

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 2/2015

Kæra Snerpu á ákvörðun PFS nr. 34/2014

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 7. janúar 2015, hefur Snerpa 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 m.a. kveðið á um að í bæðni kæranda um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt um götuskáp við Móholt annars vegar og bæðni kæranda 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). Míla skyldi þó veita kæranda 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 Míla þess að fá aðilastöðu í málinu og varð úrskurðarnefnd við því með úrskurði dags. 21. apríl 2015.

Af hálfu kæranda er þess krafist að sá hluti ákvörðunarorða hinar kærðu ákvörðunar um að bæðni um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Lyngholt og þaðan yfir í götuskáp við Kjarrholt teldist ekki vera sanngjörn og eðlileg, verði felld úr gildi en til vara er þess krafist að þessum hluta ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði vísað til PFS til endurskoðunar.

Míla og PFS krefjast þess að hin kærðu ákvörðunarorð séu staðfest.

II. Helstu málsatvik

Kærandi 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 kæranda að götuskáp við Stórholt hafi jafnframt falið í sér bæðni

um aðgang að milliskápalínnum úr umræddum skáp í fjóra aðra götuskápa í hverfinu, þ.e. við Sunnuholt (SK4497), Móholt (SK4475), Lyngholt (SK4487) og Kjarrholt (SK4493). Bæði kærandi og Míla hafa uppi áform um að VDSL væða umræddan hverfishluta og hefur Míla nú þegar gert það varðandi þær heimtaugar sem tengjast Stórholtsskápnnum. Míla hafi ennfremur 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 Míla njóti forgangsréttar til VDSL væðingar í hverfinu. PFS taldi einnig að í beiðni kæranda 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 kæranda um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnnum í Sunnuholtsskápinum taldi PFS vera sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni í skilningi 28. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 („fjarskiptalaga“). Beiðni kæranda um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnnum um Sunnuholtsskápinum yfir í Móholtsskápinum taldi PFS ekki vera sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Míla skyldi þó veita kæranda fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá símsstöðinni í KUBB húskassa þeirra notenda sem fæddir eru úr umræddum götuskáp við Móholt. Beiðni kæranda um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnnum í Lyngholtsskápinum og þaðan yfir í Kjarrholtsskápinum taldi PFS ekki vera sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni. Míla skyldi þó veita kæranda fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá símsstöðinni í KUBB í húskassa þeirra notenda sem fæddir eru úr umræddum götuskápum við Lyngholt og Kjarrholt.

III. Helstu sjónarmið aðila máls og PFS

1.

Kærandi fellst að flestu leyti á rökstuðning PFS í hinni kærðu ákvörðun en telur að hluti rökstuðnings sé byggður á forsendum sem ekki sé hægt að jafna til þess að hafna aðgangi kæranda að heimtaugum í tveimur götuskápum.

PFS þurfi að mati kæranda að tryggja niðurstöðu í ágreiningsmálinu sem grundvallist á því að styrkur VDSL merkis og tíðnidreifing (e. PSD-Power Spectral Density) þar sem fleiri en einn aðili reki VDSL þjónustu þurfi að vera jafn og eins mótaður til að forðast milliheyrslu. Ef bæði kærandi og Míla veiti VDSL þjónustu í viðkomandi skápum, yrði Míla að beita sk. PBO-aðferð (e. Power Back Off) til að endurmóta styrk og tíðnidreifingu (PSD) merkis í viðkomandi skápum þar sem fjarlægð frá búnaði kæranda í skápana (419 metrar séu frá búnaði kæranda til Lyngholtsskápsins) sé 309 metrum meiri en fjarlægð frá búnaði Mílu. PBO- aðferðin sé einmitt ætluð til að hindra óæskilega milliheyrslu af völdum mislangra lína í sama línubúnti og sé hugsuð til að leysa nákvæmlega það vandamál sem sé til umfjöllunar. Kærandi vill ítreka að PBO-aðferðin jafngildi ekki því að lengja línu um tiltekinn metrafjölda heldur að endurskapa tíðnidreifingu merkisins þannig að það sé með sama formi og það hefði farið viðmiðunarvegalengdina. PFS hafi ekki tekið tillit til þessara atriða í hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi telur að aðgangur skv. VULA kvöð sem feli í sér að hann er í sömu aðstöðu eins og hann væri með eigin búnað, sé við fyrstu sýn rökréttur þegar litið sé til hagsmuna íbúa. Kærandi telur hins vegar að það að velja VULA aðgang þarna, þar sem hann hafi sett upp VDSL þjónustu á undan Mílu, geri Mílu kleift að vísa til hinnar kærðu ákvörðunar sem fordæmis þegar Míla setji upp búnað á aðgangsneti sínu þar sem aðrir aðilar eru þegar með uppsettan búnað. Míla geti einfaldlega vísað til þess að VULA aðgangur verði í boði og viðkomandi skuli því taka niður sinn búnað og vísa notendum sínum inn á búnað Mílu. Að mati kæranda leiði þetta til mikillar óvissu fyrir keppinauta Mílu. Búnaður sem notaður sé til að veita þjónustuna sé mjög sérhæfður og sé hann tekinn niður sé óvíst miðað við hina kærðu ákvörðun að hann nýtist annars staðar.

