

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Föstudaginn 3. mars 2006 er Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 2/2006.

Síminn hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf., dags. 10. janúar 2006, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 22. desember 2005, vegna umsóknar Símans hf. um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu.

Af hálfu Símans hf. er þess krafist að úrskurðarnefndin felli hina kærðu ákvörðun alfarið úr gildi og leggi jafnframt fyrir PFS að ákvarða um kostnað vegna alþjónustukvaða á grundvelli umsókna Símans hf., dags. 14. október og 17. nóvember 2004.

PFS krefst þess að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 22. desember 2005.

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

Munnlegur málflutningur fyrir nefndinni var að Vegmúla 2, Reykjavík, miðvikudaginn þann 14. febrúar 2006. Mættir voru þar fyrir hönd Símans hf. Páll Ásgrímsson hdl. og fyrir hönd PFS Friðrik Pétursson. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær og svöruðu spurningum nefndarmanna. Að loknum málflutningi var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

1.0 Málavextir.

Í stuttu máli eru málavextir þannig að með bréfi, dags. 14. október 2004, sendi Síminn hf. til PFS umsókn um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu. Um var að ræða tvær aðskildar beiðnir, annars vegar endurgreiðslu á kostnaði við fjárfestingar árin 2000-2003 vegna þeirrar kvaðar að bjóða öllum landsmönnum upp á gagnaflutningsþjónustu allt að 128 Kb/s og hins vegar vegna mikils kostnaðar árið 2003 við rekstur og fjárfestingar notendalínukerfis á Vestfjörðum. Alls var óskað eftir framlagi að fjárhæð 681.912.916 kr. sem greiddast áttu með jöfnum greiðslum í 5 ár, eða 185.248.581 kr. á ári, vegna kvaðar um 128 Kbit/sek gagnaflutnings. Vegna notendalínukerfisins á Vestfjörðum var upphaflega óskað eftir framlagi upp á 52.992.861 kr.

PFS svaraði með bréfi, dags. 9. nóvember 2004 og jafnframt fylgdi með minnisblað sem bar yfirskriftina “Umræðuskjal um hvernig reikna skuli kostnað vegna alþjónustu” Fyrsti kafli skjalsins bar yfirskriftina: “Réttur til alþjónustu og hugleiðingar um hvernig rétt er að reikna út kostnað vegna alþjónustu”

Skjal þetta var sett fram sem umræðuskjal og hugleiðingar PFS um hvernig rétt væri að standa að útreikningum á kostnaði Símans hf. vegna alþjónustu. Aðilar málsins voru ósammála strax á upphafstigum málsins um hvort skuli miða við “net cost” aðferðina í útreikningum varðandi kostnað Símans hf. við að veita alþjónustu. PFS taldi að aðferðin rúmaðist innan þess lagaramma sem gildi á tíma ákvörðuninnar en að mati Símans hf. var ekki lagastoð fyrir beitingu hennar.

“Net cost” aðferðafræði miðar að því að leggja ekki einungis mat á beint fjárhagslegt tjón fyrirtækisins af hallarekstri, heldur skal einnig taka tillit til ófnislegs eða óbeins hagnaðar sem fyrirtækið hefur að því að vera alþjónustuveitandi. Visast annars í fylgiskjöl og gögn PFS hvað varðar nánari útlistun á reikniáðferðum “net cost” aðferðarinnar.

Í bréfi PFS var enn fremur bent á að þeir teldu ekki hægt samkvæmt lögum um fjarskipti að sækja um framlög aftur í tímann eins og gert var í umsókninni fyrir 128 Kb/s gagnaflytningþjónustu né hægt að sækja um framlag vegna reksturs notendalínukerfis á Vestfjörðum einu og sér því að framlög eru veitt vegna talsímaþjónustu á grundvelli alls kostnaðar og tekna af þjónustunni en ekki vegna einstakra neta sem nýtt eru fyrir þjónustuna.

Í endurnýjaðri umsókn til PFS, dags. 17. nóvember 2004, sótti Síminn hf. um framlag að upphæð 34.527.982 kr. vegna reksturs almennrar talsímaþjónustu árið 2005. Einnig var sótt um framlag að upphæð 135.609.403 kr vegna 128 Kb/s gagnaflytningþjónustu á árinu 2005 en heildarkostnaðurinn er um 694 m.kr.

Þessum umsóknum var svarað með bréfi PFS, dags. 8. desember 2004, þar sem m.a. kom fram að fram þyrfti að fara miklu ítarlegri greining á kostnaði og tekjum hf. Símans sem og mat á hinum ófnislegu þáttum í samræmi við “net cost” aðferðarfræðina.

Aðilum ber ekki saman um innbyrðis samskipti þeirra næstu mánuðina en þó liggur fyrir að Páll Ásgrímsson hdl., starfsmaður Símans hf. ritaði þann 7. júní 2005 tölvupóst til PFS og var fáttað um svör við þeim pósti. Þann 7. október 2005 funduðu aðilar í húsakynnum PFS. Enn voru menn ekki á eitt sáttir um hvaða aðferð skyldi notuð til þess að reikna út kostnað Símans hf. og fór í hönd vinna PFS sem lauk með bréfi til Símans hf. þann 21. nóvember árið 2005.

Þann 21. 2005 desember kærði Síminn hf. drátt PFS í þessu máli til úrskurðarnefndar fjarskipta og taldi dráttinn jafngilda höfnun á umsókn fyrirtækisins. Daginn eftir, þann 22. desember 2005, lá þó fyrir ákvörðun PFS í málinu. Hafnaði stofnunin umsókn Símans hf. um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu. Síminn hf. dró þá fyrri kæru sína til baka en kærði þess í stað hina nýju ákvörðun PFS. Kæra Símans hf. er dagsett þann 10. janúar 2006 og er hún til umfjöllunar í þessu máli.

Um frekari útlitun á málavöxtum vísast í málsástæður aðila og þau fylgiskjöl sem lögð hafa verið fyrir nefndina frá báðum aðilum.

2.0 Málsástæður Símans hf.

Í kæru Símans hf., dagsettri þann 10. janúar 2006, eru settar fram málsástæður og lagarök fyrirtækisins. Fer sá hluti úr kæru þeirra orðrétt hér á eftir:

Efnisreglur

Umsókn Símans um framlög úr jöfnunarsjóði alþjónustu, dags. 14. október 2004, átti sér stoð í þágildandi 1. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Þar segir í lokamálslið að reglur um mat á kostnaði skuli birta í reglugerð um alþjónustu. Að öðru leyti eru löginn þögn um hvernig farið skuli við mat á umræddum kostnaði. Í greinargerð með frumvarpi til laganna er sérstaklega tekið fram að 2. mgr. 14. gr. gildandi laga hafi verið felld niður, en þar var lagt fyrir að beita sömu aðferðum við kostnaðarmat fyrir alþjónustu og til þess að finna kostnað við samtengingu neta og þjónustu. Síðan segir orðrétt í greinargerðinn: „Nú er ætlast til að aðferðir við mat á kostnaði verði skilgreindar í reglugerð sem mundi m.a. taka mið af IV. viðauka við alþjónustutilskipunina.“

Staðreyndin er hins vegar sú, að reglugerð um alþjónustu nr. 641/2000 hefur enn ekki verið breytt til samræmis við þennan vilja greinargerðarhöfunda. Þannig segir enn í 9. gr. reglugerðarinnar:

Sé þjónustan óhjákvæmileg að mati Póst- og fjarskiptastofnunar og verði ekki aflögð eða tryggð með öðrum hagkvæmari hætti, skal stofnunin gera úttekt á hagkvæmni rekstrarins, þ. á m. tekjum og gjöldum. Úttektin skal gerð í samræmi við viðurkenndar aðferðir, t.d. útreikninga á viðvarandi umframkostnaði. Við mat á kostnaði við alþjónustu skal beita sömu reglum og um samtengingu skv. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti.

Eftir stendur því, að einu reglum laga í víðri merkingu, um mat á kostnaði við að veita alþjónustu, er að finna í umræddri reglugerð. Alkunna er, að greinargerðir með lagafrumvörpum eru ekki lög eða ígildi laga. Því má ljóst vera, að hvað sem vilja greinargerðarhöfunda líður, hafa reglur um mat á kostnaði sem taka mið af IV. viðauka við alþjónustutilskipunina ekki verið settar í íslensk lög. Þvert á móti eru einu haldbæru fyrirmæli um mat á kostnaði þau, að beita skuli sömu reglum og um samtengingu skv. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999, um fjarskipti, sbr. fyrirnefnd 9. gr. reglugerðar um alþjónustu. Á meðan þessi ákvæði reglugerðarinnar ganga ekki í berhögg við ákvæði settra laga ber að leggja þau til grundvallar.

Þarna er komið að kjarna ágreinings Símans og Póst- og fjarskiptastofnunar. Það er einmitt í IV. viðauka alþjónustutilskipunar nr. 2002/22/EC, sem hina svokallaða „net cost“ reglu er að finna. Í reglunni felst að taka eigi mið af markaðsávinningi alþjónusturekandans við útreikning á kostnaði hans við að veita alþjónustu. Þessa reglu var hvergi að finna í íslenskum lögum á því tímabili sem umsókn Símans nær til. Reglugerð var, sem fyrr segir aldrei breytt í þessu skyni. Því skortir alla lagastoð fyrir beitingu reglunnar vegna umsóknarinnar. PFS féllst raunar á þetta í umræðuskjali

sem fylgdi bréfi stofnunarinnar, dags. 9. nóvember 2004. Þar segir orðrétt efst á bls. 2 í kjölfar tilvísunar til viðauka IV við alþjónustutílskipunina:

„...Ljóst er því að á meðan nógildandi reglugerð hefur ekki verið breytt í samræmi við þennan viðauka að nokkur réttaróvissa mun ríkja um hvernig reikna eigi út kostnað vegna alþjónustu.“

Þegar svo stendur á, að stjórnvald telur réttaróvissu eða vafa ríkja um hvernig reikna eigi út kostnað vegna alþjónustu ber því að túlka þennan vafa umsækjandanum í hag og velja þá aðferð við útreikning sem minnst er íþyngjandi fyrir alþjónusturekandann. Val á verulega íþyngjandi útreikningsaðferð verður aldrei byggð á svo óskýrri lagastöð, sem hér um ræðir.

Stoð var ekki skotið undir nefnda „net cost“ reglu fyrr en með lögum nr. 78/2005. Í 3. gr. þeirra laga, sem breytir 1. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, er það nýmæli að við útreikning á kostnaði fyrir alþjónustu „skal m.a. taka mið af markaðsávinningi við að veita þjónustuna.“

Á grundvelli viðurkenndra lögskýringarsjónarmiða um lagaskil er ljóst að ekki verður byggt á hinu breytta ákvæði 1. mgr. 21. gr. við afgreiðslu umsóknarinnar frá 2004. Í hinni kærðu ákvörðun er enda ekki byggt á þessu heldur reynt að túlka regluna um markaðsávinning eftir á inn í ákvæði alþjónustureglugerðar. Slík lögskýring er ekki tæk, enda kveður 9. gr. reglugerðarinnar skýrt á um að beita skuli sömu reglum og um samtengingu. Reglum um markaðsávinning hefur fram til þessa aldrei verið beitt af PFS þegar kostnaður við samtengigjöld hefur verið reiknaður. Á fundi með PFS þann 12. nóvember 2004 kom heldur ekkert annað fram af hálfu PFS en að styðjast ætti við sömu útreikningsaðferðir og áður höfðu verið notaðar.

Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að því að skýra beri ákvæði alþjónustureglugerðar til samræmis við nógildandi IV viðauka alþjónustutílskipunar ESB. Jafnframt er vísað til dómafordæmis í máli framkvæmdastjórnar ESB gegn franska ríkinu, dags. 6. desember 2001 (mál C-146/00). Það leiðir hins vegar af meginreglu íslensks réttar um tvíeðli landsréttar og þjóðarréttar að ekki verður byggt á reglu þjóðarréttar sem ekki hefur verið innleidd með réttum hætti í landsréttinn. Rétt innleiðing reglunnar um markaðsávinning í íslenskan rétt átti sér, sem fyrr segir, ekki stað fyrr en með lögum nr. 78/2005. Nefndur IV viðauki og reglan um markaðsávinning skipta því engu við mat á umsókn Símans um framlag úr jöfnunarsjóði.

Formreglur

Á grundvelli 2. mgr. 21. gr. laganna, „skal stofnunin ákvarða kostnað vegna alþjónustukvaða“, berist henni slík umsókn. Um þetta segir í greinargerð með frumvarpinu sem varð að fjarskiptalögum „...er skylda stofnunarinnar takmörkuð við að reikna út kostnað vegna alþjónustukvaða.“

Nógildandi jöfnunargjald nemur 0,12% af bókfærðri veltu, sbr. 3. mgr. 22. gr. fjarskiptalaga. Í 2. ml. þeirrar mgr. segir orðrétt: „Skal fjárþörf vegna alþjónustu endurskoðuð árlega af Póst- og fjarskiptastofnun og niðurstaða þeirrar endurskoðunar ásamt tillögu um breytt gjaldhlutfall, ef þörf þykir, lögð fyrir samgönguráðherra.“ Í

athugasemdom í greinargerð frumvarpsins segir að gjaldhlutfallinu verði þó ekki breytt nema með lögum.

Af ofansögðum lagatilvísunum dregur Síminn þá ályktun, að eftir að hafa mótttekið umsókn Símans innan lögmæltis frests hafi skylda PFS staðið til að ákvarða kostnað vegna alþjónustukvaða með því að reikna hann út á grundvelli fyrirliggjandi upplýsingu. Lagaskyldan stendur einnig til að endurskoða fjárþörfina úrlega. Þar sem lagabreyting er nauðsynleg stóð lagaskylda stofnunarinnar til þess að skila samgönguráðherra tillögu um breytt gjaldhlutfall það tímanlega að slík tillaga gæti fengið þinglega meðferð á haustþingi 2004. Blasir við að slíkt var nauðsynlegt, enda tók umsókn Símans til fjárframlags á næsta ári, þ.e. frá og með 1. janúar 2005. Auk þess eru skýr ákvæði um fresti í reglugerð um alþjónustu nr. 641/2000. Skv. reglugerðinni skal umsókn um fjárframlag berast skriflega fyrir 15. október ár hvert. Síðan segir orðrétt í 3. mgr. 10. gr. reglugerðarinnar:

„Nú hefur Póst- og fjarskiptastofnun innan þeirra tímamarka sem kveðið er á um í 9. gr. fengið beiðni um fjárframlag vegna alþjónustu og skal hún þá eigi síðar en 15. nóvember gera grein fyrir fjárþörf jöfnunarsjóðs á næsta ári. Jöfnunargjald skal ákveðið með lögum í samræmi við fjárþörfina. Í lögunum skal tiltaka leyfilega álagningarprósentu sem miða skal við að tryggt verði að innheimt gjöld fullnægi fjárþörfinni....“.

Í hinni kærðu ákvörðun segir, að ein af grunnreglum íslensks stjórnisýsluréttar sé að mál séu nægilega vel upplýst áður en ákvörðun er tekin. Er þetta notað sem rökstuðningur fyrir áframhaldandi gagnaöflun PFS í málinu. Í skýringarriti Páls Hreinssonar um stjórnisýslulögin segir á bls. 107 að þegar mál byrja að frumkvæði málsaðila geti stjórnvald beint þeim tilmælum að hann veiti þær upplýsingar og leggi fram þau gögn sem nauðsynleg eru „og með sanngirni má ætla að hann geti lagt fram án þess að íþyngja honum of mikið.“

Af þessu tilefni skal þess getið að þegar á upphafsstigum málsmeðferðar áttu sér stað fundir og bréfaskipti milli Símans og PFS þar sem stofnunin setti fram sjónarmið um hvaða upplýsingar þyrftu fram að koma til að umsóknin teldist fullgild. Þannig sendi PFS bréf, dags. 9. nóvember 2004, þar sem stofnunin gaf Símanum kost á að útfæra umsóknina og koma að nauðsynlegum leiðréttingum og upplýsingum. Síminn varð við þessu og sendi inn nánar útfærða umsókn þann 17. nóvember 2004. Í bréfi PFS, dags. 8. desember 2004 taldi stofnunin að svo stöddu ekki unnt að taka til greina umsókn Símans og boðaði að á næstu vikum yrði þróað umræðuskjal og erlendir ráðgjafar kallaðir til. Ekkert varð úr þeim áformum.

Þrátt fyrir skýr lagafyrirmæli um fresti til að ákvarða kostnað Símans vegna alþjónustukvaða ritaði PFS Símanum næst tæpu ári síðar, með bréfi dags. 21. nóvember 2005. Hlýtur þessi töf að teljast ámælisverð, en PFS upplýsti Símann aldrei á þessu tæpa ári hvað olli töf eða hvenær ákvörðunar væri að vænta, sbr. ákvæði stjórnisýslulaga þar um. Í því bréfi sem loks barst var enn ekki bundinn endir á málið heldur farið fram á frekari upplýsingar frá Símanum með löngum spurningalistum. Upplýsingaöflunin byggði á, að við útreikning á framlagi til jöfnunarsjóðs alþjónustu, beri að styðjast við svokallað „net cost“ aðferð.

Það er mat Símans, að öll upplýsingaöflun sem byggist á „net cost“ aðferðinni skorti lagastöð og sé af þeirri ástæðu ólögæt. Um aðra upplýsingaöflun fer skv. 3. og 4. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, en þar er að finna í sérákvæði tæmandi talningu á heimildum PFS til upplýsingaöflunar í tengslum við úrvinnslu umsókna um framlög úr jöfnunarsjóði. Rannsóknarregla 10. gr. stjórnsýslulaga er síðan þessu sérákvæði til fyllingar. Samkvæmt 3. mgr. 21. gr. er PFS heimilt að krefjast þess að alþjónusturekandinn upplýsi nákvæmlega hvert rekstrartapið af starfseminni er og hvernig það sundurliðast. Þessu hefur Síminn þegar gert grein fyrir í umsóknum dags. 14. október og 17. nóvember 2004, en þar er nákvæm grein gerð fyrir rekstrartapi og sundurliðun þess. Jafnframt getur Póst- og fjarskiptastofnun krafist skýrslna löggiltra endurskoðenda eða falið slíkum aðila að gera úttekt á rekstrarafkomu á viðkomandi rekstrarsviði. Þá er Póst- og fjarskiptastofnun heimilt að krefjast aðgangs að bókhaldi við mat á kostnaði, sbr. 4. mgr. 21. gr. Þessar heimildir, sem stofnunin kaus ekki að nota, hljóta þó að sæta þeim takmörkunum, að vera nýttar innan þess frests sem PFS hefur skv. ákvæðum reglugerðar um alþjónustu til að undirbúa ákvörðun. Með vísan til almennra og sérstakra málshraðareglna hefur stofnunin því fyrirgert rétti sínum til frekari gagnaöflunar í máli þessu, enda hefur stofnunin þegar farið rúmu ári fram úr fresti skv. reglugerðinni. Þegar hin síðbúna upplýsingaöflun er virt heildstætt verður hún auk þess að teljast svo íþyngjandi, að ekki sé með sanngirni unnt að krefja Símann um þessi gögn.

Með vísan til alls ofangreinds ber úrskurðarnefndinni að fella hina kærðu ákvörðun alfarið úr gildi og leggja jafnframt fyrir Póst- og fjarskiptastofnun að ákvarða um kostnað vegna alþjónustukvaða á grundvelli umsókna Símans, dags. 14. október og 17. nóvember 2004.

Um frekari rökstuðning og nánari útlistun vísast til þeirra fylgiskjala sem Síminn hf. hefur lagt fram með umsókn sinni og bréfum til PFS, auk fylgiskjala með afturkallaðri kæru þeirra frá 21. desember og kæru þeirra frá 10. janúar.

3.0 Málsástæður PFS.

Í greinargerð PFS, dagsettri þann 7. febrúar 2006, vegna kæru Símans hf. setur stofnunin fram málsástæður og lagarök sín. Fara þær hér á eftir:

Markmið reglugerðar um alþjónustu er m.a. að setja reglur um mat á kostnaði vegna alþjónustu, sem honum er skylt að veita, með það í huga að bæta honum upp mismunun kostnaðar og tekna af þjónustunni, sbr. 1. gr. reglugerðarinnar

Verður nú gerð grein fyrir sjónarmiðum PFS eins og þau birtast í þeim bréfum sem PFS hefur látið fara frá sér í tilefni af umsókn Símans.

Í bréfi PFS þann 8 desember 2004 er lagt út af 9. gr. reglugerðar um alþjónustu með eftirfarandi hætti:

“Það orðalag greinarinnar sem hér skiptir máli er eftirfarandi ”....., skal stofnunin gera úttekt á hagkvæmni rekstrarins þ.á.m. tekjum og gjöldum. Úttektin skal gerð í samræmi við viðurkenndar aðferðir t.d. útreikninga á viðvarandi umframkostnaði. Við mat á kostnaði við alþjónustu skal beita sömu reglum og um samtengingu skv. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti.”

PFS telur að orðalag greinarinnar beri að skilja á eftirfarandi hátt. Í fyrsta lagi skal gera úttekt á hagkvæmni rekstursins þ.á.m. tekjum og gjöldum.

Í öðru lagi skal úttektin gerð í samræmi við viðurkenndar aðferðir t.d. útreikninga á viðvarandi umframkostnaði. Eins og sjá má á þessu orðalagi er viðvarandi umframkostnaður aðeins nefndur hér í dæmaskyni sem ein aðferð sem hægt væri að beita. Sú aðferð sem hefur hins vegar verið beitt í Evrópu og er jafnframt viðurkennd af Evrópudómstólnum er "net cost" aðferðarfræðin. Rétt er að benda á að í "net cost" aðferðarfræðinni er kostnaður metinn samkvæmt útreikningum á langtíma viðbótarkostnaði, hins vegar eru tekjur reiknaðar bæði sem beinar tekjur frá þeirri þjónustu sem veitt er og þeim óbeina hag sem alþjónustuveitandi hefur af því að veita þjónustuna.

Þessi aðferð hefur verið þróuð í Evrópu sérstaklega til þess að finna út kostnað vegna alþjónustu og þá um leið það framlag sem alþjónustuveitandi á rétt á úr jöfnunarsjóði. Stofnunin telur þess vegna að á þessum tímapunkti sé ekki hægt að verða við umsókn Símans um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu fyrr en lokið er vinnu við þróun "net cost" aðferðarfræðinnar hér á landi og þá miðað við íslenskar aðstæður og fram hefur farið m.a. mat á þeim óefnislegu þáttum sem aðferðarfræðin byggir á og koma eiga til frádráttar af þeim kostnaði sem alþjónustuveitandinn verður fyrir. Á fundi þann 12. nóvember s.l. kom þetta aðeins upp og taldi Síminn að þeir hefðu engan hag af því að bera skyldu sem alþjónustuveitandi og engar óbeinar tekjur vegna þessa væru fyrir hendi. Á þetta sjónarmið getur stofnunin ekki fallist og telur að fram þurfi að fara mat á óefnislegum þáttum sem koma eigi til frádráttar í samræmi við "net cost" aðferðarfræðina.

Hvað viðkemur mati á þeim kostnaði sem Síminn telur sig hafa orðið fyrir vegna alþjónustu, þá byggir hann að meginhluta á sögulegum kostnaði, sem er í samræmi við hliðstæða kostnaðarútreikninga sem fram hafa farið af hálfu Símans hingað til. Innan Evrópusambandsins hafa fallið dómur um að ekki hafi mátt beita sögulegri greiningu á kostnaði þegar kemur að því að meta kostnað vegna alþjónustu og jafnframt hafa eftirlitsstofnannir verið skyldaðar til að reikna óefnislegar tekjur alþjónustuhafans og nota langtíma viðbótarkostnað (e. Forward-looking), sbr. Commission of the EC vs. The French republic. (C146/00) og Commision and the EC vs. Kingdom of Belgium (C384/99)."

Um þær tekjur sem Síminn gefur upp í umsókn sinni og markalínuna á milli uppbyggingu fjarskiptakerfis Símans og uppbyggingu vegna alþjónustukvaðarinnar kom eftirfarandi fram:

"Í frumvarpi sem birtist með lögum nr. 75/2001, um sölu Landsímans kemur eftirfarandi fram: "Tæknilega er talsímakerfið sennilega með því fullkomnasta sem þekktist í heiminum en frá og með árinu 1995 var farið að gefa viðskiptavinum fyrirtækisins kost á samnetsþjónustu (ISDN). ISDN þjónustan gefur m.a. kost á hraðvirkari internetsamskiptum og tveimur rásum á hverri línu í stað einnar, þannig að netsamband teppir ekki símasamband. Samnet gefur einnig möguleika á að nota báðar rásir fyrir gagnaflutning svo að flutningsgeta verður 128 kb/s og þar með má uppfylla kröfu um gagnaflutning sem er að finna í ákvæðum um alþjónustu í lögum um fjarskipti. Þá gefst kostur á tengingu margra tækja á sömu línu og að hafa mörg símanúmer á sömu línu, auk margvíslegrar sérþjónustu sem ekki býðst í almenna síma

kerfinu. Nú eiga tæplega 98% landsmanna kost á ISDN-þjónustu, en gert er ráð fyrir að hún standi öllum til boða í árslok 2002.

Eins og fram kemur í þessari tilvitnun þá vinnst margt annað en 128 Kb/s gagnaflutningur með ISDN væðingu talsímakerfis Símans. Í textanum er sérstaklega tiltekið tenging margra tækja á sömu línu, hægt að hafa mörg símanúmer á sömu línu, auk margvíslegrar sérþjónustu sem ekki bauðst í almenna símakerfinu. Í umsókn Símans er tekið fram að viðbótatekjur sem Síminn hefur af ISDN sé kr. 240 kr. án vsk. á hvern viðskiptavin samtals 2.313.253. kr. fyrir þann notendahóp sem Síminn sækir um framlag fyrir. Engin tilraun er gerð til að meta aðra kosti sem Síminn hefur haft af uppbyggingu ISDN á landsvísu, að mati PFS er nauðsynlegt að þessir þættir verði einnig teknir til skoðunar þegar kemur að því að meta það framlag sem Síminn á rétt á úr alþjónustusjóði.

Benda má á annað atriði sem nauðsynlegt er að taka til skoðunar, en það er markalínan á milli þess sem Síminn hefði gert varðandi uppbyggingu ISDN kerfisins á grundvelli viðskiptasjónarmiða í samanburði við þá uppbyggingu sem Síminn fór út í beinlínis vegna alþjónustukvaðarinnar. Í því sambandi kæmi til skoðunar fjöldi ISDN tenginga á þeim svæðum sem Síminn byggði upp á grundvelli viðskiptasjónarmiða og þá kostnaður og tekjur Símans af uppbyggingunni og þá til samanburðar sambærilegur kostnaður og tekjur af svæðum þar sem Síminn telur að hann hefði ekki byggt upp nema vegna kvaðar um 128 Kb/s gagnaflutningshraða. Markmiðið með þessari athugun væri að leiða í ljós hvort einhver sjáanlegur munur væri á kostnaði og tekjum af þeim tengingum sem Síminn sækir um framlag fyrir í samanburði við aðra uppbyggingu á ISDN kerfinu og fellur utan við umsókn Símans.”

Það varð því niðurstaða PFS að miðað við þær upplýsingar sem lágu fyrir um kostnað og tekjur Símans af þeim alþjónustukvöðum sem sótt var um framlag fyrir að stofnunin gæti ekki að svo stöddu ákvarðað þann kostnað sem Síminn hefur af alþjónustu, sbr. 2. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga og að fram þyrfti að fara miklu útarlegri greining á kostnaði og tekjum Símans af þjónustunni, sem og mat á hinum óefnislegu þáttum.

Á fundi þann 7. október 2005 með fulltrúum Símans kynnti PFS hugsanlegar niðurstöður varðandi umsókn Símans. Í framhaldi af þeim fundi var sent út bréf, dags. 21. nóvember 2005, þar sem gerð var grein fyrir niðurstöðum PFS varðandi markaðshag (óefnislegir þættir) Símans og fyrirtækinu jafnframt gefinn kostur á að skila inn athugasemdum um niðurstöðurnar sem og um aðferðarfræði PFS. (Rétt er að vekja athygli á því að Síminn bað um í bréfi, dags. 22. 12. 2004, að PFS reiknaði þennan ávinning). Jafnframt voru sendir út spurningarlistar: Í fyrsta lagi til að afmarka þá notendur eða hópa notenda sem óarðbært er að veita þjónustu. Jafnframt var spurt út í fjárfestingar og tekjur Símans og ýmislegt fleira. (fylgiskjal 8 með kæru Símans).

Allt var þetta í samræmi við það sem áður hafði verið boðað af hálfu PFS, með bréfi dags. 8. desember 2004, í samtölum við lögmann Símans og á fundi sem haldinn var 7. október 2005.

Síminn kaus hinsvegar að hafna því að veita umbeðnar upplýsingar og krafðist þess að PFS tæki þegar í stað bindandi stjórnvaldsákvörðun á grundvelli fyrirliggjandi gagna.

*Í hinni kærðu ákvörðun kemur eftirfarandi fram um “net cost” aðferðarfræðina:
“Staðhæfing PFS í bréfi dags. 8. des. 2004 um að svokölluð “net costs” aðferð rúmist innan orðalags 9. gr. reglugerðar um alþjónustu, nr. 641/2000, er auk þess sem áður hefur komið fram í samskiptum PFS og Símans studd eftirfarandi tilvísunum:*

Ákvæði 1. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, var svohljóðandi fyrir lagabreytinguna með 3. gr. l. nr. 78/2005. "Telji fjarskiptafyrirtæki að alþjónusta sem því er gert skylt að veita, sbr. 20. gr., sé rekin með tapi eða sé óarðbær getur það sótt um að því verði með fjárframlögum tryggt eðlilegt endurgjald fyrir þá starfsemi sem um ræðir."

Í reglugerð um alþjónustu er í 9. gr. eftirfarandi ákvæði: "Sé þjónustan óhjákvæmileg að mati PFS og verði ekki aflögð eða tryggð með öðrum hagkvæmari hætti skal stofnunin gera úttekt á hagkvæmni rekstrarins, þ.á.m. tekjum og gjöldum." Telja verður að skýra beri ofangreint ákvæði reglugerðarinnar með hliðsjón af ákvæðum þeirra tilskipanna sem í gildi voru þegar reglugerðin var gefin út. Má í því sambandi benda á III viðauka við tilskipun 97/33/EB þar sem eftirfarandi kemur fram: "The cost of universal service obligations shall be calculated as the difference between the net cost for an organization of operating with the universal service obligations and operating without the universal service obligations."(sjá nú IV. viðauka tilskipunar 2002/22/EC) Sjá hér einnig 4. málslíð 5. gr. tilskipunar 97/33/EB "Where justified on the basis of the net cost calculation referred to in paragraph 3, and taking into account the market benefit if any which accrues to an organization that offers universal service, national regulatory authorities shall determine whether a mechanism for sharing the net cost of universal service obligations is justified."

Í forsendum dóms í máli framkvæmdastjórnar ESB gegn franska ríkinu dags. 6. desember 2001 (mál C-146/00), segir í 74-78. mgr.

"74. Under the third limb of its fifth complaint the Commission submits that, contrary to the rules laid down in Article 5(4) of Directive 97/33, the method used by the French authorities to calculate the net cost of universal service provision took no account of the non-tangible benefits associated with the provision of universal service, except in providing telephone booths nationwide and providing telephone directories.

75. The French Government acknowledges, in its defence, that it failed to comply with Article 5(4) of Directive 97/33 in that it neglected to take into account the intangible benefits associated with universal service provision. It adds that it would be difficult to make an a posteriori assessment of that aspect of universal service provision.

76. It may be recalled in this connection that Article 5(4) of Directive 97/33 requires the Member States, in calculating the net cost of universal service

provision, to take into account the market benefit, if any, which accrues to an organisation that offers universal service.

77. The French Government acknowledges that no account was taken of that advantage in the calculation, contrary to the obligation laid down in Article 5(4) of Directive 97/33.

78. That being so, it must be held that the fifth head of complaint formulated by the Commission is well founded."

PFS telur að orðalagið í upphafi 21. gr. fjarskiptalaga "...sé rekin með tapi eða sé óarðbær" að finna skuli mismun kostnaðar og tekna af þjónustunni. Þetta sjónarmið er stutt af orðalagi reglugerðarinnar frá árinu 2000 um að "gera úttekt á hagkvæmni rekstrarins, þ.á.m. tekjum og gjöldum". Athygli er jafnframt vakin á orðalaginu "þ.á.m. tekjum og gjöldum" sem gefur til kynna að upptalningin sé ekki tæmandi og að þar geti rúmast markaðshagur eða óefnislegur hagur. Framangreind sjónarmið eru enn fremur studd af ákvæðum III. viðauka og 5(4). gr. tilskipunar 97/33.

Ágreiningur er um hvort taka beri með í útreikning á nettókostnaði við alþjónustuskyldur markaðshag eða óefnislegan hag af því að vera alþjónustuveitandi. Bent var á það hér að framan að orðalag reglugerðarinnar um alþjónustu væri ekki tæmandi, þ.e. það einskorðar ekki útreikningana við tekjur og gjöld. Þá er aftur vísað til 5(4). gr. tilskipunar 97/33 þar sem skýrt er komist að orði um markaðslegan hag. Þessu til viðbótar er vísað til dómsorða í máli framkvæmdastjórnar ESB gegn franska ríkinu, einkum 74-78. mgr., sem rakin eru hér að framan.

Það er niðurstaða PFS að við útreikning á kostnaði við alþjónustu sé heimilt að taka bæði tekjur af þjónustunni og óefnislegan hag með í reikninginn. PFS telur að úttekt á hagkvæmni alþjónustu eins og mælt er fyrir um í bréfi til Símans dags. 21. nóvember 2005 sé í samræmi við viðurkenndar aðferðir eins og rakið er í tilvísunum hér að framan. Stofnunin bendir jafnframt á að framlög til alþjónustu komi frá félögum á fjarskiptamarkaðinum og að stofnuninni sé skylt að gæta þess að rétt sé að útreikningum stadið. Með vísun til þess hafnar PFS því alfarið að stofnunin hafi brotið gegn meðalhöfsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga. Eins og umsókn Símans liggur fyrir er ljóst að um verulegar fjárhæðir er að tefla. Miklu skiptir að rétt sé stadið að þeim forsendum sem liggja eiga til grundvallar útreikningunum og að þeir séu í samræmi við sambærilega útreikninga sem gerðir hafa verið erlendis þegar hliðstæð mál hafa komið upp. PFS telur eins og áður hefur komið fram að "net cost" aðferðarfræðin rúmist vel innan 9. gr. reglugerðar um alþjónustu, sbr. orðalagið "Úttektin skal gerð í samræmi við viðurkenndar aðferðir, t.d. útreikninga á viðvarandi umframkostnaði. Við mat á kostnaði við alþjónustu skal beita sömu reglum og um samtengingu skv. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti." Hin viðurkennda aðferð er "net cost" aðferðarfræðin, sbr. hér að ofan.

Í kærnu Símans er m.a. látið að því liggja að "net cost" aðferðarfræðin hafi fyrst komið til í IV. viðauka alþjónustutilskipunarinnar nr. 2002/22/EC (bls. 2. í kærnu Símans). Jafnframt er því haldið fram (bls. 3. í kærnu) að í hinni kærðu ákvörðun sé vikið að því að skýra beri ákvæði alþjónustu reglugerðarinnar til samræmis við núgildandi IV. viðauka alþjónustutilskipunarinnar. Sannleikurinn er hins vegar sá að

aðferðarfræðin hefur alla vega verið þekkt í fjarskiptarétti frá 1996, sbr. Com (96)608 (fylgiskjal 2) þar sem fyrst er vikið að þeirri aðferðarfræði sem notast skal við til að finna kostnað vegna alþjónustu. Í tilskipun 97/33/EB eru ákvæði um “net cost” í 4. málslíð 5. gr. tilskipunar 97/33 og III viðauka við tilskipun 97/33/EB. Í ákvörðun PFS frá 22. desember er m.a. vísað í ofangreind ákvæði sem rök fyrir “net cost” aðferðarfræðinni hér á landi enda viðurkennt lögskýringasjónarmið að túlka beri landslög með hliðsjón af EES réttarreglum. Það er því um rangfærslur að ræða af hálfu Símans að í hinni kærðu ákvörðun sé sagt að skýra beri ákvæði alþjónustureglugerðar með hliðsjón af núgildandi IV viðauka alþjónustutilskipunarinnar.

Í kærðu Símans kemur fram að á fundi með PFS þann 12. nóvember 2004, hafi verið spurt um það hvernig haga ætti útreikningum og þá sérstaklega varðandi fjárfestingar. Svar PFS um fjárfestingar var að miða ætti við sömu aðferðir og Síminn og PFS hafa áður notað, þ.e. að reikna út jafnar árgreiðslur. Þarna var hins vegar eingöngu verið að ræða um hluta af lið 1. sjá töflu hér fyrir neðan sem var birt í umræðuskjali 9. nóvember 2004.

	Liðir		Afstaða
(1)	Kostnaður vegna alþjónustu sem væri hægt að forðast ef það væri engin alþjónusta. (e. Costs of service delivery avoidable if there were no universal service) ¹	Aðferðafræði sem hægt er m.a. er að beita er LRIC, CCA, HCA o.s.frv.	Síminn og PFS eru hér nokkuð sammála um aðferðafræðina.
(2)	Tekjur frá þjónustunni (e. Revenues forgone from these services)	Tekjur	Deilt er um hvaða tekjur eigi að teljast með. Síminn tiltekur einungis tekjur upp á 240 kr. án vsk. á hvern notanda, samtals 2.3. m.kr. PFS hefur óskað eftir frekari upplýsingum sjá spurningarlista PFS til Símans.
(3)	Bein nettó kostnaður (e. Direct = Net Cost)	Niðurstaða úr 1-2	
(4)	Óbeinn Hagur af því að veita alþjónustuna. (e. Value of any indirect benefits that flow from being a USO provider)		PFS hefur metið óbeinan hag Símans af alþjónustu ²
(5)	Nettó kostnaður vegna alþjónustu (e. Overall Net Cost of Universal Service)		

¹ Sjá t.d kafla 1.2.2. skýrslu WIK um Costing and Financing Universal Service obligations in a Competitive Telecommunications Environment in the European Union (fylgiskjal 3).

² Bréf PFS 21. nóvember 2005

PFS hefur sagt í öllum skjölum að hin viðurkennda aðferð sé “net cost” aðferðafræðin, skjöl allt frá árinu 1996 styðja þessa skoðun PFS. Meginmunur á afstöðu PFS og Símans virðist vera að Síminn vill stoppa í skrefi 3, þótt einnig deilt sé um atriði í lið 2.

Í 2. mgr. 9. gr. reglugerðar. um alþjónustu kemur eftirfarandi fram. “Staðfesti niðurstaða úttektarinnar réttmæti kröfugerðar rekstrarleyfishafa, skal Póst- og fjarskiptastofnun með fjárframlögum tryggja honum eðlilegt endurgjald fyrir þá alþjónustu, sem veitt er.” Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun telur PFS að neitun Símans á að veita frekari upplýsingar, sbr. bréf Símans, dags. 28. nóvember 2005 geri stofnuninni í raun ómögulegt um hvert umfang greiðslna til Símans eigi að vera og þar með um leið réttmæti kröfugerðar Símans. Í því sambandi er minnt á að jöfnunargjaldið er lagt á öll fjarskiptafyrirtæki, sbr. 2. mgr. 22. gr. fjarskiptalaga. Rétt niðurstaða varðandi hugsanlegt tap Símans skiptir því hér öllu máli.

Til að undirstrika nauðsyn þess að fara betur er gert er í umsókn Símans um tekjur Símans t.d. af ISDN þjónustu er bent á eftirfarandi. Í umsókn Símans, dags 16. nóv. 2004, kafla 1.6. kemur fram að viðbótartekjur eru áætlaðar alls 2.313.253 kr. á árinu 2005. er þar miðað við 800 viðskiptavinum að meðaltali á árinu 2005 og tekjur upp á 240 kr. án vsk. á mánuði. Í nýlegu erindi sem var til meðferðar hjá PFS en var seinna afturkallað voru lögð fram gögn sem gefa til kynna að tekjur Símans af ISDN þjónustu eru mun meiri en fyrirtækið vill vera að láta (fylgiskjal nr. 4).

Formreglur.

Sérstaklega um tímamörk

“Í kærnu Símans er vikið að þeim tímamörkum sem sett eru í reglugerð um alþjónustu frá árinu 2000. Samkvæmt reglugerðinni skal umsókn um framlag úr jöfnunarsjóði berast skriflega fyrir 15. október ár hvert. Í 3. mgr. 10. gr. segir að ef PFS berist umsókn um fjárframlag vegna alþjónustu skuli hún eigi síðar en 15. nóvember gera grein fyrir fjárþörf jöfnunarsjóðs á næsta ári. Það eru því alls 4 vikur sem PFS eru ætlaðar til þess að ákvarða um kostnað og tekjur af alþjónustu. Í þessu tilfelli sendi Síminn með bréfi dagsett 14. október 2004 umsóknir um framlag úr jöfnunarsjóði vegna tveggja þjónustubátta. Eins og áður hefur verið rakið voru umsóknir Símans ekki í samræmi við ákvæði laga og reglugerða. Engu að síður var Símanum gefinn kostur á að leiðrétta umsóknirnar og bærust endurnýjaðar umsóknir með bréfi Símans dags. 17. nóvember 2004, þ.e. tveimur dögum eftir að frestur PFS til þess að leggja fyrir samgönguráðherra fjárþörf jöfnunarsjóðs fyrir komandi ár rann út. Þessu til viðbótar voru upplýsingar sem fylgdu með seinni umsóknunum ófullnægjandi t.d. skorti upplýsingar um tekjur af viðkomandi þjónustu og um það hvaða notendur eða hópar notenda fengju þjónustu með tapi. Þegar umfang málsins er virt heildstætt, þ.e. umfang 128 Kb/s þjónustunnar og heildarupphæð umsóknanna og tímasetning umsóknanna má ljóst vera að frestir þeir sem PFS eru ætlaðir, þ.e. 15. nóvember 2004 voru ekki raunhæfir. Ýmsar aðrar ástæður má færa fyrir því að vanda verður til vinnubragða PFS við umfjöllun um umsóknir Símans. Í fyrsta lagi er um mikla hagsmuni að ræða ekki eingöngu fyrir Símann heldur einnig önnur fjarskiptafyrirtæki sem ber að greiða í jöfnunarsjóð. Skiptir miklu máli að vanda afgreiðslu málsins til þess að koma í veg fyrir tortryggni hjá þeim aðilum sem hagsmuni hafa að gæta. Í öðru lagi hefur ríkt ágreiningur milli PFS og Símans hvernig beri að túlka lög og reglugerðir um alþjónustu. Mikill tími hefur þess vegna farið í upplýsingaöflun PFS

og greiningu á réttarheimildum og gögnum sem til eru og fjalla um viðfangsefnið. Í þriðja lagi má benda á að sambærilegir útreikningar hjá eftirlitsstofnunum í Evrópu hafa tekið langan tíma, sjá t.d. yfirlit úr Cullen (fylgiskjal 5). Það er því óraunhæft að hægt sé með sanngirni að ætlast til þess að PFS hafi getað komist að niðurstöðu um umfang kostnaðar af þeim alþjónustuskuldum sem Síminn hefur sótt um framlag vegna innan þeirra tímamarka sem lög og reglugerðir setja og í framhaldi af því að ákvarða framlag úr jöfnunarsjóði.”

Þótt engar skriflegar upplýsingar liggi fyrir var lögmaður Símans margoft upplýstur í munnlegum samtölum um að PFS væri að vinna að ofangreindri gagnaöflun og greiningu á hvernig fara ætti með kostnað og tekjur Símans sem tengdust alþjónustu sem og útreikninga á markaðshag Símans. Frumniðurstöður (fylgiskjal 1) á þeirri vinnu voru reyndar kynntar Símanum á fundi þann 7. október 2005. Á sama fundi var einnig ætlunin að fara yfir þá spurningalista sem PFS hafði tekið saman, en Síminn baðst undan því þar sem hann vildi bíða eftir niðurstöðum PFS varðandi markaðshag Símans af veitingu alþjónustu. Á fundinum var sú ástæða gefin upp af hálfu Símans að niðurstaða varðandi útreikninga á markaðshag myndu væntanlega hafa afgerandi áhrif á hver lokaniðurstaðan yrði þannig að rétt væri að bíða með frekari greiningar á kostnaði og tekjum. Á þetta sjónarmið var fallist af hálfu PFS.

Að lokum vill PFS taka eftirfarandi fram varðandi umsókn Símans. Engin efnislegur réttur hefur verið brotinn á Símanum af hálfu PFS. Hvað sem lýður þeim tíma sem málið hefur tekið er ljóst að það sem öllu máli skiptir er að hið raunverulega tap Símans af veitingu alþjónustu sé leitt í ljós, það hefur alla tíð legið fyrir að PFS hefur talið sig þurfa frekari upplýsingar um kostnað og tekjur Símans af alþjónustu, sbr. bréf PFS dags. 8. des 2004 og síðan bréf PFS dags. 21. nóvember 2005. Síminn kaus hinsvegar að neita að gefa frekari upplýsingar, sem leiddi til þeirra óumflýjanlegu niðurstöðu að PFS hafnaði umsókn Símans um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu.

Síminn getur hér ekki krafist þess að ákvörðun sé tekin á grundvelli fyrirliggjandi gagna, ef gögnin eru þess eðlis og þannig fram sett að ómögulegt er að komast að niðurstöðu um hvert framlagið eigi að vera, í því sambandi skiptir engu máli þótt að ákvörðun hafi dregist, rétt aðferðarfræði sem leiðir til rétrar og sanngjarnar niðurstöðu fyrir alla aðila hlýtur hér að veita þyngra en sá þröngi tímarammi sem reglugerðin um alþjónustu setur umsóknum sem þessum. Í því sambandi skiptir ekki síður máli að greiðendur í sjóðinn eru öll fjarskiptafyrirtæki er því mikilsvert að sannreyna allan kostnað og fara nánar yfir tekjuliði áður en endanlega er kveðið upp úr um hvert framlagið eigi að vera.

Lokaorð

Hér að framan er gerð grein fyrir þeim sjónarmiðum og lagarökum sem lágu að baki hinni kærðu ákvörðun PFS, þann 22. desember 2005. Sýnt hefur verið fram á að beita ber “net cost” aðferðarfræðinni varðandi útreikninga á umsókn Símans um framlag. Þá hefur verið vakin athygli á röngum tölum varðandi tekjur Símans á ISDN þjónustu.

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 útlistun vísast til fylgiskjala og bréfa sem stofnunin hefur lagt fram.

Niðurstaða

Með ákvörðun PFS þann 22. desember 2005 vegna umsóknar Símans hf. um framlag úr jöfnunarsjóð alþjónustu var téðri umsókn hafnað. Ástæður fyrir ákvörðun PFS eru raktar í málalítlbúningi stofnunarinnar og þykir ekki ástæða til að endurtaka þær hér.

Áréttað skal hinsvegar að ákvörðun þessi kemur meira en 14 mánuðum eftir að Síminn hf. sótti fyrst um og 13 mánuðum eftir að endurnýjuð umsókn fyrirtækisins lá fyrir eftir þeim fyrirmælum sem PFS gaf. Nefndin telur að ekki hafi komið fram fullnægjandi skýringar á þeirri miklu töf sem var á úrvinnslu málsins hjá PFS og telur ámalisvert af stofnuninni að leyfa slíkan drátt á málsmeðferð undir nokkrum kringumstæðum.

Eftir að hafa farið yfir málið og metið sjónarmið beggja aðila sér nefndin ekki annað en aðalágreiningerinn standi efnislega um það hvort “net cost” aðferðin svonefnda rúmist innan þess lagaramma sem var í gildi þegar umsóknin var afgreidd af PFS. Skýrir PFS drátt sinn á afgreiðslu með því að tíma hafi þurft til þess að móta reglur um þessa aðferðafræði. Síminn hf. skýrir neitun sína á frekari samstarfi svo að hún stafi af ágreiningi um þessa aðferð í bland við efa um valdheimildir PFS svo löngu eftir frestur var útrunninn.

Við úrlausn málsins þarf því að skýra 21. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti og reglugerðar um alþjónustu nr. 641/2000 sem sett var henni til fyllingar og þá sérstaklega 9. gr. reglugerðarinnar.

Það er mat PFS að áður en lög nr. 78/2005 komu til hafi “net cost” aðferðin engu að síður rúmast undir 9. gr. reglugerðar um alþjónustu sem hafði lagastoð í þágildandi 21. gr. laga nr 81/2003 um fjarskipti. Enda þótt fallist yrði á þá túlkun telur nefndin ríkja nokkurn vafa um lagastoð fyrir þessarri aðferð til skerðingar á greiðslum úr jöfnunarsjóði. Í því sambandi er bent á að í fylgiskjali með bréfi dags. þann 9. nóvember 2004 viðurkennir PFS að þar til núverandi reglugerð væri breytt myndi ríkja nokkur réttaróvissa um hvernig ætti að reikna út kostnað vegna alþjónustu og við munnlegan flutning sagði fulltrúi PFS að líklegur tilgangur með breytingu á 21. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti með lögum 78/2005 hafi verið að eyða réttaróvissu sem ríkti um þetta atriði.

Í ljósi þess að vafi lék á lagaheimild fyrir “net cost” aðferðinni þegar umsóknin barst var PFS ekki heimilt að leggja hana til grundvallar þegar meta átti þá upphæð sem Síminn hf. skyldi fá úr jöfnunarsjóði, sbr. 9. gr. reglugerðar 641/2000 um alþjónustu. Texti reglugerðarinnar gerir kröfu um viðurkenndar aðferðir og jafnvel þó ekki væri gerð slík krafa nægir reglugerð ein og sér ekki til þess að leggja íþyngjandi kvaðir á borgara. Hefur þessi grundvallarregla verið staðfest í dómum Hæstaréttar t.d. í málum nr. 1544/1985 og nr. 15/2000 þar sem svo segir þegar rætt er um valdframsal löggjafans til framkvæmdavaldsins:

“Þessi fyrirmæli stjórnarskrárinnar verða ekki túlkuð öðruvísi en svo, að hinum almenna löggjafa sé óheimilt að fela framkvæmdarvaldshöfum óhefta ákvörðun um þessi efni. Löggjöfin verður að mæla fyrir um meginreglur, þar sem fram komi takmörk og umfang þeirrar réttindaskerðingar, sem talin er nauðsynleg. Á þetta

einnig við um ráðstafanir til að laga íslenskan rétt að skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum.”

Sjónarmið PFS, að “net cost” aðferðin teljist viðurkennd hér á landi, telst einnig hæpið í ljósi þess að stofnunin hefur að eigin sögn aldrei beitt henni fyrir né réði yfir þeirri þekkingu sem til þess þurfti þegar úrskurða bar í málinu. Sá langi dráttur sem orðið hefur í málinu bendir eindregið til þess að “net cost” aðferðarfræðin hafi ekki verið meðal viðurkenndra aðferða sem til voru þegar Síminn hf. sendi inn umsókn sína.

PFS bar að úrskurða í málinu innan þess lögbundna frests sem stofnunin hafði. Að nokkru leyti er skiljanlegt að dráttur hafði verið á úrskurði þar sem breytingar voru gerðar á umsókn Símans hf. og endanlegt eintak komst ekki til stofnunarinnar fyrir en tveim dögum eftir að fresturinn var liðinn. Ákveðið tillit verður því að taka til þess að ekki var raunhæft að búast við að enginn tími færi í afgreiðslu málsins af hálfu PFS og eðlilegt að nokkura vikna seinkun hefði orðið á ákvörðuninni. Seinkunin varð hinsvegar mun lengri.

Ákvörðun PFS frá 22. desember 2005 er því úrskurðuð ógild og PFS gert að ákvarða þann kostnað sem Síminn hf. hafði af alþjónustu á því tímabili sem um ræðir. Við þá ákvörðun skal notast við viðurkenndar aðferðir sem heimild var fyrir í lögum nr. 81/2003, en í reglugerðinni er skýrt kveðið á að við mat á kostnaði skal notast við sömu aðferð og um samtengingu væri að ræða. Ekki er heimild til þess að taka óefnislegan hagnað með í reikninginn eins og gert er í “net cost” aðferðinni svonefndu. Óháð því sem kann að hafa verið áformað um lagabreytingar eða breytingar á reglugerðum þá segir enn í 9. gr. reglugerðar um alþjónustu:

“Sé þjónustan óhjákvæmileg að mati Póst- og fjarskiptastofnunar og verði ekki aflögð eða tryggð með öðrum hagkvæmari hætti, skal stofnunin gera úttekt á hagkvæmni rekstrarins, þ. á m. tekjum og gjöldum. Úttektin skal gerð í samræmi við viðurkenndar aðferðir, t.d. útreikninga á viðvarandi umframkostnaði. Við mat á kostnaði við alþjónustu skal beita sömu reglum og um samtengingu skv. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti.” [leturbreyting nefndar]

Aðila deilir á um hvort þegar liggi fyrir allar þær upplýsingar sem þarf til þess að PFS geti tekið afstöðu í málinu. PFS vísar í grunnreglu íslenskrar stjórnarsýslu um að mál séu nægilega vel upplýst áður en tekin er ákvörðun í þeim. Síminn hf. telur hinsvegar allar upplýsingar sem þörf var á þegar hafa komið fram og ef PFS véfengi þær upplýsingar hafi heimildir stofnunarinnar til frekari rannsókna verið ótvíræðar. Ekki sé hægt að krefjast þess að Síminn hf. hafi allt frumkvæði um rannsókn. Vísast hér í orð umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2466/1998 og 2549/1998 sem nefndin fellst eindregið á:

*“Af rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 leiðir skyldu stjórnvalds 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. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, að þegar stjórnarsýslumál 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.” [leturbreyting nefndar]*

Framlagning spurningalista PFS til Símans hf. meira en ári eftir að rannsókn bar að fara fram að lögum telst ekki uppfylling á rannsóknarskyldu stofnuninnar. PFS eru veittar mjög rúmar heimildir til rannsóknar í málinu með reglugerð 641/2000 um alþjónustu (sem aftur styðst við lög nr. 81/2003 um fjarskipti) og samkvæmt 10 gr. reglugerðarinnar ber Símanum hf. að svara öllum fyrirspurnum sem kunna að varða málið, auk þess sem það er hagur beggja aðila að samvinna sé góð svo sem auðveldast sé að komast að rétttri niðurstöðu.

Upplýsingaöflunarheimildir PFS í þessu máli eru tæmandi taldar í 3. og 4. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, í sérákvæði um heimildir PFS til upplýsingaöflunar í tengslum við úrvinnslu umsókna um framlög úr jöfnunarsjóði. Rannsóknarregla 10. gr. stjórnarsýslulaga kemur síðan þessu sérákvæði til fyllingar. Samkvæmt 3. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga er PFS heimilt að krefjast þess að alþjónusturekandinn upplýsi nákvæmlega hvert rekstrartapið af starfseminni er og hvernig það sundurliðast. Þessu gerði Síminn hf. grein fyrir í umsóknum dags. 14. október og 17. nóvember 2004, þar sem nákvæm grein er gerð fyrir rekstrartapi og sundurliðun þess. Jafnframt getur PFS krafist skýrslna löggiltra endurskoðenda eða falið slíkum aðilum að gera úttekt á rekstrarafkomu á viðkomandi rekstrarsviði. Þá er PFS heimilt að krefjast aðgangs að bókhalda við mat á kostnaði, sbr. 4. mgr. 21. gr. laganna.

Ef PFS telur að nægilegar upplýsingar hafi ekki lomið fram í umsókn Símans hf. þá ber þeim að upplýsa Símann hf. um það sem fyrst og nýta sér þær heimildir sem stofnunin hefur til rannsóknar til þess að safna gögnum svo ákvörðun verði tekin sem fyrst. PFS er jafnframt minnt á það hve langur tími hefur liðið frá því að málið barst til þeirra og áréttað er um nauðsyn þess að komast að niðurstöðu svo fljótt sem auðið er.

4.0 Úrskurðarorð

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 22. desember 2005 um að hafna umsókn Símans hf. um framlög úr jöfnunarsjóði fjarskipta er felld úr gildi og málinu vísað aftur til stofnuninnar. PFS er gert að taka málið tafarlaust til nýrrar meðferðar og ákvarða kostnað Símans hf. án þess að styðjast við “net cost” aðferðina.

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

Reykjavík, 3. mars 2006

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.