

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Föstudaginn 15. júlí 2005 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 3/2005.

Landssími Íslands hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

og

Og fjarskiptum hf.

Nefndina skipa: Ólafur Garðarsson hrl. formaður og meðnefndarmennirnir Heimir Haraldsson endurskoðandi og Guðjón Kárason verkfræðingur.

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Landssíma Íslands hf. (LÍ) dags. 12. maí 2005, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 15. apríl 2005, en með henni skyldaði PFS S til að afgreiða þær beiðnir sem sendar voru heildsölu fyrirtækisins þann 14. og 16. desember 2004 og varða flutning á fyrrum viðskiptavinum Margmiðlunar hf. úr ADSL þjónustu hjá LÍ yfir í ADSL þjónustu hjá OG fjarskiptum hf (OGF).

Af hálfu kæranda er þess krafist að úrskurðarnefndin felli ákvörðun PFS alfarið úr gildi.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 15. apríl 2005.

OGF telur kærana byggja á röngum lagagrundvelli enda snúist málið fyrst og fremst um reglur fjarskiptalaga um opinn aðgang að heimtaugum.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttáð þannig að LÍ verði sóknaraðili en PFS og OGF varnaraðilar.

Þann 7. júlí s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd LÍ Hallmundur Albertsson hdl, fyrir hönd PFS Friðrik Pétursson og fyrir hönd OGF Dóra Sif Tynes hdl. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær og svöruðu spurningum nefndarmanna. Að loknum málflutningi var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

1.0 Málavextir.

Málavextir eru í stuttu máli þeir helstir að LÍ hefur látið hjá líða að afgreiða pantanir á ADSL tengingum sem OGF sendi heildsölu LÍ 14. og 16. desember 2004.

LÍ heldur því fram að ekki séu skriflegir samningar að baki þessum beiðnum um flutning og að samþykki liggi ekki fyrir frá notendum. OGF telur þetta ólögmeta sýnjun um aðgang að heimaugum.

PFS tók ákvörðun í málinu þann 15. apríl 2005 og taldi að LÍ bæri að afgreiða þær beiðinir sem sendar voru heildsölu LÍ á umræddum dögum. Einnig að afgreiðsla umræddra pantana skildi fara fram í samræmi við viðmiðunartilboð LÍ um opinn aðgang að heimaugum.

LÍ kærði ákvörðun PFS með kæru þann 12. maí 2005. Sú kæra er hér til umfjöllunar.

2.0. Málsástæður kæranda.

Í kæru kæranda dags. 12. maí 2005 er þess krafist að ákvörðun PFS verði alfarið felld úr gildi. Málsástæður kæranda eru síðan raktar og fara þar orðrétt hér á eftir:

“Ákvörðun PFS byggir á röngum lagagrundvelli. Í VII. kafla fjarskiptalaga nr. 81/2003 er fjallað um samskipti fjarskiptafyrirtækja og þær kvaðir sem PFS getur lagt á fjarskiptafyrirtæki. Í 34. gr. FL er kveðið á um skyldu fjarskiptafyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild til að verða við beiðnum annarra fjarskiptafyrirtækja um aðgang að heimaugum og aðstöðu er slíkum aðgangi tengist. Síminn uppfyllir þær skyldur með því að birta viðmiðunartilboð um opinn aðgang að heimaugum og gerir samning á grundvelli þess við önnur fjarskiptafyrirtæki. Síminn og OGF hafa gert slíkan samning og hefur Síminn staðið við sínar skuldbindingar skv. þeim samningi.

Það mál sem hér er til umfjöllunar snýst um viðskiptasamband fjarskiptafyrirtækja og áskrifenda, þ.e. einstaklinga eða lögaðila sem eru aðilar að samningi við seljanda almennrar fjarskiptaþjónustu um afhendingu slíkrar þjónustu, sbr. 3. gr. fjarskiptalaga. Leyst verður úr slíkum ágreiningi á grundvelli kröfu- og samningaréttar auk þess sem í 37. gr. laganna kemur fram að áskrifendur fjarskiptaþjónustu á einstaklingsmarkaði skuli eiga rétt á að fjarskiptafyrirtæki geri við þá viðskiptasamning. Auk þess er nærtækt að taka mið af framkvæmd 52. og 53. gr. fjarskiptalaga og reglum um númeraflutning nr. 401/2001 og forval og fast forval nr. 280/2002 enda er samsvarandi tilfelli að ræða.