Míla hafi nú þegar hafnað aðgangi kæranda að heimtaugum í öðrum hverfum með vísan til hinnar kærðu ákvörðunar. Kærandi hafi pantað heimtaug að Seljalandsvegi 36 Ísafirði en þeirri beiðni hafi verið hafnað af Mílu þar sem Míla hefði sett upp búnað í götunni sem væri nær notanda en búnaður kæranda. Þar með væri aðgangsbeiðni kæranda ósanngjörn. Kærandi gæti þó fengið heimtaugina afhenta gegn skuldbindingu um að flytja línuna yfir á búnað Mílu þegar hann yrði gangsettur. Þetta sé að mati kæranda alveg óviðunandi. Hann hafi verið með búnað í rekstri þarna og síðan komi Míla og taki hann yfir á sinn búnað.

Kærandi telur einnig mikilvægt að geta nýtt að fullu þær fjárfestingar sem hann hafi lagt í til að bjóða VDSL þjónustu á undan Mílu. Annað sé verulega íþyngjandi fyrir kæranda. Kærandi geti hins vegar fallist á VULA kvöð í þeim tilfellum þar sem Míla setji upp búnað til VDSL þjónustu á undan öðrum.

Fallist úrskurðarnefnd á það með PFS að ósanngjarnt væri að fara fram á að Míla beiti PBO- aðferð mætti spyrja af hverju ekki sé gagnkvæmni með aðilum, þ.e. að kærandi þurfi að endurmóta merki þegar búnaður hans sé nær notendum en búnaður Mílu, en Míla þurfi þess hins vegar ekki. Rétt sé að benda á að búnaður Mílu styður PBO-aðferðina sem sé einmitt ætluð til að leysa þau vandamál sem verið sé að fjalla um.

Kærandi hafi kært þennan hluta ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar því að nauðsynlegt sé að hans mati að tryggja áfram núverandi beinan aðgang þjónustuveitanda að aðgangsneti Mílu. Lausn PFS, sem miði að því að hámarka stöðu notenda í tveimur litlum götum, hafi áhrif á mun stærri hóp notenda til hins verra. Það sé algerlega óásættanlegt ef Míla geti vísað til þessa hluta hinnar kærðu ákvörðunar sem fordæmis.

Kærandi krefst þess að tilgreind ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar verði felld úr gildi. Jafnframt krefst hann þess að úrskurðað verði að beiðni kæranda hafi verið sanngjörn og eðlileg aðgangsbeiðni á þeim tíma sem hún hafi borist, þ.e. 29. ágúst 2014 enda hafi Míla þá ekki tilkynnt um sín uppbyggingaráform. Ekki sé hægt að mati kæranda að fallast á að ef Míla hafi tilkynnt um uppbyggingaráform þar sem aðrir aðilar séu fyrir á

markaði að slíkt jafngildi því að hægt sé framvegis að hafna aðgangi að heimtaugum á viðkomandi þjónustusvæði, en bjóða VULA aðgang í staðinn. Kvöð um VULA aðgang stofnist að mati kæranda eingöngu óski áhugasamur aðili á markaði eftir að veita þjónustu þar sem Míla sé með búnað fyrir. Því beri að veita kæranda aðgang að heimtaugum í skápum við Lyngholt og Kjarrholt.

2.

Í greinagerð PFS dags. 24. febrúar 2015 er þess krafist að kröfum kæranda sé hafnað og hin kærða ákvörðun staðfest.

PFS bendir á að hin kærða ákvörðun hafi lotið að því að leysa úr ágreiningi milli aðila á svæði þar sem enginn VDSL aðili hafi verið fyrir með slíka þjónustu en báðir aðilar hafi haft í hyggju að VDSL væða samtímis. PFS taldi að lausn kæranda teldist ekki eðlileg og sanngjörn aðgangsbeiðni eins og á hafi staðið. Þar hafi vegið þyngst þær skerðingar á þjónustu við íbúa þessa svæðis sem af slíkri lausn myndi stafa, samanborið við þá lausn sem PFS hafi kveðið á um, þ.e.a.s. sýndaraðgang (VULA) kæranda að umræddum heimtaugum. PFS telur að niðurstaða þessa hluta málsins myndu því ekki vera fordæmisgefandi í þeim bæjarhlutum þar sem kærandi hefur boðið upp á VDSL tengingar á undan Mílu.

PFS er sammála kæranda um að ekki sé ágreiningur um að báðir aðilar þurfi að dreifa styrk merkja sinna þannig að milliheyrsluvandamál séu lágörkuð. PFS er einnig sammála kæranda um að PFS hafi þurft að gæta þess að niðurstaðan kæmi notendum þjónustunnar sem best til lengri tíma litið. PFS telur sig hafa gert það með þeirri niðurstöðu sem stofnunin hafi komist að, þ.e.a.s. að kveða á um VULA lausn á þessu svæði í stað þess að kveða á um lausn sem hefði leitt til skertrar þjónustu notenda á svæðinu til frambúðar.

PFS er sammála því að Míla hefði þurft að beita umræddri PBO-aðferð til að endurmóta styrk og tíðnidreifingu VDSL merkis félagsins m.t.t. fjarlægðar VDSL búnaðar kæranda í Stórholti hefði PFS komist að þeirri niðurstöðu að umrædd aðgangsbeiðni hefði verið sanngjörn og eðlileg. PFS hafi hins vegar talið að svo væri ekki þar sem þjónustuskerðing íbúa við Lyngholt og Kjarrholti hafi verið óásættanleg. Því hafi PFS kveðið á um að Mílu bæri að veita kæranda sýndaraðgang (VULA) að umræddum heimtaugum.

