

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 10. apríl 2006 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 5/2006.

Síminn hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf. dags. 21. febrúar 2006, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 25. janúar 2006 en með henni hafnaði PFS fyrirhugaðri hækkun Símans hf. á samtengigjöldum.

Um kæruehimild vísast til 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 og reglugerðar nr. 378/1999 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Kröfur kæranda eru að úrskurðarnefnd felli hina kærðu ákvörðun alfarið úr gildi og leggi jafnframt fyrir PFS að gæta jafnræðis hér eftir við beitingu eftirlitsheimilda sinni gagnvart fyrirtækjum sem útnefnd hafa verið með umtalsverða markaðshlutdeild.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 25. janúar 2006.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttáð þannig að Síminn hf. verði sóknaraðili en PFS varnaraðili.

Þann 22. mars s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd Símans hf. Páll Ásgrímsson hdl. og fyrir hönd PFS Friðrik Pétursson. Gerðu aðilar þar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær í stuttu máli og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að loknum málflutningi var svo ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

1.0 Málavextir.

Þann 25. nóvember 2005 tilkynnti Síminn hf. PFS bréflaga um þá fyrirætlun sína að hækka samtengigjöld á gjaldskrá sinni. Skyldi hækkunin taka gildi þann 1. janúar 2006. Vegna mistaka barst PFS aðeins seinni blaðsíða bréfsins og þann 13. desember 2005 sendi stofnunin beiðni um skriflegan rökstuðning fyrir þeim breytingum er fram komu þar. Jafnframt var beiðt um rökstuðning á breytingum sem fram komu í verðskrá RIO og höfðu verið birt á vef Símans hf. Kom þá í ljós að PFS hafði aldrei fengið allt bréfið og varð samkomulag milli aðila að senda skyldi nýtt bréf með beiðni

um rökstuðning þar sem þær upplýsingar sem gengið var út frá í því fyrra voru ekki alveg réttar. Var það bréf dagsett þann 14. desember 2005.

Síminn hf. svaraði þann 28. desember með bréfi og þann 4. janúar 2006 hafnaði PFS hinum boðuðu breytingum. Hinn 9. janúar krafðist Síminn hf. afturköllun á þeirri ákvörðun sökum þess að hún væri ógildanleg og þann 25. janúar afturkallaði PFS sína fyrri ákvörðun og tók þess í stað nýja dagsetta 25. janúar 2006.

Síminn hf. kærði ákvörðun PFS með kæru þann 21. febrúar 2006. Sú kæra er hér til umfjöllunar.

2.0 Málsástæður kæranda.

Í kæru Símans hf. frá 21. febrúar setur félagið fram málsáðstæður sínar. Sá kafli úr bréfi þeirra fylgir hér á eftir:

3.1 Rannsóknarreglan, réttmætar væntingar, heimildir til að afla upplýsinga, leiðbeiningarreglan

Svo sem fram kom í bréfi Símans, dags. 9. janúar sl., er stjórnvaldi óheimilt að beita sönnunarreglu í stað rannsóknar. Um þetta segir Páll Hreinsson:

„Stjórnvöld geta ekki komist hjá því að rannsaka mál á viðhlítandi hátt með því að beita sönnunarreglum í stað rannsóknar. Þar sem staðreyndir máls eru ekki nægilega upplýstar er stjórnvöldum oftast óheimilt að grípa til mats- eða sönnunarreglna fyrir en þau hafa reynt árangurslaust að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt.“¹

Á þetta var bent í bréfi Símans, dags. 9. janúar 2006, og þess vænst að PFS gerði reka að því að rannsaka málið til hlítar áður en ný ákvörðun yrði tekin. Stjórnvaldið tók hins vegar upplýsta ákvörðun um að brjóta gegn rannsóknarreglunni í annað sinn með hinni kærðu ákvörðun. Þannig beitir stofnunin víðs vegar í hinni kærðu ákvörðun sönnunarreglu í stað rannsóknar. Í kafla 2.4.3, er samantekt á meginröksemdum fyrir synjun á samþykki hækkunar samtengigjalda. Þar segir orðrätt:

„Þá hafa engin gögn úr bókhaldi Símans verið lögð fram, sem sína (sic) kostnað við veitingu þeirrar þjónustu sem boðuð er hækkun á. Síminn hefur þ.a.l. ekki skilað inn fullnægjandi rökstuðningi....PFS getur þ.a.l. ekki samþykkt boðaðar breytingar...“.

Svo sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun PFS hafa samtengigjöld í fastaneti Símans fram til þessa tekið mið af svokallaðri “benchmark” aðferð, þ.e. með samanburði við samtengiverð erlendis. Ljóst er, að þessi „samanburðarkvöð“ er mun vægara úrræði en sú aðferð, að félagið sanni með útarlegum kostnaðarútreikningum að gjöldin byggja á kostnaði að viðbætti hæfilegri álagningu.

Í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga kemur fram að PFS getur við útreikninga á kostnaði tekið mið af rekstri sambærilegrar þjónustu sem telst hagkvæmlega rekin, tekið mið af gjaldskrá á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar aðferðum fjarskiptafyrirtækisins. Á þessari heimild byggir PFS til að mynda áform sín um lækkun lúkningargjalda í farsímanet, sbr. ódagsett rit PFS á fylgiskjali nr. 1. Að mati PFS í því skjali er þessi aðferð heppileg þegar fullnægjandi kostnaðargreining þarf frekari tíma. Tekið er fram í skjalinu að aðferðin er tiltölulega fljótleg í framkvæmd og hafi ekki í för með

¹ Sjá skýringarrit Páls Hreinssonar um stjórnsýslulögin, bls. 115-116

sér mikinn aukakostnað, enda þurfi hvorki að vinna upplýsingar úr bókhaldi né gera kostnaðarlíkan.

Síminn tekur fram, að það breytir engu um heimild PFS til að beita samanburðaraðferðinni í fastanetum þótt tilmæli framkvæmdastjórnar ESB þar um hafi fallið niður. Lagaheimildin í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga er eftir sem áður fullnægjandi.

Síminn tilkynnti hin breyttu verð með bréfi dags. 25. nóvember 2005. Tæpum þremur vikum seinna ritaði PFS bréf, þar sem farið var fram á hinn “skriflega rökstuðning.” Til þess var gefinn tveggja vikna frestur. Í miðjum fresti gengu jólin í garð. Á þessum skamma tíma var með öllu ómögulegt að framkvæma kostnaðargreiningu. Í aðdraganda að hvorugri ákvörðun krafðist PFS þess, að Síminn sýndi fram á, að gjöldin væru kostnaðarreiknuð. Þvert á móti var með almennum hætti einungis óskað eftir “skriflegum rökstuðningi” í aðdraganda að fyrri ákvörðun og engin frekari rannsókn fór fram í aðdraganda hinnar kærðu ákvörðunar.

Umboðsmaður Alþingis hefur í allmörgum úrskurðum talið leiða af rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 „að stjórnvaldi ber skylda til að sjá til þess að eigin frumkvæði að atvik máls séu nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Þá felst í leiðbeiningarskyldu stjórnvalds sbr. 7. gr. stjórnslulaga að þegar stjórnslumál byrjar að frumkvæði málsaðila og hann leggur ekki fram þau gögn og upplýsingar sem sanngjarnt þykir að ætlast til að hann leggi fram ber stjórnvaldi að tilkynna honum um hvaða gögn skorti og hvaða afleiðingar slíkt getur haft.“ (sjá t.d. mál nr. 2466/1998 og 2549/1998).

Umboðsmaður hefur enn fremur skýrt rannsóknarregluna þannig að ef ófullnægjandi gögn eru talin geta leitt til þess að umsókn er hafnað, er ástæða til að það komi skýrlega fram gagnvart umsækjanda, og að honum gefist kostur á að bæta úr því, áður en ákvörðun er tekin, sbr. til hliðsjónar úrskurður umboðsmanns Alþingis í máli nr. 588/1992.

Séu þessar mælistikur lagðar á rannsókn PFS í málinu er ljóst að stofnunin hefur brotið gegn rannsóknarreglu stjórnslulaga. „Veruleg vanræksla á rannsókn máls getur leitt til þess að ákvörðun verði talin ógildanleg. Á þetta ekki síst við um íþyngjandi ákvarðanir.“²

Samkvæmt framansögðu átti PFS að tilkynna Símanum með skýrum hætti hvaða gögn og upplýsingar ætlast væri til að félagið legði fram og jafnframt um þær afleiðingar sem skortur á slíkum upplýsingum gæti haft. Stofnunin hafði ríkar ástæður til að óska í það minnsta eftir slíkum gögnum við undirbúning nýrrar ákvörðunar í kjölfar afturköllunar á þeirri fyrri. Með því að byggja í báðum tilvikum á skorti á slíkum kostnaðarútreikningum var enn fremur vikið frá stjórnsluframkvæmd, sem allt frá 1999 hafði gilt um samtengigjöld í fastaneti. Meðan ekki var krafist slíkra útreikninga með skýrum og afdráttarlausum hætti byggði Síminn á réttmætum væntingum um að áfram væri unnt að styðjast við samanburðarrökstuðning eða “benchmarking”. Þegar stjórnsluframkvæmd er breytt verður almennt á grundvelli vandaðra stjórnsluhátta að kynna breytinguna fyrirfram þannig að þeir aðilar sem málið snertir geti brugðist við og gætt hagsmuna sinna, sbr. álit umboðsmanns Alþingis frá 18. mars 1993 í máli nr. 652/1992.

Með fyrirvara um að breytingar á stjórnsluframkvæmd séu kynntar með réttum hætti hefur Póst- og fjarskiptastofnun að lögum fjölmörg úrræði til að knýja fram kostnaðarútreikninga, að því gefnu að meðalhófs sé gætt. Þannig getur stofnunin krafist þess að fjarskiptafyrirtæki geri kostnaðarlíkan til útreiknings á verði eða notað

² Sama rit bls. 115-116

kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar aðferðum fjarskiptafyrirtækis, sbr. 32. gr. fjarskiptalaga. Þá hefur stofnunin ýmis almenn úrræði til að knýja fram upplýsingar, sbr. 5. og 12. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Stofnuninni eru því að lögum tryggð næg úrræði til að sinna rannsóknarskyldu sinni samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. til hliðsjónar úrskurður umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2343/1997. Í því máli benti umboðsmaður á, að Tryggingarráði var fengin sérstök lagaheimild til að kalla til sérfróða aðila eða óska skýringa tryggingalækna á tilteknum atriðum. Allt að einu kaus stofnunin að nýta ekki þær heimildir og var þar með talin brotleg við rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga.

Auk þeirra lagaákvæða og sjónarmiða sem vísað var til hér að framan um rannsóknarregluna, réttmætar væntingar og heimild Póst- og fjarskiptastofnunar til að afla upplýsinga skal einnig minnt á þá leiðbeiningarskyldu sem 7. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 leggur stjórnvöldum á herðar, sbr. til hliðsjónar úrskurður umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2521/1998. Með því að ganga ekki eftir afhendingu á nánar tilgreindum upplýsingum er hinni kærðu ákvörðun verulega áfátt. Veruleg vanræksla á að rannsókn máls leiðir til þess að ákvörðun er ógildanleg þegar af þeirri ástæðu. Á þetta ekki síst við um íþyngjandi ákvarðanir.

3.2 Andmæla regla og meðalhófsregla

Fari svo ólíklega að nefndin telji hina fjöldamörgu annmarka, sem raktir voru í kafla 3.1. ekki nægja til að ógilda hina kærðu ákvörðun er einsýnt, að PFS gerðist einnig brotleg við andmæla reglu 13. gr. stjórnarsýslulaga, sem er nátengd rannsóknarreglunni. Símanum var aldrei gefinn kostur á að tjá sig um fyrirhugaðar breytingar á stjórnarsýslufrákvæmd, sem hin kærða ákvörðun byggir á.

Sú breytta frákvæmd, sem PFS byggir hina kærðu ákvörðun á, tekur ekki einungis til þess að stofnunin gerir kröfur til kostnaðarútreikninga, heldur gerir stofnunin jafnframt kröfu til svokallaðrar svæðisskiptingar, sbr. kafla 2.4.2.1 í ákvörðuninni.³ Í aðdraganda hinnar afturkölluðu ákvörðunar hafði stofnunin ekki gefið til kynna þessa breyttu frákvæmd og Símanum var ekki gefinn frekari kostur að tjá sig um hana áður en hin kærða ákvörðun var tekin, enda fór engin sjálfstæð rannsókn fram milli hinna tveggja ákvarðana.

Ekkert liggur fyrir í málinu sem réttlætir ofangreind frávik meginreglu stjórnarsýsluréttar um rétt til andmæla. Þannig var PFS ekki bundin af lögmæltum frestum sem knúðu á um tafarlausa ákvörðun. Þvert á móti gilda einungis almennar málshraðareglur þegar PFS þarf að taka afstöðu til breyttra samtengigjalda. Skýtur skökku við að stofnunin víki til hliðar grundvallarreglunum um rannsókn og andmælarétt, að því er virðist í þágu málshraða, sér í lagi ef hafðar eru í huga tafir PFS við að sinna lögmæltum frestum í öðrum málum.

³ Í nágrannaþjóðunum er boðið upp á sk. staðartengingu en það er oftast gert með mjög miklum takmörkunum, t.d. eingöngu má umferð sem ljúka á á viðkomandi stað að flæða í gegnum tenginguna og gert er að skilyrði að fyrst þurfi að koma til tenging á landsvísu áður en mögulegt er að koma upp staðartengingu. Mjög ólíklegt er að viðsemjendur Símans hafi áhuga á staðartengingu í viðbót við skiptistöðvartengingu því þá þarf að setja upp búnað á viðkomandi stað. Til að hagkvæmni slíkrar aðgerðar fái staðist þarf lágmarksuferð um tenginguna en vegna fámennis og strjálbýlis á landsbyggðinni er mjög ólíklegt að nægjanleg umferð fái til að hafa upp í stofnkostnað. Vekur því afstaða PFS nokkra furðu.

Að mati Páls Hreinssonar telst brot á andmæla­reglu almennt verulegur annmarki sem leiðir til að þþyngjandi ákvörðun er yfirleitt ógildanleg.⁴ (Undirstrikun mín).

Jafnframt skal á það bent, að PFS hefur að lögum það úrræði að grípa til bráðabirgðaákvörðunar, telji stofnunin brýnt að verja ákveðna hagsmuni sem annars færur forgörðum áður en mál er fullrannsakað, sbr. 11. gr. laga nr. 60/2003. Verður að telja það viðurhlutaminni ákvörðun og vandaðri stjórn­skýsluhætti, að banna hækkun samtengigjalda til bráðbirgða, ef til þess standa málefnaleg rök, og ljúka síðan rannsókn máls áður en efnisleg afstaða er tekin til hvort heimila beri hækkun gjaldanna. Að þessu leyti fer hin kærða ákvörðun einnig gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórn­skýslulaga, enda ljóst að fyrir hendi var val um vægari leið til að ná settu marki en þá leið sem gripið var til.

3.3 Jafnræðisreglur laga um Póst- og fjarskiptastofnun, stjórn­skýslulaga og stjórnarskrár - lög­mætisreglan – 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999

Í hinni kærðu ákvörðun er að finna efnislega ranga fullyrðingu, sem er svohljóðandi:

“Vodafone hefur ekki verið útnefnt sem félag með umtalsverða markaðshlutdeild”.

Í bréfi Símans, dags. 9. janúar sl., var þessari fullyrðingu harðlega mótmælt. Vísað var til þess að Póst og fjarskiptastofnun útnefndi Og fjarskipti hf. (nú Dagsbrún hf. sem rekur Og Vodafone) sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild (FUM) á markaði fyrir farsímanet og farsímaþjónustu með ákvörðun, dags. 15. júlí 2003. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála bætti síðar um betur og útnefndi Og Vodafone, sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði, en PFS hafði í ákvörðun sinni þann 15. júlí hafnað útnefningu Og Vodafone á þeim tilgreinda markaði.

Þrátt fyrir ábendingar um þessar staðreyndir er rangfærslan í forsendum fyrir ákvörðun PFS frá 4. janúar endurtekin orðrétt í hinni kærðu ákvörðun, dags. 25. janúar.⁵

Útnefning Og fjarskipta hf. fór fram á grundvelli ákvæða í lögum nr. 107/1999. Í 1. mgr. 26. gr. laganna segir að fyrirtæki sem:

„starfrækja almenn fjarskiptanet og/eða almenna fjarskiptaþjónustu á sviði talsíma í fastaneti og leigulína og njóta umtalsverðrar markaðshlutdeildar skulu uppfylla eftirtalin skilyrði:

1. Gjöld fyrir samtengingu skulu vera gagnsæ og byggjast á kostnaði við stofnun og rekstur nets, auk hæfilegrar ávöxtunar fjármagns á grundvelli kostnaðarbókhalds sem haldið skal. Sönnunarbyrði fyrir því að gjöld séu reiknuð út frá raunverulegum tilkostnaði skal hvíla á fyrirtækinu sem lætur í té aðgang að aðstöðu sinni. Póst- og fjarskiptastofnun er heimilt að krefja viðkomandi fyrirtæki um rökstuðning fyrir samtengingargjöldum og þegar við á gera kröfu um lagfæringu þeirra. Þetta ákvæði nær einnig til farsímafyrirtækja sem Póst- og fjarskiptastofnun hefur úrskurðað að hafi umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaðinum.

2. Póst- og fjarskiptastofnun skal krefjast þess að fyrirtæki samkvæmt þessari málsgrein birti viðmiðunartilboð um samtengingu sem innihaldi sundurliðaða lýsingu, í samræmi við þörf markaðsaðila, á samtengingartilboði og tengdum skilmálum og skilyrðum, þar á meðal gjaldskrá. Í viðmiðunartilboði skal vera verð fyrir aðgang að allri þjónustu sem í boði er á neti fyrirtækisins. Stofnunin getur mælt fyrir um rökstuddar breytingar á viðmiðunartilboði....“.

Í ákvæðinu er fjallað um skyldur á fyrirtæki sem starfrækja m.a. almenna fjarskiptaþjónustu á sviði talsíma í fastaneti og hafa verið útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild. Það kemur hins vegar hvergi fram í ákvæðinu nefndar skyldur stofnist við útnefningu á sviði talsíma í fastaneti.

⁴ Sama rit, bls. 178

⁵ PFS kýs hins vegar að fjalla um þetta í öðru og sjálfstæðu bréfi, dags. 25. janúar 2006. Í hinni kærðu ákvörðun er hvergi vísað til þess bréfs. Fullyrðingin um að Vodafone hafi ekki verið útnefnt sem félag með umtalverða markaðshlutdeild er því endurtekin án nokkurs konar rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun.

Þvert á móti kemur fram í lokamálslið 1. tl. 1. mgr. 26. gr. að skylda skv. ákvæðinu stofnist m.a., sbr. orðalagið “einnig”, við útnefningu farsímafyrtækja á samtengingarmarkaðinum. Af þessu orðalagi má ljóst vera að skyldan geti jafnframt stofnast við útnefningu fastanetsfyrtækja á samtengingarmarkaði. Sýnist þetta nærtækur skýringarkostur með hliðsjón af ummælum í forsendum úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Í úrskurði nefndarinnar frá 21. október 2003 er á bls. 18 sérstaklega tekið fram, að um sé að ræða markað allra samtenginga á landsvísu, hvort sem þær eru í farsímanetum eða fastlínunetum. Úrskurðarnefndin tók einmitt undir sjónarmið PFS fyrir nefndinni hvað þetta varðar. Vísaði PFS til 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 og taldi að með samtengingarmarkaði í skilningi ákvæðisins væri átt við „markað allra samtenginga á landsvísu, hvort sem þær eru í farsímanetum eða fastlínunetum.“

Í greinargerð með frumvarpinu, sem varð að lögum nr. 107/1999, er í athugasemdum við 26. gr. ekki að sjá að ætlunin hafi verið að undanskilja fyrirtæki sem útnefnd hafa verið á samtengingarmarkaði frá skyldunni til að gefa út viðmiðunartilboð. Þvert á móti segir án nokkurs fyrirvara að í 2. tl. komi fram krafa um að fjarskiptafyrirtæki sem nýtur umtalsverðrar markaðshlutdeildar birti samtengingartilboð. Vodafone er útnefnt félag á samtengingarmarkaði. Af þeim sökum ber því að gefa út samtengingartilboð.

PFS hefur hins vegar kosið að framfylgja ofangreindum kvöðum einungis gagnvart öðru félaginu sem hefur verið útnefnt, Símanum, en ekki Og Vodafone. Gekk stofnunin svo langt að kannast ekki við að Og Vodafone hafi verið útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild, sbr. ákvörðun PFS frá 4. janúar 2004. Af óskiljanlegum ástæðum endurtók PFS, sem fyrr segir, þá röngu fullyrðingu að Og Vodafone hafi ekki verið útnefnt með umtalsverða hlutdeild í síðari ákvörðun sinni um sama efni, dags. 25. janúar sl. Með þessu virðir stofnunin að vettugi eigin útnefningar og úrskurð nefndarinnar frá 21. október 2003 og ákvæði fjarskiptalaga. Þau ákvæði og aðrar kvaðir varðandi aðgang og samtengingu eiga að halda gildi sínu þar til að lokinni markaðsgreiningu á grundvelli gildandi laga nr. 81/2003, sbr. ákvæði II til bráðabirgða.

Stjórnsýsla í landinu byggir á lögmætisreglunni. Þannig ber stjórnvaldi að beita því stjórnsýsluvaldi sem það er að lögum bært til að fara með, með þau markmið fyrir augum sem því ber að vinna eftir lögum samkvæmt. Verkefni PFS er skilgreind í 3. gr. laga um stofnunina nr. 69/2003. Segir í c. lið 3. tl. 1. mgr. að stofnunin hafi það verkefni „að stuðla að því að gætt sé jafnræðis við meðhöndlun fjarskiptafyrirtækja og póstrekenda sem búa við sömu aðstæður.“

Skv. þessu ber stofnuninni að velja þann skýringarkost best samræmist því hlutverki að gæta jafnræðis milli þeirra félaga sem eins er ástatt um.

Þegar stjórnvald fer fram með þeim hætti, að taka íþyngjandi bannákvæðanir vegna breytinga á samtengitalaga í trássi við formreglur stjórnsýslulaga og efnisreglur fjarskiptalaga, gagnvart einu fyrirtæki, Símanum, á sama tíma og ekki er tryggt að aðal keppinautur á fákeppnismarkaði, Og Vodafone, gefi út viðmiðunartilboð eða miði gjöld sín við kostnað, er ekki farið að hinu lögmæla markmiði, að gæta jafnræðis milli fyrirtækja sem búa við sömu aðstæður, í þessu tilviki útnefningu sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði.

Auk þess að gæta almennra stjórnsýslureglna ber PFS að skýra lagaheimildir svo best fái samrýmst grundvallar reglum laga, svo sem þær koma fram í stjórnarskrá. Í þessu felst, með vísan til meginreglu 65. gr. stjórnarskrár lýðveldisins, nr. 33/1944, um að allir skuli jafnir fyrir lögum, að PFS ber að gæta þess að fjarskiptafyrirtækjum sé ekki mismunað. Má segja að þessi grundvallarregla sé útfærð í c. lið 3. tl. 1. mgr.

3. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Vísast einnig til dóms Hæstaréttar frá 18. júní 1999, í máli nr. 451/1998, þar sem jafnræðisregla stjórnarskrárinnar er túlkuð.⁶

Í bréfi Símans, dags. 9. janúar 2006, var óskað eftir því, að PFS upplýsti með tæmandi hætti um eftirlit með þeim skyldum sem fylgja áttu útnefningu úrskurðarnefndar fjarskiptamála á Og Vodafone sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild. Þess var farið á leit, að slíkar upplýsingar myndu liggja fyrir ekki síðar en 13. janúar sl. Stofnunin hefur ekki sinnt þessari áskorun. Þannig hefur stofnunin til að mynda ekki upplýst af hvaða ástæðum ekki hafi verið krafist útgáfu viðmiðunartilboðs Og Vodafone vegna lúkningargjalda í farsíma, sbr. ótvíræð skylda PFS þar um á grundvelli 2. tl. 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999.

Síminn telur með vísan alls ofangreinds sannað að Póst- og fjarskiptastofnun hafi kosið að túlka þær lagaheimildir fjarskiptalaga, sem lúta að kvöðum sem lagðar eru á fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild með þeim hætti að hvorki fæst samrýmst skýringu sjálfs lagatextans né jafnræðisreglum laga um stofnunina, stjórnarsýslulaga og stjórnarskrár. Jafnframt hefur stofnunin virt úrskurð æðra setts stjórnvalds að vettugi. Með þessu er ljóst að málefnalegan grundvöll skortir alfarið fyrir hinni kærðu ákvörðun. Ákvörðunin er ógildanlega af þeirri ástæðu. Með hliðsjón af þessu verður einnig að telja ríkar ástæður til þess, að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála beini því til Póst- og fjarskiptastofnunar að gæta hér eftir að ákvæðum stjórnarskrár, stjórnarsýslulaga og laga um Póst- og fjarskiptastofnun, um jafnræði, við beitingu eftirlitsheimilda gagnvart fyrirtækjum sem útnefnd hafa verið með umtalsverða markaðshlutdeild.

Þegar þau sjónarmið sem sett hafa verið fram í þessum köflum 3.1-3.3 eru virt heildstætt er ljóst að úrskurðarnefndinni ber að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Vísast að öðru leyti til gagna þeirra er lögð voru fyrir nefndina.

3.0 Málsástæður PFS.

Með bréfi þann 26. febrúar veitti nefndin PFS tækifæri á að tjá sig um málatilbúnað Símans hf. Greinargerð stofnunarinnar, dags. 9. febrúar, hefur að geyma eftirfarandi texta:

3.1. Rannsóknarreglan, réttmætar væntingar, heimildir til að afla upplýsinga, leiðbeiningarreglan.

Í fjarskiptarétti gildir sú meginregla að fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á viðkomandi mörkuðum skal bera sönnunarbyrði fyrir því að gjöld fyrir aðgang að aðstöðu skuli reiknuð út frá raunverulegum tilkostnaði, sbr. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999, sbr. 3. gr. fyrirmæla, dags 5. apríl

⁶ Í forsendum dómsins segir m.a.: „...Við gjaldtöku samkvæmt lögum um tekjustofna sveitarfélaga ber stjórnvöldum að gæta almennra stjórnarsýslureglna og skýra lagaheimildir svo best fái samrýmst grundvallarreglum laga, svo sem þær koma fram af stjórnarskrá. Þar á meðal verða þau að gæta þess að aðilum innan sveitarfélagsins sé ekki mismunað. Sé ágreiningur um álagningu borinn undir yfirfasteignamatnefnd ber henni að gæta sömu sjónarmiða og samræma þannig álagningu um allt land.“

2005 um kvaðir á Landssíma Íslands hf. varðandi aðgang og samtengingu og ákvæði til bráðabirgða II með nógildandi fjarskiptalögum.

Tilvist þessarar skyldu sem hvílir á Símanum hlýtur forráðamönnum fyrirtækisins að hafa verið ljós þegar sent var tilkynning um þær breytingar sem áætlað var að gera á samtengigjöldum fyrirtækisins um að þeir þyrftu að sanna með trúverðugum hætti þær breytingar sem boðaðar voru.

Í kæru Símans kemur fram að stjórnvaldi sé óheimilt að beita sönnunarreglu í stað rannsóknar og vitnað í skýringarrit Páls Hreinssonar um stjórnsýslulögin, bls. 115-116

„Stjórnvöld geta ekki komist hjá því að rannsaka mál á viðhlítandi hátt með því að beita sönnunarreglum í stað rannsóknar. Þar sem staðreyndir máls eru ekki nægilega upplýstar er stjórnvöldum oftast óheimilt að grípa til mats- eða sönnunarreglna fyrr en þau hafa reynt árangurslaust að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt.“⁷

Eins og sjá má á hinum tilvitnaða texta er umrætt regla ekki án undantekninga eins og skilja mátti málf lutning Símans, heldur er sá varnagli sleginn í skýringarriti Páls Hreinssonar að stjórnvöldum sé oftast óheimilt að grípa til mat- eða sönnunarreglna.

Í ljósi ótvíræðar lagaskyldu að Síminn beri sönnunarbyrði fyrir þeim gjöldum sem fyrirtækið tekur, er eðlilegt að Síminn beri áhættuna af því ef þau gögn sem lögð eru fram eru ekki fullnægjandi, sbr. H 1984:1126. PFS mátti vænta þess að innan Símans væru til gögn sem studdu þá hækkunar tilkynningu sem fram koma, sérstaklega átti það við um hækkun á aðgangsgjaldi í föstu forvali, en þar var um að ræða hækkun sem átti sér enga hliðstæðu í Evrópu. Þá skiptir og máli í þessu samhengi að gjöldin áttu að taka gildi 1. janúar 2006.

Í kæru Símans er látið að því liggja að ein meginröksemd PFS fyrir synjum á samþykki hækkunar samtengigjalda sé sú að engin gögn hafi verið lögð fram sem sýna kostnað við veitingu þeirrar þjónustu sem boðuð var hækkun á. Slíkt er fjarri lagi. Umfjöllun PFS snérist fyrst og fremst um þann “benchmark” samanburð sem Síminn rökstuddi hækkunarbeiðni sína með og vísast til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun um einstaka liði hækkunarinnar.

PFS getur tekið undir það sjónarmið Símans að “benchmark” samanburður er mun vægari úrræði, en sú aðferð, að félagið sanni með ítarlegum kostnaðarútreikningum að gjöldin byggi á kostnaði að viðbættri hæfilegri álagningu. Hins vegar í ljósi þess að sá samanburður sem Síminn skilaði inn til PFS sem röksemd fyrir hinum breyttu samtengigjöldum stóðst enga skoðun, sbr. hina kærðu ákvörðun er einfaldlega í rökstuðningi PFS verið að benda á þá staðreynd að enginn gögn hafi verið lögð fram úr bókahaldi Símans sem sýndu kostnað við veitingu á þeirri þjónustu sem boðuð var hækkun á. Slíkt hlýtur að hafa verið eðlilegt sérstaklega í ljósi þess að sú hækkun sem farið var fram á var umfram þá hækkunarþörf sem samanburður Símans gaf tilefni til, reyndar má allt eins halda því fram að samanburðurinn gefi tilefni til að samtengigjöld innan fastanets Símans lækki frá því sem nú er.

⁷ Sjá skýringarrit Páls Hreinssonar um stjórnsýslulögin, bls. 115-116

Eftir stendur því að svo virðist sem Síminn hafi boðað umræddar hækkanir án þess að fram hafi farið nein skoðun á því innan fyrirtækisins hvort þessar hækkanir byggðu yfir höfuð á einhverjum hlutlægum forsendum, samanburður við erlend samtengiverð stóðst t.d. ekki, þá virðist Síminn ekki hafa nein gögn tiltæk sem styðja hækkun umfram þann samanburð sem Síminn lagði fram.

Þá er einnig rétt að benda á að ekkert í fjarskiptalögum bannar það að Síminn komi með nýja tilkynningu um hækkun á þeim gjöldum sem PFS hafnaði að samþykka. Leiða má líkum að því að ef Síminn hefði samanburðarhæft “benchmark” eða einhver gögn úr bókhaldi sem styddu umrædda hækkunarbeiðni að Síminn hefði nú þegar gripið til þess úrræðis og tilkynnt inn á ný til PFS breytingar á umdeildum samtengingarverðum.

Um skort á kostnaðarútreikningum

Í kæru Símans er vikið að því að með öllu ómögulegt hafi verið að framkvæma kostnaðargreiningu innan þess skamma frest sem PFS gaf Símanum til að skila inn rökstuðningi fyrir hinum breyttu samtengigjöldum. Jafnframt er því haldið fram að í ákvörðun PFS sé byggt á að skortur á slíkum upplýsingum hafi leitt til þess að PFS hafnaði umræddri hækkunartilkynningu. Ekkert er fjarri sannleikanum eins og rakið er í ákvörðun PFS tók stofnunin þann “benchmark” rökstuðning sem Síminn lagði fram til efnismedferðar og varð það niðurstaða PFS að sá rökstuðningur gæti ekki notast sem grundvöllur undir þær hækkanir sem boðaðar voru, engin breyting varð því á þeirri stjórnarsýsluframkvæmd sem allt frá 1999 hafði gilt um samtengingargjöld í fastaneti og því engin ástæða til að tilkynna Símanum um breytingar á stjórnarsýsluframkvæmd. Réttmætar væntingar Símans eins og það er orðað í kærinni um að áfram væri hægt að styðjast við samanburðar rökstuðning voru því að öllu leyti uppfylltar. Þær væntingar Símans hljóta hins vegar að takmarkast af þeirri staðreynd að gögnin gefi tilefni til að hægt sé að fallast á rökstuðning Símans.

Þetta hlýtur Símanum að hafa verið ljóst þegar hann skilaði inn rökstuðningi fyrir hækkunartilkynningunni. Í ljósi þess hefði Síminn átt að gera sér grein fyrir því að gögn úr bókhaldi sem sýndu hærri kostnað fyrir umrædda þjónustu en sá samanburður sem Síminn lagði fram hefðu getað stutt kröfu fyrirtækisins þar sem verðsamanburðurinn gerð það ekki. Á þessa staðreynd er einfaldlega bent í ákvörðun PFS.

Varðandi þá málsástæðu Símans að PFS hefði átt að gera Símanum grein fyrir hvaða afleiðingar það hefði ef Síminn skilaði ekki inn gögnum, þá leiðir það af eðli máls að ef fyrirtæki skila ekki inn fullnægjandi rökstuðningi fyrir þeim gjöldum sem þau sjálf bera sönnunarbyrði fyrir samkvæmt lögum, þá leiðir það til þess að beiðni er hafnað. sjá einnig til hliðsjónar H 1984:1126.

3.2. Andmælaireglan og meðalhófsreglan

Hér á landi hefur verið miðað við að Síminn sem félag með umtalsverða markaðshlutdeild geti rökstudd þau gjöld sem fyrirtækið tekur með tvennum hætti. Í fyrsta lagi með “benchmark” aðferðarfræði sem er þá samanburður við sambærileg verð annars staðar. Í öðru lagi með því að skila inn kostnaðarútreikningum fyrir þeim verðum sem tekin eru í netinu.

Í kæru Símans er því m.a. haldið fram að PFS hafi brotið gegn andmælaireglu 13. gr. stjórnarsýslulaga, þar sem Símanum hafi ekki verið gefinn kostur á tjá sig um fyrirhugaðar breytingar á stjórnarsýsluframkvæmd, sem Síminn telur að hin kærða ákvörðun byggji á.

Sannleikurinn er hins vegar sá að Símanum var gefinn kostur á að skila inn rökstuðningi fyrir þeim hækkunum sem fyrirtækið hafði tilkynnt á samtengigjöldum. Síminn skilaði inn “benchmark” samanburði við “sambærileg gjöld annars staðar.

Síminn kýs hins vegar að gera mikið úr hinni svokölluðu breyttu stjórnsýsluframkvæmd eins og lögmaður Símans kýs að kalla það. Staðreyndin er hins vegar sú að í raun varð engin breyting á stjórnsýsluframkvæmd. Í hinni kærðu ákvörðun er eingöngu bent á þá staðreynd að Síminn hafði ekki lagt fram nein gögn úr bókhaldi fyrirtækisins sem sýndu kostnað við veitingu á þeirri þjónustu sem boðuð var hækkun á. Slíkt hlýtur að vera eðlileg krafa og þá sérstaklega í ljósi þess að sá samanburður sem Síminn rökstuddi hækkunina með stóðst engan veginn þær kröfur sem eðlilegt er að gera til slíks samanburðar. Í öllum tilvikum er það svo augljóst að jafnvel Síminn hlýtur að hafa haft efasemdir um réttmætti þess samanburðar sem lagður var á borð fyrir PFS.

Í kærnu Símans er jafnframt vikið að því að stofnunin hafi brotið andmælarétt á Símanum með því að gera kröfu til svæðisskiptingar og vísar í kafla 2.4.2.1 í ákvörðuninni. Í þessum kafla er einungis bent á þá staðreynt að hér á landi er einungis boðið upp á “tandem” samtengingu. Í þeim erlendu samanburðartölum sem fylgdu með rökstuðningi Símans, eru notuð “local” og “tandem” gjöld á víxl og af þeim dregin ályktun hver samtengigjöld Símans eigi að vera. Um þetta segir í úrskurði PFS:

“PFS dregur ekki í efa að kostnaður Símans eykst við það að símtöl þurfa að fara langa leið og þá oft fram og til baka í kerfi Símans. PFS álitur hins vegar að ef taka eigi upp herra gjald fyrir aðgangstengingu í föstu forvali en almennt gildir fyrir aðgang (e. origination), þá þurfi Síminn um leið að bjóða upp á samtengingu þar sem mið yrði tekið af svæðisskiptingu. Með öðrum orðum, þá getur Síminn ekki látið önnur fjarskiptafyrirtæki bera hallann af því að fyrirtækið býður ekki upp á svæðisskipta (staðbundna) samtengingu, sbr. 1. mgr. 5. gr. reglna um viðmiðunartilboð um samtengingu nr. 94/2002. Viðsemjendur Símans þurfa, ef breyting verður gerð á aðgangsgjöldum, að hafa um það val hvort þeir tengjast við Símann um staðbundna stöð, þar sem gjaldskrá fyrir samtengingu yrði væntanlega lægri ef tekið er mið af erlendri framkvæmd, eða þeir tengjast skiptistöðvum eins og nú er boðið upp á og þurfa þá hugsanlega að greiða hærri samtengigjöld fyrir þau símtöl sem fara út fyrir “þjónustusvæði” sírstöðvarinnar.”

Í kafla 2.4.2.2. er nánar fjallað um samanburð Símans:

Eins og fram kom í kafla 2.4.2.1. er það álit PFS að ef tekin verða upp hærri samtengigjöld fyrir aðgangstengingu í föstu forvali, þurfi Síminn jafnframt að bjóða upp á staðbundna samtengingu. Í þeim samanburði sem fylgdi með rökstuðningi Símans eru tíunduð verð innan svæðis og utan svæðis hjá þeim fyrirtækjum sem Síminn kaus að bera sig saman við. Ófrávíkjanlegt er að samtengiverð er lægra innan svæðis en utan svæðis. Síminn kýs að miða við verð sem í gildi er vegna samtengingar utan svæðis og leggur jafnframt til verð sem er nokkuð fyrir ofan hæsta verð í samanburðarhópnum. Með hliðsjón af því að ekki er boðið upp á staðbundna samtengingu getur PFS ekki fallist á að Símanum sé heimilt að hækka gjaldskrá fyrir aðgangstengingu í föstu forvali.

Líta verður til þess að um “blandaða” umferð er að ræða hjá Símanum sem öll fer í gegnum sama samtengipunktinn í gegnum skiptistöð Símans í Miðbæ eða Múla. Til samanburðar þá fer umferð erlendis annað hvort í gegnum svæðisbundna stöð eða skiptistöð. Þá má leiða að því líkur að það gjald sem Síminn tekur nú fyrir aðgang sé einhverskonar meðalverð, þar sem tekið er tillit til samtengingar í gegnum staðbundnar stöðvar, skiptistöðvar og hugsanlega milli skiptistöðva. (e. local, single tandem og double tandem). Meðalverð fyrir þessa “blönduðu” umferð ætti líklega að

vera eitthvað lægra en það verð sem Síminn er að miða við hjá erlendu fyrirtækjunum sem fer eingöngu í gegnum skiptistöðvar. Í ljósi þessa þá er það álit PFS að ef ætlunin er að hækka gjöld fyrir einhverja tiltekna leggi, í þessu tilviki aðgangsgjöld fyrir fast forval, þá kallar sú ráðstöfun á að skoða verður samtengigjöld Símans í fastanetinu í víðara samhengi.

Hér er einungis verið að fjalla um það að Síminn getur ekki með alls óskyldum “benchmark” samanburði rökstudd hækkunarbeiðni á aðgangsgjöldum í föstu forvali, án þess að bjóða um leið upp á aðra möguleika þegar kemur að samtengingarpunktum. Engin bein krafa er gerð til þess að Síminn bjóði upp á svæðisskiptingu í ákvörðun PFS eins og Síminn lætur liggja að í ákvörðun sinni og þ.a.l. engin andmælaréttur brotinn á Símanum.

3.3. Jafnræðisreglur laga um Póst- og fjarskiptastofnun, stjórnarsýslulaga og stjórnarskrár-lögmætisreglna –26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999

Í kærú Símans er lagt út frá eftirfarandi fullyrðingu í hinni kærðu ákvörðun:

“Vodafone hefur ekki verið útnefnt sem félag með umtalsverða markaðshlutdeild”

Í ákvörðun PFS er verið að fjalla um gjöld sem tilheyra fastanetsmarkaðinum, Síminn rökstuddi gjaldskrárhækkun sína m.a. með því að eðlilegt væri að miða við þau gjöld sem Vodafone tæki í fastaneti sínu. Í ákvörðun PFS er eingöngu verið að benda á þá staðreynd að Vodafone hefur ekki verið útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild á viðkomandi markaði og því óeðlilegt að Síminn gæti rökstudd hækkunartilkynningu sína með vísun í þau gjöld sem Vodafone tekur fyrir sambærilega þjónustu. Hið tilvitnaða orðalag ber því að skoða í ljósi þess samhengis sem það er sett fram í og því mótmælir PFS því að fullyrðingin sé efnislega röng.

Um útnefningu Og fjarskipta sem félags með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaðinum.

Með ákvörðun úrskurðarnefndar þann 21. október 2003 var Og fjarskipti útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

Í ákvörðun PFS þann 15. júlí 2003 er fjallað um samtengingarmarkaðinn í kafla 2.3. Um umfang markaðarins segir eftirfarandi:

“Samkvæmt ONP COM99-03 kafla 5.5, samanstendur þjónustumarkaðurinn sem meta þarf í þessu sambandi, af heildartekjum allra fastanetrekenda og farsímarekenda af endagjöldum símtala. Meðtalin eru símtöl sem eiga upphaf í sama neti. Einnig eru taldar með ef við á heildartekjur allra fastanetrekenda af samtengingargjöldum af leigulínum. Til þessa flokks teljast aðeins leigulínur sem notaðar eru til þess að veita endanotendum almenna talsímabjónustu. Aðilar voru beðnir um að upplýsa hvort þessi þáttur ætti við hér á landi og ef svo væri hvaða tekjur þeir hefðu af þessari starfsemi. Hvorugur aðila lagði fram upplýsingar sem bentu til þess að leigulínur væru notaðar í þessum tilgangi hér á landi”

Í kafla 2.3.3. var fjallað um útreikninga á hlutdeild og þar segir:

“Beitt var sömu aðferð og við útreikning á hlutdeild á markaði fyrir farsímanet og farsímaþjónustu þ.e.a.s. að mínútuþjöldi var margfaldaður með endagjöldum. Til heildarmarkaðarins reiknast allar mínútur sem enda í fastanetum og farsímanetum á landinu. Sú stærð sem er til skoðunar er hlutdeild farsímaneta Og fjarskipta á heildarsamtengimarkaðnum. Niðurstöður útreikningar er að finna í eftirfarandi töflum:

Tafla 3. Hlutdeild á samtengingarmarkaði. Maí 2002-apríl 2003:

	maí.02	jún.02	júl.02	ágú.02	sep.02	okt.02	nóv.02	des.02	jan.03	feb.03	mar.03	apr.03
Siminn fastanet	12-16%	11-15%	10-14%	10-14%	11-15%	12-16%	11-15%	11-15%	12-16%	11-15%	11-15%	10-14%
Siminn GSM	51-55%	51-55%	52-56%	51-55%	50-54%	50-54%	48-52%	48-52%	47-51%	48-52%	48-52%	48-52%
Siminn NMT	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%
Halló	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%	0-2%
Fastanets Íslandssíma	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%	0-4%
Fastanets TALS	0-3%	0-3%	0-2%	0-3%	0-2%	0-3%	0-2%	0-2%	0-3%	0-3%	0-3%	0-3%
GSM kerfi Íslandssíma	3-7%	3-7%	4-8%	4-8%	4-8%	4-8%	6-10%	7-11%	7-11%	7-11%	8-12%	8-12%
GSM kerfi TALS	21-25%	22-26%	22-26%	23-27%	23-27%	22-26%	22-26%	23-27%	22-26%	22-26%	21-25%	22-26%
Samtals OG fjarskipti GSM	27-31%	28-32%	28-32%	29-33%	29-33%	29-33%	30-34%	32-36%	31-35%	31-35%	30-34%	32-36%
Samtals	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Tafla 4. Hlutdeild á samtengingarmarkaði. Meðaltal fyrir maí 2002-apríl 2003:

Siminn fastanet	11-15%
Siminn GSM	49-53%
Siminn NMT	0-4%
Halló	0-2%
Fastanets Íslandssíma	0-4%
Fastanets TALS	0-2%
GSM kerfi Íslandssíma	5-9%
GSM kerfi TALS	22-26%
Samtals OG fjarskipti GSM	30-34%
Samtals	100%

Niðurstöður útreikninga benda til þess að fyrir samruna Tals og Íslandssíma hafi hvorugt félagið verið með yfir 25% hlutdeild. Efri mörk hlutdeildartalna Tals liggja að vísu flesta mánuði fyrir ofan 25% viðmiðið, en meðaltalið er að jafnaði fyrir neðan. Hlutdeild Íslandssíma fyrir samruna er langt undir 25%. Við samruna fer samanlögð hlutdeild yfir viðmiðunarmörk og er í apríl 2003 á bilinu 32-36%, en ef miðað er við 12 mánaða tímabil er hún að meðaltali á bilinu 30-34%.”

Á bls. 11. í ákvörðun nefndarinnar er gert grein fyrir málsástæðum PFS um hlutdeild á markaði, þar segir:

“Í flestum tilvikum beri að meta hlutdeild viðkomandi félags á markaði sem innihaldi eina tegund þjónustu, s.s. markaði fyrir almenna talsímaþjónustu, markaði fyrir leigulínur og markaði fyrir farsímaþjónustu. Þegar komi að því að skera úr um skyldu farsímanetrekanda til þess að bjóða samtengingjöld á kostnaðartengdu verði kveði lögin svo á í 1. tl. 1. mgr. 26. gr. að skoða skuli hlutdeild á samtengingarmarkaðnum, en þar er átt við markað allra samtenginga á landsvísu hvort sem þær séu í farsímanetum eða fastlínunetum. Þessi skilningur komi einnig fram í 2. mgr. 7. gr. tilskipunar nr. 97/33/EC og í ONP COM 99-03 leiðbeiningarriti framkvæmdastjórnar ESB sem gefið sé út til útskýringar á markaðsgreiningarreglum tilskipunarinnar og hafi verið lagt til grundvallar við mat

stofnunarinnar. Þarna sé vikið frá hefðbundnum markaðsskilgreiningaraðferðum samkeppnisréttar og öllum samtengingum steipt saman í einn markað, án tillits til þess hvort um sambærilega þjónustu sé að ræða. Rekur PFS að það sé rétt að hafa í huga að löggjafinn hafi með þessu ákveðið að ofangreindar aðferðir skyldi viðhafa við skilgreiningu á þessum markaði og við mat á umtalsverði markaðshlutdeild á markaðnum. Það sé því haldlítið að vísa til almennra reglna og kenninga í samkeppnisrétti þegar þær séu ekki í samræmi við sett lagaákvæði í fjarskiptalögum.”

Síminn reifaði sjónarmið um að hver netrekandi væri markaðsráðandi í sínu eigin neti en þeim sjónarmiðum var hafnað af hálfu nefndarinnar.

Í niðurstöðum nefndarinnar var því fallist á þá aðferðarfræði sem PFS lagði til grundvallar við að finna út markaðshlutdeild einstakra neta á samtengingarmarkaðinum, þegar kemur að umfjöllun um farsímahluta OG fjarskipta kemur eftirfarandi fram hjá nefndinni: “Hér liggur fyrir að markaðshlutdeild OGF á samtengingarmarkaði er a.m.k. 30-34% miðað við 12 mánaða tímabil frá maí 2002 til apríl 2003, sbr. tafla 4 í hinni kærðu ákvörðun.” (bls. 19. í úrskurði nefndarinnar). Í þeirri töflu sem nefndin vísar hér til er gefið yfirlit yfir markaðshlutdeild allra neta sem töldust til samtengingarmarkaðsins. Vísað er í niðurstöðutölur er varða OG fjarskipti GSM. Enda tilgangurinn að finna út hvort OG fjarskipti væri skyldugt til að bjóða endagjöld í farsímaneti fyrirtækisins á kostnaðarverði.

Af framansögðu leiðir að úrskurður nefndarinnar hafði þann eina tilgang að meta markaðshlutdeild farsímaneta OG fjarskipta og þá í framhaldi af þeirri niðurstöðu hvort félagið bæri skyldu til að bjóða lúkningargjöld í farsímanetinu á kostnaðarverði, sbr. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. þágildandi fjarskiptalaga.

Fráleitt er að halda því fram að fastanet með hlutdeild upp á 0-4% á heildarsamtengimarkaðinum hafi umtalsverða markaðshlutdeild í skilningi 24. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999, enda talað þar um að fyrirtæki þurfi að hafa 25% hlutdeild ákveðins hluta fjarskiptamarkaðar í greininni til að verða útnefnd.

Þessu til viðbótar leiðir einföld textaskýringa á 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999, til þess að aðeins fyrirtæki sem starfrækja almenn fjarskiptanet og/eða almenna fjarskiptaþjónustu á sviði talsíma í fastaneti og leigulína og njóta umtalsverðrar markaðshlutdeildar skulu uppfylla öll þau skilyrði sem fram koma í töluliðum 1-3. Og fjarskipti hefur aldrei verið útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á þeim mörkuðum sem hér eru taldir upp.

Þá er einnig rétt að vekja athygli á eftirfarandi ummælum í kærðu Símans: “Þannig hefur stofnunin til að mynda ekki upplýst af hvaða ástæðum ekki hafi verið krafist útgáfu viðmiðunartilboðs Og Vodafone vegna lúkningargjalda í farsíma, sbr. ótvíræð skylda PFS þar um á grundvelli 2. tl. 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999.”⁸

Eins og rakið er hér að ofan hvílir skylda til útgáfu viðmiðunartilboðs eingöngu á fastanetsfyrirtækjum, GSM hluti Símans gaf t.d. ekki út viðmiðunartilboð á grundvelli eldri fjarskiptalaga, enda aldrei talið að slík skylda væri fyrir hendi samkvæmt íslenskum fjarskiptalögum, sbr. einnig 2. gr. reglna um viðmiðunartilboð um samtengingu, nr. 94/2002, þar sem talið er upp með tæmandi hætti hverjir skuli birta viðmiðunartilboð, farsímafyrirtæki eru ekki talin þar upp.

⁸ Kæra Símans, bls. 7

Samkvæmt framansögðu hafði útnefning Og fjarskipta sem félags með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaðinum þau einu réttaráhrif að farsíma hluti félagsins var skyldaður til að bjóða samtengigjöld inn í farsímanet fyrirtækisins á kostnaðartengdu verði. Eins og fram kemur í bréfi PFS dags. 25. janúar 2006 var Vodafone gert að sýna fram á kostnað fyrir lúkningu símtala inn í farsímanet fyrirtækisins. Því máli lauk með ákvörðun PFS þann 15. júlí 2004.

Í útskrift af heimasíðu Cullen sem merkt er fylgiskjal 6 má sjá yfirlit yfir þau fyrirtæki í löndum Evrópusambandsins sem skylduð eru til að gefa út viðmiðunartilboð (RIO). Af yfirlitinu má sjá að þegar kemur að RIO sem tilheyrir fastanetsmarkaðinum að eingöngu er um fyrrum einkaréttarhafa að ræða. Enda algerlega óþekkt samkvæmt því regluverki sem var í gildi fyrir gildistöku núverandi laga að önnur fyrirtæki en fyrrum einkaréttarhafar væri skylduð til að gefa út viðmiðunartilboð um samtengingu í fastaneti. Vandséð er að einhverjar aðrar reglur eigi að gilda um slíkt hér á landi eins og Síminn hefur haldið fram.

PFS getur þ.a.l. ekki fallist á með Símanum að stofnunin hafi misbeitt valdi sínu á nokkurn hátt, né brotið jafnræðisreglu laga um Póst- og fjarskiptastofnun, stjórnarsýslulaga, né stjórnarskrár, eins og látið er liggja að í kærnu Símans.

4. Lokaorð

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

Um frekari málatilbúnað PFS vísast til hinnar kærðu ákvarðanar frá 25. janúar, til ákvörðuninnar frá 4. janúar og annarra gagna er lögð hafa verið fyrir nefndina.

4.0 Niðurstaða.

Í ákvörðun sinni hafnar PFS þremur breytingum á gjaldskrá Símans hf. Það er nýtt tengigjald fyrir umflutning, hækkun kvöld-, nætur- og helgidagataxta og aðgangstengingu í föstu forvali.

Að mati PFS studdu verðdæmi Símans hf. samkvæmt “benchmark” aðferðinni ekki hækkun á kvöld-, nætur- og helgidagataxta eða aðgangstengingu í föstu forvali. PFS dró hinsvegar ekki í efa að tengigjald fyrir umflutning tókðaðist hjá þeim fyrirtækjum sem Síminn hf. bar sig saman við en taldi óeðlilegt að heimila þetta gjald sem nú væri til meðferðar hjá stofnuninni svonefnt RIO sem er viðmiðunarverðskrá Símans hf. Bæri því að skoða það í samhengi við önnur gjöld.

Síminn hf. telur PFS hafa brotið gegn stjórnarsýslulögum með ákvörðun sinni. Eins og nánar er útlitað í málatilbúnaði Símans hf. telur félagið stofnunina hafa brotið rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, leiðbeiningarskyldu þá er felst í 7. gr. sömu laga, brotið gegn andmælarétti 13. gr. stjórnarsýslulaganna og almennri meðalhófsreglu 12. gr. laganna.

Þá er það álit Símans hf. að PFS hafi meðvitað og endurtekið beitt eftirlits- og rannsóknarheimildum sínum af meiri þunga gagnvart Símanum hf. en helsta samkeppnisaðila þeirra, Og Vodafone hf. Síminn hf. telur að vanræksla

stofnunarinnar á því að sjá til þess að öll fyrirtæki sem útnefnd hafa verið með umtalsverða markaðshlutdeild hlýti sömu reglu leiði til þess að hin kærða ákvörðun sé ógildanleg sökum brots á jafnræðisreglu 11. gr. stjórnslaganna nr. 37/1993 og 65. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sjá einnig dóm Hæstaréttar í máli nr. 451/1998.

Hvað varðar rannsóknarreglu 10. gr. og leiðbeiningarskyldu 7. gr. sem um margt fara saman vill nefndin ítreka það að stjórnvald getur ekki beitt sönnunarreglum í stað rannsókna og jafnvel þó að sönnunarbyrði hvíli á borgaranum, þ.e. Símanum hf. í þessu máli, ber PFS að gera aðila viðvart þegar upplýsingar vantar og þá hvaða upplýsingar það eru og hver séu réttaráhrif þessa skorts. Þetta á sér í lagi við þegar slíkur skortur á upplýsingum er beinlínis ákvörðunarástæða þess að tekin er íþyngjandi ákvörðun.

Það er mat nefndarinnar að enda þótt að svo kunni að vera að ýmislegt hefði betur mátt fara í meðferð málsins hafi ekkert komið fram sem ógildir ákvörðun PFS hvað varðar kvöld-, nætur- og helgidagataxta og aðgangstengingu í föstu forvali. Það sjónarmið stofnunarinnar að ekki hafi komið fram nægilegur rökstuðningur fyrir þessum hækkunum verður að teljast réttmætt og virðist sem gögn þau sem lögð voru fram undir “benchmark” aðferðinni nægi ekki til þess að renna stoðum undir nauðsyn á þeim hækkunum sem Síminn hf. áformaði.

Hið nýja umflutningsgjald sem Síminn hf. vildi taka upp var hinsvegar stutt með nægilegum rökum og hefur því ekki verið mótmælt af hálfu PFS að slíkt gjald sé tekið í þeim löndum sem Síminn hf. ber sig saman við. Í ljósi þess verður ekki talið að rökstuðningur PFS til þess að hafna því gjaldi sé nægilegur. Verður ekki séð að rök standi til þess að Símanum hf. sé meinað að taka slíkt gjald. Símanum hf. telst heimilt að taka gjald þetta og sá hluti hinnar kærðu ákvörðuninnar sem beinist gegn umflutningsgjaldi Símans hf. er því felldur úr gildi.

Hvað varðar umfjöllun Símans hf. um útnefningu Og Vodafone hf. sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild telur nefndin ekki tilefni til þess að taka efnisafstöðu hér um skyldur félagsins. Hvorki liggja fyrir nægilegar upplýsingar né hefur verið sýnt fram á að staða Og Vodafone hf. hafi haft úrslitaáhrif á ákvörðun PFS. Krafa Símans hf. um að leggja fyrir PFS að gæta jafnræðis hér eftir við beitingu eftirlitsheimilda sinna gagnvart fyrirtækjum sem útnefnd hafa verið með umtalsverða markaðshlutdeild telst ekki nægilega reifuð til þess að taka efnisafstöðu til hennar í þessu máli.

5.0 Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar er staðfest að öðru leyti en því að Símanum hf. er heimilt að hækka umflutningsgjald á samtengimarkaði úr 0,00 kr í 0,15 kr.

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

Reykjavík, 10. apríl 2006

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.