn bóginn að efnisbreytingu kvaðar, þ.e. að fella hana niður í heild sinni. Að mati PFS verður ekki séð að málsmeðferð um slíkt fái samrýmst frekar þröngum undantekningarreglum sem þróaðar hafa verið af framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og ESA.

### 3.2.2. Kvöðin er í samræmi við leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB

Í erindi Mílu er vísað til þeirra kvaða sem tilgreint er í lögum að heimilt sé að leggja á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, en um er að ræða „kvaðir um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað, opinn aðgang að sérstakri netaðstöðu, eftirlit með gjaldskrá og kostnaðarbókhald eins og með þarf“, sbr. 1. mgr. 27. gr. fjarskiptalaga. Að mati Mílu verður ekki ráðið að skýr lagaheimild standi til þess að leggja þá kvöð á félagið að birta lista yfir fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara.

PFS getur ekki tekið undir þennan skilning Mílu. Alþekkt er í opinberu eftirliti á sviði samkeppnismála, hvort sem það er í fjarskiptum eða almennt í öðrum geirum atvinnulífsins, að þegar eftirlitsstjórnvaldi eru fengnar lagaheimildir, til að leggja á kvaðir eða skilyrði til bregðast við samkeppnishindrunum eða til að efla virka samkeppni, að þá eru þær almennar og matskenndar. Eftirlitsstjórnvöldum er síðan eftirlátið ákveðið svigrúm til að móta inntak og útfærslu kvaðanna þannig að þær þjóni tilgangi sínum, sbr. orðalagið ákvæðisins „*eins og með þarf*“ sem fylgir þeim kvöðum sem eru tilgreindar eru í lögum þeim til fyllingar.

Við mótun og útfærslu kvaða horfir PFS bæði til aðstæðna innanlands sem og fordæma um framkvæmd í öðrum aðildarríkjum EES svæðisins, svo og til leiðbeininga sem framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og ESA gefa út um hvernig eiga að móta og útfæra kvaðir. Til að ná fram einsleitni við túlkun og framkvæmd Evrópulöggjafar á þessu sviði hefur einmitt þótt nauðsynlegt að gefa út slíkar leiðbeiningar vegna þess hversu opið og almennt regluverkið er hvað þetta varðar.

Hvað varðar þá kvöð sem hér um ræðir að þá byggir hún á heimild til að leggja á kvöð um að veita *aðgang* að fjarskiptainnvöldum, þ.m.t. skurðum og lögnum sem eru á framkvæmdastigi. Því er um ræða útfærslu á aðgangskvöð sem PFS er heimilt að leggja á lögum samkvæmt.

Ein lykilforsendan fyrir því að kvöð um aðgang að jarðvegs- og lagnaframkvæmdum nái fram að ganga er að fyrir hendi séu tiltækar upplýsingar um fyrirhugaðar framkvæmdir með hæfilegum fyrirvara. Að öðrum kosti væri kvöðin gagnlaus og í raun merkingarlaus. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB, um reglusetningu aðgangs að næstu kynslóð aðgangsneta (NGA), sem fjarskiptaftirlitsstjórnvöldum er ætlað að hafa til hliðsjónar varðandi reglusetningu aðgangsneta, er sérstaklega tiltekið að það geti verið þörf á því að mæla fyrir um tilkynningaskyldu fjarskiptafyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk um fyrirhugaðar framkvæmdir.<sup>1</sup> Í því sambandi vísar PFS til tölulíða 4. og 39.-41. umræddra leiðbeininga, svo og 12. mgr. formálsorða þeirra (einkum síðasta málslið).

Samkvæmt framangreindu er því hafnað að PFS hafi ekki skýra lagaheimild til að leggja kvöð á Mílu um að tilkynna um fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara. Þvert á móti telur PFS sig hafa sýnt fram á að hún sé í fullu samræmi við fjarskiptaregluverkið eins og ber að túlka það og beita samkvæmt 16. - 18. gr., 1. mgr. 27. gr. og 28. gr. fjarskiptalaga og umræddum leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB og ESA, að teknu tilliti til aðstæðna og þarfa hér á landi til að stuðla að því að leysa hið greinda samkeppnismál. Þess ber að geta að kvöð þessi var aðeins ein af fjölmörgum kvöðum sem

---

<sup>1</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010H0572&from=EN>

lagðar voru á Mílu á umræddum markaði, sem saman áttu að stuðla að því að leysa þau samkeppnisvandamál sem greind voru í umræddri markaðsgreiningu.