PFS telur viðskiptasamband áskrifenda ADSL þjónustu Símans ekki hafa úrslitaþýðingu fyrir niðurstöðu málsins. Eins og rakið er í umsögn Símans frá 2. febrúar sl. á Síminn í beinu viðskiptasambandi við ADSL áskrifendur sína. ADSL er ávallt selt í smásölu og þegar það er selt af þriðja aðila í umboðssölu, þá fær þriðji aðili ákveðna þóknun fyrir. Er miðað við þetta í skipulagi, bókhaldi og við markaðsfærslu og hefur hingað til verið ágreiningslaust. Áskrifendur ADSL þjónustu Símans fá reikning fyrir þjónustunni frá Símanum og hafa aðgang að þjónustuveri og öðru starfsfólki ef upp koma vandamál sem tengjast ADSL þjónustunni. ADSL þjónusta Símans er því eins og hver önnur vara eða þjónusta sem félagið býður. Uppsögn á þeirri þjónustu verður því að fara fram með sama hætti og þegar annarri þjónustu er sagt upp. Er þá grundvallaratriði að vilji áskrifanda standi til þess að segja upp þjónustunni. Í því máli sem hér er til umfjöllunar var um það að ræða að áskrifendur voru ekki spurðir hvort þeir hygðust segja upp þjónustu sinni við fyrirtækið heldur var Símanum send beiðni um flutning án þeirra vitneskju. Upplifun viðskiptavina Símans staðfestir þetta eins og sést á fylgiskjölum nr. 2-5.

Því verður að telja útilokað annað en að leysa mál þetta út frá þeim forsendum að í hlut eiga smásölueining hjá Símanum, áskrifandi og smásölueining hjá OGF.

PFS virðist alfarið horfa framhjá því að ekki var með nokkrum hætti leitað eftir samþykki áskrifenda ADSL þjónustu Símans í málinu heldur var litið á þögn þeirra sem samþykki uppsagnar. Þetta kemur ítrekað fram í niðurstöðukafla stofnunarinnar á bls. 7 og 8 í ákvörðuninni. Í 2. mgr. niðurstöðukaflans segir:

„Engar opinberar reglur hafa hins vegar verið settar um pöntun á ADSL-þjónustu og verður því að miða við að allar þær aðferðir sem sýna fram á að vilji viðskiptavinarins standi raunverulega til þess að skipta um þjónustuveitenda séu í gildi. Skiptir þá ekki máli hvort notuð er munnleg, skrifleg, rafræn eða einhver önnur aðferð. Ef upp kemur ágreiningur um að vilji viðskiptavinarins hafi staðið til þess að kaupa umrædda þjónustu ber viðkomandi fyrirtæki sönnunarbyrði fyrir því að rétt hafi verið staðið að því að afla samþykki viðskiptavinarins fyrir flutningnum.“

Í 5. mgr. niðurstöðukafla PFS segir:

*„Í viðmiðunartilboði Símans, sem birt var í febrúar 2005, er fjallað um umsókn um aðgang að heimtaug í viðauka 1a kafla 3. Þar kemur eftirfarandi fram: “Leigutaki sem óskar eftir aðgangi að heimtaug sendir umsókn til leigusala þar að lútandi. Umsóknir skulu ekki send (sic) **fyrir en lokið er gerð viðskiptasamnings milli notanda og leigutaka** [feitletrun undirritaðs] þar sem fram kemur hvaða fjarskiptaþjónustu viðkomandi hyggst gerast áskrifandi að hjá leigutaka. Er síðan talið upp í 9 liðum hvaða upplýsingar skulu fylgja umsókninni.“*

Þá segir í lokamálsgreinum niðurstöðukafla:

Þá telur PFS að heildsala Símans geti ekki stöðvað einstakar beiðnir um flutning á ADSL-tengingum eða annarri þjónustu sem fyrirtækinu er skylt að veita, með þeim rökum einum að vafi leiki á hvort viðkomandi viðskiptavinur hafi óskað eftir þjónustunni. Hlutverk heildsölu, eins og hér stendur á, er að afgreiða beiðnir sem berast frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Ef beiðnin uppfyllir þau skilyrði sem talin eru upp í viðmiðunartilboði Símans, viðauka 1a, 3. kafla, 1.-9. tl., þá ber að veita aðgang.