PFS telur það engum vafa undiropið að þjónusta Mílu hefði orðið lakari en ella ef fallist hefði verið á umrædda aðgangsbeiðni kæranda, með tilheyrandi deyfingu/endurmótun á styrk VDSL merkis Mílu. Á endanum væru það að mati PFS neytendur sem myndu gjalda þess í formi lakari þjónustu. Hefði PFS fallist á að umrædd aðgangsbeiðni væri sanngjörn og eðlileg hefði það komið í veg fyrir að notendur við umræddar götur gætu notið öflugri tenginga. VULA aðgangur myndi hins vegar gera það að verkum að bæði fyrirtæki gætu annað eftirspurn notenda eftir öflugri tengingum í framtíðinni.

PFS telur rétt hjá kæranda að stjórnustrengir henti mun verr en parastrengir til að vernda gæði VDSL merkis. Það sé hins vegar ekki rétt að sá strengur sem aðgangsbæði kæranda hafi snúist um sé hreinn parastrengur. Hið rétta sé að um sé að ræða blandaðan streng sem sé parastrengur að hluta og stjórnustrengur að hluta. Hins vegar sé rétt að hin rúmlega 100 metra vegalengd sem sé á milli VDSL búnaðar Mílu og götuskápsins að Lyngholti sé að fullu stjórnustrengur. Það þýði að dreifing á merki Mílu til samræmis við hina rúmlega 400 metra vegalengd sem sé á milli VDSL búnaðar kæranda og Lyngholtsskápsins myndi þýða enn meira tap á gæðum tenginga Mílu en ef um parastreng væri að ræða í tilviki Mílu. Því sé minna svigrúm en ella til að deyfa VDSL merki Mílu á umræddu svæði.

Hvað varðar fullyrðingu kæranda um að lesa hafi mátt úr röksemdafærslu PFS að ef Míla hefði átt að beita PBO-aðferðinni þá myndi slíkt hafa í för með sér skert gæði VDSL merkis Mílu í skápunum við Lyngholt eins og það hefði þegar ferðast um 419 metra leið þó raunveruleg línuleið væri aðeins 110 metrar, þá telur PFS að um nýtt sjónarmið af hálfu kæranda sé að ræða. Það hafi ekki komið fram við rekstur málsins hjá PFS enda þótt kærandi hafi haft fjölmörg tækifæri til að koma þessu sjónarmiði að. PFS telur þó að þetta sjónarmið hefði ekki breytt niðurstöðu málsins. Þó fullyrðing kæranda reyndist rétt sé að mati PFS ljóst að umrædd vegalengd sé of mikil til að umrædd aðgangsbæði teldist sanngjörn og eðlileg. Telji úrskurðarnefnd að þetta sjónarmið, ef rétt reynist, geta skipt máli fyrir úrlausn málsins skorar PFS á nefndina að afla álits óháðs sérfræðings á þessu atriði. PFS telur sem fyrr að VULA aðgangur sé besta lausnin við þær aðstæður sem ríki á umræddu svæði.

PFS áréttar að hinn kærði hluti ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar hafi tekið til tiltekinna aðstæðna þar sem bæði fyrirtækin hafi haft í hyggju að VDSL væða samtímis sama svæðið sem ekki hafi notið slíkrar þjónustu fyrr. PFS hafi talið sérstaklega í ljósi mikillar fjarlægðar VDSL búnaðar kæranda frá umræddum götuskápum og þeirrar miklu deyfingar á VDSL merki Mílu sem af slíkum aðgangi hefði leitt, að VULA aðgangur væri eðlilegasta niðurstaðan við þær aðstæður. Sú niðurstaða ætti einnig við svæði þar sem Míla kæmi fyrst inn á með VDSL þjónustu. Hins vegar taki niðurstaða PFS ekki til aðstæðna þar sem annað fyrirtæki en Míla sé fyrir með VDSL þjónustu og Míla hyggist ennfremur VDSL væða.

PFS teldi eðlilegast að kærandi beindi sérstakri kvörtun til PFS varðandi mögulegan ágreining í efra hverfinu til úrlausnar PFS í stað þess að kæra umræddan þátt hinnar kærðu ákvörðunar. PFS hafi sýnt fram á að kæran byggist á oftúlkun kæranda á fordæmisgildi hinnar kærðu ákvörðunar.

Hvað varðar varakröfu kæranda þá telur PFS að kæran beinist fyrst og fremst að aðstæðum sem ríki á öðrum og ósambærilegum stað en þeim sem hin kærða ákvörðun fjalli um. Eina efnislega atriðið sem að mati PFS varði beint hina kærðu ákvörðun sé það að endurmótun/deyfing á merki Mílu þurfi ekki að vera eins mikil og fjarlægð VDSL

búnaðar kæranda frá götuskápum við Lyngholt og Kjarrholt gefi til kynna. Eins og fyrr segi þá hafi kærandi ekki haldið þessu sjónarmiði fram undir rekstri málsins hjá PFS og því hafi ekkert tilefni verið fyrir PFS að kanna þetta atriði nánar. PFS ítrekar þó að í ljósi þessarar miklu fjarlægðar telur stofnunin nánast útilokað að þetta hefði getað skipt máli við úrlausn málsins.

PFS telur í ljósi ofangreinds að hafna beri kröfu kæranda um að úrskurðarnefnd ógildi hina kærðu ákvörðun að hluta til eða að málinu verði vísað aftur til PFS til endurskoðunar. Kæran varði fyrst og fremst sjónarmið sem eigi við um aðstæður í öðru hverfi en hin kærða ákvörðun hafi tekið til. Kærandi dragi því að mati PFS of víðtækar ályktanir af fordæmisgildi hinnar kærðu ákvörðunar.