### 3.2.3. Áhrif tilskipunar nr. 2014/61/EB um lækkun kostnaðar við útbreiðslu háhraðaneta

Í erindi sínu vísar Míla til tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2014/61/EB um lækkun kostnaðar við útbreiðslu háhraðaneta. Tiltekur Míla að ekki sé gert ráð fyrir upplýsingagjöf á því formi sem kvöðin gerir ráð fyrir né sé hún bundin við eitt fyrirtæki.

Umrædd tilskipun hefur ekki verið tekin upp í EES samninginn og er því ekki hluti af þjóðréttarlegum skuldbindingum Íslands enn sem komið er. Í umræddri tilskipun er gert ráð fyrir að upplýsingum um fyrirhugaðar framkvæmdir við uppbyggingu raunlægra innviða sé safnað saman, hvort sem um er að ræða jarðvegsframkvæmdir eða smíði mannvirkja, t.d. tækjarýma, möstur, rör o.s.frv. Gert er ráð fyrir að slíkar upplýsingar séu öllum rekstraradilum fjarskiptainnviða tiltækar. Það er síðan útfærsluatriði, sem leyst er úr við innleiðingu regluverksins, hvaða frestir verða settir varðandi upplýsingagjöf og á hvaða formi hún skuli vera. Ekki er því hægt að fullyrða að sú kvöð til upplýsingagjafar um framkvæmdir, sem hvílir á Mílu, sé í meginatriðum ólík þeirri upplýsingaskyldu sem myndi leiða af tilskipuninni.

### 3.3. Athugasemdir Mílu við sjónarmið PFS

Í bréfi Mílu, dags. 1. febrúar 2018, er með ítarlegum hætti gerð grein fyrir lagaskilyrðum fyrir beitingu kvaða og raktar þær forsendur sem markaðsgreining PFS byggir á í ákvörðun nr. 21/2014, m.a. um að aðgangur að aðgangskerfum Mílu sé forsenda virkrar samkeppni sem aðgangskvöðinni er ætlað að bæta úr. Varðandi grundvöll kvaðanna, forsendur greiningar PFS og markmiðs með álögðum kvöðum vísar Míla nánar tiltekið til kafla 2.1. í ákvörðun PFS og málgreina nr. 381-389, 422, 603-605, 635-636 og 643 í viðauka A við umrædda ákvörðun.

Það er meginniðurstaða Mílu, miðað við forsendur og tilgang aðgangskvaðarinnar, að ekkert sé því til fyrirstöðu að veita aðgang að aðgangskerfum sem þegar hafi verið byggð upp, en skylda til að tilkynna um jarðvegs- og lagnaframkvæmdir gangi lengra heldur er þær forsendur sem PFS leggur til grundvallar og lög leyfa. Af þessu leiðir að útfærsla aðgangskvaðarinnar standi ekki í rökrænu samhengi við forsendur og lagagrundvöll kvaðarinnar, en um þetta segir eftirfarandi:

„Framangreint stendur á hinn bóginn ekki í sérstöku rökrænu samhengi við umrædda kvöð um tilkynningu fyrirhugaðra jarðvegs- og lagnaframkvæmda með sex mánaða fyrirvara. Nánar tiltekið, aðgangur samkeppnisaðila Símans hf. að föstum aðgangsnetum Mílu, svo sem aðgangskvöðinni er ætlað að tryggja samkvæmt framansögðu, stendur í engum tengslum við jarðvegs- og lagnaframkvæmdir, svo sem lagningu ljósleiðarakerfis í nýjum byggðum. Engir sérstakir tæknilegir meinbugir eru á því að veita Símanum hf. og samkeppnisaðilum hans slíkan aðgang, að framkvæmdum frágengnum. Sama á við um framkvæmdir tengdum þegar byggðum aðgangsnetum og/eða hverfum. Byggi Míla þannig upp aðstöðu tengda heimtaugum (hvort heldur tengdum nýjum eða eldri aðgangsnetum) í formi strengja, þ.m.t. heimtauga, röra og tæknibúnaðar, er sú aðstaða aðgengileg öllum fjarskiptafyrirtækjum þegar hún er tilbúin. Hér er einnig til þess að líta að í samræmi við ákvörðun PFS hvílir sú skylda á Mílu að tilkynna ótengdum aðilum „um útbreiðslu, uppbyggingu eða aðra þróun heimtauganeta Mílu með sama fyrirvara og tengdir aðilar“.

