

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta-og póstmála
í máli nr. 1/2015

Kæra Mílu á ákvörðun PFS nr. 34/2014

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 22. desember 2014, hefur Míla ehf. kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 34/2014, dags. 11. desember 2014, um aðgangsbæðni Snerpu að götuskápum Mílu.

Í hinni kærðu ákvörðun var kveðið á um að í bæðni Snerpu um aðgang að heimtaugum í götuskáp kæranda við Stórholt á Ísafirði hafi jafnframt falist bæðni um aðgang að milliskápatengingum í heimtaugar í götuskápum við Sunnholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt. Jafnframt var kveðið á um að bæðni Snerpu um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt um götuskáp við Sunnholt yfir í götuskáp við Móholt annars vegar og bæðni Snerpu um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Lyngholt og þaðan yfir í götuskáp við Kjarrholt hins vegar teldust ekki vera sanngjarnar og eðlilegar aðgangsbæðnir í skilningi 28. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 (fjarskiptalaga). Kærandi skyldi þó veita Snerpu fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá viðeigandi nettengipunkti til þeirra notenda sem fæddir eru úr umræddum götuskápum við Móholt, Lyngholt og Kjarrholt.

Undir rekstri málsins fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála krafðist Snerpa þess að fá aðilastöðu í málinu og varð úrskurðarnefnd við því með úrskurði dags. 21. apríl 2015.

Af hálfu kæranda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Snerpa og PFS krefjast þess að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

II. Helstu málsatvik

Snerpa óskaði eftir aðgangi að götuskáp Mílu við Stórholt (SK4514) í efri hluta Holtahverfis á Ísafirði og var sá aðgangur veittur. Deilt er um í máli þessu hvort að umrædd aðgangsbæðni Snerpu að götuskáp við Stórholt hafi jafnframt falið í sér bæðni um aðgang að milliskápalínum úr umræddum skáp í fjóra aðra götuskápa í hverfinu, þ.e. við Sunnholt (SK4497), Móholt (SK4475), Lyngholt (SK4487) og Kjarrholt (SK4493).

Bæði Snerpa og kærandi hafa uppi áform um að VDSL væða umræddan hverfishluta og hefur kærandi nú þegar gert það varðandi þær heimtaugar sem tengjast Stórholtsskápnum. Kærandi hafi enn fremur sett upp nýjan götuskáp (SK15130) í umræddu hverfi sem lið í VDSL væðingu félagsins.

Í hinni kærðu ákvörðun kvað PFS á um að hvorki kærandi né Snerpa njóti forgangsréttar til VDSL væðingar í hverfinu. PFS taldi einnig að í beiðni Snerpu um aðgang að heimtaugum í götuskáp kæranda við Stórholt hafi jafnframt falist beiðni um aðgang að milliskápatengingum í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt. Beiðnin þurfi samt sem áður að teljast sanngjörn og eðlileg. Beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnum í Sunnuholtsskápinn taldi PFS vera sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnum um Sunnuholtsskápinn yfir í Móholtsskápinn taldi PFS ekki vera sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Kærandi skyldi þó veita Snerpu fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá sírstöðinni í KUBB í húskassa þeirra notenda sem fæddir eru úr umræddum götuskápum við Móholt. Beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnum í Lyngholtsskápinn og þaðan yfir í Kjarrholtsskápinn taldi PFS ekki vera sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni. Kærandi skyldi þó veita Snerpu fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá sírstöðinni í KUBB í húskassa þeirra notenda sem fæddir eru úr umræddum götuskápum við Lyngholt og Kjarrholt. Í hinni kærðu ákvörðun komst PFS jafnframt að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið jafnræðiskvöð með því að hafa ekki veitt Snerpu upplýsingar eða leiðbeiningar í tengslum við uppsetningu tveggja nýrra götuskápa í Holtahverfi.

III. Helstu sjónarmið aðila máls og PFS

1.

Varðandi kæruefnið vísar kærandi til hinnar kærðu ákvörðunar svo og ákvörðunar PFS nr. 21/2014 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á mörkuðum fyrir heildsöluaðgang að föstum aðgangsnetum (markaður 4) og breiðbandsaðgangs í heildsölu (markaður 5). Niðurstaða þeirrar ákvörðunar hafi verið að viðhalda útnefningu kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heimtaugamarkaði (markaður 4) og leggja tilgreindar kvaðir á kæranda af því tilefni. Markaður 4 nái yfir aðgang að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum, bæði skiptan og óskiptan aðgang. Markaðurinn nái því yfir áþreifanlega innviði fjarskiptanetanna, heimtaugarnar sjálfar, tengivirki, magnara o.fl. Á heimtaugar sé hægt að bæta við ýmsum tæknilegum kerfum þar sem hin eiginlega þjónustuframleiðsla fari fram. Sú þjónusta krefjist þess að endanotendur geti bæði sent og mótttekið gögn. Þessi þjónusta sem fer fram á netinu fellur undir markað 5.

Kærandi rekur nánar efni ákvörðunar PFS nr. 21/2014 en með henni hafi m.a. verið lagðar kvaðir á kæranda á markaði 4 um aðgang og jafnræði. Aðgangskvöð feli í sér að kærandi verði við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum sínum og tengdri aðstöðu á heildsölustigi. Jafnræðiskvaðir feli í

sér að öll fjarskiptafyrirtæki sem kaupi aðgang að heimtaug, hvort sem um sé að ræða kopar- eða ljósleiðaraheimtaug, njóti sömu skilmála, þ.m.t. verðs, og gildi fyrir tengda aðila eða samstarfsaðila kæranda. Þá hafi einnig m.a. verið lögð jafnræðiskvöð á kæranda á markaði 5.

Almennt telur kærandi að ekki hafi verið nægileg festa hjá PFS á framkvæmd málsins, þ.á.m. um hvert raunverulegt sakarefni málsins væri. Einnig áréttar kærandi að engin réttaráhrif hafi verið bundin við ákvörðun PFS nr. 21/2014 enda hafi ákvörðunarorð hennar, svo og forsendur ekki mælt fyrir um neinar kvaðir á hendur kæranda heldur aðeins fyrirætlanir PFS í því sambandi. Geti að mati kæranda engu breytt þótt PFS hafi síðar leiðrétt ákvörðunina að þessu leyti, enda hafi lagaskilyrði skort og því hafi hún engin réttaráhrif. Verði því að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Fallist úrskurðarnefnd ekki á að ógilda hina kærðu ákvörðun að öllu leyti þá telur kærandi 2. mgr. til 11. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar vera þess efnis og eðlis, að telja verði að nefndinni sé stætt að fella einstakar málsgreinar úr gildi og rúmist það jafnframt innan kröfugerðar kæranda.

Kærandi vekur athygli á að í 5. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé fallist á sjónarmið kæranda en sé hins vegar fallist á að ógilda beri 3. mgr. ákvörðunarorðanna þá leiði það væntanlega um leið til ógildingar á 5. mgr. ákvörðunarorðanna. Sama eigi líklegast við verði t.d. fallist á 2. mgr. ákvörðunarorðanna. Kærandi geri hins vegar ekki efnislegan ágreining um 5. mgr. ákvörðunarorðanna sem slíka. Í því felist jafnframt, að felli nefndin ekki úr gildi einstakar málsgreinar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, sem teljist samofnar 5. mgr. þá sé ekki krafist ógildingar á 5. mgr. ákvörðunarorðanna sérstaklega.

Málsgreinar 2-5 og 9 í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar virðast að mati kæranda samhangandi og verði því fjallað um þær í einu lagi.

Um málsgreinar 6-8 og 10-11 verði fjallað sérstaklega í einstökum köflum.

2.-5. mgr. og 9. mgr. ákvörðunarorða:

Í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að aðgangsbeiðni Snerpu, sem hafi verið takmörkuð við götuskáp kæranda við Stórholt (SK4514) hafi enn fremur falið í sér beiðni um aðgang að milliskápalínum úr umræddum skáp í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt (SK4497), Móholt (SK4475), Lyngholt (SK4487) og Kjarrholt (SK4493), sbr. 3. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar. Virðist niðurstaða um að svo hafi verið síðan liggja til grundvallar þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að útbreiðsluáætlun kæranda sem borist hafi PFS 9. september 2014 vegna VDSL uppbyggingar fyrir tímabilið september til desember 2014 hafi ekki getað skapað kæranda forgangsrétt. Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 komi þó fram að „VDSL kerfisrekandi, s.s. Míla getur tryggt sér allt að þriggja mánaða forgangsrétt til VDSL uppbyggingar á

ákveðnu svæði með því að birta þriggja mánaða útbreiðsluáform sín og áætlaða tengistaði VDSL þjónustunnar og tilkynna PFS um þau áform“.

Kærandi hafnar því annars vegar, sem röngu og ósönnuðu, að beiðni Snerpu um aðgang að götuskápum í Stórholti hafi „enn fremur“ falið í sér beiðni um aðgang að milliskápalínunum úr umræddum skáp í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt, svo sem byggt hafi verið á í hinni kærðu ákvörðun. Jafnframt hafnar kærandi því að hafa haft sérstaka vitneskju um ætlaðar útbreiðsluáætlanir Snerpu. Hins vegar hafnar kærandi því að jafnvel þó að aðgangsbeiðni Snerpu hafi átt að vera rýmri en raun bar vitni þá verði Snerpa að gjalda þess að beiðnin hafi ekki verið orðuð með viðeigandi hætti. Í því sambandi bendir kærandi á að í málinu liggja ekki fyrir neinar sérstakar réttlætningarástæður fyrir því að beiðnin hafi verið orðuð með þeim hætti sem raun bar vitni.

Af framangreindum ástæðum telur kærandi að telja verði tilkynningu hans til PFS um útbreiðsluáætlun vegna VDSL væðingar 9. september 2014 fyrir tímabilið september til desember 2014, og tekið hafi m.a. til Holtahverfis, hafi skapað honum forgangsrétt í samræmi við ákvörðun PFS nr. 21/2014 um að „VDSL kerfisrekandi, s.s. Míla getur tryggt sér allt að þriggja mánaða forgangsrétt til VDSL uppbyggingar á ákveðnu svæði með því að birta þriggja mánaða útbreiðsluáform sín og áætlaða tengistaði VDSL þjónustunnar og tilkynna PFS um þau áform“. Snerpa hafi fyrst tilkynnt um útbreiðsluáform sín 18. september 2014 og því mótmælt að sú áætlun hafi verið fullnægjandi. Geti kærandi því ekki séð að unnt sé að hafna forgangsrétti hans til VDSL væðingar enda ágreiningslaust að birting útbreiðsluáforma kæranda og samfara tilkynningu til PFS, sem réttaráhrif forgangsréttar séu bundin við, hafi að sönnu átt sér stað fyrir birtingu og tilkynningu Snerpu.

Kærandi telur að það eitt að Snerpa hafi sent aðgangsbeiðni til hans, án þess að birta og tilkynna útbreiðsluáform til PFS, geti ekki leitt til þess að kærandi sé sviptur forgangsrétti. Önnur niðurstaða feli í sér að keppinautar kæranda geti í reynd svipt hann möguleika til forgangsréttar með því einu að leggja fram aðgangsbeiðnir hjá honum án þess að hafa útbúið og tilkynnt samfara útbreiðsluáætlun. Kærandi leggur áherslu á að Snerpu hafi verið í lófa lagið, og raunar bæði rétt og skylt, að kynna sér forsendur og ákvörðunarorð ákvörðunar PFS nr. 21/2014.

Að teknu tilliti til ofangreinds telur kærandi að forsendur 2. og 3. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar vera brostnar og því beri að fella þær úr gildi.

Í 4. mgr. ákvörðunarorðanna er beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Sunnuholt talin vera sanngjörn og eðlileg beiðni í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Þessu hafnar kærandi sem röngu og ósönnuðu. Leiðin sem Snerpa vilji fara úr götuskáp í Stórholti í götuskáp í Sunnuholti teljist vera lengra inn í kerfi kæranda, þ.e. í átt til símstöðvar. Þar af leiðandi brjóti þessi leið gegn þeirri grundvallarreglu sem

kærandi hafi haft að leiðarljósi við hönnun kerfis síns, þ.e. að merki séu ekki send á móti merkjum sem komi frá símstöð. Kærandi áformi að senda VDSL merki sitt úr götuskáp við Móholt til þess að tengileiðin sé í rétta átt frá símstöð. Það að ADSL merki kæranda hafi í þessu undantekningartilviki farið sömu leið og Snerpa hafi áætlað fyrir VDSL tenginu geti ekki breytt staðreyndum um hvað teljist í átt að símstöð. Kærandi vekur í þessu samhengi einnig athygli á 9. mgr. ákvörðunarorðanna en þar komi fram að sönnunarbyrðin varðandi hugsanlega truflanahættu vegna aðgangsbeiðna að koparheimtauganeti kæranda hvíli á kæranda en ekki aðgangsbeiðanda hverju sinni.

Að mati kæranda verði ekki séð að nokkur lagastoð sé fyrir þessari aðferðarfræði PFS hvorki í fjarskiptalögum né stjórnarsýslulögum. Skylda hvíli á stjórnvaldi við töku íþyngjandi ákvarðana, svo sem hér um ræði, að rannsaka og upplýsa mál með fullnægjandi hætti áður en ákvörðun sé tekin, m.a. til að tryggja að ákvörðun sé ekki meira íþyngjandi en nauðsyn krefji. Af þessum ástæðum ber að mati kæranda að fella úr gildi 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, sbr. 4. mgr. sem reist sé á þessum sjónarmiðum um sönnunarbyrði og sönnunarmat.

Samkvæmt 5. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar teljast aðgangsbeiðnir Snerpu „um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt um götuskáp við Sunnuholt yfir í götuskáp við Móholt annars vegar og beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Lyngholt og þaðan yfir í götuskáp við Kjarrholt hins vegar [...] ekki vera sanngjarnar og eðlilegar aðgangsbeiðnir í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Míla skal þó veita Snerpu fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá viðeigandi nettengipunkti til þeirra notenda sem sæddir eru úr umræddum götuskápum við Móholt, Lyngholt og Kjarrholt“. Ekki sé gerður sérstakur efniságreiningur um þessa niðurstöðu ákvörðunarorðanna enda þótt kærandi sé ekki að öllu leyti sammála forsendum fyrir niðurstöðunni, og allur síðari réttur áskilinn í því sambandi.