3.

Greinagerð PFS var send kæranda til athugasemda og bárust þær þann 4. mars 2015. Þar kemur m.a. fram að kærandi telur að kjarni málflutnings síns sé um hvort beiðni hans um aðgang að heimtaugum í Lyngholti og Kjarrholti hafi verið sanngjörn og eðlileg á þeim tíma sem hún hafi verið sett fram.

Kærandi telur að afstaða PFS sé byggð á atvikum sem komið hafi fram eftir að kærandi hafi lagt fram aðgangsbeiðni til Mílu þann 29. ágúst 2014. Bent sé á að PFS beri að leggja mat á beiðnina miðað við þær aðstæður sem upp hafi verið þegar beiðnin hafi komið fram.

Kærandi bendir á að fyrirætlanir Mílu verði honum fyrst ljósar eftir að kærandi hafi óskað eftir aðganginum. Kærandi hafi gert starfsmönnum Símans og Mílu grein fyrir fyrirætlunum sínum með löngum fyrirvara, fyrst í mars árið 2013 og sé það staðfest í hinum kærða úrskurði. Míla hafi ekki kynnt fyrirætlanir sínar í hverfinu fyrr en hinn 3. september 2014, þ.e.a.s. eftir að kærandi hafi óskað eftir aðgangi að heimtaugum í hverfinu.

PFS byggi hins vegar mat sitt á því að Míla hafi á sama tíma og kærandi tilkynnt um VDSL uppbyggingu í hverfinu. Mat PFS sé byggt á forsendum sem ekki séu fyrir hendi, þ.e.a.s. beiðni kæranda um aðgang hafi komið fram áður en Míla hafi tilkynnt um uppbyggingu.

Kærandi bendir á að Míla skuli tilkynna um breytingar á heimtaugakerfi, sem feli í sér breytingar á línuleiðum, með a.m.k. 6 mánaða fyrirvara, þannig að framkvæmdir Mílu hefðu í fyrsta lagi getað farið fram eftir 3. mars 2015. Þrátt fyrir þetta hafi Míla hafið framkvæmdir í september 2014 og án þess að hafa gefið kæranda kost á að koma jafnframt fyrir eigin búnaði eða samnýta lagnaleiðir. Mílu hafi óvæglega verið ljóst að kærandi hugðist VDSL væða hverfið enda hafi hann kynnt Mílu það áður.

PFS hafi því ekki getað miðað við að þjónusta Mílu yrði tiltæk fyrir íbúa í viðkomandi hverfi fyrr en í fyrsta lagi rúmum 6 mánuðum eftir að Míla hafi tilkynnt um fyrirætlanir sínar, jafnvel 12 mánuðum. Kærandi hafi hins vegar óskað eftir tengingu hinn 29. ágúst

2014 eftir að búnaður hans hafi verið settur upp og hafi verið tilbúin til notkunar. Tenging kæranda við aðgangsnetið hafi ekki byggt á því að farið yrði út í breytingar á því, eins og áætlanir Mílu hafi gert ráð fyrir. Þar með sé að mati kæranda ekki tækt að taka mið af því að hann og Míla séu að bjóða íbúum VDSL þjónustu á sama tíma. Á þeim tímapunkti sem Míla hafi tilkynnt um VDSL væðingu hverfisins séu engar verklegar framkvæmdir hafnar á vegum Mílu. Kærandi hafi hins vegar lokið við uppsetningu á búnaði sínum og lagt streng að götuskáp Mílu sem sé tilbúin til tengingar við aðgangsnét Mílu.

PFS hafi því borið að byggja hina kærðu ákvörðun á því að á þeim tímapunkti sem beiðni kæranda um aðgang að heimtaugum hafi borist, sé kærandi eini aðilinn sem sé tilbúin að bjóða þjónustuna. Á þeim tímapunkti hafi aðgangsbeiðnin verið sanngjörn og eðlileg.

Kærandi getur fallist á að endurmótað/deyft merki þýði ekki að heimtaug væri lengd um sama metrafjölda og endurmótun/deyfing miði við svo og að þetta tiltekna atriði skipti ekki úrslitum í málinu. Einungis hafi verið bent á þau úrræði sem hægt sé að beita til að minnka milliheyrslu þurfi ekki að jafngilda þjónustuskerðingu. Einnig hafi kærandi tekið tillit til þess að betra væri að sleppa PBO-aðferð ef að það sé valkostur.

Kærandi hafi ekki haldið því fram að hann væri með VDSL þjónustu fyrir á umræddu svæði heldur að hann hafi sett upp VDSL þjónustu á undan Mílu. Búnaður kæranda hafi verið uppsettur og tilbúin til rekstrar þegar Míla hafi hafnað aðgangi að aðgangsneti sínu. Míla hafi hvorki tilkynnt um né hafið uppsetningu VDSL búnaðar. Kærandi mótmælir því að aðilar hafi samtímis haft í hyggju að VDSL væða tiltekið svæði.

Hvað varðar fordæmisgildi hins kærða úrskurðar þá er að mati kæranda alveg ljóst að Míla álíti að ákvörðunin gefi fordæmi um hvort aðgangsbeiðni sé ósanngjörn. Hafi Míla tilkynnt um uppbyggingu og að hann hafi þannig de facto þau áhrif að forgangsréttur Mílu myndist og viðhaldist um ótiltekinn tíma um leið og Míla hafi tilkynnt um uppbyggingaráform.