Samkvæmt framansögðu brestur því þá forsendu ákvörðunar PFS að umþrætt kvöð geti að réttu lagi og svo lögmætt sé talist „útfærsla“ aðgangskvaðarinnar. Þvert á móti þjónar hún í framkvæmd þeim tilgangi einum, að gefa samkeppnisaðilum Mílu (en ekki Símans hf.), þ.á.m. Gagnaveitu Reykjavíkur ehf., kost á því að samnýta jarðvegs- og lagnaframkvæmdir Mílu eða það sem PFS kallar „samlegðartækifæri varðandi jarðvegsframkvæmdir“, einkum með lagningu eigin kerfa svo sem raunin hefur verið, án þess að sambærileg kvöð hvíli á hinn bóginn á Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. Er þetta meðal annars síst til þess fallið að auka samkeppni milli þessara samkeppnisaðila á nýjum svæðum. Kvöð um tilkynningu jarðvegs- og lagnaframkvæmda stendur þannig í engu samhengi við þá verndarhagsmuni sem kvöð um aðgang var beint að.

Að framangreindu virtu telur Míla einboðið að fella beri umrædda kvöð úr gildi, og/eða í öllu falli að marka henni til muna skýrara gildissvið en nú er. Ítrekar Míla þannig um leið fyrri kröfur og málalíbúnað. Jafnframt skal tekið fram, og að teknu tilliti til þess sem að framan greinir, að ekki verður séð að sérstök markaðsgreining sé forsenda þessa, endur stendur kvöðin í engu samhengi við hana sem fyrr segir.“

#### IV.

### Forsendur og niðurstaða

#### 4.1. Almennt um lagaumhverfi markaðsgreininga

Samkvæmt lögum um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 er það meðal lögbundinna verkefna stofnunarinnar að taka þátt í þróun markaðar fyrir fjarskipta- og pósthjónustu og upplýsingatækni með því m.a. að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist og fjarskipta- og pósthjónustu, sbr. a.-lið, 3 töluliðar, 3. gr. laganna.

Til að sinna þessu lögbundna verkefni og ná því markmiði sem í því felst eru stofnuninni búnar tiltekna valdheimildir til að hafa markaðsmótandi áhrif á fjarskiptamarkað. Um er að ræða heimild til að leggja kvaðir á fyrirtæki sem eru með *umtalsverðan markaðsstyrk* í þeim tilgangi að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði. Álagning kvaða samkvæmt þessu verður að telja talsvert íþyngjandi úrræði gagnvart því fjarskiptafyrirtæki sem þeim er beint að en skapar öðrum fjarskiptafyrirtækjum um leið mikilvægan rétt, t.d. til að nýta sér aðgang að netum og aðstöðu þess fjarskiptafyrirtækis sem nýtur umtalsverðs markaðsstyrks.

Í ljósi þeirra miklu hagsmuna sem í húfi eru varðandi álagningu kvaða er gert ráð fyrir því í lögum um fjarskipti nr. 81/2003 að þeim sé ekki hægt að beita nema að undangenginni vandaðri *markaðsgreiningu*, þar sem lagt er mat á samkeppnisstöðu fjarskiptafyrirtækja á viðkomandi undirmarkaði fjarskipta og metið hvort til staðar séu einhverjar samkeppnishindranir sem rétt væri að ryðja úr vegi eða mögulega einhver tækifæri til að efla virka samkeppni með þar til bærum úrræðum, neytendum til heilla.

Ferli markaðsgreininga er formbundið og kallar á málsmeðferð sem er bæði tímafrek og flókin. Fjallað er um málsmeðferð markaðsgreininga í reglugerð nr. 741/2009 um markaðsgreiningar og felur m.a. í sér að viðhaft skuli opið samráð við hagsmunaaðila, leitað skuli umsagnar Samkeppniseftirlitsins, auk þess sem það leiðir af evrópsku fjarskiptaregluverki að

markaðsgreiningar PFS skuli vera háðar samþykki Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA), en slíkt samþykki er skilyrði fyrir því að heimilt sé að beita kvöðum á grundvelli markaðsgreiningar.

Fjallað er um markaðsgreiningar og álagningu kvaða í V. og VII. kafla fjarskiptalaga, en í 2. mgr. 17. gr. er að finna áskilnað um framkvæmd markaðsgreiningar til að hægt sé að leggja á kvaðir, en þar segir:

*„Markaðsgreiningin skal vera grundvöllur ákvörðunar um hvort Póst- og fjarskiptastofnun skuli leggja á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk skv. 18. gr. 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. Leggja má á þau kvaðir samkvæmt lögum þessum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á.“*

Í 1. mgr. 27. gr. fjarskiptalaga eru tilgreindar þær kvaðir sem heimilt er að leggja á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, en þær síðan nánar útfærðar í þeim lagaákvæðum sem á eftir koma, en ákvæðið er svohljóðandi:

*„Þegar fjarskiptafyrirtæki er talið hafa umtalsverðan markaðsstyrk er Póst- og fjarskiptastofnun heimilt að leggja á það kvaðir um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað, opinn aðgang að sérstakri netaðstöðu, eftirlit með gjaldskrá og kostnaðarbókhald eins og með þarf í þeim tilgangi að efla virka samkeppni.“*

#### **4.2. Kvöð um tilkynningu um jarðvegs- og lagnaframkvæmdir - skilyrði til breytinga**

Mál þetta varðar kvöð sem lögð var á Mílu með ákvörðun nr. 21/2014 í kjölfar markaðsgreiningar á heimtauga- (M4/2008) og bitastraumsmörkuðum (M5/2008). Meðal kvaða sem lagðar voru á fyrirtækið með ákvörðuninni er svokölluð aðgangskvöð en í kafla 2.1 í ákvörðuninni segir:

*„Með heimild í 28. og 34. gr. fjarskiptalaga leggur PFS kvöð á Mílu um að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum sínum og tengdri aðstöðu á heildsölustigi. Erfiðleikum er bundið að veita fleiri en einum VDSL rekanda aðgang að götuskápum. Því verður að leysa aðgangskvöðina með opnum sýndaraðgangi (VULA). VULA þarf að uppfylla skilyrði er varðar þjónustu og aðgang og þau eru: Aðgangur á hverjum stað, aðgangur óháður þeirri þjónustu sem veitt er á línunni, ákveðin og fast skilgreind afkastageta línunnar, full stjórn á aðgangi og þjónustu/þjónustuskilgreiningum og full stjórn á notendabúnaði. Þar sem skiptur aðgangur er ekki tæknilega mögulegur á ljósleiðaraheimtaugum er undanþága veitt þar sem opinn sýndaraðgangur er í boði. Aðgangur að ljósleiðaraheimtaugum skal veittur frá tækjarými/hnútpunkti í tengigrind. Einnig leggur PFS skyldu á Mílu að bjóða samhýsingu/samnýtingu ásamt aðgangi að stoðkerfum og viðeigandi upplýsingum ásamt því að Míla þarf að tilkynna um allar tæknilegur yfirfærslur með fyrirvara. Míla skal heimila öðrum fjarskiptafyrirtækjum opinn aðgang að tæknisniðflötum, samskiptareglum eða annarri tækni sem tryggir gagnvirka þjónustu. Míla skal birta lista yfir fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir (e. Civil Works) með sex mánaða fyrirvara.“*

Í lokamálgrein kafla 2.1 í ákvörðuninni er að finna þá kvöð sem Míla ehf. vill fá fellda brott. Til frekari skýringa á kvöðinni vísast til 681. mgr. í viðauka A við ákvörðunina, en þar segir:

„Míla skal birta lista yfir fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir (e. Civil Works) með sex mánaða fyrirvara. Öðrum fjarskiptafyrirtækjum skal bjóðast þátttaka í framkvæmdunum með jafnri kostnaðarskiptingu milli framkvæmdaaðila. Viðgerðir eða endurnýjun einstakra heimtauga fellur alla jafna ekki undir þessa kvöð.“

Það er álit Mílu að kvöð um að tilkynna um fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara standi ekki í rökrænu sambandi við þær forsendur sem PFS byggir á við álagningu aðgangskvaðar á félagið og gangi lengra en viðeigandi lagastoð fyrir kvöðinni heimili.

Þessu er PFS ekki sammála, enda er útfærsla þeirra kvaða sem heimilt er að leggja á fjarskiptafyrirtæki ekki sett fram með tæmandi hætti. Efni og útfærsla kvaða eru í stöðugri þróun og endurskoðun sem tekur m.a. mið af samkeppnisaðstæðum hér á landi, þróun markaðar og tækni hverju sinni. Til að tryggja einsleitni eins og kostur er innan EES-svæðisins telur framkvæmdastjórn Evrópusambandsins mikilvægt að gefa út leiðbeiningar um útfærslu kvaða sem ætlast er til að fjarskiptaeftirlitsstofnanir taki ýtrasta tillit til. Slíkar leiðbeiningar hafa m.a. verið settar fram varðandi útfærslu aðgangskvaðarinnar, sbr. tilmæli nr. 2010/572/EB frá 20. september 2010, en í 12. gr. formálsorða þeirra er einmitt gert ráð fyrir því að aðgangur geti náð til samnýtingar á jarðavegframkvæmdum:

„Alternative operators should ideally have the possibility to deploy their fibre networks at the same time as the SMP operator, sharing the costs of civil engineering works.“

Af 4. mgr. tilmælanna má ráða að við uppbyggingu næstu kynslóðar aðgangsneti (sbr. ljósleiðaralagnir) af hálfu fjarskiptafyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk sé ætlunin að fyrirtækið veiti viðeigandi upplýsingar um fyrirhugaðar framkvæmdir þar að lútandi, m.a. til að veita öðrum aðgang að rörum. Í því sambandi bendir PFS á að í mörgum tilvikum þarf að fá aðgang að holugreftri til þess að nýta aðgang að rörum. PFS fær því ekki séð að kvöð um tilkynningaskyldu vegna jarðvegs- og lagnaframkvæmda standi ekki í eðlilegum tengslum við aðgangskvöðina.

Þess ber að geta að umræddar leiðbeiningar eru ekki bindandi að íslenskum rétti, en eins og áður greinir ber ríkjum innan EES að taka ýtrasta tillit til þeirra. Fari ríkin ekki eftir þeim ber þeim að rökstyðja það sérstaklega. Burtséð frá því telur PFS sig hafa tekið ýtrasta tillit til umræddra leiðbeininga sem og anda þeirra sem m.a. kemur fram í ofangreindri 12. gr. formálsorða þeirra er fjallar um samnýtingu á jarðvegsframkvæmdum. Þar fyrir utan geta ríki eflaust gengið lengra en slíkar leiðbeiningar kveða á um til að tryggja að leyst verði úr samkeppnisvandamálum þeim sem greind hafa verið á viðkomandi markaði að teknu tilliti til samkeppnisaðstæðna innanlands.

Efnislegur ágreiningur PFS og Mílu, hvað þetta varðar, breytir þó engu um hvernig beri að leysa úr framkominni kröfu Mílu, þ.e. um að kvöð um tilkynningu um fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara verði felld niður, eða henni breytt með því að marka henni til muna skýrara gildissvið en nú er.



Telja verður óumdeilt í málinu að umrædd kvöð sem leiðir af ákvörðun nr. 21/2014 hefur bindandi réttaráhrif að lögum, enda felur kröfugerð Mílu í sér að tekin verði ný stjórnvaldsákvörðun til breytingar á þeirri ákvörðun. Út frá reglum stjórnsýsluréttar væri almennt hægt að breyta stjórnvaldsákvörðun með annarri stjórnvaldsákvörðun, að því gefnu að fylgt væri viðeigandi málsmeðferðarreglum. Það er einmitt það sem reynir á í þessu tilviki, þ.e. sérstakar málsmeðferðarreglur gilda þegar lagðar eru á kvaðir, þeim breytt, þeim viðhaldið eða þær felldar brott. Það er skýrt í lögum að framkvæmd markaðsgreiningar sé skilyrði fyrir álagningu kvaða. Þetta er sérstaklega tiltekið í fyrsta málslið 2. mgr. 17. gr. fjarskiptalaga.

PFS telur tilefni til að útskýra nánar hvers vegna ekki er hægt að taka til greina kröfu Mílu að fella niður eða breyta umræddri kvöð með sjálfstæðri stjórnvaldsákvörðun, án undangenginnar markaðagreiningar. Skýrt er í lögum að framkvæmd markaðsgreiningar er forsenda fyrir heimild til álagningar kvaða eða breytingar á þeim. Í reglugerð 741/2009 um markaðsgreiningar er gert ráð fyrir að viðeigandi gagnaöflun fari fram svo hægt sé að meta markaðsaðstæður, t.d. með því að vinna úr tölfræðiupplýsingum, meta landfræðilega skiptingu þjónustumarkaða, skoða afkomu og markaðshlutdeild fjarskiptafyrirtækja vegna tiltekinnna þjónustupáttá o.s.frv. Niðurstaða slíkrar heildargreiningar, að því er varðar skilgreiningu þjónustu- og landfræðilegra markaða, útnefningu fjarskiptafyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða sem ætlað er að leysa greind samkeppnisvandamál, þarf síðan að fara í víðtækt samráð hér innanlands, m.a. gagnvart Samkeppniseftirlitinu, og síðan gagnvart Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), sem hefur vald til að hafna markaðsgreiningu PFS að því er varðar skilgreiningu markaða og útnefningu fjarskiptafyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk. Málsmeðferð þessi byggir á tilskipunum ESB sem innleiddar hafa verið í íslenskan rétt.

Sé ekki farið eftir þessu ferli við breytingu á kvöðum er verið að kippa úr sambandi því aðhaldi sem löggjafinn hefur sett fyrir beitingu á þeim valdheimildum sem felast í álagningu kvaða, þ.e. að rýnt hafi verið og yfirfarið af ytri aðilum að greiningin sé vönduð, byggji á réttum forsendum og að greind hafa verið tiltekin samkeppnisvandamál sem kvöðunum er ætlað að vinna gegn. Ef ekki er farið eftir þessari málsmeðferð má ætla að það geti leitt til réttarspjalla fyrir viðeigandi hagsmunaaðila og varðað ógildingu umræddrar stjórnvaldsákvörðunar.

Auk ofangreinds má geta þess að Míla kærði ekki umrædda ákvörðun PFS nr. 21/2014, en samkvæmt 1. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun er unnt að kæra ákvarðanir PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun PFS. Samkvæmt 4. mgr. sömu greinar getur aðili einnig borið ákvörðun PFS beint undir dómstóla án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd, en þá er um að ræða þriggja mánaða málshöfðunarfrest. Eins og fyrr greinir lét Míla hjá líða að skjóta umræddri ákvörðun, hvað umrætt atriði varðar, til úrskurðarnefndar eða dómstóla innan framangreindra fresta.

Samkvæmt framangreindu er hafnað kröfu Mílu þess efnis að fella niður eða breyta kvöð sem hvílir á félaginu, samkvæmt ákvörðun nr. 21/2014, um að tilkynna um jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara, án þess að framkvæmd hafi verið undangengin markaðsgreining. Þess má geta að sú markaðsgreining stendur nú yfir hjá PFS og má búast við að endanlega ákvörðun í kjölfar hennar líti dagsins ljós síðar á þessu ári. Míla, sem og öðrum hagaðilum, gefst kostur á að gera athugasemdir við frumniðurstöður PFS, sem og að kæra hina endanlega ákvörðun, kjósi Míla svo.

### *Ákvörðunarorð*

Hafnað er kröfu Mílu ehf. um að fella niður eða breyta kvöð sem hvílir á félaginu, samkvæmt ákvörðun nr. 21/2014, um að tilkynna um jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara, án þess að framkvæmd hafi verið markaðsgreining.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

*Reykjavík, 16. febrúar 2018*

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Björn Geirsson