10. mgr. ákvörðunarorðanna:

Í 10. mgr. segir „Míla stóð ekki réttilega að breytingu á tengingu notanda að Sunnuholti [...] Míla sýndi ekki fram á [...] eins og skylt er samkvæmt viðmiðunartilboði um opin aðgang að heimtaug.“ Kærandi bendir á að umrædd tenging hafi aldrei átt að komast á heldur hafi það gerst fyrir mistök. Sé því ekki rétt að telja sérstakar lögfylgjur bundnar þeirri tilhögun samkvæmt viðmiðunartilboði og einnig að þessu leyti almennar reglur fjármunaréttar um rangar forsendur og réttaráhrif þeirra. Kærandi hafi talið að truflanahætta stafaði af þessari tengingu og því nauðsynlegt þá þegar að bregðast við.

6. mgr. og 8. mgr. ákvörðunarorðanna:

6. mgr. ákvörðunarorðanna hljóðar svo: „Vegna uppsetningar Mílu á nýjum götuskáp í efra Holtahverfi á Ísafirði og breytinga á merkjastefnu í heimtauganetinu bar félaginu að tilkynna um framkvæmdir sínar við VDSL væðingu umrædds hverfis með a.m.k. 6 mánaða fyrirvara og veita Snerpu í upphafi allar nauðsynlegar upplýsingar vegna VDSL

uppbýggingar sinnar [...] Þar sem þetta var ekki gert lítur PFS svo á að dagsetningin 3. september 2014 marki upphaf hins skyldubundna 6 mánaða tilkynningarfrests [...]"

Samofin 6. mgr. er 8. mgr. ákvörðunarorðanna en þar kemur fram að kærandi hafi brotið gegn jafnræðiskvöð þeirri sem á honum hvíli á heimtaugamarkaði (markaði 4), sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014 og áður ákvörðun PFS nr. 26/2007 með því að veita Snerpu ekki upplýsingar eða leiðbeiningar í tengslum við VDSL væðingu félaganna í efra Holtahverfi.

Í hinni kærðu ákvörðun komi fram nánari rökstuðningur og segi þar m.a. að hinn 3. september 2014 hafi kærandi birt opinberlega útbreiðsluáætlun sína vegna VDSL væðingar til næstu þriggja mánaða, þ.á.m. vegna Holtahverfis. PFS telji hins vegar að umræddur þriggja mánaða frestur, sbr. jafnræðiskvöð á bitastraumsmarkaði (markaður 5) eigi við þegar VDSL búnaði sem komið er fyrir í fyrirbyggjandi tækjarýmum, þ.m.t. símsstöðvum og götuskápum og ekki sé lagt í nýframkvæmdir sem viðkomi heimtaugum eða breytingum á línuleiðum, stefnum merkja o.þ.h. Sé tækjarýmum bætt við eða þeim fækkað eða lagt sé í framkvæmdir á borð við uppsetningu nýrra götuskápa sem lið í VDSL væðingu gildi hins vegar 6 mánaða tilkynningafrestur sá sem kveðið sé á um í jafnræðiskvöð á heimtaugamarkaði (markaður 4).

Einnig komi fram í hinni kærðu ákvörðun að kærandi hafi þar með brotið gegn jafnræðiskvöð þeirri sem á félaginu hvíli á markaði 4. Því hefði kærandi átt að tilkynna um framkvæmd þessa með a.m.k. 6 mánaða fyrirvara og veita Snerpu í upphafi allar nauðsynlegar upplýsingar vegna VDSL uppbýggingar sinnar á heimtaugum kæranda í hverfinu. Kærandi telur forsendur hinnar kærðu ákvörðunar hvað þetta varðar ekki alls kostar skýrar og óljóst með hvaða hætti þessi atriði hafi orðið hluti af sakarefninu á lægra stjórnarsýslustigi. Verði heldur ekki séð að kæranda hafi verið gefin kostur að tjá sig um þessi atriði sérstaklega en slíkt valdi þá þegar ógildingunni þessa hluta ákvörðunarinnar.

Samkvæmt 30. gr. fjarskiptalaga geti PFS lagt þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að það gæti jafnræðis þegar það samþykkir samtengingu eða aðgang. Slíkar kvaðir eigi einkum að tryggja að fjarskiptafyrirtæki setji öðrum félögum sem veiti fjarskiptaþjónustu sömu skilmála í samskonar viðskiptum og veiti þjónustu og upplýsingar með sömu skilmálum og sömu gæðum og það veiti eigin þjónustudeildum, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.

Ákvæðið sé að mati kæranda tvíþætt. Annars vegar sé um að ræða svokallaða aðgangskvöð og hins vegar svokallaða aðfangajafnræðiskvöð sem umræddur tilkynningarfrestur virðist teljast til samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2014.

Ákvörðun PFS nr. 21/2014, sem hin kærða ákvörðun sé öðrum þræði byggð á, var tekin 13. ágúst 2013. Í henni sé lögð sú kvöð á kæranda í tengslum við markað 4 að birta lista yfir fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir (e. Civil Works) með sex mánaða

fyrirvara svo og að tilkynna um útbreiðslu, uppbyggingu eða aðra þróun heimtauganeta kæranda með sama fyrirvara og tengdir aðilar og skuli sá fyrirvari ekki vera skemmri en sex mánuðir. Kærandi telur rétt að taka fram að þessar kvaðir virðast ekki koma til framkvæmda fyrr en að liðnum þeim tíma sem sakarefni málsins taki til en slíkt valdi ógildi ákvörðunarinnar a.m.k. að því leyti sem hún byggir á þessum kvöðum.

Í viðauka A við ákvörðun PFS nr. 21/2014 sé að finna nánari rökstuðning fyrir tilkynningarfresti varðandi markað 4, þ.e. varðandi heimtauganet svo og markað 5, þ.e. varðandi bitstraumskerfið. Ágreiningslaust virðist að mati kæranda að hann hafi a.m.k. eigi síðar en 3. eða eftir atvikum 9. september 2014 birt útbreiðsluáætlun vegna VDSL væðingar í umræddu hverfi. Svo virðist hins vegar sem PFS telji að í fyrirbyggjandi tilviki hafi sex mánaða tilkynningarfrestur í stað þriggja mánaða átt við, þ.e. að hér eigi við jafnræðiskvöðin á heimtaugamarkaði (markaði 4) fremur en jafnræðiskvöðin á bitstraumsmarkaði (markaður 5).

Framangreint fái að mati kæranda ekki staðist. Heimtaug sé heiti sem notað sé um línu sem tengi nettengipunkt hjá notanda við tengigrind símstöðvar eða sambærilegan búnað. Ýmis tækni sé notuð en heimtaugar hér á landi skiptist annars vegar í koparheimtaugar, en kærandi búi yfir þeim, og ljósleiðaraheimtaugar. Markaður 4 nái eins og áður hefur komið fram yfir áþreifanlega innviði netanna, heimtaugarnar sjálfar, tengivirki, magnara o.fl. Á heimtaugarnar sé síðan hægt að bæta við ýmsum tæknilegum kerfum þar sem hin eiginlega þjónustuframléiðsla fer fram. Sú þjónusta krefjist þess að endanotendur geti bæði sent og móttækið gögn. Þessi þjónusta sem fari fram á netinu, t.d. internetið, tölvupóstur, sjónvarpsdreifing (IPTV) o.fl., sé fjallað um á markaði 5.

Í viðauka A við ákvörðun PFS nr. 21/2014 segi einnig að helsti munur á milli markaða 4 og 5 sé að breiðbandsaðgangur í heildsölu sé staðsettur ofar í virðisreikningnum miðað við aðgang að aðgangsnæti. Að jafnaði sé talað um fyrirtæki sem veiti aðgang að föstum aðgangsnæti sem netrekendur á meðan fyrirtæki sem veiti bitstraumsaðgang sem þjónustuveitendur.

Kærandi getur ekki ráðið annað en að starfsemi Snerpu á umræddu svæði og í fyrirbyggjandi samhengi taki til bitstraumsmarkaðar, fremur en til heimtaugamarkaðar, enda snúi hún í grunninn að því að skapa VDSL tengingar til endanotenda í gegnum aðgang að koparheimtaugum kæranda. Kærandi telur hina kærðu ákvörðun styðja þennan skilning en þar sé gerður sérstakur greinarmunur af hálfu PFS á „bitstraumseiningu“ kæranda sem virðist talin vera í samkeppni við Snerpu á fyrirbyggjandi svæði og „heimtaugaeiningu“ kæranda. Í hinni kærðu ákvörðun segi að kærandi hafi sett upp tvo nýja götuskápa í Holtahverfi sem lið í VDSL væðingu félagsins. Þar sé heimtaugaeining kæranda að veita eigin bitstraumseiningu þjónustu sem ekki hafi staðið Snerpu til boða.

Kærandi telur að þar af leiðandi fái ekki staðist að miða við sex mánaða tilkynningarfrest í fyrirbyggjandi samhengi í stað þriggja mánaða enda taki fyrrnefndi fresturinn til

heimtaugamarkaðar en sá síðarnefndi til bitstraumsmarkaðar sem sé sá markaður sem Snerpa og „bitstraumseining“ kæranda starfi á. Rökstuðningur hinnar kærðu ákvörðunar sé því reistur á röngum forsendum sem leiði til ógildingar þeirra málgreina ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sem séu reistar á þeim, sbr. einkum 6. og 8. mgr. Kærandi getur því ekki fallist á þau sjónarmið PFS að sex mánaða tilkynningafrestur eigi við. Staðreynd málsins sé að mati kæranda sú að starfsemi Snerpu lúti í grunninn að bitstraumsmarkaði og sé þá í samkeppni við bitstraumseiningu kæranda en ekki heimtaugaeiningu hans. Beri því að miða við þriggja mánaða tilkynningarfrest.

Kærandi bendir einnig á að kvaðir þær sem lagðar hafi verið á hann með ákvörðun PFS nr. 21/2014 séu íþyngjandi og beri því að virða hvers konar vafa og óskýrleika varðandi aðgreiningu markaða 4 og 5 og aðgangskvaðir þeim tengdum og almennt óljóst orðalaga ákvörðunar nr. 21/2014, kæranda í hag.

Loks bendir kærandi á að ekki verði ráðið hvernig það geti samrýmst sjónarmiðum um meðalhóf að PFS sé stætt að leggja jafn íþyngjandi tilkynningarskyldu á kæranda og raun beri vitni, hvort sem miðað sé við þriggja eða sex mánaða frest enda leiði hún til þess að keppinautar kæranda geti sætt lagi á þeim tíma frá því að tilkynning berst þar til heimilt sé að hefja þá starfsemi sem tilkynning lúti að. Þó svo að ákvörðun PFS nr. 21/2014 hafi ekki verið kærð til úrskurðarnefndar breyti það því ekki, að því marki sem hún sé andstæð lögum, sé ekki á henni byggjandi.

7. málgrein ákvörðunarorðanna:

Í 7. mgr. kemur m.a. fram að kæranda sé óheimilt að hefja veitingu VDSL þjónustu fyrr en Snerpa og önnur áhugasöm fjarskiptafyrirtæki hafi fengið fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá viðeigandi nettengipunkti til þeirra notenda sem tengdir séu um götuskápana við Móholt, Lyngholt og Kjarrholt.

Kærandi telur þessa kvöð vera órjúfanlega tengda öðrum þáttum hinnar kærðu ákvörðunar. Það fái hins vegar ekki staðist sbr. umfjöllun um einstakar málgreinar ákvörðunarorða, sem leiði þá þegar til þess að ógilda beri þennan hluta ákvörðunarinnar.

11. málgrein ákvörðunarorðanna:

Í 11. mgr. er fjallað um leiðbeiningarskyldu og upplýsingagjöf kæranda til Snerpu í tengslum við aðgangsbeiðni Snerpu. Kærandi hafnar málatilbúnaði PFS og vísar til umfjöllunar um 6. og 8. mgr. að breyttu breytanda.

Einnig mótmælir kærandi sérstaklega að slíkar kvaðir verði leiddar af ákvörðun PFS nr. 21/2014 í fyrirliggjandi samhengi, líkt og PFS virðist telja. Þess utan sé hin kærða ákvörðun vanreifðuð að þessu leyti og því t.d. haldið fram að kærandi hafi ekkert samráð haft við Snerpu um fyrirhugaðar framkvæmdir, kerfisuppbyggingu o.fl. án þess að ljóst sé til hvers sé nákvæmlega verið að vísa í þessu sambandi, þ.á.m. hvaða orsakasamhengi sé á milli kæruefnis málsins sem varðað hafi aðgangsbeiðni að skáp og þessa. Kærandi getur

heldur ekki séð að honum hafi verið gefið tækifæri til að tjá sig um þessi atriði á lægra stjórnáskjalastigi, en slíkt valdi þá þegar ógildingu þessa hluta ákvörðunarinnar.

Kærandi mótmælir því að hafa synjað Snerpu um afhendingu lista yfir tengjanlegar eignir áður en formleg beiðni um aðgang að götuskáp hafi verið lögð fram af Snerpu. Snerpa hafi óskað eftir lista yfir tengjanlegar eignir við götuskáp í Stórholti þann 4. september 2014 og hafi kærandi sent þann lista 8. september 2014 til Snerpu. Í kjölfarið, eða 9. september hafi Snerpa óskað eftir lista yfir þær eignir sem gætu tengst með milliskápalinum í átt að símsstöð. Því hafi kærandi hafnað þar sem þessar eignir væru ekki tengjanlegar úr götuskáp í Stórholti. Loks ítrekar kærandi að hann hafi talið réttaráhrif útbreiðsluáætlunar sinnar miðast við 3. september þar sem hún hafi þá verið kynnt opinberlega.

Kærandi óskar einnig eftir að úrskurðarnefndin veiti kost á munnlegum málflutningi.

2.

Í greinagerð PFS, dags. 5. mars 2015, er þess krafist að kröfum kæranda sé hafnað og hin kærða ákvörðun staðfest.