Kærandi muni senda PFS kvörtun er varðar efri bæinn á Ísafirði enda sé ljóst að Míla sé ekki tilbúin að veita VULA aðgang að búnaði sínum þar sem slíkum búnaði hefur þegar verið komið upp

4.

Með úrskurði úrskurðarnefndar hinn 21. apríl 2015 var Mílu veitt aðild að máli þessu og óskað eftir athugasemdum félagsins. Í athugasemdum Mílu dags. 29. apríl 2015, kemur m.a. fram að þess sé krafist að kröfum kæranda sé hafnað. Míla bendir einnig á að félagið hafi einnig kært ákveðna þætti í hinni kærðu ákvörðun.

Míla gerir ekki efniságreining um niðurstöðu 5. mgr. ákvörðunarorðanna svo langt sem hún nær. 5. mgr. sé að miklu leyti samofin öðrum þáttum hinnar kærðu ákvörðunar og eðlilegast að leyst sé úr kæru Mílu og kæru kæranda samtímis.

Málatilbúnaður kæranda virðist að mati Mílu fyrst og fremst hverfast um þá röksemd að kærandi hafi verið á undan Mílu að koma upp búnaði til að bjóða VDSL þjónustu í þeim hverfishlutum sem um ræði. Það leiði síðan til þess að aðgangsbæðni kæranda, dags. 29. ágúst 2014, teljist sanngjörn og eðlileg í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga.

Af þessu tilefni áréttar Míla að á því tímamarki er kærandi lagði fram umþrætta aðgangsbæðni hafi Míla unnið að VDSL væðingu umræddra hverfishluta um nokkra hríð. Hafi Míla tekið ákvörðun um að ráðast í það verkefni á árinu 2013 og hafið varið miklum tíma og fjármunum til þess. Útbreiðsluáætlun hafi verið birt á heimasíðu fyrirtækisins 3. september 2014. Í greinagerð PFS hafi komið fram að bæði kærandi og Míla hyggðust VDSL væða samtímis sama svæði sem ekki hefði notið slíkrar þjónustu fyrr. Þá telur Míla að kærandi hafi ekki unnið sér forgangsrétt í samræmi við ákvörðun PFS nr. 21/2014, sbr. 2. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar. Því sé málatilbúnaður kæranda hvað þetta verðar haldlaus.

Míla telur að jafnvel þó að kærandi hefði verið á undan Mílu að koma upp búnaði til að bjóða VDSL þjónustu í þeim hverfishlutum sem um ræði, geti slíkt í engu hnigið að annarri niðurstöðu og fyrir annarri og gagnstæðri ályktun sé engin stoð í 28. gr. fjarskiptalaga. Kærandi eigi ekki forgangsrétt til VDSL væðingar og Míla eigi lögvarinn rétt til að nýta sér sitt eigið fjarskiptanet í því skyni. Kærandi, að því gættu að Míla hafi ekki þegar áunnið sér forgangsrétt geti hins vegar óskað eftir aðgangi að fjarskiptaneti Mílu í því skyni að veita VDSL þjónustu og að því gættu að slík bæðni sé sanngjörn og eðlileg. Þá forsendu brestir hér að mati Mílu. Bæðni kæranda feli í sér tengingu á móti umferð sem ekki sé unnt að fallast á vegna milliheyrsluvandamála og væri hún tekin til greina væri forræði Mílu yfir koparlínukerfi félagsins skert auk þess sem tengingar yrðu mun verri en ella. Kæranda hafi ekki tekist að hrekja þá ályktun PFS að bæðnin með tilheyrandi deyfingu merkja sem virki til verulegrar lengingar vegalengda og það umfram eðlilegar hönnunarforsendur, teljist ekki sanngjörn og eðlileg aðgangsbæðni.

Míla telur að kærandi hafi ekki sýnt fram á að sýndaraðgangur (VULA) sbr. 5. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé ekki fullnægjandi lausn fyrir hann og viðskiptamenn hans eða sé á einhvern hátt síðri valkostur. Þvert á móti taki kærandi fram í stjórnslukæru að fyrirtækið geti fallist á að VULA kvöð í þeim tilfellum þar sem Míla hafi sett upp búnað til VDSL þjónustu á undan öðrum.

Hvað varðar nýjar málsástæður og sjónarmið kæranda þá telur Míla þau engu breyta um niðurstöðuna eins og hún standi. Gildi það m.a. um það sjónarmið sem fyrst hafi komi fram í kæru kæranda, að PBO-aðferðin jafngildi ekki því að lengja línu um tiltekin metrafjölda heldur að endurskapa tíðnidreifingu merkisins þannig að það sé með sama formi og það hefði farið viðmiðunarvegalengdina. Míla fellst ekki á þessar skýringar kæranda.

PBO tækni hafi upphaflega verið hönnuð til að takmarka afl XDSL tenginga í götuskápum til þess að trufla ekki ADSL2+ tengingar sem komi frá sírstöð. Hafi þá afl VDSL2 lína í götuskápum verið takmarkað á tíðnisviðinu upp að 2.2MHz en fullt afl hafi verið notað á tíðnibilinu 2.2-17MHz. Kærandi geri aftur á móti kröfu um deyfingu á öllu tíðnibili VDSL2 merkisins sem að mati Mílu valdi verulegri rýrnun á gæðum merkis.

Telji úrskurðarnefnd aðkeypta sérfræðiþjónustu nauðsynlega gerir Míla þá kröfu að allur kostnaður við slíka þjónustu verði felldur á kæranda.

5.

Umsögn Mílu var send kæranda til athugasemda og barst hún hinn 8. maí 2015. Þar kemur m.a. fram að kærán snúi fyrst og fremst að því að PFS beri að ákvarða í málinu miðað við þær aðstæður sem uppi voru þegar beiðni kæranda hafi komið fram.

Kærandi áréttar að Míla hafi aldrei uppfyllt skyldur sínar um að eiga samráð við og upplýsa kæranda um áform sín fyrr en eftir að kærandi hafi óskað eftir aðgangi og þá einungis að litlum hluta. Þá hafi Míla tilkynnt PFS um framkvæmdir sínar á ófullnægjandi hátt og hafi það verið staðfest af PFS. Míla þurfi að bera hallan af afleiðingum þessa. Kærandi hafi sótt um aðgang í góðri trú og sú staðreynd að Míla hafi ekki upplýst kæranda um áform sín geti ekki orðið til þess að skerða rétt kæranda. Kærandi hafi kynnt eigin áform snemma árs 2013 fyrir Símanum sem þá hafi rekið xDSL-kerfi Mílu. Míla geti að mati kæranda ekki hafa tekið ákvörðun um að ráðast í það verkefni á árinu 2013 fyrr en í fyrsta lagi eftir 1. september 2013 þegar Míla hafi tekið við rekstri kerfisins. Kærandi telur ljóst að Míla hafi ekki hafið hönnun fyrr en töluvert eftir að kærandi hafði kynnt fyrirætlanir sínar fyrir Símanum snemma árs 2013 né hafi hafið framkvæmdir fyrr en eftir að kærandi hafi lokið við uppsetningu á sínu kerfi.

Kærandi telur óumdeilt að aðgangsbeiðni hafi borist Mílu hinn 29. ágúst 2014. Á þeim tímapunkti hafi kæranda verið ókunnugt um meint áform Mílu og Míla hafði látið hjá líða að eiga um þau samráð við kæranda eins og honum hafi verið skylt. Þurfi Míla að bera allan halla af því.

Fullyrðingar Mílu um að kærandi sé að tefla fram nýjum málsástæðum eigi sér enga stoð og mótmælir kærandi þeim. Kærandi telur slíkt aukaatriði ekki skipta máli, fallist úrskurðarnefnd á að á þeim tímapunkti sem aðgangsbeiðnin hafi borist hafi hún verið sanngjörn og eðlileg.

Kærandi vill einnig benda á að áður en VDSL væðing hafi hafist í efri- og neðri hlutum Holtahverfis hafi verið í boði VDSL þjónusta í nær öllum neðri hluta hverfisins og litlum hluta í efri hluta hverfisins frá báðum aðilum. Sú þjónusta hafi verið veitt utan 400 metra viðmiðunarmarkna sem Míla telur sig þurfa að miða við og þess vegna með síðri gæðum en ella. Eftir að ákvörðun PFS nr. 34/2014 hafi verið birt hafi Míla gangsett búnað sinn í neðri hluta hverfisins (frá götuskáp í Hafraholti) þá hafi þeir viðskiptavinir Mílu í neðri hluta

hverfisins sem áður höfðu verið þjónustaðir frá símstöðinni í KUBB aftengdir þar og tengingarnar flutta í götuskápinn í Hafraholti. Við það hafi styrkur og gæði VDSL merkja Mílu aukist í neðri hluta hverfisins á kostnað þjónustu kæranda sem hafi orðið fyrir mikilli skerðingu. Míla hafði ekki orðið við beiðni kæranda um að aftengja búnaðinn sem ylli truflunum á starfsemi kæranda í samræmi við viðmiðunartilboð Mílu. Kærandi hafi þá farið fram á að Míla beitti PBO á þessar línur til að minnka truflandi áhrif á viðskiptavinum kæranda og hafi Míla orðið við því að hluta en beitti ekki PBO að fullu fyrr en eftir að kærandi hafði sýnt fram á að meðan búnaður Mílu hafi verið rafmagnslaus, en búnaður kæranda í gangi á meðan á rafmagnsleysi hafi staðið, að samband viðskiptavina kæranda hafði batnað verulega og búnaður Mílu því valdur að truflunum.

Kærandi telur að engin ástæða sé til að leita álits sérfróðs aðila um hvort skipti úrslitum hvort hægt hefði verið að heimila báðum aðilum rekstur með því að beita aðferðum til að tryggja lágmarks milliheyrslu á línum. Slíkt hefði einungis komið til álita ef Míla sýndi fram á truflanir frá rekstri kerfis kæranda. Það hafi Míla ekki gert.

6.

Viðbótarathugasemdir komu frá kæranda hinn 27. ágúst 2015 og er tilefni þeirra nýleg tenging sem Míla hafði gert eftir að kærandi hafði pantað tengingu í Lyngholt 7. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun hafði kæranda ekki verið heimilt að tengjast frá SK4514 til SK4487 um milliskápalínu, en þá ákvörðun hafi kærandi kært.

Einnig kemur m.a. fram að Míla hafi tengt línu í Lyngholt 7 um línuleið sem Míla hafi haldið fram að ekki væri hægt að leyfa og því ósanngjarnt af kæranda að fara fram á tengingu um þessa línuleið sbr. niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar. Hafi Míla valið bannaða línuleið undir þessa tengingu um SK4514 og þaðan í SK4487, leið sem Míla hafi áður verið búin að fullyrða að myndi valda óásættanlegum truflunum. Kærandi telur ljóst að eftir bilanatilkygningu hans sé útilokað að Míla geti haldið því fram að um mistök í upptengingu hafi verið að ræða þar sem í bilanagreiningu felist m.a. mat á því hvort önnur línuleið sé heppilegri og augljóst að línumaður hafi metið það svo að styttri leiðin væri ekki nothæf.

7.

Viðbótarathugasemdir kæranda voru sendar til Mílu. Athugasemdir Mílu vegna viðbótarathugasemda kæranda eru dagsettar hinn 4. september 2015. Þar kemur m.a. fram að fullyrðingum kæranda um tengingar í Lyngholti 7 séu byggðar á röngum upplýsingum og telur Míla að umrædd atriði hafi þýðingu fyrir úrlausn kæruefnisins. Eftir athugun á staðnum geti Míla staðfest að umrædd lína liggi beint á milli götuskáps SK4487 og húskassa HK41112. Sé lega línunnar því í réttu horfi og í samræmi við málatilbúnað Mílu í kærumáli þessu fyrir úrskurðarnefnd. Sú skráning línuleiðarinnar á þjónustuvef Mílu, sem kærandi byggir á, sé því ekki rétt og í ósamræmi við raunverulega legu tengingarinnar samkvæmt framansögðu. Biðst Míla velvirðingar á því misræmi.

IV. Niðurstöður

Í máli þessu er deilt um hvort beiðni kæranda um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Lyngholt og þaðan yfir í götuskáp við Kjarrholt hafi verið sanngjörn og eðlileg aðgangsbéiðni í samræmi við 28. gr. fjarskiptalaga. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun skyldi Míla veita kæranda fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) þar sem beiðnin var ekki talin sanngjörn og eðlileg.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru í 11 málsgreinum. Kærandi krefst þess að seinni málsliður 5. málsgreinar verði felldur úr gildi en til vara að úrskurðarnefnd vísi hinum umþrætta málslið til PFS til endurskoðunar. PFS og Míla krefjast þess að hin kærðu ákvörðunarorð verði staðfest.

Úrskurður úrskurðarnefndarinnar nr. 1/2015 varðar einnig hina kærðu ákvörðun. Kærandi í því máli er Míla sem gerði kröfu um að ákvörðunin yrðu felld úr gildi. Kæranda þessa máls, Snerpu, var veitt aðilastaða í því máli, með úrskurði úrskurðarnefndarinnar dags. 21. apríl 2015. Í því máli kröfðust PFS og kærandi í þessu máli, Snerpa, að hin kærða ákvörðun yrði staðfest. Með úrskurði nr. 1/2015, staðfesti úrskurðarnefndin hina kærðu ákvörðun PFS nr. 34/2014. Þess ber að geta að sá hluti ákvörðunarorða ákvörðunar PFS nr. 34/2014, sem kærður er í þessu máli, nánar tiltekið 5. mgr. ákvörðunarorða, var ekki kærður sérstaklega í máli nr. 1/2015, heldur féllst kærandi þess máls, á niðurstöðu PFS hvað 5. mgr. ákvörðunarorðanna varðaði. Hvað sem því líður er ljóst að tengsl kæruefna í málum nr. 1/2015 og nr. 2/2015, er varða sömu ákvörðun PFS, er þess eðlis að leyst er úr þeim á sama tíma og þannig að gætt sé samræmis í niðurstöðum málanna.

1.

Seinni málsliður 5. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar kveður á um að beiðni kæranda um milliskápatengingu úr götuskáp við Stórholt í götuskáp við Lyngholt og þaðan yfir í götuskáp við Kjarrholt teljist ekki vera sanngjörn og eðlileg aðgangsbéiðni í skilningi 28. gr. fjarskiptalaga. Míla skal þó veita kæranda fullnægjandi sýndaraðgang (VULA) frá viðeigandi nettengipunkti til þeirra notenda sem fæddir eru úr umræddum götuskápum við Lyngholt og Kjarrholt.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að beiðni kæranda um milliskápatengingu úr Stórholtsskápnum í Lyngholtsskápinn og þaðan í Kjarrholtsskápinn, með tilheyrandi deyfingu merkja sem virki til verulegrar lengingar vegalengda og það umfram eðlilegar hönnunarforsendur, teljist ekki vera sanngjörn og eðlileg aðgangsbéiðni. Slík tilhögun myndi skerða gagnaflutningsgæði þeirra íbúa sem tengdust úr götuskápnum við Lyngholt og Kjarrholt.

Kærandi telur að beiðni hans um aðgang hafi verið sanngjörn og eðlileg á þeim tíma sem hún hafi verið lögð fram hinn 29. ágúst 2014 enda hafði Míla ekki tilkynnt um uppbyggingaráform sín. Einnig telur kærandi að samkeppnishamlandi fordæmi skapist þegar Míla geti hafnað aðgangi að heimtaugum með vísan til eigin uppbyggingaráforma í

þeim tilfellum þegar aðrir en Míla hafi áður byggt upp VDSL þjónustu. Báðir aðilar geti veitt VDSL þjónustu í viðkomandi skápum ef Míla beitti svokallaðri PBO-aðferð til að endurmóta styrk og tíðnidreifingu (PSD) merkis í viðkomandi skápum.