Það er því niðurstaða PFS að Símanum beri að afgreiða þær beiðnir sem heildsölu fyrirtækisins bárust þann 14. og 16. desember 2004, frá Vodafone, enda beri Vodafone ábyrgð á því að umræddar beiðnir séu sendar með vilja viðkomandi viðskiptavina.

Þá er það skoðun PFS að Vodafone þurfi ekki fyrirfram að sanna gagnvart Símanum, að einstakir viðskiptavinir hafi beðið um flutning á ADSL-tengingu sinni. Á slíka sönnun getur hins vegar reynt eftir á, ef í ljós kemur að einhver tiltekinn viðskiptavinur hafi ekki óskað eftir þjónustunni. Ef slík sönnun tekst ekki er eðlilegt að Vodafone beri þann kostnað sem af rangri beiðni hlýst.

Tilvitnaðar forsendur PFS eru allar því sama marki brenndar að stofnunin kemst að þeirri niðurstöðu að vafi leiki á því hvort áskrifendur hafi sagt upp ADSL þjónustu hjá Símanum. Forsendurnar byggja því ekki á réttum staðreyndum málsins. Eins og rakið er í málavaxtalýsingu hér að framan liggur ljóst fyrir hvernig staðið var að uppsögn

áskrifenda ADSL þjónustu Símans og verður því að leggja til grundvallar að ekki sé ágreiningur um þann þátt málsins. Það var gert með þeim hætti að þeim var send tilkynning í tölvupósti um að ef flutningi yfir á ADSL kerfi OGF yrði ekki hafnað færi hann fram, þ.e.a.s. að litið var á þögn sem samþykki fyrir uppsögn. Sönnun þess hefur því tekist að OGF sendi uppsögn fyrir hönd áskrifenda Símans án þess að beiðni áskrifendanna, hvorki munnleg né skrifleg lægi þar að baki og ber því að miða niðurstöðu málsins við þá staðreynd.

Meginreglan um samningafrelsi er grundvallarregla í viðskiptum. Undanteknginar frá henni verða að eiga skýra lagastoð og ber að skýra þröngt. Síminn telur óhjákvæmilegt að komast að þeirri niðurstöðu með vísan til almennra reglna kröfu- og samningaréttar um uppsögn samninga og lok réttarsambands að uppsögn OGF á viðskiptasamningi áskrifenda Símans án þeirra heimildar hafi verið ólögmat og synjun Símans á uppsögn áskrifenda sinna hafi því verið lögmæt. Við það bætist eins og áður hefur komið fram að skv. 37. gr. fjarskiptalaga er fjarskiptafyrirtækjum skylt að gera samninga við viðskiptavinum sína á einstaklingsmarkaði. Loks leiðir löggjöfnun frá lögum og reglum um númeraflutning og fast forval til sömu niðurstöðu, þar sem atbeini áskrifanda er ávallt nauðsynlegt skilyrði þess að samningur komist á eða honum ljúki.

Telji úrskurðarnefnd um fjarskipta- og póstmál að leysa eigi málið á grundvelli 34. gr. fjarskiptalaga um aðgang að heimtaug og viðmiðunartilboði um opinn aðgang að heimtaugum, sbr. fylgiskjal nr. 6, sem Síminn birtir á grundvelli þess ákvæðis verður ekki komist hjá sömu niðurstöðu. Eins vitnað er til í niðurstöðu PFS skal leigutaki sem óskar eftir aðgangi að heimtaug gera viðskiptasamning við áskrifanda þar sem fram komi hvaða fjarskiptaþjónustu viðkomandi hyggst gerast áskrifandi að hjá leigutaka. Hér að framan er farið yfir það að það er ágreiningslaust í málinu hvernig OGF stóðu að því færa áskrifendur sína til sín frá Símanum. Viðurkenning OGF liggur fyrir auk þess sem Símanum hefur tekist sú sönnun að öllu leyti. Sama röksemdafærsla á því við að þessu leyti og rakin er hér að framan. Verður því að telja að Símanum hafi verið heimilt að hafna beiðnum OGF þar sem fyrir lá að OGF fór ekki eftir skýrum fyrirmælum í viðmiðunartilboði um aðgang að heimtaugum, sem sett er með stoð í 34. gr. fjarskiptalaga. Beiðni OGF uppfyllti ekki skilyrði viðauka 1a, 3. kafla viðmiðunartilboðsins og bar Símanum því ekki að afgreiða beiðnina. Það er óþekkt í viðskiptum á Íslandi að hægt sé færa viðskiptavinum milli fyrirtækja án þess að þeir hafi lýst þeim vilja sínum og færi önnur niðurstaða gegn öllum reglum sem gilda um slíkt sama hvaða réttarsvið væri valið.

Loks er það áréttað að vernd neytenda í viðskiptum við fjarskiptafyrirtæki er eitt af meginhlutverkum PFS, sbr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003. Ljóst er að við ákvörðun PFS um að ekki sé nauðsynlegt að leita eftir vilja áskrifenda þegar samningi þeirra við fjarskiptafyrirtæki er sagt upp og stofnað til viðskipta við annað hafa neytendaverndarsjónarmið verið fyrir borð borin”

Að öðru leyti vísaði LÍ til fylgiskjala málsins sem stafa frá LÍ.

Varðandi lagarök vísaði LÍ um kæruheimild til 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun. Vísað var til almennra reglna kröfu- og samningaréttar um uppsögn samninga og lok réttarsambands og til 37. gr. fjarskiptalaga um það að fjarskiptafyrirtæki skulu gera viðskiptasamninga við áskrifendur sína.

Vísað var til 52. og 53. gr. fjarskiptalaga um númeraflutning og forval auk reglna nr. 401/2001 um númeraflutning og reglna nr. 280/2002 um forval og fast forval um það að ávallt skuli leita eftir vilja áskrifanda ef stofna á til viðskiptasambands.

Vísað var til 2. tl. og b. liðs 4. tl. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 um hlutverk PFS að vinna gegn óréttmætum viðskipaháttum og stuðla að vernd neytenda í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki.

Loks var vísað til 34. gr. fjarskiptalaga og viðmiðunartilboðs um opinn aðgang að heimtaugum kjósi úrskurðarnefndin að leysa málið á þeim grundvelli. Var þá sérstaklega vísað til 3. gr. í viðauka 1a um umsókn um aðgang að heimtaug þar sem mælt er fyrir um að leigutaki skuli gera viðskiptasamning við áskrifanda áður en umsókn um aðgang að heimtaug er send.

3.0 Málásástæður PFS.

Í greinargerð PFS, dags. 16. júní 2005, er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 15. apríl 2005. Í greinargerð sinni vísar PFS til hinnar kærðu ákvörðunar varðandi málavexti auk þess sem hún færir eftirfarandi málásástæður og lagarök orðrétt fyrir kröfum sínum:

“Eins og fram kemur í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar telur PFS eins og hér stendur á að það hafi ekki úrslitaþýðingu í máli þessu að skera úr um hvernig viðskiptasambandi umræddra viðskiptavina er háttað. Umræddar beiðnir bárust heildsölu Símans í samræmi við viðmiðunartilboð um opinn aðgang að heimtaugum og þær venjur sem myndast hafa um afgreiðslu á þeim beiðnum sem berast til heildsölu. Ótækt er að heildsala Símans geti yfirfarið eða stoppað einstakar beiðnir með þeim rökum einum að vafi geti hugsanlega leikið á því að viðkomandi fjarskiptafyrirtæki hafi heimild frá viðskiptavini um kaup á umræddri þjónustu. Það að Vodafone kaus að senda umræddar beiðnir inn til heildsölu Símans bendir að álitu PFS til þess að Vodafone töldu sig hafa samþykki viðskiptavinar og þar með fullgildan viðskiptasamning fyrir þeim breytingum sem áætlað var að gera á fyrirkomulagi ADSL tenginga umræddra viðskiptavina. Heildsala Símans hefur á þessu stigi engan rétt til að draga í efa að um fullgildan viðskiptasamning sé að ræða í þessu tilviki á milli Vodafone og viðkomandi viðskiptavinar. Önnur niðurstaða myndi leiða til þess að heildsala Símans hefði um leið nokkurs konar úrskurðarvald um lögætti einstakra beiðna sem berast frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Slíkt gæti leytt til ófremdarástands á fjarskiptamarkaði varðandi aðgang annarra fjarskiptafyrirtækja að þeirri aðstöðu sem Síminn er skyldugur að veita samkvæmt fjarskiptalögum. Þá gæti niðurstaðan leitt til ófyrirséðra tafa á afgreiðslu einstakra beiðna, eins og raunin varð á í því máli sem hér er til úrlausnar og þannig skaðað hagsmuni þeirra fyrirtækja sem Síminn er að keppa við um veitingu fjarskiptaþjónustu. Þá er einnig til þess að líta að viðskiptavinir hafa oftast litla sem enga biðlund þegar kemur að því að bíða eftir því að tenging komist á. Allar tafir sem verða á afgreiðslu beiðna geta þannig orðið til þess að viðskiptavinir kjósi að velja sér annan þjónustuaðila þar sem það fyrirtæki sem sendir inn beiðni um tengingu getur ekki veitt umbeðna þjónustu nema með aðgangi að heimtaugum Símans. Mikilvægt er að heildsala Símans á þessu stigi hugi einungis að þeim atriðum sem talin eru upp í viðauka 1a, 3. kafla, 1-9. tl. í viðmiðunartilboði Símans.

Önnur niðurstaða gæti leitt til þess að jafnræði aðila yrði raskað þegar kemur að öflun viðskiptavina og þá um leið aðgangi að heimtaugum Símans, sbr. 34. gr. fjarskiptalaga.

Í greinargerð Símans kemur fram á bls. 3 að útilokað sé annað en að leysa mál þetta út frá þeim forsendum að í hlut eiga smásölueining hjá Símanum, áskrifandi og smásölueining hjá OGF. PFS mótmælir þeirri framsetningu. Beiðnir Vodafone eru sendar inn til heildsölu Símans sem ber síðan að afgreiða þær í samræmi við viðmiðunartilboð um opinn aðgang að heimtaugum. Að mati PFS lýtur ágreiningur aðila að aðgangi að heildsölu Símans og þeim réttarreglum sem heildsölu Símans ber að fara eftir varðandi afgreiðslu einstakra beiðna.

Í niðurlagi ákvörðunnar PFS kemur einnig fram að Vodafone þurfi ekki fyrirfram að sanna gagnvart Símanum, að einstakir viðskiptavinir hafi beið um flutning á ADSL tengingu sinni. Hins vegar geti reynt á slíka sönnun eftir, ef í ljós kemur að einhver tiltekin viðskiptavinur hafi ekki óskað eftir þjónustunni. Ef slík sönnun tekst ekki er eðlilegt að Vodafone beri þann kostnað sem af rangri beiðni hlýst. Eins og rakið er hér að ofan telur PFS að það hafi ekki úrslitabýðingu eins og málavöxtum er háttað að skera úr um hvernig umdeildu viðskiptasambandi er háttað. Sú skoðun helgast fyrst og fremst af því að heildsölu Símans ber að afgreiða þær beiðnir sem berast inn, af því gefnu að þær uppfylli þau skilyrði sem talin eru í viðauka 1a, 3. kafla, 1-9. tl.

Ef hins vegar í ljós kemur að einhver tiltekinn viðskiptavinur hafi ekki óskað eftir þjónustu þá væri um sjálfstætt mál að ræða sem eftir atvikum mætti kæra inn til PFS. Í gegnum tíðina hafa komið upp nokkur slík mál þar sem viðskiptavinur telur sig hafa verið fluttan í þjónustu að honum forspurðum og gildir þá einu hvort um fyrrum viðskiptavini Vodafone eða Símans var að ræða. Öll hafa þau verið leyst á þann hátt að viðkomandi hefur verið aftengdur frá hinum nýja aðila og eldri tenging sett upp á ný. PFS er ekki kunnugt um hvernig fyrirtækin hafa gert þetta upp sín á milli. Því augljóslega hlýst einhver kostnaður að þessu fyrir fyrirtækin sem og nokkur óþægindi hjá notendum þjónustunnar þegar slík mál koma upp. Að mati PFS hefur fjöldi þessara mála ekki verið slíkur að það hafi gefið tilefni til einhverra sérstakra aðgerða af hálfu PFS. Síminn hefur t.d. í því máli sem hér er til úrlausnar einungis bent á 4 tilvik þar sem aðili taldi að hann hefði ekki gefið samþykki sitt fyrir umræddum flutningi. Slíkt gefur augljóslega ekki tilefni til svo harkarlega aðgerða eins og gripið var til af hálfu Símans í þessu máli.

Til þess að það regluverk sem skapað hefur verið um aðgang annarra fjarskiptafyrirtækja að heimtaugum Símans eigi að virka sem skyldi, þá telur PFS að varhugavert sé að veita Símanum einhliða synjunarrétt um afgeiðslu beiðna, jafnvel þó að fyrirtækið hafi efasemdir um að rétt hafi verið staðið að málum varðandi öflun samþykkis viðskiptavina á að koma í þjónustu til einhvers tiltekins fjarskiptafyrirtækis”.

Auk þeirra raka sem koma fram hér að ofan vísaði PFS til rökstuðnings sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun og ítrekaði kröfu sína um að hin kærða ákvörðun PFS verði staðfest.

4.0 Málsástæður OGF.

Í greinargerð OGF kemur fram að OGF telur kærana byggja á röngum lagagrundvelli enda snúist málið fyrst og fremst um reglur fjarskiptalaga um opinn aðgang að heimtaugum. Ekki er um eiginlega kröfugerð að ræða af hálfu OGF sem þó hefði verið eðlilegra. Ekki verður þó annað lesið úr greinargerðinni en að OGF styðji ákvörðun POF og sé ósammála túlkun LÍ á flestu. Hér eru málsástæður OGF orðréttar:

“Landssími Íslands hf. byggir kærna sína á því að hin kærða ákvörðun byggji á röngum lagagrundvelli. Þannig telur Landssíminn málið ekki snúast um túlkun á 34. gr. fjarskiptalaga heldur snúist það um viðskiptasamband fjarskiptafyrirtækja og áskrifanda og beri því að leysa úr ágreiningi á grundvelli samninga- og kröfurettar. Þá segir í framangreindri kærna að ADSL sé ávallt selt í smásölu og sé því annað útilokað en að leysa málið ú frá þeim forsendum að í hlut eigi smásölueining hjá Landssímanum, áskrifandi og smásölueining hjá Og Vodafone.

Og Vodafone telur að framangreind afstaða Landssíma Íslands hf. feli í sér grundvallarmisskilning á ákvæðum fjarskiptalaga um opinn aðgang að heimtaugum. Í fyrsta lagi ber að líta til þess að það er alfarið rangt að halda því fram að ADSL sé einungis selt í smásölu. Þannig eru ADSL tengingar eða skiptur aðgangur að heimtaug seldar í heildsölu, sbr. viðmiðunartilboð um opinn aðgang að heimtaugum sem finna má í fylgiskjali 6 með kærna Landssímans. Í öðru lagi er fráleitt að telja málið snúast um samskipti smásölueiningar hjá Landssímanum, einstaka áskrifanda eða viðskiptavinar og smásölueiningar hjá Og Vodafone. Þvert á móti snýst mál þetta um samskipti heildsöludeildar Landssímans við viðskiptavini sína, þ.e. önnur fjarskiptafyrirtæki sem eru í samkeppni við smásölusvið Landssímans. Í því sambandi verður að skoða að hvaða leyti heildsöludeild Landssímans getur haft hagsmuni smásölusviðsins í huga þegar hún afgreiðir beiðnir um aðgang að heimtaugum.

34. gr. fjarskiptalaga kveður á um opinn aðgang að heimtaugum, sbr. reglugerð nr. 199/2002 er veitir reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2887/2000 um sundurgreindan aðgang að heimtaugum gildi hér á landi. 30. gr. fjarskiptalaga kveður á um að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild beri að gæta jafnræðis er það veitir öðrum fyrirtækjum aðgang. Þá segir í 26. gr. fjarskiptalaga að fjarskiptafyrirtæki sem öðlast upplýsingar frá öðru fjarskiptafyrirtæki vegna samninga um aðgang sé óheimilt að afhenda þær upplýsingar öðrum deildum fyrirtækis.

Að mati Og Vodafone fela þessi ákvæði í sér að Landssíminn getur ekki hafnað beiðnum um aðgang að heimtaug með vísan til þess að hagsmunir smásölusviðs séu fyrir borð bornir. Að sama skapi telur Og Vodafone afar óeðlilegt að upplýsingaflæði milli heildsöludeildar og smásölusviðs sé með þeim hætti að smásölusvið geti komið í veg fyrir að orðið verði við beiðnum um aðgang að heimtaug með vísan til viðskiptahagsmuna sinna. Hafa verður í huga í þessu sambandi að keppinautar Landssímans á markaði fyrir ADSL þjónustu eiga ekki annan kost en að kaupa aðgang að grunnneti Landssímans af Landssímanum til þess að geta boðið fram slíka þjónustu í samkeppni við Landssímann.

Í kæru Landssímans segir að óhjákvæmilegt sé að komast að þeirri niðurstöðu með vísan til almennra reglna kröfu- og samningaréttar um uppsögn samninga og lok réttarsambands að uppsögn Og Vodafone á meintum viðskiptasamningum hafi verið ólöglegt og því hafi synjun Landssímans á afgreiðslu beiðna um aðgang að heimtaug verið löglegt. Og Vodafone telur að áréttu verði í þessu sambandi að mál þetta snýst ekki um lögmæti meintra uppsagna á samningum heldur á hvaða grundvelli heildsöludeild Landssímans geti hafnað afgreiðslu beiðna um aðgang að heimtaug. Í annan stað ber að hafa í huga í þessu sambandi að umræddir viðskiptavinir skráðu sig fyrir ADSL þjónustu hjá Margmiðlun annað hvort rafrænt eða símleiðis. Margmiðlun pantaði síðan ADSL tengingar hjá Landssímanum. Hvorki Landssíminn né Og Vodafone hafa því gert skriflega samninga við umrædda viðskiptavini. Þá ber og að líta til þess að á þeim tíma er umræddir viðskiptavinir gerðust kaupendur að þjónustu Margmiðlunar tíðkaðist í allnokkrum mæli að gerðir væru munnlegir samningar við áskrifendur. Þannig hefur skapast sú venja á fjarskiptamarkaði að nýr áskriftarsamningur um fjarskiptaþjónustu, hvort sem um er að ræða munnlegan, rafrænan eða skriflegan samning feli jafnframt í sér uppsögn á þjónustu fyrri þjónustuaðila.

Og Vodafone hafnar því jafnframt alfarið að beiðnir félagsins hafi ekki uppfyllt skilyrði viðauka 1a 3. kafla við viðmiðunartilboð um opinn aðgang að heimtaugum. Þannig er því alfarið hafnað að ekki hafi legið fyrir viðskiptasamningur milli félagsins og viðkomandi viðskiptavina. Í því sambandi er rétt að minna á að það telst almennt vera meginregla í samningarétti að samningar geti verið jafnt munnlegir sem skriflegir.

Þá er því alfarið hafnað að það liggi fyrir að beita megi lögjöfnun frá lögum og reglum um númeraflutning og fast forval í máli þessu. Í því sambandi verður að hafa í huga að samningar við þá viðskiptavini sem um ræðir í málinu voru gerðir fyrir breytingu á reglum um númeraflutninga”.

Varðandi lagarök telur OGF einsýnt að úr ágreiningsefninu beri að leysa á grundvelli réttarreglna um opinn aðgang að heimtaugum, sbr. einkum 26., 30. og 34. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, sbr. reglugerð nr. 199/2002.

5.0 Niðurstaða.

Með lögum um fjarskipti nr. 107/1999 sem gildi tóku þann 1. janúar 2000 voru gerðar róttækar breytingar á fjarskiptaumhverfinu hér á landi. Opnað var fyrir númeraflutning, hægt var að halda sama númeri þegar skipt var um þjónustuaðila, ákvæði voru sett um reikisamninga og fjarskiptafyrirtækjum var heimilaður aðgangur að heimtaug annars fyrirtækis ef það hafði umtalsverða markaðshlutdeild svo fátt eitt sé nefnt. Auk þess voru stigin stór skref í þá átt að afnema aðgangshindranir nýrra fjarskiptafyrirtækja inn á markaðinn með því að afnema rekstrarleyfi fyrir ákveðnar tegundir af fjarskiptaþjónustu. Lögin settu leikreglur þar sem rauði þráðurinn var aukin samkeppni í fjarskiptum.

Skuldbindingar Íslendinga skv. EES-samningum leiddu síðan til þess að nauðsynlegt reyndist að endurskoða fjarskiptalöggjöfina þrátt fyrir að stutt sé síðan lög nr. 107/1999 voru lögfest.

Við endurskoðun laganna var aftur haft að leiðarljósi að tryggja aukna samkeppni og færa löginn enn lengra í átt til samkeppnisréttar sem og að gera regluverk um fjarskipti þannig úr garði að mögulegt sé fyrir nýja aðila að kveða sér hljóðs á fjarskiptamarkaðinum og keppa við þá sem fyrir eru.

Ný lög um fjarskipti nr. 81/2002 tóku gildi 25. júlí 2003. Þar er mælt fyrir um aðgang að heimtaugum í 34. grein þar sem segir að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild í almennum fjarskiptanetum og talsímaþjónustu skuli verða við öllum réttmætum og sanngjörnum beiðnum fjarskiptafyrirtækja um aðgang að heimtaugum og aðstöðu er slíkum aðgangi tengist. Í sömu grein segir síðan að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild skuli birta viðmiðunartilboð um aðgang að heimtaugum og tengdri aðstöðu. Í 2. mgr segir síðan að beiðnum um aðgang að heimtaugum “skuli aðeins hafnað á grundvelli hlutlægra viðmiðana, nauðsynjar þess að viðhalda heildstæði neta eða af tæknilegum ástæðum”.

Meginreglan er ljóslega sú að aðgangi að heimtaug skuli ekki hafnað enda sé önnur niðurstaða andstæð anda laganna. Það að heildsala LÍ hafi úrslitavald um það hvort einstakar beiðnir fái aðgang er ekki í anda laganna og skortir lagastoð sbr. lagatiltvitnanir hér að ofan.

Frá meginreglu 34. greinar eru einungis örfáar undantekningar sem taldar eru upp í 2. mgr. Ekkert í málatilbúnaði LÍ rökstyður það að einhver þessara undantekninga eigi við um það tilvik sem hér er til úrlausnar.

Úrskurðarnefndin telur það æskilegt að aðilar á fjarskiptamarkaði komi sér saman um sameiginlegar reglur um áskriftir og uppsagnir er ná til ADSL þjónustu. Náist ekki samkomulag um slíkt er brýnt að PFS komi að málinu. Með þessu er ekki endilega verið að segja að slíkt hefði leyst úr þessu máli þar sem kaup OGF á Margmiðlun hf. og viðskiptasamböndum félagsins skapar markatilvik sem ekki er víst að reyni oft á.

Að ofangreindu virtu er kröfu kæranda um að ákvörðun PFS frá 15. apríl 2005 verði alfarið felld úr gildi, hafnað.

6.0 Úrskurðarorð

Kröfu Landssíma Íslands hf. þess efnis að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 15. apríl 2005 verði alfarið felld úr gildi er hafnað.

Úrskurð þennan þarf að bera undir dómstóla innan sex mánaða frá því að aðilar fengu vitneskju um hann.

Reykjavík, 19. júlí 2005

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárasón, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.