PFS telur að fullyrðingar kæranda um að ónóg festa hafi verið á málinu við málsmeðferðina ekki standast. Kröfur og málartilbúnaður Snerpu hafi verið óskýr til að byrja með og kærandi hafi lengi vel verið tregur til að taka þátt í að upplýsa málið hratt og vel. Fullyrðing kæranda sé órökstudd.

Hvað varðar skuldbindingargildi ákvörðunar PFS nr. 21/2014 þá bendir PFS á að kærandi hafi verið útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heimtaugamarkaði árið 2007 og Síminn á bitstraumsmarkaði árið 2008. PFS hafi ávallt litið svo á að Síminn og kærandi myndi eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar og hafi skipulagsbreytingar innan samstæðunnar ekki einar sér þau áhrif að kvaðir falli niður. PFS hafi ekki tekið ákvörðun um að fella niður ákvörðun um að kærandi sé fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á umræddum mörkuðum né fellt niður kvaðir á hann. Komist úrskurðarnefnd að þeirri niðurstöðu að PFS hafi ekki verið heimilt að leiðrétta ákvörðun nr. 21/2014 sé ljóst að eldri kvaðir hafi enn gildi gagnvart kæranda, þ.m.t. aðgangskvaðir og jafnræðiskvaðir. Hins vegar myndu ekki gilda ýmis nýmæli sem kveðið hafi verið á um í hinni nýju ákvörðun, s.s. þriggja mánaða forgangsréttur kæranda til VDSL væðingar en málartilbúnaður kæranda sé m.a. byggður á honum.

PFS bendir á að afnám kvaða hafi ekki verið tilgangurinn með ákvörðun PFS nr. 21/2014 heldur þvert á móti. PFS hafi frá árinu 2010 unnið að endurskoðun á umræddum heildsölumörkuðum fyrir heimtaugar og bitstraum og hafi kæranda verið fullkunnugt um það. Kærandi hafi bæði gert athugasemdir í samráði og aukasamráði en auk þess hafi einnig verið efnt til samráðs um ákvörðunardrögin við Eftirlitsstofnun EFTA og aðrar fjarskiptaeftirlitsstofnanir á EES svæðinu. Á fundum PFS með kæranda hafi honum ítrekað

verið tilkynnt um að ákvörðunar væri að vænta og að kvöðum yrði viðhaldið á kæranda á báðum mörkuðum og að þær yrðu útfærðar nánar. Frá þeim tíma hafi kæranda verið ljóst hvert efni kvaðanna yrði.

Við frágang hinnar endanlegu ákvörðunar hafi PFS hins vegar láðst að breyta orðalaginu „hyggst útnefna Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk“ og „hyggst leggja þá kvöð á Mílu“ í texta ákvörðunarinnar í „útnefnir Mílu með umtalsverðan markaðsstyrk“ og „leggur þá kvöð á Mílu“. PFS telur augljóst að kvaðir hafi verið lagaðar á kæranda. Reynslumikill og öflugur aðili á fjarskiptamarkaði eins og kærandi sé, eigi að vita að PFS taki að þessu ferli loknu ekki sérstaka ákvörðun um að stofnunin hafi í hyggju að útnefna félagið með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja kvaðir á félagið á einhverjum ótilgreindum tímapunkti í framtíðinni. PFS telur ljóst að þessi smávægilega yfirsjón hafi ekki ollið neinum misskilningi hjá öðrum aðilum en kæranda. PFS hafi fyrst orðið þess áskynja eftir kvörtun Snerpu í máli þessu að kærandi teldi umrædda ákvörðun ekki gilda gagnvart sér sökum óskýrleika en kærandi hafði ekki látið reyna á gildi ákvörðunarinnar fyrir úrskurðarnefnd eða dómstólum innan lögbundins málskotsfrests.

PFS bendir á að engum ætti að dyljast að stofnunin hafi verið að útnefna kæranda með umtalsverðan markaðsstyrk á umræddum mörkuðum og leggja á félagið viðeigandi kvaðir til að leysa greind samkeppnisvandamál á umræddum mörkuðum. Heiti ákvörðunarinnar „um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagning kvaða á markaði fyrir heilðsöluáðgang að föstum aðgangsnætum (M4) og breiðbandsaðgang í heilðsölu (M5)“ gefi ótvírætt til kynna að kærandi hafi verið útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk og að viðeigandi kvaðir hafi verið lagðar á en ekki að það yrði gert í ónefndri framtíð. PFS hafi ákveðið að nýta heimild í 2. mgr. 23. gr. stjórnarsýslulaga til að skýra orðalagið að þessu leyti. Ákvæðið heimili stjórnvaldi að leiðrétta bersýnilegar villur í ákvörðun en ekki að leiðrétta efni ákvörðunar. Hefði efni ákvörðunarinnar orðið rangt vegna lögvillu, ónógra upplýsinga um málsatvik eða þess háttar tilvika væri ekki unnt að breyta ákvörðuninni á grundvelli þessa ákvæðis. Kærandi hafi áskilið sér allan rétt til að andmæla töku íþyngjandi ákvörðunar sem haldin væri slíkum ágalla. Þá hafi kærandi mótmælt því að leiðrétt ákvörðun geti gilt afturvirkkt hvað íþyngjandi ákvæði varði. PFS hafi tilkynnt kæranda að hann gæti freistað þess að kæra umrædda ákvörðun eða borið hana undir dómstóla en annars myndi PFS framfylgja ákvörðuninni frá og með birtingardegi hennar þann 13. ágúst 2014. Kærandi hafi því ekki verið í neinni villu um afstöðu PFS til leiðréttingarinnar og skuldbindingargildi umræddrar ákvörðunar. Frá því að PFS hafi fyrst orðið kunnugt um efasemdir kæraranda þann 23. september 2014 hafi liðið þrjú dagar þar til leiðréttingin hafi farið fram. PFS telur þó mikilvægt að úrskurðarnefnd staðfesti í úrskurði sínum að stofnuninni hafi verið heimilt að leiðrétta umrædda ákvörðun í ljósi þeirra aðstæðna sem fyrir hafi legið.

Forsendur 2. og 3. mgr. ákvörðunarorðanna:

Kærandi hafnar því sem röngu og ósönnuðu að beiðni Snerpu um aðgang að götuskápum í Stórholti hafi ennfremur falið í sér beiðni um aðgang að milliskápalínum úr umræddum

skáp í heimtaugar tiltekinna skápa. PFS vísar í þessu sambandi til ítarlegs rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun. Kærandi sé stórt og öflugt fjarskiptafyrirtæki sem starfræki landsdekkandi föst fjarskiptanet. Forveri félagsins hafi notið einkaréttar til uppbyggingar fjarskiptaneta í áratugi eða allt þar til samkeppnisumhverfi hafi verið komið á. Félög innan samstæðu kæranda hafi árum saman verið útnefnd sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og kvaðir lagðar á hina ýmsu undirmarkaði fjarskipta. Með ákvörðun PFS nr. 21/2014 hafi flestum fyrri kvöðum sem hvíldu á félögum samstæðunnar verið viðhaldið auk þess sem sumar kvaðir hafi verið útfærðar með mun ítarlegri hætti en áður, s.s. aðgangs- og jafnræðiskvaðir. Ástæða hafi þótt til að herða kvaðir á kæranda þar sem staða félagsins hafi haldist svo til óbreytt undanfarin ár.

Ljóst sé að mati PFS að Snerpa hafði frá árinu 2013 þreifað á kæranda og Símanum varðandi VDSL væðingu Holtahverfis og m.a. bent á leiðir til samvinnu. Kærandi hafi ekki sýnt hugmyndum Snerpu neinn áhuga. Rík jafnræðiskvöð hafi hvílt á kæranda bæði fyrir og eftir að ákvörðun PFS nr. 21/2014 hafi verið tekin þann 13. ágúst 2014 svo og eftir sátt Skipta og Samkeppniseftirlitsins. Samkvæmt jafnræðiskvöð sé heimtaugaleiguingu kæranda óheimilt að mismuna á milli bitstraumseiningar kæranda og Snerpu, auk þess sem rík upplýsingaskylda hafi hvílt á kæranda varðandi allar fyrirhugaðar framkvæmdir frá og með 13. ágúst 2014, auk skyldu kæranda til að hafa önnur fjarskiptafyrirtæki með í ráðum varðandi allar fyrirhugaðar framkvæmdir.

Á sama tíma og kæranda hafi verið fullkunnugt um áhuga og einbeittan ásetning Snerpu um að VDSL væða umrætt hverfi hafi kærandi sett upp tvo nýja götuskápa í hverfinu sem lið í VDSL væðingu félagsins. Hafi þær framkvæmdir hafist nokkrum dögum eftir að Snerpa hafi lagt inn formlega pöntun á Stórholtsskápnum en kærandi hafi ekki upplýst Snerpu um þessi áform né haft samráð við félagið sem áhugasaman aðgangsbeiðanda á svæðinu.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2014, en hún hafi á þessum tíma verið komin til framkvæmda, hafi komið fram að kæranda væri óheimilt að hefjast handa við framkvæmdir nema að undangengnum 3-6 mánaða tilkynningarfresti, allt eftir því hvort að framkvæmdin lyti að uppbyggingu heimtauganets eða bitstraumspjónustu. Í hinni kærðu ákvörðun komi fram að PFS telji uppsetningu nýrra götuskápa vera framkvæmdir við heimtaugakerfi kæranda og gildi þá 6 mánaða tilkynningarfrestur.

PFS kveður kvöð um 3ja og 6 mánaða tilkynningarfresti vera ófrávíkjanlega meginreglu. Ákvæði um 3ja mánaða forgangsrétt til VDSL væðingar sé svo undanþáguákvæði frá skýrri kvöð um aðgang að götuskápum og sé aðeins tímabundin. Að umræddum fresti loknum verði aðgangskvöð aftur virk nái viðkomandi fjarskiptafyrirtæki ekki að ljúka framkvæmdum innan tímafrests. Nái fjarskiptafyrirtæki hins vegar að ljúka VDSL væðingu innan tímafrests beri því að veita öðrum fjarskiptafyrirtækjum fullnægjandi sýndaraðgang (VULA). Þegar þetta sé skýrt saman telur PFS ljóst að ekki sé unnt að óska

eftir forgangi fyrr en 3-6 mánaða tímamarki ljúki þar sem framkvæmdir geti hvort eð er ekki hafist fyrr en að því tímabili loknu.

Snerpa hafi átt í símasambandi við kæranda um framkvæmdir dagana og vikurnar áður en endanleg pöntun um Stórholtsskápinn hafi verið gerð en framkvæmdir Snerpu hafi hafist 29. ágúst 2014. PFS telur það ekki öllu máli skipta hvenær slík óformleg samskipti hafi hafist vegna fyrirhugaðra framkvæmda kæranda eða hvað hafi nákvæmlega farið manna á milli. Máli skipti að mati PFS að kærandi virðist í kjölfar framkvæmda Snerpu hefja eigin framkvæmdir á umræddu svæði í trássi við skýrar kvaðir sem á félaginu hafi hvílt.

PFS kveður að almennt sé aðgangur í koparlínukerfi veittur um tiltækar milliskápalínur. Snerpa hafi athugasemdalaust fengið aðganga að milliskápalínunum hjá kæranda á öðrum svæðum auk þess sem kærandi sjálfur og önnur fjarskiptafyrirtæki notist iðulega við slíkar lausnir. Raunar geri uppbygging koparlínukerfisins ráð fyrir slíkri tilhögun eins og fram komi í viðmiðunartilboði kæranda um opinn aðgang að heimtaugum. Því sé að mati PFS ágreiningslaust að tengingar um milliskápalínur séu eðlilegur valkostur fyrir aðgangsbeiðendur. Hins vegar þurfi ávallt að meta í hverju og einu tilviki hvort að slík aðgangsbeiðni teljist sanngjörn og eðlileg.

PFS telur að háttsemi kæranda hafi ekki samræmst þeim kvöðum um aðgang og jafnræði sem á félaginu hafi hvílt. Á sama tíma og kærandi hafi svarað erindum Snerpu um aðgang að Stórholtsskápnum og umræddum milliskápalínunum seint og illa og hafi látið hjá líða að tilkynna um fyrirhugaðar framkvæmdir sínar á svæðinu og hafa samráð við áhugasama aðila um fyrirhugaða högun kerfisins virðist kærandi hafa unnið hörðum höndum í kyrrþey að því að hanna og setja upp eigið VDSL kerfi á svæðinu. Þar að auki hafi kærandi óskað eftir forgangsrétti hjá PFS til VDSL væðingar í hverfinu svo hann gæti afskiptalaust byggt upp sitt kerfi á svæði sem honum hafi þó verið fullkunnugt um að Snerpa hafði þá þegar hafið VDSL væðingu í. PFS telur ótvírætt að kæranda hefði ekki getað dulist að tölvupóstur Snerpu frá 4. september 2014 hafi ennfremur falið í sér beiðni um upplýsingar um tengjanlegar eignir í hverfinu um milliskápalínur en ekki einungis beinar tengingar út frá Stórholtsskápnum. Hlutverk fjarskiptaregluverksins sé að koma í veg fyrir óeðlilegt samkeppnisforskot markaðsráðandi aðila og stuðla að virkri samkeppni í fjarskiptum.

PFS telur því að meta verði upphaflegu aðgangsbeiðni Snerpu í Stórholtsskápinn ásamt tölvupósti til kæranda þann 4. september 2014, ennfremur sem beiðni um tengingar um milliskápalínur í götuskápa í Sunnuholti, Móholti, Lyngholti og Kjarrholti. Kæranda hafi ekki getað dulist að ætlun Snerpu með aðgangi að Stórholtsskápnum hafi verið að VDSL væða allt efra Holtahverfið en ekki aðeins fáeinir húseignir við Stórholtið. Annað úrlausnarefni sé að mati PFS hvort að umræddar aðgangsbeiðnir um milliskápalínur hafi verið sanngjarnar og eðlilegar í ljósi allra aðstæðna. Þegar af þessari ástæðu beri að mati

PFS að hafna því að kærandi hafi áunnið sér forgangsrétt að VDSL væðingu umrædds hverfis með tilkynningu til PFS þann 9. september 2014.

Milliskápalínur í Sunnuholt, 4. mgr. ákvörðunarorða:

Kærandi hafnar því að beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnum í Sunnuholtsskápinn geti verið talin sanngjörn og eðlileg í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. PFS vísar til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun en áréttar að kærandi hafi staðfest að línuleið talsíma og ADSL þjónustu hans hafi fram að þessu farið þá leið sem Snerpa hafi óskað eftir. Það að áætlanir kæranda um VDSL uppbyggingu á svæðinu, sem auk þess hafi ekki verið kynntar fyrir né bornar undir markaðsaðila með þeim hætti sem kvaðir mæli fyrir um, hafi gert ráð fyrir breyttri línuleið varðandi tengingar við Sunnuholt breyti að mati PFS ekki niðurstöðunni.

Að mati PFS skjóti það skökku við að kærandi telji þá línuleið sem hingað til hafi tíðkast, fari á móti umferð og/eða í átt að símsstöð. Þá vakni að mati PFS spurning um hvort að kærandi telji sig hafa einkarétt á að fara á móti umferð eða í átt að símsstöð á sama tíma og ótengdum aðilum sé það óheimilt. Að játa kæranda sjálfðæmi um hvaða tengileiðir teljist fara á móti umferð og/eða í átt að símsstöð, sérstaklega þegar kærandi telji sig geta breytt því eftir eigin hentugleika til að verjast samkeppni, sé að mati PFS mjög varhugavert og ekki í þágu samkeppni á fjarskiptamörkuðum.

Ákvæði 9. mgr. ákvörðunarorðanna, sönnunarbyrði:

Samkvæmt 9. mgr. ákvörðunarorðanna hvíli sönnunarbyrði varðandi hugsanlega truflanahættu vegna aðgangsbeiðna í koparheimtaug kæranda á kæranda en ekki aðgangsbeiðanda hverju sinni. Kærandi telji enga lagastoð vera fyrir þessari túlkun PFS. PFS vísar til hinnar kærðu ákvörðunar varðandi þennan kærulið en þar komi m.a. fram að viðmiðunartilboð kæranda um opin aðgang að heimtaugum (RUO) geri ráð fyrir því að hann geti hafnað notkun aðgangsbeiðanda ef kærandi geti leitt að því líkum að þau kerfi og sú þjónusta sem fyrir séu á koparstrengjum muni truflast. Beri kæranda að leggja fram gögn því til stuðnings. Samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2014 hafi kærandi átt að afhenda PFS til yfirferðar og samþykktar nýtt viðmiðunartilboð um opin aðgang að heimtaugum eigi síðar en 6 mánuðum eftir töku þeirrar ákvörðunar, þ.e. eigi síðar en 13. febrúar sl. Umrædd uppfærsla hafi ekki enn borist PFS en ekki hafi verið neinn ágreiningur um gildi framangreinds ákvæðis í viðmiðunartilboðinu.

Ákvörðunarorð 9. mgr. byggja á gildandi viðmiðunartilboði og því sé ekki rétt að PFS hafi með hinni kærðu ákvörðun verið að taka geðþóttaákvörðun um sönnunarbyrði. Þessi hluti hinnar kærðu ákvörðunar taki til sönnunarbyrði varðandi aðgangsbeiðnir að koparheimtaugum. PFS telur það ógerning að ætlast til þess að aðgangsbeiðendur þurfi að sýna fram á „truflanaleysi“ í tengslum við aðgangsbeiðnir sínar. Heimtaugakerfin séu í eigu og rekstri fyrrum einokunarhafa og því standi það þeim mun nær að sýna fram á truflanir en aðgangsbeiðendur truflanaleysi.

PFS hafi verið með orðalagi niðurstöðunnar verið að ítreka ákvæði í viðmiðunartilboði kæranda svo og að tryggja að kærandi gæti ekki tafið eða komið í veg fyrir aðgang ótengdra aðila með almennum og örökstuddum vísunum í truflanahættu.

Breyting á tengingu við Sunnuholt, 10. mgr. ákvörðunarorðanna:

Í ákvörðunarorðunum komi fram að kærandi hafi ekki staðið réttilega að breytingum á tengingu tiltekins notenda Snerpu við Sunnuholt en kærandi hafi m.a. talið að truflanahætta stafaði af þessari tengingu og því nauðsynlegt þá þegar að bregðast við.

PFS telur engu máli skipta að umrædd tenging hafi komist á fyrir mistök starfsmanns kæranda. Ef kærandi geti ekki sýnt fram á að tengingin hafi valdið truflunum hafi hann ekki heimild til að breyta henni. Þaðan af síður hafi kærandi heimild til að framkvæma breytinguna án fyrirfram tilkynningar til Snerpu. Kæranda beri að gæta jafnræðis milli ótengdra aðila og þjónustuveitenda á smásölumarkaði eins og Símans svo og á milli bitstraumseiningar kæranda og ótengdra aðila. Mikilvægt sé að mati PFS að heimtaugaleigueining kæranda mismuni ekki á milli bitstraumseiningar kæranda og ótengdra aðila.

Tilkynningarskylda um fyrirhugaða VDSL væðingu 6. og 8. mgr. ákvörðunarorðanna:

Kveðið er á um tilkynningarskyldu kæranda vegna framkvæmda við VDSL væðingu Holtahverfis með a.m.k. 6 mánaða fyrirvara og broti kæranda á jafnræðiskvöð með því að hafa ekki veitt Snerpu upplýsingar og leiðbeiningar í tengslum við VDSL væðinguna, sbr. 6. og 8. mgr.

Að mati PFS virðist kærandi koma af fjöllum um að málið varði túlkun PFS á aðgangs- og jafnræðiskvöðum þeim sem kveðið hafi verið á um í ákvörðun PFS nr. 21/2014. Málið varði aðgangsbeiðni Snerpu að koparheimtaugakerfi kæranda, nánar tiltekið að götuskápum. Um slíkan aðgang gildi framangreindar kvaðir í umræddri ákvörðun. Aðgangs- og jafnræðiskvaðir séu nátengdar og ekki sé unnt að túlka þær einangrað. Aðgangskvöðin kveði á um að kærandi skuli veita aðgang að koparlínukerfi sínu (M4) auk bitstraumsaðgangs (M5). Jafnræðiskvöðin segi síðan til um með hvaða hætti aðgangur skuli veittur, þ.e. án mismununar. Þar sé að auki kveðið á um tiltekna tilkynningarfresti.

Í upphafi máls hafi komið fram þau sjónarmið Snerpu að kærandi hafi ekki farið að umræddri kvöð um að tilkynna um fyrirhugaðar framkvæmdir með 3ja eða jafnvel 6 mánaða fyrirvara áður en unnt væri að hefja viðkomandi framkvæmdir. Í ljósi þess að Snerpa hafi ítrekað kvartað yfir meintri mismunun af hálfu kæranda skjóti það skökku við að mati PFS að kærandi virðist ekki átta sig á því hvernig framangreindir liðir ákvörðunarorðanna hafi orðið hluti af ágreiningsefni málsins. Álíka óskiljanlegt sé að mati PFS sú staðhæfing kæranda að honum hafi ekki verið veittur kostur á að tjá sig um framangreint atriði við rekstur málsins hjá PFS. Kærandi hafi fengið fjölmörg tækifæri til þess. Þegar hin ítarlega málavaxtalýsing sé skoðuð komi fram að kærandi hafi tjáð sig tíu sinnum í málinu auk fundar með PFS þar sem kærandi hafi fylgt sjónarmiðum sínum eftir.

PFS telur því ótvírætt að kæranda hafi verið veitt fullnægjandi tækifæri til að koma sjónarmiðum sínum í málinu á framfæri áður en hin kærða ákvörðun hafi verið tekin. Að mati PFS hafi verið ljóst í upphafi að erindi Snerpu hafi lotið að aðgangsbeyðni félagsins á heimtaugamarkaði (M4) og meintum brotum kæranda á jafnræðiskvöðum þeim sem kveðið hafi verið á um í ákvörðun PFS nr. 21/2014 en báðir málsaðilar hafi ítrekað vísað til þeirrar ákvörðunar við meðferð málsins.

Varðandi tímafresti í málinu og kærandi telur að ekki hafi komið til framkvæmda fyrr en að liðnum þeim tíma sem sakarefni málsins tæki til þá bendir PFS á að ákvörðun 21/2014 hafi tekið gildi þann 13. ágúst 2014. PFS telur ljóst að sú atburðarrás sem hafi verið til skoðunar í hinni kærðu ákvörðun hafi átt sér fyrst og fremst stað eftir gildistöku ákvörðunar PFS nr. 21/2014. Aðeins óformleg samskipti á milli aðila og þreyfingar hafi átt sér stað fyrir 13. ágúst 2014 þar sem frumkvæði hafi verið af hálfu Snerpu. Því sé að mati PFS einsýnt að tilkynningafrestir hafi verið komnir til framkvæmda þegar beyðni Snerpu um aðgang hafi borist kæranda.

PFS hafi litið svo á að þann 3. september 2014 hafi kærandi birt útbreiðsluáætlun sína. Sá dagur hafi markað upphaf 6 mánaða tilkynningarfrests. Kærandi geti því ekki hafið veitingu VDSL þjónustu í Holtahverfi fyrr en í fyrsta lagi frá og með 3. mars 2015 að því gefnu að Snerpu væri tryggður fullnægjandi sýndaraðgangur (VULA).

Kærandi telji að starfsemi Snerpu í fyrirliggjandi samhengi taka að réttu lagi til bitstraumsmarkaðar fremur en heimtaugamarkaðar og því eigi 3ja mánaða tilkynningafrestur við. Rökstuðningur PFS í hinni kærðu ákvörðun hafi því verið reistur á röngum forsendum. PFS telur rétt að Snerpa starfi á bitstraumsmarkaði en það skipti ekki máli í þessu samhengi. Kærandi hafi verið útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heimtaugamarkaði (M4) og bitstraumsmarkaði (M5) og tiltekna kvaðir hafi verið lagðar á félagið á þessum mörkuðum til að stuðla að aukinni samkeppni. Málið varði aðgangsbeyðni Snerpu að heimtaugum og götuskápum kæranda en um slíkt sé fjallað á heimtaugamarkaði en ekki bitstraumsmarkaði. Óumdeilt sé að Snerpa hafi ekki óskað eftir bitstraumsaðgangi hjá kæranda eins og sum fjarskiptafyrirtæki geri, enda reki Snerpa sín eigin ADSL og VDSL kerfi í samkeppni við bitstraumseiningu kæranda. Því gildi 6 mánaða tilkynningafrestur þegar um sé að ræða nýframkvæmdir eins og uppsetningu nýrra götuskápa í heimtaugakerfi kæranda.

PFS telur ljóst að ef framkvæmd varði heimtaugaeiningu kæranda eins og t.d. þegar nýir götuskápar séu settir upp í heimtaugakerfinu gildi 6 mánaða fresturinn. Þegar VDSL búnaði sé komið fyrir í fyrirliggjandi tækjarýmum, þ.m.t. símsstöðvum og götuskápum og ekki sé lagt í nýframkvæmdir sem viðkoma heimtaugum eða breytingum á línuleiðum, stefnu merkja o.fl. gildi 3ja mánaða frestur. Kærandi hafi kosið að setja upp nýja götuskápa sem breyti heimtaugakerfinu auk þess sem áætlunin hafi verið að breyta stefnum á milli fyrirliggjandi götuskápa. Ótvírætt sé að mati PFS að slíkar framkvæmdir teljast tengjast

bæði heimtauganetinu og bitstraumskerfinu, en þó fyrst og fremst heimtauganetinu þar sem því neti sé breytt til að það gagnist bitstraumseiningunni betur í samkeppni við Snerpu. Því gildi 6 mánaða fresturinn.

Hvað varðar sjónarmið kæranda um að álagning jafn íþyngjandi tilkynningarskyldu brjóti í bága við sjónarmið um meðalhóf þá bendir PFS á að tilkynningarkvaðir hafi verið lagðar á með ákvörðun PFS nr. 21/2014 en kærandi hafi látið hjá líða að kæra þá ákvörðun til úrskurðarnefndar eða dómstóla. Kærandi geti því ekki kært álagningu umræddra kvaða núna í máli er tengist túlkun á þessum kvöðum.

Sýndaraðgangur Snerpu, 7. mgr. ákvörðunarorðanna:

Kæranda er óheimilt að hefja veitingu VDSL þjónustu í Holtahverfi fyrir en Snerpa og önnur áhugasöm fjarskiptafyrirtæki hafi fengið fullnægjandi sýndaraðgang (VULA). PFS telur sig hafa fært sannfærandi rök fyrir því að hafna beri kröfum kæranda í málinu og því beri einnig að hafna þessari kröfu.

Leiðbeiningarskylda kæranda, 11. mgr. ákvörðunarorðanna:

PFS bendir á að ákvæði um skyldu kæranda til samráðs um fyrirhugaðar framkvæmdir og þróun nýrrar þjónustu sé að finna í viðauka A við ákvörðun PFS nr. 21/2014. Þar komi fram að „PFS leggi því þá kvöð á Mílu að ótengdum aðilum verði tilkynnt um útbreiðslu, uppbyggingu eða aðra þróun heimtauganeta Mílu (og tengdrar þjónustu og aðrar nýjungar sem máli skipta) með sama fyrirvara og aðilar tengdir Mílu. Skal sá fyrirvari ekki undir neinum kringumstæðum vera skemmri en 6 mánuðir [...]. Tengdir aðilar mega því ekki fá umræddar upplýsingar í hendur fyrir en ótengdir aðilar. Míla skal veita tengdum sem ótengdum aðilum færi á að hafa áhrif á þróun nýrrar heildsöluvöru og fyrirhuguð tengiskil“.

Umræddur hluti jafnræðiskvaðarinnar feli í sér nýmæli frá fyrri markaðsgreiningu og herðir mjög á kvöðinni sem áður hafi verið útfærð með almennum hætti. Útfærsla PFS sé í samræmi við tilmæli framkvæmdastjórnar ESB, ESA og BEREC, samtök fjarskiptaeftirlitsstofnana í Evrópu, þó svo að frestir hafi verið styttnir hér miðað við það sem tíðkast víðast hvar. PFS hafi þó áskilið sér rétt til að lengja umrædda fresti ef þeir hafi ekki reynst nægjanlegir til að efla virka samkeppni á fjarskiptamörkuðum.