PFS bendir á að hin kærða ákvörðun geti aðeins verið fordæmisgefandi á svæðum þar sem hvorki kærandi né Míla hafi áður boðið upp á VDSL tengingar. Hvað varði svokallaða PBO aðferð þá hafi PFS talið hana koma til greina hefði stofnunin komist að þeirri niðurstöðu að aðgangsbæðni kæranda væri sanngjörn og eðlileg. Það hafi aftur á móti ekki verið niðurstaða PFS þar sem þjónustuskerðing við íbúa við Lyngholt og Kjarrholt hafi verið óásættanleg.

Míla telur að kærandi hafi ekki unnið sér forgangsrétt samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2014 og að VULA sýndaraðgangur sé fullnægjandi aðgangur.

2.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2014 er kveðið á um að VDSL rekandi 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.

Míla hafi tilkynnt PFS um útbreiðsluáætlun sína vegna VDSL væðingar hinn 9. september 2014 og hafi það að mati fyrirtækisins skapað því forgangsrétt. Kærandi hafi sent PFS útbreiðsluáætlun sína hinn 18. september 2014 en hinn 29. ágúst 2014 hafi kærandi sent beiðni til Mílu um aðgang að götuskápnnum. Míla hafi síðan samþykkt að forgangsréttur fyrirtækisins næði ekki til Stórholtsgötuskápsins. Að mati PFS hafi ágreiningur verið um aðgangsbæðni kæranda og því hafi ekki getað skapast forgangsréttur til Mílu og eigi það sama að mati PFS við um útbreiðsluáætlun kæranda.

Í úrskurði úrskurðarnefndar nr. 1/2015 var 2. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar staðfest. Þar er kveðið á um að hvorki Míla né Snerpa skuli njóta forgangsréttar til VDSL væðingar í Holtahverfi, sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014 (markaðir 4 og 5). Sú niðurstaða úrskurðarnefndar bindur aðila þessa máls en þeir eru þeir sömu nema hvað Snerpa er kærandi í þessu máli en Míla í hinu.

3.

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 opinn 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.

Í 34. gr. fjarskiptalaga kemur m.a. fram að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk í almennum fjarskiptanetum og talsímabjónustu skulu verða við öllum réttmætum og sanngjörnum beiðnum fjarskiptafyrirtækja um aðgang að heimtaugum og aðstöðu er slíkum aðgangi tengist. Beiðnum um aðgang að heimtaugum skuli aðeins hafnað á grundvelli hlutlægra viðmiða, nauðsynjar þess að viðhalda heildstæði neta eða af tæknilegum ástæðum.

Af 28. gr. og 34. gr. fjarskiptalaga má sjá að markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki skal verða við eðlilegum og sanngjörnum aðgangsbeiðnum nema hlutlæg viðmið um höfnun eigi við. Hugtakið aðgangur er túlkað með víðtækum hætti bæði í fjarskiptalögum og aðgangstilskipun EB. Í 19. tl. 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 neteyninga 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.

Við höfnun þurfa rekstraraðilar að bjóða kaupendum sambærilega þjónustubætti og þeir veita sínum eigin rekstrareiningum með sömu skilmálum og tímafrestum. Aðgangsbeiðni kæranda að milliskápatengingu úr Stórholtsskápnum í Lyngholtsskápinn og þaðan í Kjarrholtsskápinn er hafnað af tæknilegum ástæðum. Aðgangur kæranda hefði að mati PFS í för með sér deyfingu merkja sem virkar til verulegrar lengingar vegalenda og það umfram eðlilegar hönnunarforsendur. Slíkt hefði í för með sér lakari þjónustu fyrir íbúa við Lyngholt og Kjarrholt. Kærandi telur niðurstöðuna rökrétta með tilliti til hagsmuna íbúa.

Úrskurðarnefnd telur höfnun á beiðni kæranda um aðgang vera byggð á hlutlægum viðmiðum og sé því í samræmi við 34. gr. fjarskiptalaga. Þá er fallist á með PFS að ákvörðun PFS nr. 21/2014 og nú úrskurðir úrskurðarnefndar komi einungis til með að hafa fordæmisáhrif þegar aðstæður verða með sama hætti og um er að ræða í hinu fordæmisgefandi máli. Hinn kærði málsliður 5. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar er því staðfestur en það leiðir einnig af niðurstöðu úrskurðarnefndinnar í máli nr. 1/2015 eins og fjallað er um hér að framan

4.

Kærandi krefst þess til vara að hinum kærða hluta ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði vísað á ný til PFS til endurákvörðunar. PFS telur að kæra kæranda beinist fyrst og fremst að aðstæðum sem ríki á öðrum og ósambærilegum stað en þeim er hin kærða ákvörðun fjalli um.

Úrskurðarnefnd fer með fullt endurskoðunarvald á ákvörðunum PFS. Að mati úrskurðarnefndarinnar er ekkert í málinu sem gefur sérstakt tilefni til þess að vísa ákvörðun PFS að nýju til stofnunarinnar til endurákvörðunar en í raun verður að telja að varakrafa kæranda feli í sér sömu kröfu og aðalkrafa hans, þ.e.a.s. um ógildingu ákvörðunar. Er kröfu kæranda þar að lútandi því hafnað.

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

Kröfu kæranda um breytingu á ákvörðun PFS nr. 34/2014 er hafnað.

Kærandi greiði málskostnað að fjárhæð 745.910 kr. að frádregnu málskotsgjaldi 150.000 kr.

Reykjavík, 3. desember 2015

Þórður Bogason formaður

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring