

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Ár 2004, mánudaginn 14. júní 2004, er Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 4/2004.

Og fjarskipti 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 Og fjarskiptum hf. (OGF), dags. 31. mars 2004, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 10. mars 2004, er skyldaði OGF til að senda PFS kostnaðargreiningu og rökstuðning fyrir þeim gjöldum sem fyrirtækið tekur fyrir lúkningu símtala í farsímaneti sínu fyrir 1. apríl 2004.

Kröfur OGF eru eftirfarandi:

1. Krafa um frestun réttaráhrifa
OGF krefst þess, með heimild í 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 378/1999 sbr. einnig 4. mgr. 29. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, að úrskurðarnefndin fresti réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar þar til genginn er endanlegur úrskurður nefndarinnar um gildi hennar.
2. Krafa um að ákvörðun PFS verði úr gildi felld.
Þá krefst OGF þess að ákvörðun PFS frá 31. mars 2004 verði felld úr gildi.

Sú ákvörðun var tekin af nefndinni að í ágreiningsmáli þessu yrði fyrst fjallað um kröfu OGF um frestun réttaráhrifa. Var krafan tekin fyrir af hálfu nefndarinnar hinn 7. apríl 2004 eftir að PFS og Landsíma Íslands (LÍ) hafði verið gefin kostur á að koma sjónarmiðum sínum að. PFS afþakkaði en LÍ skilaði greinargerð dags. 5. maí 2004.

Með úrskurði uppkveðnum hinn 7. apríl 2004 hafnaði úrskurðarnefnd að taka kröfu OGF um frestun réttaráhrifa til greina sbr. úrskurður nr. 2 frá 2004. Í máli því sem hér er til umfjöllunar er það því einungis síðari krafa OGF sem til úrlausnar er. Í kærinni boðar lögmaður OGF frekari rökstuðning fyrir kröfunni innan 28 daga frá 10. mars að telja. Sú greinargerð hefur hins vegar ekki borist. Bæði PFS og LÍ hafa hins vegar skilað sjónarmiðum sínum sbr. greinargerð PFS dags. 6. maí 2004 og greinargerð LÍ dags. 7. maí 2004.

Gerir PFS þá kröfu að úrskurðarnefnd staðfesti að OGF skuli senda PFS kostnaðargreiningu og rökstuðning fyrir þeim gjöldum sem fyrirtækið tekur fyrir lúkningu símtala í farsímaneti sínu.

LÍ gerir þá kröfu aðallega, að kæru OGF verði vísað frá nefndinni, en til vara, að boðaðri, en óframkominni kröfu OGF, um að hinn kærði úrskurður verði felldur úr

gildi, verði alfarið hafnað. Þá er þess jafnframt krafist að OGF sæti aðfinnslum frá úrskurðarnefnd fyrir tilhæfulausa kæru.

Þá hefur úrskurðarnefnd tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttað þannig að OGF verði sóknaraðili en PFS varnaraðili. Þá hefur að vanda öðrum hagsmunaaðilum málsins á fyrra stjórnarsýslustigi, hér LÍ, einnig verið gefin kostur á að koma að sjónarmiðum sínum, bæði munnlega og skriflega. Þann 26. maí sl. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættur var fyrir hönd LÍ Páll Ásgrímsson hdl., frá PFS Friðrik Pétursson og frá OGF Ragnar Aðalsteinsson hrl. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær og svöruðu spurningum nefndarmanna. Að loknum málflutningi var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

1.0 Málavextir.

Málavextir eru þeir helstir að með úrskurði uppkveðnum þann 15. júlí 2003 hafnaði PFS þeirri kröfu LÍ að OGF yrði útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála felldi ákvörðun PFS hins vegar úr gildi með úrskurði uppkveðnum þann 21. október 2003, sbr. mál nr. 3/2003. Þar var jafnframt kveðið á um það að OGF skyldi teljast fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.

Með bréfi dags. 17. nóvember 2003 krafðist LÍ þess m.a. að PFS hlutaðist þegar í stað til um að fram færi frumkostnaðargreining í fjarskiptanetum OGF og að stofnunin ákvarðaði í framhaldinu um samtengingjöld OGF. Í kjölfarið krafðist PFS þess að OGF legði fram kostnaðarútreikninga ásamt rökstuðningi fyrir lúkningu símtala í farsímanet sitt fyrir 1. apríl 2004. OGF hafnaði því að félaginu bæri að leggja fram kostnaðargreiningu og rökstuðning fyrir lúkningargjöldum með bréfi dags. 15. febrúar 2004. PFS ítrekaði kröfu sína með bréfi dags. 19. febrúar 2004 sem svarað var með bréfi OGF dags. 26. febrúar sl. Hinn 10. mars 2004 tók PFS síðan ákvörðun þess efnis að með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 21. október 2003 í máli nr. 3/2003 hefði stofnast kvöð um kostnaðartengd lúkningargjöld í farsímaneti OGF og gerði OGF að senda stofnuninni kostnaðargreiningu og rökstuðning. Með bréfi dags. 31. mars 2004 kærði OGF ákvörðun PFS og krafist þess annars vegar að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar yrði frestað og hins vegar að ákvörðunin yrði felld úr gildi. Það er síðari hluti kærunnar sem til úrlausnar er í þessu máli eins og áður segir.

2.0 Málsástæður Og fjarskipta hf.

Í kæru OGF dags. 31. mars 2004 krafðist lögmaður OGF þess, að því er varðar þennan þátt málsins, að ákvörðun PFS frá 10. mars 2004 yrði felld úr gildi. Í kærinni kom nánar fram eftirfarandi:

Svo virðist sem Póst- og fjarskiptastofnun telji umbj.m. bundinn af framangreindum úrskurði úrskurðarnefndarinnar [úrskurði frá 21. október 2003 í máli nr. 3/2003], sem hann átti ekki aðild að, auk þess sem stofnunin virðist líta svo á að hún geti fellt íþyngjandi skyldur á umbj.m. skv. lögum sem eru löngu úr gildi fallin.”

Umbj.m. hefur falið mér að tilkynna yður að hann með heimild í fjarskiptalögum og reglugerð nr. 378/1999 kæri ofangreinda ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Fyrir

nefndinni kveðst umbj.m. munu gera þær kröfur að hinn kærði úrskurður verði úr gildi felldur.

Ég mun senda úrskurðarnefndinni nánari greinargerð um málið inna [svo] kærufrestsins sem er 28 dagar frá 10. mars að telja.”

Eins og áður sagði barst úrskurðarnefnd aldrei boðuð greinargerð lögmanns OGF en málalíbúnað félagsins var nánar útfærður í munnlegum málflutningi fyrir nefndinni.

3.0 Málsástæður PFS.

Í greinargerð sinni, dags. 6. maí 2004, gerði PFS nánar grein fyrir afstöðu sinni til málsins. Þar kom m.a. fram:

Þess er krafist að nefndin staðfesti að OGF skuli senda PFS kostnaðargreiningu og rökstuðning fyrir þeim gjöldum sem fyrirtækið tekur fyrir lúkningu símatala í farsímaneti sínu.

Fyrir því eru eftirfarandi málsástæður. Í kafla 5.1 í úrskurði nefndarinnar frá 21. október 2003, er sagt að um ágreiningin fari eftir eldri lögum um fjarskipti nr. 107/1999.

Í niðurstöðu kafla úrskurðar nefndarinnar [svo] segir eftirfarandi: “Er þá tekið mið af því að fyrirtækið er með markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði töluvert yfir 25% viðmiði 2. mgr. 24. gr. og þau atriði sem 3. mgr. 24. gr. tiltekur mæla flest ekki sérstaklega gegn útnefningu fyrirtækisins sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði. Telur úrskurðarnefnd þessa ákvörðun vera til þess fallna að efla virka samkeppni og þjóna hagsmunum neytenda enda fylgi útnefningu kvöð um kostnaðartengd endagjöld.

Af ofangreindu leiðir að úrskurðarnefnd telur að Póst- og fjarskiptastofnun hefði verið rétt að útnefna Og fjarskipti hf. sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði í ákvörðun sinni frá 15. júlí sl.”

Þessi niðurstaða [svo] verður ekki skilin á annan hátt en kvöð um kostnaðartengd endagjöld hafa stofnast í gildistíð eldri laga og samkvæmt ákvæði til bráðabirgða II með nýju fjarskiptalögum skulu allar kvaðir halda gildi sínu þar til markaðsgreining hefur farið fram. Eðli málsins samkvæmt hlítur [svo] það ákvæði einnig að ná til OGF varðandi þær kvaðir sem lagðar voru á það fyrirtæki með ákvörðun PFS frá 15. júlí 2003 og síðan í úrskurði úrskurðarnefndar frá 21. október 2003.

Að öðru leyti er vísað í bréf PFS til Og fjarskipta sem þegar liggja fyrir í málinu.

4.0 Málsástæður LÍ.

LÍ var gefinn kostur á að koma sjónarmiðum sínum að við nefndina. Í greinargerð, dags. 7. maí 2004 gerði LÍ eftirfarandi kröfur:

Þess er krafist aðallega, að kæru OGF verði vísað frá nefndinni.

Þess er krafist til vara, að boðaðri, en óframkominni kröfu OGF, um að hinn kærði úrskurður verði úr gildi felldur, verði alfarið hafnað. Þess er jafnframt krafist að OGF sæti aðfinnslum frá úrskurðarnefnd fyrir tilhæfulausa kæru.

Til rökstuðnings aðalkröfu sagði eftirfarandi í greinargerð LÍ:

Rökin á bak við frávísunarkröfuna eru þau, að ljóst sé að OGF hafa ekki stutt efnishlið kæru sinnar nokkrum rökum innan kærufrests. Grundvöllur frávísunarkröfu er því sá, að kærufrestur er liðinn, auk þess sem kæran er í öllu falli svo vanreifðu að hún er ekki tæk til efnismeðferðar, sbr. fyrrgreindur tölvupóstur Símans til nefndarinnar, dags. 25. apríl sl.

Um varakröfuna sagði:

Í svokallaðri kæru OGF, dags. 31. mars 2004, eru engar efniskröfur gerðar. Á hinn bóginn er boðað, að OGF muni gera þær kröfur að hinn kærði úrskurður verði felldur úr gildi. Jafnframt var boðað að nánari greinargerð yrði send nefndinni innan kærufrests. Sá frestur er nú liðinn og skv. upplýsingum nefndarinnar hefur engin frekari greinargerð borist.

Ljóst er að OGF hljóta að bera halla af þessum dæmalausum málatilbúnaði.

Þessi háttsemi OGF setur Símann í þá einkennilegu stöðu, að vera gert andmæla því sem ekki er, þar sem hvorki greinargerð né endanleg kröfugerð hefur komið fram. Í einni málsgrein á bls. 1 í „kærunni“ kemur þó fram vísir að málsástæðum sem vert er að fjalla um, en þar segir orðrétt:

„Svo virðist sem Póst- og fjarskiptastofnun telji umbj.m. bundinn af framangreindum úrskurði úrskurðarnefndarinnar, sem hann átti ekki aðild að, auk þess sem stofnunin virðist líta svo á að hún geti fellt íþyngjandi skyldur á umbj.m. skv. lögum sem eru löngu úr gildi fallin.“

a. *Er OGF bundin af úrskurði nefndarinnar, dags. 21. október 2003?*

Í úrskurðarorðum nefndarinnar frá 21. október 2003 segir orðrétt:

„Ákvæði 3. mgr. ákvörðunarorða ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar frá 15. júlí 2003 er fellt úr gildi. Og fjarskipti hf. skal teljast fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði.“

Í forsendum nefndarinnar í kafla 5.6 er síðan sérstaklega tekið fram að útnefningunni fylgi kvöð um kostnaðartengd endagjöld. Með vísan til þessa og úrskurðarorða er ljóst að úrskurðurinn bindur OGF. Á þetta hefur Síminn þegar bent í bréfi til nefndarinnar, dags. 2. apríl sl.

Við þetta er að bæta að skv. stjórnslururtti skal birta aðila máls ákvörðun og er hún bindandi upp frá því. OGF var birt niðurstaða ákvörðunar þeirrar sem hér er til umfjöllunar svo og úrskurður nefndarinnar frá 21. október, sem hin kærða ákvörðun byggir á og vísar til í ákvörðunarorðum. Í báðum tilvikum

hafa OGF fengið fulla aðilastöðu, komið að sjónarmiðum og andmælum og notið allra þeirra réttinda sem aðilastöðu fylgja. Breytir orðalag í forsendum úrskurðarins frá 21. október 2003 engu þar um. Þá hefur OGF á bls. 3 í stefnu fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur, dags. 13. apríl 2004, byggt á, að „verulega íþyngjandi kvöð“ hafi verið lögð á OGF með úrskurðinum.

Með vísan til alls ofangreinds er ljóst að úrskurðurinn frá 21. október 2003 er bindandi fyrir OGF.

b. Lagaskil

OGF virðast einnig byggja á því, að PFS leggi með ákvörðun sinni á íþyngjandi skyldur „skv. lögum sem löngu eru úr gildi fallin.“ Þarna er borinn upp vísir að málsástæðu, sem nefndin hefur í úrskurði sínum frá 21. október 2003 þegar fjallað um. Þar taldi úrskurðarnefnd með hliðsjón af hlutverki nefndarinnar, sbr. reglugerð nr. 378/1999, almennum lagaskilareglum og afstöðu málsaðila, nauðsynlegt að um ágreininginn færi eftir eldri lögum um fjarskipti nr. 107/1999. Með vísan til þessa og bráðabirgðaákvæðis II með fjarskiptalögum nr. 81/2003 gilda að mati Símans öll sömu sjónarmið um ágreining þann sem nú er til umfjöllunar, að breyttu breytanda.

c. Krafa um aðfinnslur

Allur málatilbúnaður OGF hefur augljóslega þann eina tilgang að teffa fyrir kostnaðargreiningu þeirri á farsímanetum OGF, sem átti skv. bréfi PFS frá 27. janúar 2004 að vera lokið 1. apríl 2004. Þetta hefur að vissu marki tekist, sbr. bréf PFS dags. 5. apríl þar sem stofnunin tekur ekki afstöðu til frestsbeiðni meðan málið er til meðferðar hjá nefndinni.

Málatilbúnaður OGF er ámælisverðu [svo] og felur í sér misbeitingu þess réttarúrræðis, sem felst í kærni til æðra stjórnvalds. Þar sem í hlut á fjarskiptafyrirtæki sem stefnir að sjö milljarða ársveltu fyrir árið 2004 og á aðild að fjölmörgum málum fyrir PFS og nefndinni, er þörf á sérstökum aðfinnslum vegna þessara fáheyrðu vinnubragða. Verður að telja nefndina hafa fullar heimildir til að móta verklag með þeim hætti, enda þarf ekki sérstaka lagaheimild til almennra aðfinnsla, sem ekki teljast verulega íþyngjandi.

5.0 Niðurstaða

5.1 Krafa LÍ um frávísun

Áður en úrskurðarnefnd tekur til skoðunar kröfu OGF í máli þessu þykir rétt að víkja að þeirri kröfu, sem komið hefur fram af hálfu LÍ, að málinu beri að vísa frá nefndinni. Rökstyður LÍ kröfuna með því að ljóst sé að OGF hafi ekki stutt efnishlið kærni sinnar nokkrum rökum innan kærufrests. Grundvöllur kröfunnar sé því sá að kærufrestur sé liðinn auk þess sem kærni sé svo vanreifuð að hún sé ekki tæk til efnismeðferðar.

Úrskurðarnefnd telur hins vegar að bréf OGF frá 31. mars 2004, verði ekki á annan hátt skilið, en að þar hafi bæði verið að finna efnislega kærni á ákvörðun PFS frá 10.

mars 2004 og kröfu um frestun réttaráhrifa þeirrar sömu ákvörðunar, þar til endanlegur úrskurður nefndarinnar um gildi ákvörðunarinnar lægi fyrir. Því verður ekki talið kæra OGF hafi komið fram að liðnum kærufresti sbr. 27. gr. laga nr. 37/1993, þó að boðuð greinargerð með frekari rökstuðningi hafi ekki komið fram. Þá er ljóst á hvaða grundvelli krafa OGF um ógildingu er byggð. Þá kröfu útfærði OGF auk þess vandlega í munnlegum málflutningi fyrir nefndinni, þar sem bæði fulltrúar PFS og LÍ voru viðstaddir og fengu að koma að athugasemdum við málatilbúnað OGF. Með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem rakin voru á þeim fundi, og öllum gögnum málsins, telur úrskurðarnefnd málið nægilega vel upplýst til þess að hægt sé að taka það til úrskurðar sbr. 10. gr. sl.

Kröfu LÍ um frávísun málsins frá nefndinni er því hafnað.

5.2 Krafa OGF um að ákvörðun PFS frá 10. mars 2004 verði felld úr gildi

Í kæru sinni frá 31. mars 2004 og í málflutningi fyrir nefndinni reifaði OGF einkum tvær málsástæður fyrir kröfu sinni um ógildingu ákvörðunar PFS. Í fyrsta lagi að úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 21. október 2003 í málinu 3/2003, sem hin kærða ákvörðun byggir á, geti ekki verið bindandi fyrir félagið þar sem það hafi ekki átt aðild því máli. Þá hafnar OGF því í öðru lagi að PFS geti fellt íþyngjandi skyldur á félagið skv. lögum sem eru löngu fallin úr gildi.

Hvað varðar fyrri málsástæðu OGF skal tekið fram að í úrskurði nefndarinnar nr. 3/2003 var kveðinn upp sá úrskurður að Og fjarskipti hf. skyldi teljast fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði. Var ákvörðun þessi tekin eftir að PFS, LÍ og OGF höfðu öll skilað ítarlegum greinargerðum og auk þess gert rækilega grein fyrir sjónarmiðum sínum í munnlegum málflutningi fyrir nefndinni. Ljóst er því að í reynd nutu allir ofangreindir aðilar raunverulegrar aðilastöðu í málinu og tók úrskurðarnefnd sjónarmið allra aðila jafnt til skoðunar. Orðalag í forsendum úrskurðarins og uppsetning hans að öðru leyti getur ekki breytt þeirri endanlegu niðurstöðu sem finna má í úrskurðarorðum sem, að þessu sögðu, verður að telja bindandi fyrir OGF.

Þessari niðurstöðu til stuðnings má einnig benda á að aldrei komu fram athugasemdir eða mótmæli við ákvörðun nefndarinnar um formlega aðild að málinu auk þess sem hún á sér nokkra fyrirmynd í ágreiningsmálum sem rekin eru fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Hvað varðar síðari málástæðu OGF telur úrskurðarnefnd úrskurð sinn frá 21. október 2003 í máli nr. 3/2003 taka á þessu álitaefni. Þar kom fram að um ágreining þann sem þá var uppi skyldi fara eftir eldri lögum um fjarskipti nr. 107/1999 og að OGF skyldi teljast fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði sbr. 24. gr. þeirra laga. Þar með stofnaðist kvöð um kostnaðartengd endagjöld sbr. 26. gr. sl. Með vísan til bráðabirgðaákvæðis II í hinum nýju fjarskiptalögum nr. 81/2003 helst sú kvöð á OGF þar til endurskoðun allra kvaða hefur farið fram að lokinni markaðsgreiningu þeirri sem gert er ráð fyrir í þeim lögum.

Skv. þessu verður ekki tekin til greina krafa OGF að ákvörðun PFS frá 10. mars 2004 verði felld úr gildi á þeim grundvelli að PFS sé að fella íþyngjandi skyldur á félagið skv. lögum sem löngu eru fallin úr gildi.

5.3 Krafa LÍ um að OGF sæti aðfinnslum fyrir málatilbúnað sinn

Fyrir nefndinni gerir LÍ þá kröfu að úrskurðarnefnd finni sérstaklega að málatilbúnaði og vinnubrögðum OGF í máli þessu. Telur LÍ að allur málatilbúnaður OGF hafi augljóslega þann eina tilgang að tefja fyrir kostnaðargreiningu þeirri á farsímanetum OGF sem átti að vera lokið fyrir 1. apríl 2004. Telur LÍ þetta ámælisvert og fela í sér misbeitingu þess réttarræðis sem felst í kæru til stjórnvalds.

Úrskurðarnefnd telur hins vegar að ekki hafi verið sýnt fram á að nægt tilefni sé til aðfinnsla í máli þessu. Því er hafnað þeirri kröfu LÍ að málatilbúnaður OGF sæti aðfinnslum.

6.0 **Úrskurðarorð**

Kröfu Landsíma Íslands hf. um frávísun kæru Og fjarskipta hf. er hafnað.

Kröfu Og fjarskipta hf. þess efnis að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 10. mars 2004 verði felld úr gildi, er hafnað.

Kröfu Landsíma Íslands hf. þess efnis að málatilbúnaður Og fjarskipta hf. sæti aðfinnslum, er hafnað.

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

Reykjavík, 14. júní 2004

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.