PFS telur ljóst að framkvæmdir kæranda í Holtahverfi hafi falið í sér þróun á nýrri heildsöluvöru á svæðinu, þ.e. yfirfærslu úr ADSL í VDSL og uppsetningu nýrra tengiskila í formi götuskápa. Kærandi hafi hins vegar ekki veitt Snerpu tækifæri til að hafa áhrif á þessa þróun og fyrirhugaðar framkvæmdir, þrátt fyrir vitneskju um áhuga og áform Snerpu um að VDSL væða þetta svæði. Kærandi hafi því ekki uppfyllt þær skyldur sem á honum hafi hvílt og skjóti það að mati PFS skökku við að hann haldi öðru fram í ljósi staðreynda málsins.

Kærandi telur samráðsákvæðið vera óskýrt en samkvæmt ákvæðinu beri kæranda að hafa samráð við ótengda aðila og veita þeim færi á að hafa áhrif á þróun nýrrar heildsöluþjónustu og fyrirhuguð tengiskil. Kærandi hafi átt að bera fyrirhugaðar breytingar á tilhögun tengikerfisins undir Snerpu, þ.m.t. hvort þörf hafi verið á nýjum götuskápum og þá hvar og hvort unnt hefði verið að koma VDSL búnaði fyrir í fyrirbyggjandi skápum og hvort þörf væri á að breyta merkjastefnum.

PFS telur orsakasamband milli umræddrar aðgangsbeyðni Snerpu að götuskáp og samráðskvaðar vera augljóst. Ekki sé unnt að túlka aðgangskvöðina án tengsla við jafnræðiskvöðina, þar sem jafnræðiskvöðin kveði á um það með hvaða hætti aðgang skuli veita, þ.e. án mismununar. Kvaðirnar hafi tekið gildi 13. ágúst og giltu hinar almennari jafnræðiskvaðir sem kveðið hafi verið á um í ákvörðunum PFS nr. 26/2007 og 8/2008 fram að þeim degi. PFS kveður þá atburðarás sem mál þetta snúist um hafi fyrst og fremst átt sér stað eftir 13. ágúst 2014.

Varðandi synjun kæranda á að afhenda Snerpu lista yfir tengjanlegar eignir áður en formleg beiðni um aðgang að götuskáp hafi verið lögð fram þá bendir PFS á ítarlega umfjöllun að framan.

PFS er sammála kæranda um að réttaráhrif útbreiðsluáætlunar hans miðist við 3. september 2014 eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Hinn 6 mánaða tilkynningarfrestur hafi því hafist þann dag. Hvað varðar umkvörtun kæranda um skamma tímafresti til að tjá sig bendir PFS á að kærandi hafi fengið fjölmörg tækifæri til að tjá sig og verði hann sem öflugt og reynslumikið fyrirtæki á fjarskiptamarkaði að bera hallann af því að hafa ekki kynnt sér málavexti og/eða kröfur og sjónarmið kæranda með fullnægjandi hætti.

Munnlegur málflutningur:

PFS bendir á að krafa kæranda um munnlegan málflutning sé ekki rökstudd sérstaklega. Í reglugerð nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd komi fram að formaður nefndarinnar ákveði hvort að fram fari munnlegur málflutningur og skuli hann tilkynna málsaðilum og PFS þá ákvörðun án tafar. PFS telur málið hins vegar vera nægilega upplýst til að úrskurðarnefndin geti tekið það til úrskurðar.

PFS telur eðlilegt að Snerpu sé veitt tækifæri til að tjá sig um kæru kæranda þar sem Snerpa hafi verið aðili að málinu á lægra stjórnsýslustigi.

3.

Greinagerð PFS var send kæranda til athugasemda og bærust þær þann 7. apríl 2015. Þar kemur m.a. fram að kærandi telur ummæli PFS í sinn garð tæpast í samræmi við þá háttvísi sem ætlast verði til af eftirlitsstjórnvaldi og almennum reglum stjórnsýsluréttar um góða stjórnsýsluhætti.

Framkvæmd málsins af hálfu PFS:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið og bendir á að gögn málsins beri með sér að því fari fjarri að sakarefni málsins hafi verið nægilega afmarkað af hálfu PFS og því hafi kærandi ekki getað neytt lögbundins andmælaréttar síns. Að mati kæranda hafi PFS borið sem stjórnvaldi að afmarka sakarefni málsins eins og framast væri kostur. Geti engu breytt í því sambandi þó að kærandi hafi yfir að ráða löglærðum starfsmanni og kaupi oft og iðulega þjónustu lögmanna. Kærandi mótmælir því að hann hafi verið tregur til að taka þátt í að upplýsa málið.

Ákvörðun PFS nr. 21/2014:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið og telur athugasemdir PFS ekki breyta neinu þar um. Staðreynd málsins sé sú að hvað sem líði mótbárum og skýringum PFS, þá mælti orðalag ákvörðunarinnar skýrlega um fyrirhugaðar ráðagerðir PFS, þ.e. álagningu kvaða á kæranda án þess að leggja þær hins vegar á samhliða. Fáí það vart samrýmst sjónarmiðum stjórnvælsáskvarðana um fyrirsjáanleika og skýrleika stjórnvaldsákvarðana, hvað sem líði heimildum PFS til að leiðrétta ákvörðunina, að binda réttaráhrifin við fyrri tímamark en í fyrsta lagi frá tímamarki leiðréttingar. Af þessum sökum verði að mati kæranda að ógilda hina kærðu ákvörðun í heild sinni, enda í verulegum atriðum grundvölluð á ákvörðun sem hafi ekki verið komin til framkvæmda á tímamarki málsatvika. Þýði þá ekki fyrir PFS að reyna að skáka í skjóli eldri ákvaðanna svo sem virðist ámalagð í greinagerð þeirra, enda hvorki lögð ákvörðun á málið á þeim grunni á hinum lægra stjórnvælsáskvarðana né hafi málið verið reifað m.t.t. til þess.

Forgangsréttur til VDSL væðingar í Holtahverfi og milliskápatenging:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið og hafnar sem bæði röngu og ósönnuðu að beiðni Snerpu hafi falið annað og meira í sér en samkvæmt hljóðan beiðninnar og hvað þá að kæranda hafi ekki átt að dyljast það. Þá hljóti Snerpa að mati kæranda eðli málsins samkvæmt að bera hallan af óskýrleika beiðninnar, þ.á.m. sönnunarskorti um hvort og þá hvað beiðnin hafi raunverulega átt að fela í sér. Önnur niðurstaða, þ.e. að láta viðtakanda beiðni bera halla af óskýrleika sem starfi frá sendanda hennar eigi sér enga lögfræðilega stöð.

Forgangsréttur sé bundinn tilkynningu til PFS og engin lagastoð sé að mati kæranda fyrir því að líta svo á að tilkynning til hans, í stað PFS, geti haft réttaráhrif í þessu sambandi. PFS reyni að mati kæranda einnig að hvika frá fyrri afstöðu og halda því fram að fram að forgangsrétturinn sem um sé deilt hafi ekki getað orðið virkur fyrr en hinn svokallaði 3 eða 6 mánaða tilkynningafrestur hafi verið liðinn. Þessi afstaða er að mati kæranda ekki einast í ósamræmi við forsendur hinnar kærðu ákvörðunar, en ákvörðunin hljóti að sæta endurskoðun á þeim grunni sem hún hafi verið tekin, heldur jafnframt orðalag ákvörðunar nr. 21/2014 um að „VDSL kerfisrekandi s.s. Míla getur tryggt sér allt að þriggja mánaða forgangsrétt til VDSL uppbyggingar á ákveðnu svæði með því að birta þriggja mánaða útbreiðsluáform sín og áætlaða tengistaði VDSL þjónustunnar og tilkynna PFS um þau áform“, m.ö.o. réttaráhrif forgangsréttar séu bundin birtingu útbreiðsluáforma og tilkynningu til PFS, forgangsrétturinn verði þá til.

Kærandi hafði um langt skeið ráðgert VDSL uppbyggingu á umræddu svæði, svo sem útbreiðsluáætlun, sem var kynnt PFS 9. september og birt 3. september hafi borið með sér, en slík áætlun sé ekki hrist fram úr erminni.

Milliskápalínur í Sunnuholti:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið sín og mótmælir því að einhverskonar annarlegir hagsmunir hafi stýrt för af hans hálfu eins og PFS virðist telja. Hljóti það að mati kæranda að koma í hlut úrskurðarnefndar, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga, að leggja mat á hvort umrædd beiðni geti talist sanngjörn og eðlileg í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Mestu máli skipti að mati kæranda hvort beiðnin leiði til þess að merki séu send á móti merkjum sem komi frá símsstöð. Hingað til a.m.k. hafi það verið ágreiningslaust að forðast beri slíkt, þar sem slíkt sé til þess fallið að valda truflanahættu.

Sönnunarbyrði vegna hugsanlegrar truflanahættu:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið og telur misskilnings gæta hjá PFS um málatilbúnað hans. Kærandi haldi því ekki fram að það sé aðgangsbeiðanda, þ.e. Snerpu að sanna að engin truflanahætta sé fyrir hendi gagnvart kæranda, heldur, sbr. 20. gr. stjórnarsýslulaga, sé það PFS sem stjórnvalds að sanna og ekki síst að rannsaka að mat kæranda sé og hafi ekki verið á rökum reist. Hvíli áþekk skylda á úrskurðarnefndinni.

Breytingar á tengingum við Sunnuholt:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið og bendir á að staðreynd málsins sé sú að umrædd tenging hafi komist á fyrir mistök líkt og fyrr hafi verið nefnt og hafi hún falið í sér truflanahættu. Verði PFS og eftir atvikum úrskurðarnefnd að rannsaka hvort slík truflanahætta hafi getað verið fyrir hendi og breytingin þannig byggst á málefnalegum sjónarmiðum í stað þess að líta á þessar skýringar sem fyrirslátt án frekari rannsókna.

Tilkynningaskylda um fyrirhugaða VDSL væðingu:

Kærandi áréttar fyrri sjónarmið og hafnar mótbárum PFS. Gögn málsins bera að mati kæranda með sér að því hafi farið fjarri að sakarefni málsins hafi verið nægilega afmarkað með tilliti til þessa atriðis. Umfjöllun PFS breyti hér engu en svo virðist sem PFS telji að það hafi verið kæranda að reyna að henda nákvæmar reiður á sakarefni málsins. Fyrir slíkri aðferðarfræði sé engin stoð. Kærandi áréttar einnig að umþrættar kvaðir, í formi tilkynningafresta, hafi ekki verið komnar til framkvæmda á því tímamarki sem um ræði, þ.e. einkum í september 2014, sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014, en samkvæmt henni virðast hinar álögðu kvaðir ekki hafa átt að koma til framkvæmda fyrr en að „3 mánuðum liðnum eftir að ákvörðun þessi hefur tekið gildi“. Fáí því að mati kæranda ekki staðist að halda því fram að kæranda hafi brotið gegn umræddum kvöðum í september 2014 enda hafi ákvörðunin tekið gildi 13. ágúst 2014. Geti engu breytt í þessu tilliti þó svo að drög að ákvörðuninni hafi verið send ESA til samráðs þann 11. júlí 2014. Þá áréttar kærandi öll fyrri sjónarmið um að 3ja mánaða tilkynningafrestur eigi við en ekki 6 mánaða.

4.

Með úrskurði úrskurðarnefndar hinn 21. apríl 2015, var Snerpu veitt aðild að máli þessu og óskað eftir athugasemdum félagsins. Í athugasemdum Snerpu dags. 27. apríl 2015 kemur m.a. fram að Snerpa telji ágreiningsefni málsins að öllu leyti varða markað 4, þ.e. aðgengi að heimtauganeti kæranda.

Snerpa telur einnig að kæranda hafi óumdeilanlega verið ljóst á meðan á málsmeðferð hafi staðið hvert raunverulegt sakarefni væri enda hafi komið fram strax í upphafi að það varðaði höfnun kæranda á beiðni Snerpu um aðgang að heimtaugum kæranda. Snerpa hafi sýnt fram á að fyrirtækið hafi verið í góðri trú um að framkvæma fjárfestingar sem hafi byggt á slíkum aðgangi enda hafði fyrirtækið sumarið 2013 fengið sambærilegan aðgang að Hlíðarvegi á Ísafirði, þ.m.t. aðgang að milliskápalínnum auk þess að hafa haldið kæranda upplýstum um fyrirætlanir Snerpu frá því snemma árs 2013.

Snerpa tekur undir með PFS um að kvaðir þær sem kynntar hafi verið í samráðsferli vegna ákvörðunar PFS nr. 21/2014 hafi verið í fullu gildi frá því að ákvörðunin hafi verið birt þann 13. ágúst 2014. Breyti þar engu um að mati Snerpu að farist hafi fyrir lítilsháttar eðlilegar orðalagsbreytingar í takt við að drögum að ákvörðun hafi verið breytt í formlega ákvörðun. Fyrirsjáanleiki kvaðanna sem um geti í ákvörðuninni og eldri ákvörðunum PFS hafi verið slíkur að á meðan á framkvæmdum Snerpu hafi staðið, þ.e. fyrir 13. ágúst 2014, hafi verið gengið út frá því sem vísu af hálfu Snerpu að þær myndu standa enda byggðu framkvæmdir Snerpu á því að þær myndu verða að veruleika.

Snerpa vekur athygli á að niðurstaða PFS um aðgangsbeiðni Snerpu hafi enn fremur falið í sér beiðni um aðgang að milliskápalínnum í umræddum skáp í heimtaugar í aðra skápa sem honum hafi tengst hafi m.a. byggst á því að Snerpa hafði ári áður óskað eftir samskonar aðgangi að götuskáp og getað notað heimtaugar úr honum sem tengdar hafi verið um milliskápalínur í aðra skápa í viðkomandi hverfi, auk þess hafi verið ljóst að Snerpa hafi verið að óska eftir upplýsingum kæranda um hvaða eignir væru tengjanlegar frá skápnnum. Þá þegar hafi kærandi borið fyrir sig þau rök að truflanahætta myndi stafa af slíkum tenginum auk þess sem kærandi hafði hafnað því að veita Snerpu umbeðnar upplýsingar um tengjanlegar eignir sem hafi verið brot á upplýsinga- og samráðsskyldu kæranda. Auk þess sé viðtekin venja að nota milliskápalínur þar sem kostur sé, enda byggði eigin hönnun kæranda í hverfinu á að milliskápalínur yrðu notaðar í skápum 15129 og 15130 þar sem til hafi staðið að staðsetja búnað kæranda.

Hvað varðar tilkynningu kæranda um uppbyggingaráætlun þann 9. september 2014 þá hafi Snerpa strax bent á að áætlun kæranda hafi verið með þeim formgalla að framkvæmdatímabil hafi verið skilgreint sem fjórir mánuðir en ekki þrjú mánuðir eins og áskilið hafi verið. Að auki hafi tilkynningin ekki innihaldið áskildar upplýsingar um hvaða götuskápa hún næði yfir. Uppbyggingaráætlun kæranda hafi því verið með stórum ágöllum en engu að síður hafi PFS talið hana fullnægjandi, a.m.k. á tímabili.

Að öðru leyti en varðandi uppbyggingaáætlanir tekur Snerpa undir allir athugasemdir PFS. Snerpa vill einnig ítreka að kvöð um fyrirvara byggi á því að öðrum en kæranda sé gefið tækifæri og ráðrúm til að gera ráðstafanir til að samnýta lagnaleiðir við þær jarðvegsframkvæmdir sem í er lagt. Snerpa hafi ekki fengið slíkt tækifæri frá kæranda, hvorki í hverfinu sem þetta mál snúist um, né í öðrum hverfum sem kærandi hafi farið í framkvæmdir í á sama tíma. Þá telur Snerpa rétt að geta þess að ennþá, nær 8 mánuðum eftir að kærandi hafi tilkynnt um framkvæmdir sínar hafi hann ekki enn veitt VULA aðganginn sem Snerpu hafi verið boðinn í septemberbyrjun árið 2014 en kærandi hafi hins vegar gangsett búnað sinn í kringum 16. október 2014. Við gangsetningu á búnaði kæranda í efra og neðra Holtahverfi hafi farið að bera á truflunum á línunum hjá notendum Snerpu. Snerpa hafi ekki enn fengið formlega niðurstöðu úr mælingum kæranda vegna truflananna.

5.

Umsögn Snerpu var send kæranda til athugasemda. Athugasemdir kæranda bárust hinn 8. maí sl., sem reyndar tengjast einnig máli úrskurðarnefndarinnar nr. 2/2015. Þar kemur m.a. fram að kærandi mótmæli öllum sjónarmiðum og röksemdum Snerpu og áréttar fyrri sjónarmið.

Kærandi telur ekki rök standa til að líkja saman annars vegar aðgangsbeiðni Snerpu í fyrirliggjandi máli vegna götuskáps að Stórholti og hins vegar aðgangs Snerpu að götuskáp við Hlíðarveg sumarið 2013 enda séu þessi tilvik frábrugðin í veigamiklum atriðum. Götuskápurinn að Hlíðarvegi sé miðlægur skápur og aðeins hægt að fara rétta leið í því kerfi, þ.e. frá símstöð. Skápurinn að Stórholti sé á hinn bóginn staðsettur í ytri jaðri kerfisins og afstaða hans gagnvart öðrum skápum með öðrum hætti. Það sé því ekki sjálfsgefið að mati kæranda að beiðni um aðgang að Stórholtsskápnunum sé sjálfkrafa talin fela í sér beiðni um aðgang að tilteknum öðrum götuskápum, og ekki unnt að horfa til aðgangs Snerpu að Hlíðarvegsskápnunum sumarið 2013 í þessu tilliti, einkum með hliðsjón af ólíkri stöðu þessara skápa.

Kærandi bendir á að þegar Snerpu hafi verið veittur aðgangur að Hlíðarvegsskápnunum í júní 2013 hafi það verið gert með því fororði að kærandi væri með í undirbúningi að VDSL væða viðkomandi svæði (Vestfirði). Í bréfi kæranda til Snerpu 10. júní 2013 hafi verið tekið fram að gera mætti ráð fyrir breytingum á kerfi kæranda og takmörkun á aðgangi að því eftir atvikum, en hvers konar aðgangsbeiðni verði að falla að heildarkerfinu og með þeim fyrirvara að búnaður sem Snerpa kynni að setja upp trufla ekki annan búnað á heimtauginni. Snerpu hafi því að mati kæranda verið fullljóst um uppbyggingaáform kæranda á svæðinu, eigi síðar en sumarið 2013, og varð Snerpu þá um leið kunnugt um hvaða kröfur hugsanleg beiðni um aðgang að kerfi kæranda þyrfti að uppfylla ef til kæmi.

Kærandi getur ekki fallist á að það að tilgreina framkvæmdatímabil útbreiðsluáætlunar sem fjóra mánuði í stað þriggja feli í sér ágalla á beiðninni. PFS hafi einnig talið að innsenda

útbreiðsluáætlun kæranda hafi fullnægt formskilyrðum og hafi stofnunin samþykkt hana sem slíka, þ.e. sem tilkynningu kæranda til PFS um forgangsréttarstaði.

Varðandi athugasemdir Snerpu um samnýtingu lagnaleiða við jarðvegsframkvæmdir þá bendir kærandi á að uppbygging hans á umræddu svæði hafi að miklu leyti falið í sér að ljósleiðari hafi verið dregin í fyrirliggjandi rör en skurðgröftur og lagning nýrra röra því verið takmarkaður. Sá gröftur sem fram hafi farið hafi verið að stórum hluta holutaka vegna götuskápa eða stuttir skurðir frá þeim stað þar sem stofnlagnarör kæranda enda og þangað sem nýir götuskápar hafi verið settir niður. Í flestum tilvikum hafi skurðir byrjað og endað á óheppilegum stöðum fyrir hugsanlega aðgangsbeiðendur, s.s. Snerpu. Í þessu samhengi áréttar kærandi að Snerpu hafi verið eða a.m.k. átt að vera ljóst að kærandi áformaði VDSL uppbyggingu á svæðinu eigi síðar en sumarið 2013 en allt að einu óskaði Snerpa ekki eftir því að fá að samnýta jarðvinnu með kæranda.

Hvað varðar athugasemdir Snerpu um að hraði VDSL2 tenginga Snerpu hafi minnkað tekur kærandi fram að vegna þessara tenginga hafi hann notað PBO aðferð sem deyfi merki úr götuskáp niður í sama styrk og merki sem komi frá sírstöð um nokkur hundruð metra leið. Við skoðun á gögnum úr mælingum tæknimanns hafi komið í ljós að Snerpa hafði ekki verið að nota rétt tíðniplan eins og áskilið sé í viðmiðunartilboði kæranda. Kærandi hafi óskað eftir því að Snerpa noti það tíðniplan sem í gildi sé og megi ætla að truflun sem kvartað hafi verið yfir muni hverfa að mestu. Kærandi hafi kappkostað við að koma til móts við Snerpu eftir því sem auðið sé og standi upp á Snerpu að laga sig að réttu tíðniplani búnaðarins.

IV. Niðurstöður

Í máli þessu er deilt um hvort aðgangsbeiðni Snerpu að götuskáp kæranda við Stórholt hafi einnig falið í sér aðgang að milliskápalínum úr þeim skáp í aðra tilgreinda skápa. Kærandi samþykkti aðgang Snerpu að götuskáp við Stórholt en hafnaði aðgangi að milliskápalínum úr þeim skáp. Í hinni kærðu ákvörðun taldi PFS að aðgangsbeiðni Snerpu hefði jafnframt tekið til milliskápalína sem veittu aðgang að götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Kjarrholt og Lyngholt. PFS taldi beiðnir um aðgang að milliskápalínum í götuskáp við Sunnuholt sanngjarna og eðlilega en aðgangsbeiðni úr skápnum við Stórholt í skáp við Sunnuholt og þaðan í Móholt ekki sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni og átti það sama við beiðni um aðgang úr Stórholti í Lyngholt og þaðan í Kjarrholt. Kærandi skyldi þó veita Snerpu sýndaraðgang (VULA).

Í málinu er einnig deilt um skuldbindingargildi ákvörðunar PFS nr. 21/2014 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á mörkuðum fyrir heildsöluaðgang að föstum aðgangsnetum (markaður 4) og breiðbandsaðgang í heildsölu (markaður 5) frá 13. ágúst 2014. Ákvörðunin var hvorki kærð til úrskurðarnefndar né skotið til dómstóla.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru í 11 málsgreinum en 1. mgr. á ekki við í máli þessu. Kærandi krefst þess að allar málsgreinar nema 5. málsgrein verði felldar úr gildi. PFS og Snerpa krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Rétt er að mati úrskurðarnefndar að fjalla um ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eins og þau eru rakin í kæru kæranda.

1.

Krafa Snerpu um aðgang að milliskápalínunum úr Stórholtsskápnum er byggð á ákvörðun PFS nr. 21/2014, frá 13. ágúst 2014, þar sem PFS ákvað að viðhalda kvöðum á kæranda vegna útnefningar fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir heilðsöluaðgang að föstum aðgangsnétum (markaði 4). Í ákvörðuninni kemur fram að þær kvaðir sem koma í stað þeirra kvaða sem lagðar voru á kæranda með ákvörðun PFS nr. 26/2007 eru kvöð um að veita aðgang, kvöð um jafnræði, kvöð um gagnsæi, kvöð um bókhaldslegan aðskilnað, kvöð um eftirlit með gjaldskrá og um kostnaðarbókhald.

Ekki verður litið fram hjá því að ákvörðun PFS nr. 21/2014 er að vissu leyti forsenda hinnar kærðu ákvörðunar. Er því rétt, að mati úrskurðarnefndarinnar, að rekja stuttlega efni ákvörðunar PFS nr. 21/2014 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á mörkuðum fyrir heilðsöluaðgang að föstum aðgangsnétum (M4) og breiðbandsaðgang í heilðsölu (M5).

PFS greindi markað fyrir heilðsöluaðgang að föstum aðgangsnétum (M4) og breiðbandsaðgang (M5). Markaður 4 nær yfir áþreifanlega innviði netanna; heimtaugarnar sjálfar, tengivirki, magnara o.fl. Á heimtaugarnar er hægt að bæta við ýmsum tæknilegum kerfum þar sem hin eiginlega þjónustuframleiðsla fer fram. Sú þjónusta krefst þess að endanotendur geti bæði sent og mótttekið gögn. Um þessa þjónustu, sem fer fram á netinu, t.d. internetið, tölvupóstur, sjónvarpsdreifing (IPTV) o.fl., er síðan fjallað um á markaði 5. Aðgangskerfi kæranda er það eina sem er nær til landsins í heild og er markaðshlutdeild kæranda um 83% miðað við fjölda heimtauga í notkun.

PFS útnefndi kæranda því með umtalsverðan markaðsstyrk bæði á markaði 4 og markaði 5.

Umrædd ákvörðun PFS nr. 21/2014 var leiðrétt af hálfu PFS með vísan til 23. gr. stjórnarsýslulaga hinn 26. september 2014. Í 2. mgr. 23. gr. stjórnarsýslulaga kemur m.a. fram að stjórnvald hafi heimild til að leiðrétta bersýnilegar villur í ákvörðun sem hefur verið tilkynnt aðila. Heimild til leiðréttingar tekur til bersýnilegra villna í ákvörðunum stjórnvalda, s.s. misritun á orði, nafni, tölu og reiknings skekkju svo og annarra bersýnilegar villna er varða form ákvörðunar. Heimild til leiðréttingar tekur ekki til efnis ákvörðunar hafi það orðið rangt vegna lögvillu stjórnvaldsins, ónógra upplýsinga um málsatvik eða þess háttar tilvik. Það ræðst því m.a. af uppruna villunnar hvort hún falli undir 2. mgr. 23. gr. laganna.

Málsmeðferð PFS í máli þessu fól í sér samráð við fjarskiptafyrirtæki og Samkeppniseftirlitið og til grundvallar því lágu frumdrög að ákvörðun PFS nr. 21/2014. Í drögunum kom fram hvert efni fyrirhugaðar ákvörðunar PFS yrði. Ákvörðun PFS sem birt var kæranda kvað á um að fyrirhugað væri að leggja á hann kvaðir en láðst hafði að breyta orðalagi draganna að einhverju leyti þannig að í stað þess að kveða á um þær kvaðir sem lagðar skyldu á kæranda kvað ákvörðunin á um að fyrirhugað væri að leggja tiltekna kvaðir á kæranda. Þetta orðalag lagfærði PFS í september með vísan til 2. mgr. 23. gr. stjórnslulaga.

Úrskurðarnefnd telur af málsatvikum öllum að PFS hafi í samræmi við 23. gr. stjórnslulaga verið heimilt að leiðrétta bersýnilegar villur í ákvörðuninni og lutu þær að leiðréttingu á misritun. Kæranda hafi mátt vera það ljóst, enda sýnilegt af heiti og efni ákvörðunarinnar. Þá er málsmeðferð PFS í slíkum málum með þeim hætti að kæranda gat ekki dulist efni hennar. Er þar vísað til undangengis samráðs sem PFS á við aðila á markaði áður en ákvörðun er tekin um að leggja tiltekna kvaðir á tiltekið fyrirtæki. Leiðrétting PFS haggði ekki gildistöku ákvörðunarinnar, þ.e.a.s. 13. ágúst 2014, og miðast aðrir tímafrestir í málinu að mati úrskurðarnefndar því við þann dag.

Ákvörðun PFS nr. 21/2014 var hvorki kærð til úrskurðarnefndar né var henni vísað til dómstóla. Hið sama gildir um ákvörðun PFS um leiðréttingu. Þegar af þeirri ástæðu kemur ákvörðunin ekki til endurskoðunar af hálfu úrskurðarnefndarinnar. Umrædd ákvörðun er gild stjórnvaldsákvörðun að lögum og verður lögð til grundvallar sem slík af hálfu úrskurðarnefndar í máli þessu.

Í ljósi athugasemda kæranda við málsmeðferð PFS við töku hinnar kærðu ákvörðunar, telur úrskurðarnefndin rétt að gera stuttlega grein fyrir þeim aðstæðum sem voru fyrir hendi, er leiddu til töku hennar. Líkt og rakið er í málavaxtalýsingu er málið til komið vegna ágreiningis tveggja fjarskiptafyrirtækja, Snerpu annars vegar og kæranda hins vegar. Umræddur ágreiningur laut fyrst og fremst að beiðni Snerpu um aðgang að götuskáp kæranda við Stórholt, m.a. um það hvað fólst í umræddri beiðni og hvaða skyldur hvíldu á kæranda í því sambandi skv. ákvörðun PFS nr. 21/2014. Af gögnum málsins má ráða að PFS hafi á fyrri stigum málsins gert tilraun til þess að leysa ágreiningin með sátt milli aðila. Í því fólst m.a. að aðilum var gefinn kostur á að koma sínum sjónarmiðum á framfæri við stofnunina. Vegna þessara aðstæðna, ber málsmeðferðin þess merki að leitast hafi verið eftir því af hálfu PFS að ljúka málinu með sátt, en þar sem það tókst ekki var tekin ákvörðun af hálfu PFS, til þess að binda endi á deilur kæranda og Snerpu. Úrskurðarnefndin telur ljóst, að teknu tilliti til þeirra aðstæðna sem voru fyrir hendi í máli þessu og með tilliti til samskipta kæranda og PFS á fyrri stigum málsins, að PFS hafi með fullnægjandi hætti gætt að andmælarétti kæranda. Málsmeðferðin var því í samræmi við 12. gr. stjórnslulaga. Þá fær úrskurðarnefndin ekki séð að málsmeðferð PFS sé í andstöðu við form- eða efnisreglur stjórnsluréttar að öðru leyti eða sé haldin einhverjum þeim annmörkum sem kunni að leiða til ógildingar ákvörðunarinnar.

2.

Í 2. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er kveðið á um að hvorki kærandi né Snerpa skuli njóta heimildar til forgangsréttar til VDSL væðingar í Holtahverfi sem kveðið er á um í ákvörðun PFS nr. 21/2014 (markaðir 4 og 5).

Í umræddri ákvörðun PFS er kveðið á um að VDSL rekandi, s.s. kærandi, geti tryggt sér allt að þriggja mánaða forgangsrétt til VDSL uppbyggingar á ákveðnu svæði með því að birta þriggja mánaða útbreiðsluáform sín og áætlaða tengistaði VDSL þjónustunnar og tilkynna PFS um þau áform.

Kærandi hafi tilkynnt PFS um útbreiðsluáætlun sína vegna VDSL væðingar 9. desember 2014 og hafi það að hans mati skapað honum forgangsrétt. Snerpa hafi sent PFS útbreiðsluáætlun sína þann 18. september 2014.

PFS bendir á að Snerpa hafi þann 29. ágúst 2014 sent kæranda beiðni um aðgang að götuskápnnum að Stórholti og hafi kærandi upphaflega hafnað þeirri beiðni en heimilað hana síðan eftir að kvörtun Snerpu hafi borist PFS. Kærandi hafi síðan samþykkt að forgangsréttur hans næði ekki til Stórholtsgötuskápsins. PFS telur ljóst að aðgangsbeiðni Snerpu hafi borist kæranda áður en hann tilkynnti um útbreiðsluáætlun sína. Ágreiningur hafi verið um aðgangsbeiðni Snerpu og því hafi ekki getað skapast forgagnsréttur til kæranda og eigi það sama að mati PFS við um útbreiðsluáætlun Snerpu.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 kemur m.a. fram að markmið kvaða sé að vinna gegn raunverulegum og/eða mögulegum vandamálum á sviði samkeppni. Með vandamálum sé átt við hvers konar atferli fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk sem sé til þess ætlað eða sem leiði til þess að keppinautar hrekist af markaði, sem komi í veg fyrir að mögulegir keppendur komist inn á markaðinn og/eða komi niður á hagsmunum neytenda. Kærandi sé með um 76% markaðshlutdeild á markaði 5 og reki eina landsdekkandi kerfið á bitstraumsmarkaði. Ásamt því að vera sterkasti aðilinn á heildsölumarkaði sé systurfyrirtæki kæranda einnig stærstur á smásölumarkaði og langstærsti viðskiptavinur kæranda. Markaðurinn einkennist af miklum aðgangshindrunum þar sem erfitt hafi reynst nýjum fyrirtækjum að festa sig í sessi. Markmið kvaðarinnar um þriggja mánaða forgagnsrétt VDSL kerfisrekanda sé að tryggja hag þess sem fyrstur sýni vilja til fjárfestingar og þróunar á VDSL aðgangsneti og auka vilja á markaði til slíkra fjárfestinga.

Úrskurðarnefnd telur í ljósi markmiða kvaðar um forgangsrétt að kæranda hafi mátt vera ljóst þegar aðgangsbeiðni Snerpu barst hinn 26. ágúst 2014 að vilji stæði til hjá fyrirtækinu til að VDSL væða Holtahverfi. Að teknu tillit til markaðsstöðu kæranda, einkenna markaðarins og þess að aðila greinir á um hvort að tilkynningar um útbreiðsluáætlanir hafi verið formlega réttar er það mat úrskurðarnefndar að hvorki

kærandi né Snerpa skuli njóta þriggja mánaða forgangsréttar. Telur úrskurðarnefndin því rétt að staðfesta 2. mgr. ákvörðunar PFS.

3.

Í 3. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er kveðið á um að í beiðni Snerpu um aðgang að heimtaugum í götuskáp Mílu við Stórholt hafi jafnframt falist beiðni um aðgang að milliskápatengingum í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt.

Kærandi hafnar því sem röngu og ósönnuðu að beiðni Snerpu um aðgang að götuskápum í Stórholti hafi enn fremur falið í sér beiðni um aðgang að milliskápalínnum úr umræddum skáp í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt. PFS telur að kæranda hefði mátt vera ljóst að í beiðni Snerpu hafi einnig falist beiðni um aðgang að milliskápatengingum þar sem Snerpa hafði þá þegar hafið VDSL væðingu í hverfinu. Snerpa bendir á að kærandi hafi veitt fyrirtækinu sambærilegan aðgang að götuskáp við Hlíðarveg og hafi Snerpa getað notað heimtaugar úr honum sem tengdar hafi verið um milliskápalínur í aðra skápa í viðkomandi hverfi. Viðtekin venja sé að nota milliskápalínur þar sem kostur sé enda hafi hönnun kæranda í Holtahverfi verið byggð á því að milliskápalínur yrðu notaðar í skápum 15129 og 15130.

Með tölvupósti Snerpu hinn 29. ágúst 2014 til kæranda sækir Snerpa um „100L trunk fyrir ADSL/VDSL í skáp við Stórholt 13A (spennistöð OV) í Holtahverfi. Við munum sjálfir leggja trunkinn að skápnum. Óskum eftir að trunkurinn verði skráður þannig í NMS [...]“ Þarna óskar Snerpa eftir aðgangi að götuskápnum fyrir 100 línu streng fyrir ADSL/VDSL sem Snerpa myndi sjálf leggja í umræddan skáp og taldi Snerpa sig vera að sækja um aðgang að skápnum svo og þeim milliskápalínnum sem úr honum liggja, þ.e.a.s. í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt.

Aðgangsbeiðni Snerpu ein og sér er að mati úrskurðarnefndar ekki að öllu leyti skýr, þ.e.a.s. ljóst er að fyrirtækið sækir um aðgang að skápnum við Stórholt en ekki kemur beint fram hvort að í beiðninni hafi einnig falist aðgangur að milliskápatengingum í heimtaugar í götuskápum við Sunnuholt, Móholt, Lyngholt og Kjarrholt. Verður því að leggja heildstætt mat á það, í ljósi stöðu kæranda, ákvörðunar PFS nr. 21/2014 og samskipta kæranda við Snerpu hvað kærandi hefði mátt ætla að aðgangsbeiðnin fæli í sér.

Með ákvörðun PFS nr. 21/2014 var kærandi útnefndur sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir heildsöluaðgang að föstum aðgangsnætum (markaður 4) og lagðar á hann kvaðir um að veita aðgang, þ.e.a.s. að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að kopar- og ljósleiðaraheimtaugum sínum og tengdri aðstöðu á heildsölustigi. Sé ekki hægt að veita fleirum VDSL rekendum aðgang að götuskápum skal veita viðkomandi opinn sýndaraðgang (VULA).

Enda þótt ágreiningur sé um hvað hafi falist í beiðni Snerpu til kæranda þá telur úrskurðarnefnd að við mat á því verði að taka tillit til efnis ákvörðunar nr. 21/2014 þar sem kærandi var útnefnt fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir heimtaugar og bitastraum. Kvaðir voru lagðar á kæranda m.a. um að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að koparheimtaugum og tengdri aðstöðu á heildsölustigi. Markaðshlutdeild Snerpu er aðeins brotabrot af markaðshlutdeild kæranda.

Í ljósi gagna málsins og aðstæðna tekur úrskurðarnefndin undir það mat PFS að kæranda hafi mátt vera ljóst að aðgangsbeiðni Snerpu tengdist áformum um markaðssetningu í umræddu hverfi í heild sinni.

Í ljósi alls framangreinds telur úrskurðarnefnd að líta verði svo á að í beiðni Snerpu um aðgang að Stórholtsskápnum hafi jafnframt falist beiðni um aðgang að milliskápalínum úr umræddum skáp í fjóra aðra götuskápa í hverfinu. Telur úrskurðarnefndin því rétt að staðfesta 3. mgr. ákvörðunar PFS.

4.

Í 4. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er kveðið á um að beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Sunnuholt teljist vera sanngjörn og eðlileg aðgangsbeiðni í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Kærandi telur að leiðin sé lengra inn í kerfi hans, þ.e.a.s. í átt til símsstöðvar og að merki séu send á móti merkjum sem komi frá símsstöð. PFS bendir á að kærandi hafi staðfest að línuleið talsíma og ADSL þjónustu hans hafi farið þá leið sem Snerpa hafi óskað eftir.

Í 28. gr. fjarskiptalaga er kveðið á um aðgang að netum og þjónustu. PFS getur mælt fyrir um að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk verði við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um opin aðgang að almennum fjarskiptanetum, nethlutum og tengdri aðstöðu með ákveðnum skilmálum sem stofnunin setur, sbr. 1. mgr. greinarinnar. Í greinagerð með frumvarpi til fjarskiptalaga kemur m.a. fram að ákvæðið sé byggt á 12. gr. aðgangs- og samtengingartilskipun EB, nr. 2002/19, og að ákvæðinu sé ætlað að tryggja að ný fjarskiptafyrirtæki á markaði geti komið sér upp aðstöðu í líkingu við þá sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild hefur komið sér upp. Aðgang að netum og þjónustu sé lykilatriði fyrir ný fjarskiptafyrirtæki á markaðnum. PFS getur því lagt kvaðir á fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild til að stuðla að eðlilegri samkeppnisstöðu.

Af 28. gr. fjarskiptalaga má sjá að markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki skal verða við eðlilegum og sanngjörnum aðgangsbeiðnum. Hugtakið aðgangur er túlkað með víðtækum hætti bæði í fjarskiptalögum og aðgangstilskipun EB. Í 19. t. inngangsorða tilskipunarinnar kemur m.a. fram að ef skyldur eru lagðar á rekstraraðila sem skylda þá til að verða við réttmætum beiðnum um aðgang að og notkun neteininga og tilheyrandi aðstöðu skal slíkum beiðnum einungis synjað á grundvelli hlutlægra viðmiðana, svo sem

hvort þær séu framkvæmanlegar í tæknilegu tilliti eða nauðsyn þess að viðhalda heildstæði neta.

Líta verður til viðtækrar túlkunar á aðgangi við mat á hvort að beiðni um aðgang sé sanngjörn og eðlileg. Beiðnum um aðgang að heimtaugum skal aðeins hafnað á grundvelli hlutlægra viðmiðana, nauðsynjar þess að viðhalda heildstæði neta eða af tæknilegum ástæðum. Við höfnun þurfa rekstraraðilar að bjóða kaupendum sambærilega þjónustuþætti og þeir veita sínum eigin rekstrareiningum með sömu skilmálum og tímafrestum. Kærandi hafnar aðgangsbeiðni Snerpu að milliskápalínu í Sunnuholtsskápinn af tæknilegum ástæðum, þ.e.a.s. að merki Snerpu muni fara gegn umferðarstefnu.

Í ákvörðun 21/2014 er lögð kvöð á kæranda um gagnsæi. Hluti þeirrar kvaðar er að kærandi skuli gefa út viðmiðunartilboð um heimtaugar, sem uppfylli þau skilyrði sem PFS setji. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að í viðmiðunartilboði kæranda um opin aðgang að heimtaugum, segi að sendistefna niðurstreymismerkja skuli ávallt vera í stefnu frá tækjarými (símstöð eða götuskáp) til húskassa endanotenda. Í ljósi þess að tengileið Snerpu var í samræmi við stefnuleið talsíma og ADSL tenginga kæranda telur úrskurðarnefndin að staðfesta beri þá niðurstöðu PFS að beiðni Snerpu um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnunum í Sunnuholtsskápinn hafi falið í sér sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni í skilningi fjarskiptalaga.

5.

Í 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er kveðið á um að sönnunarbyrði varðandi hugsanlega truflanahættu vegna aðgangsbeiðna að koparheimtauganeti kæranda hvíli á honum en ekki aðgangsbeiðanda hverju sinni. Aðgangsbeiðandi og kærandi skulu vinna saman að því að meta truflanahættu hverju sinni. Kærandi telur að ekki sé lagastoð fyrir þessari aðferðarfræði PFS og krefst þess að 9. mgr. sé felld úr gildi. Hann telur að PFS sem stjórnvald beri að sanna og rannsaka að mat kæranda sé og hafi ekki verið á rökum reist og hvíli áþekkt skylda á úrskurðarnefnd.

Úrskurðarnefnd telur í ljósi þeirra kvaða sem settar hafa verið á kæranda með ákvörðun PFS nr. 21/2014 um aðgang að kerfum sínum að hann beri sönnunarbyrði fyrir því að einhver þau atvik séu fyrir hendi sem réttlæti höfnun hans um aðgang s.s. tæknilegir örðugleikar og truflanahætta. Kærandi geti ekki velt þeirri sönnunarbyrði yfir á PFS, en stofnuninni beri síðan að rannsaka og meta röksemdir kæranda um mögulega truflanahættu. Í því sambandi telur úrskurðarnefndin að einnig verði að horfa til þess að það stendur kæranda nær, heldur en PFS eða aðgangsbeiðanda að sanna mögulega truflanahættu hverju sinni. Í ljósi þessa telur úrskurðarnefndin að staðfesta beri 9. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

6.

Í 10. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er kveðið á um að kærandi hafi ekki staðið réttilega að breytingu á tengingu notanda að Sunnuholti. Kærandi hafi ekki sýnt fram á að umrædd tenging hafi truflað þá þjónustu sem fyrir hafi verið á strengnum, né tilkynnt Snerpu fyrirfram um fyrirhugaða breytingu á tengingu eins og skylt sé samkvæmt viðmiðunartilboði um opin aðgang að heimtaug. Kærandi kveður tenginguna hafa komist á fyrir mistök og telur engar sérstakar lögfylgjur vera bundnar þeim mistökum. PFS telur að kærandi hafi ekki haft heimild til að breyta tengingunni nema að geta sýnt fram á truflanahættu.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 er sú kvöð lögð á kæranda að viðhafa gagnsæi við leigu heimtauga og er hluti þessara kvaðar að kærandi skal gefa út viðmiðunartilboð um heimtaugar. Í viðmiðunartilboði kæranda kemur fram að honum sé heimilt með fyrirfram tilkynningu til leigutaka að aftengja búnað ef hann getur sýnt fram á að búnaðurinn valdi truflunum á þeirri þjónustu sem fyrir sé á línunni eða strengnum.

Í gögnum málsins kemur ekki fram hvort og þá hvernig kærandi hafi tilkynnt Snerpu um aftengingu búnaðarins. Þegar af þeirri ástæðu telur úrskurðarnefnd að kærandi hafi brotið gegn því verklagi sem kveðið er á um í ákvörðun PFS nr. 21/2014 og því beri að staðfesta niðurstöðu PFS að þessu leyti.

7.

Í 6. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar kemur fram að vegna uppsetningar kæranda á nýjum götuskáp í efra Holtahverfi á Ísafirði og breytinga á merkjastefnum í heimtauganetinu hafi kæranda borið að tilkynna um framkvæmdir sínar við VDSL væðingu umrædds hverfis með a.m.k. 6 mánaða fyrirvara og veita Snerpu í upphafi allar nauðsynlegar upplýsingar sem félagið hefði þurft vegna VDSL uppbyggingar sinnar á heimtaugum kæranda í hverfinu, þ.m.t. upplýsingar um staðsetningu hins nýja skáps, hugsanlegar breytingar á línuleiðum og/eða merkjastefnum. Þar sem þetta hafi ekki verið gert lítur PFS svo á að dagsetningin 3. september 2014 marki upphaf hins skyldubundna 6 mánaða tilkynningarfrests.

Kærandi telur að starfsemi Snerpu á umræddu svæði taki til bitstraumsmarkaðar, fremur en til heimtaugamarkaðar og því eigi 6 mánaða tilkynningarfrestur ekki við enda taki hann til heimtaugamarkaðar á meðan 3 mánaða tilkynningarfrestur taki til bitstraumsmarkaðar.

Opinber birting útbreiðsluáætlunar kæranda vegna VDSL væðingar var þann 3. september 2014 og miðast aðrir tímafrestir og tilkynningar við þá dagsetningu. VDSL væðing Holtahverfis var á þeirri áætlun. Hluti af þeirri áætlun kæranda er uppsetning götuskápa. Kærandi er markaðsráðandi á heimtaugamarkaði og er umræddur 6 mánaða frestur settur til þess að jafna samkeppnisstöðu keppinauta kæranda.

Úrskurðarnefnd telur að stækkun á heimtauganeti falli undir markað 4 en með fjölgun götuskápa sé verið að stækka heimtauganetið og því eigi 6 mánaða tilkynningafrestur við. Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 kemur fram að markaður 4 nái yfir áþreifanlega innviði netanna; heimtaugarnar sjálfar, tengivirki, magnara o.fl. Á heimtaugarnar er hægt að bæta við ýmsum tæknilegum kerfum þar sem hin eiginlega þjónustuframleiðsla fer fram. Sú þjónusta krefst þess að endanotendur geti bæði sent og mótttekið gögn. Þessi þjónusta sem fram fer á netinu, t.d. internetið, tölvupóstur, sjónvarpsdreifing o.fl. er síðan öðrum fremur fjallað um á markaði 5.

Í 8. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar kemur m.a. fram að kærandi hafi brotið gegn jafnræðiskvöð þeirri sem á honum hvíli á heimtaugamarkaði (markaður 4), sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014 og áður ákvörðun PFS nr. 26/2007, með því að veita Snerpu ekki upplýsingar eða leiðbeiningar í tengslum við VDSL væðingu félaganna í efra Holtahverfi. Kærandi telur óljóst með hvaða hætti þessi atriði hafi orðið hluti af sakarefninu á lægra stjórnarsýslustigi og aðforsendur hennar séu ekki að öllu leyti skýrar. Honum hafi ekki verið gefin kostur á að tjá sig sérstaklega um brot gegn jafnræðiskvöð þeirri sem á félaginu hvíli. Slíkt valdi þá þegar ógildingu þessara hluta hinnar kærðu ákvörðunar. PFS bendir m.a. á að Snerpa hafi ítrekað undir rekstri málsins kvartað yfir meintri mismunun af hálfu kæranda og því hefði kæranda að mati PFS mátt vera ljóst að hér væri um að ræða hluta ágreiningsefnis í máli þessu. Kærandi hafi fengið fjölmörg tækifæri til að tjá sig undir rekstri málsins. Úrskurðarnefndin telur að PFS hafi með hinni kærðu ákvörðun einvörðungu fjallað um atriði sem eru í eðlilegu samhengi við álitaefni málsins og sem bæði kærandi og Snerpa fengu rétt til að tjá sig um undir rekstri málsins.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 var lögð á kæranda m.a. kvöð um jafnræði á markaði 4. Í þeirri kvöð felst að öll fyrirtæki sem kaupir aðgang að heimtaug njóti sömu skilmála og gildi fyrir tengda aðila eða samstarfsaðila kæranda. Sú jafnræðiskvöð sem lögð var á kæranda er svokölluð aðfangajafnræðiskvöð (e. Equivalence of Input, EoI) en með henni er átt við að kærandi sé skuldbundinn til að bjóða sömu verð, nota sömu afgangsluferla/afgreiðslukerfi, sömu tímamörk, og birta sömu upplýsingar um þjónustuna (m.a. uppbyggingar- og útbreiðsluupplýsingar) til tengdra sem ótengdra viðskiptavina.

Úrskurðarnefnd telur í ljósi þeirrar jafnræðiskvaðar sem hvíli á kæranda að honum hafi borið að veita Snerpu upplýsingar í tengslum við VDSL væðingu Holtahverfis og staðfestir þannig niðurstöðu PFS hvað varðar 6. og 8. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

Úrskurðarnefndin áréttar að ákvörðun PFS nr. 21/2014 sætir ekki endurskoðun í þessu máli en kærandi byggir málatilbúnað sinn öðrum þræði á atriðum sem þannig komast ekki að í málinu. Kærandi telur að tilgreind ummæli PFS í sinn garð samræmist ekki góðum stjórnarsýsluháttum. Ljóst er að með neikvæðum ummælum og óbilgirni eftirlitsaðila í garð málsaðila kunna að vakna spurningar um gildi stjórnvaldsákvarðana. Úrskurðarnefndin

telur að af gögnum málsins sé ljóst að PFS geri ríkar kröfur til kæranda en að þær rúmist innan þess ramma sem leiðir af stöðu kæranda á markaði.

8.

Í 7. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar kemur fram að til að koma í veg fyrir óeðlilegt samkeppnisforskot kæranda eða tengdra aðila vegna breytinga/endurbóta á heimtauganeti félagsins og til þess að Snerpa geti leikið eftir vöruframboð kæranda með sjálfbærum hætti á tilskildum tíma, sé kæranda óheimilt að hefja veitingu VDSL þjónustu í umræddu hverfi, sem og öðrum hverfum sem háttar til með hliðstæðum hætti, fyrr en Snerpa og önnur áhugasöm fjarskiptafyrirtæki hafi fengið fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá viðeigandi nettengipunkti til þeirra notenda sem tengdir eru um götuskápana við Móholt, Lyngholt og Kjarrholt. Það sama eigi við um aðgang að notendum í götuskápum í neðra Holtahverfi þar sem svipað háttar til.

Kærandi telur að af hinni kærðu ákvörðun virðist ljóst að þessi kvöð sé órjúfanlega tengd öðrum þáttum ákvörðunarinnar en þeir fái hins vegar ekki staðist og leiði það til þess að ógilda beri þennan hluta hinnar kærðu ákvörðunar. PFS telur að hafna beri kröfum kæranda.

Með ákvörðun PFS nr. 21/2014 var m.a. lögð sú kvöð á kæranda að öll fjarskiptafyrirtæki sem kaupi aðgang að heimtaug njóti sömu skilmála og gildi fyrir tengda aðila eða samstarfsaðila kæranda. Til að tryggja eðlilega samkeppnisstöðu er að mati úrskurðarnefndar nauðsynlegt að kveða skýrt á um að jafnræði ríki milli keppinauta þegar kemur að veitingu VDSL þjónustu í umræddu hverfi. Er þessi þáttur hinnar kærðu ákvörðunar í eðlilegu samhengi við efni málsins og aðra efnisþætti ákvörðunarinnar sem úrskurðarnefndin telur að staðfesta beri.

9.

Í 11. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar kemur fram að kærandi hafi ekki sinnt leiðbeiningarskyldu sinni, né upplýsingagiöf, í tengslum við aðgangsbeiðni Snerpu. Þá hafi kærandi ekki haft samráð við Snerpu um umrædda kerfisuppbyggingu né hafi tekið hæfilegt tillit til hagsmuna félagsins.

Kærandi telur að slíkar kvaðir verði ekki leiddar af ákvörðun PFS nr. 21/2014 og að kærandi hafi veitt Snerpu upplýsingar t.d. um tengjanlegar eignir við götuskáp í Stórholti.

PFS telur að gögn málsins sýni að kærandi hafi ekki sinnt leiðbeiningarskyldu sinni gagnvart Snerpu né haft samráð um framkvæmdir í Holtahverfi sem fólu í sér þróun á nýrri heildsöluveru á svæðinu, þ.e.a.s. yfirfærslu úr ADSL í VDSL og uppsetningu nýrra tengiskila í formi nýrra götuskápa. Snerpa bendir á að kvöð um fyrirvara byggi á því að öðrum en kæranda sé gefið tækifæri og ráðrúm til að gera ráðstafanir til að samnýta lagnaleiðir við þær jarðvegsframkvæmdir sem í er lagt en Snerpa hafi ekki fengið tækifæri til þess.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 var lögð kvöð um jafnræði á kæranda. Jafnræðiskvöðin skal vera komin til framkvæmda eigi síðar en 3 mánuðum eftir að ákvörðunin hafði tekið gildi. Jafnræðiskvöðinni er ætlað að koma í veg fyrir mismunun milli tengdra og ótengdra aðila varðandi nýjungar á markaði. Ljóst er að kærandi var að vinna að yfirfærslu úr ADSL í VDSL í Holtahverfi þegar aðgangsbeiðni Snerpu barst en hún bar með sér að Snerpa væri að vinna að því sama. Hefði því verið full ástæða fyrir kæranda á grundvelli jafnræðiskvaðar að upplýsa Snerpu um það og gefa fyrirtækinu tækifæri til að hafa áhrif á þá framkvæmd og þróun. Þannig telur úrskurðarnefndin að kæranda hafi mátt vera ljósar skyldur sínar að þessu leyti og því beri að staðfesta þennan þátt hinnar kærðu ákvörðunar.

10.

Kærandi óskaði eftir því að málið yrði flutt munnlega. PFS taldi að málið væri nægilega vel upplýst til að úrskurðarnefnd gæti tekið málið til úrskurðar.

Í 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun er fjallað um úrskurðarnefnd og er vísað til reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Í 9. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um málsmeðferð fyrir úrskurðarnefnd en þar kemur m.a. fram að meginreglan sé skriflegur málflutningur. Um munnlegan málflutning er fjallað í 10. gr. Þar kemur fram að formaður nefndarinnar ákveði hvort að munnlegur málflutningur fari fram í máli. Munnlegur málflutningur komi einkum til álita ef mál sé flókið, það hafi að geyma vandasöm úrlausnarefni, sé sérstaklega þýðingarmikið eða varði ágreining um grundvallaratriði í fjarskiptarétti.

Úrskurðarnefnd telur mál þetta ekki uppfylla framangreind skilyrði um frávík frá meginreglunni um skriflegan málflutning, ekki síst þar sem ekki er ágreiningur um uppbyggingu kerfisins eða hvernig sendingu og geymslu skeyta hafi verið háttáð. Kröfu kæranda þar að lútandi er því hafnað.

11.

Með vísan til umfjöllunar hér að framan er það niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að staðfesta ákvörðun PFS nr. 34/2014 í heild sinni.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2008 um Póst- og fjarskiptastofnun.

V. Úrskurðarorð
Hin kærða ákvörðun PFS nr. 34/2014 er staðfest.

Kærandi greiðir málskostnað að fjárhæð 1.903.312 kr. að frádregnu málskotsgjaldi 150.000 kr.

Reykjavík, 3. desember 2015

Þórður Bogason form.

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring