

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 3/2015

Kæra Mílu á ákvörðun PFS nr. 40/2014

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 19. janúar 2015, hefur Míla ehf. kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 40/2014, um að útnefna Mílu með alþjónustukvöð þess efnis að útvega notendum tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt með þeim skilyrðum og takmörkunum sem nánar er fjallað um í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefst hann þess að 3. tl. ákvörðunarorðanna um skyldu kæranda til að útvega aðgang að tengingu, landfræðileg afmörkun 4. tl. og kostnaðarhlutdeild kæranda skv. 6. tl. verði felldir úr gildi.

PFS krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Til vara krefst PFS þess að hin kærða ákvörðun sé staðfest með þeirri breytingu að 4. og 6. tl. verði felldir brott, annað hvort báðar eða önnur hvor. Til þrautarvara krefst PFS þess að aðeins 1. mgr. og 8. tl. séu staðfest.

II. Helstu málsatvik

Mál þetta má rekja til umræðuskjals sem PFS birti hinn 21. febrúar 2014 um hugmyndir að framtíðarfyrirkomulagi varðandi þá skyldu, innan alþjónustu, að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið. Allir landsmenn eru í dag tengdir við almenna fjarskiptanetið í gegnum koparlínukerfi kæranda. Kærandi er núverandi alþjónustuveitandi og hefur borið þá skyldu innan alþjónustu að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið. Niðurstaða PFS í hinni kærðu ákvörðun var sú að ekkert annað fjarskiptafyrirtæki en kærandi hefði yfir að ráða heildstæðu aðgangsneti yfir landið allt sem gengt gæti því hlutverki að vera almennt aðgangsnet fyrir landsmenn alla. Því var kærandi útnefndur til 31. desember 2018 með skyldu til að veita aðgang að tengingu við almenna fjarskiptanetið með tilteknum skilyrðum og takmörkunum. Skilyrði hinnar kærðu ákvörðunar eru m.a. að kærandi skuli útvega aðgang að tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt við nýlagningu, viðhald og endurnýjun heimtauga. Við nýlagningu og endurnýjun heimtauga skuli framkvæmdin taka til allra tenginga innan sveitarfélagsmarka (3. tl.) að undanskildum þeim svæðum þar sem annað fjarskiptafyrirtæki hefur byggt upp háhraðanet (ljósleiðaranet) samhliða fjarskiptaneti kæranda (4. tl.). Einnig er kveðið á um að kostnaðarskipting milli kæranda, notanda og Jöfnunarsjóðs alþjónustu skuli vera með tilteknum hætti (6. tl.).

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst aðallega ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar en hann telur að rökstuðningur hennar sé verulegum annmörkum háður og að PFS hafi brotið gegn rannsóknarskyldu sinni. Kærandi telur hina kærðu ákvörðun skorta lagastoð og að hún feli í sér brot á efnisreglum stjórnarsýsluréttar.

Kærandi bendir á að með eldri ákvörðunum PFS hafi allar kvaðir á íslenska fjarskiptamarkaðnum vegna alþjónustu verið felldar niður nema kvöð á kæranda um aðgang að almenna fjarskiptanetinu.

Kærandi telur að með hinni kærðu ákvörðun séu nýjar og auknar skyldur lagðar á hann sem ekki rúmist innan lögbundinnar skilgreiningar á „alþjónustu“ og gangi lengra en þær alþjónustukvaðir sem hvílt hafi á kæranda samkvæmt fyrri ákvörðunum PFS, en hin kærða ákvörðun leysti af hólmi ákvörðun PFS nr. 30/2013.

Í 3. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé sú kvöð lögð á kæranda að hann útvegi aðgang að tengingu við almenna fjarskiptanetið við nýlagningu, viðhald og endurnýjun heimtauga. Þá segi einnig að við nýlagningu og endurnýjun heimtauga skuli framkvæmdin taka til allra tenginga innan sveitarfélagsmarka nema annað fjarskiptafyrirtæki hafi byggt upp háhraðanet á svæðinu. Í þessu felist að mati kæranda að ákveði hann að leggja nýja háhraðatengingu s.s. ljósleiðara, til afmarkaðs hóps notenda innan sveitarfélags, þá sé honum skylt að útvega öðrum notendum í viðkomandi sveitarfélagi samskonar tengingu innan þeirra marka sem ákvörðunin setji.

Kærandi tekur fram að samkvæmt 1. og 2. tl. ákvörðunarorða leggi hin kærða ákvörðun ekki almenna skyldu á hann að endurnýja og uppfæra aðgangsnetið t.d. í háhraðanet, eða styðjast við tiltekna tæknilega útfærslu í því sambandi. Hins vegar leiði af 3. tl. ákvörðunarorðanna að kjósi kærandi að ráðast í ákveðna framkvæmd verði hún að taka til sveitarfélagsins í heild. Í 4. tl. komi einnig fram að þar sem annað fjarskiptafyrirtæki hafi byggt upp háhraðanet (ljósleiðara) samhliða fjarskiptaneti kæranda sé kæranda ekki skylt að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið og sé vísað til viðauka við ákvörðunina sem birtur verði eigi síðar en 30. júní 2015. Endanleg landfræðileg afmörkun kvaðarinnar liggja að mati kæranda því ekki fyrir. Áskilur hann sér rétt til að koma að frekari sjónarmiðum hvað það varði og leita endurskoðunar á ákvörðuninni ef því sé að skipta.

Hvað varði skiptingu kostnaðarhlutdeildar og kostnaðarviðmiða sem fram komi í 6. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar þá sé hann tilgreindur og hvernig hann skiptist á milli notanda/greiðanda heimtaugar, kæranda og Jöfnunarsjóðs alþjónustu. Um sé að ræða meðaltalskostnað við hverja heimtaug og sé kæranda heimilt að sleppa dýrustu tengingunum í þeim tilvikum sem fjöldi tenginga sé undir 150 talsins. Kostnaður kæranda

af lagningu hvernar heimtaugar sem falli undir kvöð samkvæmt hinni kærðu ákvörðun eigi því aldrei að verða hærri en 250.000 kr. á heimtaug.

Málsástæður kveður kærandi annars vegar vera skort PFS á rökstuðningi og rannsókn máls og hins vegar skort á lagastoð og brot á meðalhófsreglu.

Skortur á rökstuðningi, rannsókn máls o.fl.

Kærandi byggir á því að rökstuðningur hinnar kærðu ákvörðunar fullnægi ekki kröfum 22. gr. stjórnarsýslulaga, nr. 37/1993, um rökstuðning og sé það svo verulegur annmarki á hinni kærðu ákvörðun að leiða skuli til ógildingar hennar. Hér eigi kærandi fyrst og fremst við þann hluta hinnar kærðu ákvörðunar sem lúti að kostnaðarviðmiðum 6. t.l. ákvörðunarorðanna, þ.m.t. kostnaðarhlutdeild kæranda fyrir hverja heimtaug. Kærandi telur verulega skorta á að rökstutt sé hvernig þær kostnaðarviðmiðanir séu ákveðnar og hvaða hlutlægu forsendur liggi þeim til grundvallar. Verði að mati kæranda ekki ráðið af hinni kærðu ákvörðun að umræddar kostnaðarviðmiðanir séu byggðar á raunverulegum forsendum eða gögnum t.d. úr rekstri kæranda. Ætla megi að mati kæranda að fjárhæðir séu í reynd byggðar að huglægu mati PFS, ekki síst 250.000 kr. hlutdeild kæranda.

Kærandi telur að enda þótt finna megi vísi að umfjöllun um fjárhæðir kostnaðarviðmiða í hinni kærðu ákvörðun þá sé sú umfjöllun svo rýr og óljós að hún fullnægi ekki kröfum stjórnarsýslulaga. Meði þar t.d. nefna að inn í kostnaðarhlutdeild alþjónustuveitanda sé reiknað ákveðið óhagræði sem sanngjarnt þyki að hann beri sjálfur enda sé verkið af þeirri stærðargráðu m.t.t. heildarveltu alþjónustuveitandans að skilyrði um ósanngjarna byrði séu uppfyllt. Ekki sé rökstutt hvernig PFS komist að þessari niðurstöðu. Ekki verði ráðið af hinni kærðu ákvörðun hvort og þá hvaða hlutlægu forsendur búi að baki þeirri ályktun PFS að umræddur kostnaður geti verið endurheimtanlegur á 25-30 árum. Hið sama gildi um þá ályktun að meðaltalskostnaður kæranda umfram 250.000 kr. geti talist „ósanngjörn byrði“ í skilningi 1. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga. Ekki sé vísað til gagna úr rekstri kæranda eða annarra haldbærra raka. Þó geri 21. gr. fjarskiptalaga ráð fyrir að mat á því hvort kostnaður við alþjónustu sé „ósanngjörn byrði“ skuli byggð á slíkum gögnum, m.a. að upplýst sé nákvæmlega hvert rekstrartapið af starfsemi sé og hvernig það sundurliðast. Verði því ekki annað séð að mati kæranda en að ákvörðun um „eigin byrði“ kæranda byggist að meginstefnu eða alfarið á huglægu mati PFS á þeim kostnaði sem sanngjarnt þyki að kærandi beri fyrir sitt leyti.

Kærandi telur að framangreindir annmarkar á rökstuðningi hinnar kærðu ákvörðunar feli hver um sig og til samans í sér brot gegn 22. gr. stjórnarsýslulaga. Að auki brjóti hin kærða ákvörðun gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga með því að kostnaðarviðmiðanir séu ekki reistar á viðhlítandi gögnum og athugun af hálfu PFS. Loks telur kærandi þennan þátt skorta stoð í lögum um fjarskipti.

Skortur á lagastoð, meðalhófsregla, aðgreiningarregla stjórnisýsluréttar o.fl.

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun skorta lagastoð og leiði það eitt og sér til ógildingar hennar. Umræddar kvaðir og útfærsla þeirra rúmist að mati kæranda ekki innan heimilda PFS til að leggja alþjónustukvaðir samkvæmt lögum um fjarskipti.

Fjarskiptalög skilgreini alþjónustu sem afmarkaða þætti fjarskipta af tilteknum lágmarksgæðum sem boðnir séu öllum notendum á viðráðanlegu verði óháð landfræðilegri staðsetningu þeirra, sbr. 6. tl. 3. gr. laganna. Til alþjónustu teljist m.a. gagnaflutningaþjónusta með 128 Kb/s flutningsgetu, sbr. 3. mgr. sömu greinar. Alþjónusta sé sú fjarskiptaþjónusta sem landsmenn eigi að lágmarki rétt til óháð búsetu og unnt sé að skylda fjarskiptafyrirtæki til að bjóða upp á ef nauðsynlegt þyki til að tryggja slíka þjónustu.

Kærandi telur að þær kvaðir sem felist í hinni kærðu ákvörðun gangi lengra en skilgreining hugtaksins „alþjónusta“ eins og það sé skilgreint í fjarskiptalögum. Óumdeilt sé að kærandi bjóði nú þegar aðgang að gagnaflutningaþjónustu þjónustuveitenda á landinu öllu sem fullnægi lágmarksskilyrðum alþjónustu samkvæmt 19. gr. laga um fjarskipti, m.a. um 128 Kb/s flutningsgetu. Einnig liggja fyrir að kærandi hafi í hyggju í náinni framtíð að uppfæra núverandi koparlínukerfi með VDSL tækni til allt að 90% landsmanna.

Hvað önnur svæði varði, þ.e.a.s. utan 90%, telji PFS að engar breytingar verði á næstunni hvað aðgang varði fyrir utan þau svæði þar sem mögulegt sé að uppfæra koparlínukerfið með VDSL tækni t.d. háhraðaþjónustu nema t.a.m. með breytingum á núverandi alþjónustukvöð kæranda. Kærandi telur slíka kvöð ekki rúmast innan lögbundinnar skilgreiningar á alþjónustu samkvæmt lögum um fjarskipti. Það meginsjónarmið hinnar kærðu ákvörðunar að stuðla að uppbyggingu háhraðanets geti m.ö.o. ekki sótt stoð í lagaákvæði sem miði að því að tryggja lágmarks alþjónustu sem nú þegar sé fyrir hendi um land allt. Vilji PFS beita sér í þágu almennra háhraðanetvæðingar beri henni að mati kæranda að gera það eftir réttum boðleiðum, t.d. afla viðeigandi lagaheimilda ef því sé að skipta.

Af framangreindu leiði að mati kæranda að hin kærða ákvörðun sé í senn í andstöðu við ákvæði laga um fjarskipti og skorti stoð í þeim. Á sama hátt geti hin kærða ákvörðun ekki heldur sótt stoð í 1. mgr. 6. gr. reglugerðar um fjarskipti á sviði alþjónustu, nr. 1356/2007. Þá telji kærandi að hin kærða ákvörðun brjóti einnig í bága við efnislega aðgreiningu stjórnisýsluréttarins með því að alþjónustukvöðum sé beitt í þágu annarra og óskyldra markmiða sem tengist alþjónustu ekki á neinn hátt.

Við mat á lögmæti hinnar kærðu ákvörðunar telur kærandi að hafa beri í huga að alþjónustukvöð sé í eðli sínu takmörkun á atvinnufrelsi og eignarétti alþjónustuveitandans og beri því að skýra slíkar lagaheimildir þröngt sbr. og reglur um meðalhóf. Því til samræmis verði alþjónustukvöð aðeins beitt ef nauðsynlegt þyki til að

tryggja fullnægjandi fjarskiptaþjónustu á sanngjörnum kjörum. Ekki verði að mati kæranda séð að hin kærða ákvörðun samrýmist þessum áskilnaði m.a. í ljósi þess að allir landsmenn hafi nú þegar aðgang að netþjónustu umfram lágmarks alþjónustu samkvæmt lögum um fjarskipti og að kærandi hafi að öllu leyti fullnægt skyldum sínum sem alþjónustuveitandi samkvæmt eldri ákvörðunum PFS. Þannig telji kærandi vandséð að kvaðir samkvæmt hinni kærðu ákvörðun hafi talist nauðsynlegar til að tryggja alþjónustu, sbr. 19. gr. fjarskiptalaga.

Þá byggir kærandi á því að 6. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar um skiptingu kostnaðarhlutdeildar og hámarkskostnaðarviðmiða skorti stoð í fjarskiptalögum. Að mati kæranda verði hvorki ráðið af fjarskiptalögum né reglugerð um alþjónustu á sviði fjarskipta að PFS sé heimilt að „festa“ fyrirfram tilteknar viðmiðunarfjárhæðir með þessum hætti, m.a. um greiðsluþátttöku Jöfnunarsjóðs alþjónustu. Að mati kæranda sé fyrirframákveðin kostnaðarviðmið- og skipting skv. 6. tl. ákvörðunarorðanna ósamrýmanleg ákvæðum laga og reglugerða.

Kærandi telur að erfitt verði að meta kostnað sem á hann sé lagður með hinni kærðu ákvörðun, ekki síst í ljósi þess að hin kærða ákvörðun skilgreini ekki þau landsvæði sem útnefning kæranda eigi að takmarkast við nema með almennum hætti, en PFS hyggst gera nánari grein fyrir þeim í sérstökum viðauka síðar á þessu ári. Að þessu leyti telur kærandi hina kærðu ákvörðun vera í ósamræmi við meginreglu stjórnsluréttar um nauðsyn þess að íþyngjandi stjórnvaldsákvæðanir séu skýrar og ótvíræðar. Af þessum sökum og vegna skorts á rökstuðningi sé kæranda torvelt að leggja mat á það hver áhrif hin kærða ákvörðun hafi á fjárhag hans og hver raunkostnaður af umræddum kvöðum geti orðið standi ákvörðunin óhöggud.

Loks telur kærandi hina kærðu ákvörðun óljósa um hvert samspil hennar sé við markaði 4 og 5 sem fallið geti undir kvaðir samkvæmt ákvörðuninni, þ.m.t. hvort verðlagning kæranda á þeim mörkuðum kunni síðar að verða háð gjaldskráreftirliti af hálfu PFS. Hin kærða ákvörðun taki ekki af skarið um þetta og veiti a.m.k. enga tryggingu fyrir því að slíku gjaldskráreftirliti verði ekki komið á síðar.

Samantekt

Kærandi telur ógildingarannmarka taka til 3. tl., 4. tl., og 6. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar en þar sé fjallað um inntak og landfræðilega afmörkun á kvöðum sem lagðar séu á kæranda og ákvörðun um skiptingu kostnaðar í því samhengi. Auk þess að skorta lagastoð er það mat kæranda að ákvörðunin sé ófullburða og inntak hennar óljóst að verulegu leyti.

2.

Í athugasemdum PFS við stjórnslukærana, sem bárust hinn 12. mars 2015, er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Til vara krefst PFS þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með þeirri breytingu að 4. og 6. tl. ákvörðunarorðanna verði

felldir brott, annað hvort báðir eða annar hvor. Fallist úrskurðarnefnd á varakröfu PFS telur stofnunin eðlilegast að útfærsla eldri alþjónustukvaðar gildi áfram um þessi atriði, þ.e. að kvöðin gildi fyrir landið allt og kostnaðarbyrðin sé 650.000 kr. Til þrautavara krefst PFS að 1. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé staðfest ásamt 8. tl. sem kveði á um útnefningartímabil alþjónustuveitanda. Hvorki annmarkar á málsmeðferð né gallar á efnislegri útfærslu PFS á alþjónustukvöð geti réttlætt að kærandi losni undan þeirri skyldu að útvega landsmönnum öllum tengingu við almenna fjarskiptanetið sem hvílt hafi á félaginu frá upphafi.

Hvað málsatvik varði þá geti PFS ekki fallist á samantekt kæranda um staðreyndir málsins og telur því nauðsynlegt að rekja grundvöll hinnar kærðu ákvörðunar. PFS rekur þá staðreynd að fyrir afnám einkaréttar í fjarskiptum hafi tekist að tengja öll heimili og fyrirtæki við almenna fjarskiptanetið. Það hefði að mati PFS ekki tekist ef eingöngu hefði verið treyst á markaðsforsendur. Við afnám ríkiseinokunar í fjarskiptum hafi ekki verið talið ásættanlegt að einkarekið fjarskiptafyrirtæki sem tæki við heimtaugakerfi ríkisfélagsins myndi hætta að þjónusta óarðbærustu svæði landsins eða verðleggja þjónustu þar upp úr öllu valdi. Því hafi orðið til nýtt réttarsvið sem nefnt hafi verið alþjónusta (e. universal service) og hafi að geyma heimildir hins opinbera til að leggja íþyngjandi kvaðir á markaðsaðila um að veita landsmönnum öllum lágmarksfjarskiptaþjónustu.

PFS bendir á að samkvæmt lögum um fjarskipti skuli hið opinbera tryggja tiltekna þætti fjarskiptaþjónustu og sé sú þjónusta nefnd alþjónusta. Í VI. kafla fjarskiptalaga sé nánar fjallað um alþjónustu og sé þar að finna ákvæði um afmörkun alþjónustu og valdheimildir PFS til að tryggja framboð alþjónustu auk ákvæða um hvernig skuli fjármagna hana ef hún telst ósanngjörn byrði gagnvart því fjarskiptafyrirtæki sem skylt sé að veita hana. Í 19. gr. fjarskiptalaga sé fjallað um inntak alþjónustu og samkvæmt 3. mgr. telst til alþjónustu m.a. talsímaþjónusta og gagnaflutningsþjónusta með 128 Kb/s flutningsgetu. Talsímaþjónusta eða heimasími sé símpjónusta sem veitt sé á fastanetinu en heimili og fyrirtæki tengist því með heimtaug. Sú gagnaflutningaþjónusta sem vísað sé til í ákvæðinu eigi við um internetþjónustu um fastanetstengingu. Í ljósi stöðu kæranda sem reki nú hið landsdekkandi heimtauganet, sem áður hafi verið í eigu og rekstri ríkisins, hafi hann frá upphafi verið bundinn kvöð um að útvega heimilum og fyrirtækjum landsins tengingu við almenna fjarskiptanetið, en ekkert annað fjarskiptafyrirtæki sé í þeirri stöðu að geta útvegað heimtaugar á landsvísu.

PFS telur lagastoðina fyrir heimild stofnunarinnar til að leggja íþyngjandi kvöð um alþjónustu vera skýra, sbr. það sem fram kemur í 2. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga: „Ef nauðsynlegt þykir til að tryggja fullnægjandi fjarskiptaþjónustu á sanngjörnum kjörum og þeirri þjónustu verður ekki við komið ef einungis er tekið mið af viðskiptasjónarmiðum getur PFS mælt svo fyrir að fjarskiptafyrirtæki sem rekur almennt fjarskiptanet eða fjarskiptaþjónustu skuli veita alþjónustu á starfssvæði sínu“.

Í reglugerð um alþjónustu, nr. 1356/2007, sé sérstaklega fjallað um álagningu kvaðar um að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið, sbr. 6. gr. en þar segi m.a. að PFS skuli skylda a.m.k. eitt fjarskiptafyrirtæki til að verða við öllum sanngjörnum umsóknum um aðgang að almennu fjarskiptaneti um nettengipunkt og a.m.k. eitt fjarskiptafyrirtæki til að veita almenna talsímabjónustu og gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu. Kærandi hafi frá upphafi búið við alþjónustukvöð og muni gera það áfram að óbreyttum lögum á meðan markaðsaðstæður séu með þeim hætti sem nú séu. Heimild PFS til að leggja á alþjónustukvöð sé því að mati PFS alveg skýr í lögum.

PFS telur það skjóta skökku við að kærandi telji að hin kærða ákvörðun skorti að einhverju leyti lagastoð þar sem hægt sé að sýna fram á að með hinni kærðu ákvörðun hafi verið dregið úr þeirri alþjónustukvöð sem áður gildi, bæði hvað varði fjárhagslega byrði kæranda og landfræðilegt umfang kvaðarinnar.

Meintur skortur á rökstuðningi og brot á rannsóknarreglu

Í kæru komi fram að sjónarmið um skort á rökstuðningi lúti aðallega að kostnaðarskiptingu og kostnaðarviðmiðum við nýlagningu eða endurnýjun heimtaugar en kærandi telji að ekki séu færð fram rök fyrir því hvernig 250.000 kr. kostnaðarbyrði hans sé reiknuð út.

PFS bendir á að sú kostnaðarbyrði sem áður hafi hvílt á kæranda hafi verið 650.000 kr. fyrir hverja heimtaug. Með hinni kærðu ákvörðun hafi því verið að lækka fjárhagslega byrði kæranda um rúmlega 60%. Sú upphæð sem ákveðið hafi verið að miða við, þ.e.a.s. 250.000 kr. hafi verið prófuð út frá væntum tekjum fyrir afnot af heimtaug með tilliti til áætlaðs líftíma hennar eða 25-30 ár. Hafi þessir útreikningar sýnt að það hafi verið raunhæft að miða kostnaðarbyrði kæranda við 250.000 kr.

Kostnaðarbyrðin byggji ekki á huglægu mati PFS eins og kærandi haldi fram, heldur komi fram í hinni kærðu ákvörðun hvaða forsendur liggi að baki matinu og til hvaða tekna kæranda sé horft við endurheimtu fjárfestingu heimtaugarinnar. Það sé vandkvæðum bundið fyrir PFS að birta slíka útreikninga enda sé það á forræði kæranda að verðleggja þjónustuna auk þess sem ekki hafi verið sett verðkvöð á ljósleiðaraheimtaug á heimtaugamarkaði (M4) samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2014. PFS telur þó sjálfsagt að leggja umrædda útreikninga fram í trúnaði en opinber birting þeirra geti haft áhrif á verðlagningu kæranda og samningsstöðu aðila.

PFS telur rétt að áréttu að við útfærslu kvaða á heimtaugamarkaði (M4) hafi ekki verið sett verðkvöð á kæranda varðandi verðlagningu á ljósleiðaraheimtaug. Þannig hafi kærandi fullt forræði á því að verðleggja heimtaugagjald slíkra heimtauga með tilliti til þess að ná til baka fjárfestingar- og rekstrarkostnaði miðað við þær forsendur sem PFS hafi sett. Með hinni kærðu ákvörðun hafi ekki heldur verið lögð kvöð á kæranda um að endurnýja heimtaugar, þ.e.a.s. með því að skipta út kopartaugum fyrir ljósleiðara heimtaug.

Hvað varði þá ályktun PFS um að kostnaður umfram 250.000 kr. að meðaltali fyrir hverja heimtaug teljist vera ósanngjörn byrði í skilningi fjarskiptalaga, að þá sé hún afleiðing af því mati PFS að kostnaður umfram það sé ekki endurheimtanlegur innan sanngjarns og hæfilegs tíma. Í því felist jafnframt að allt óhagræði og minniháttar tap kæranda telji PFS að rúmist innan þeirra marka.

PFS hafni því að skort hafi á rökstuðning í hinni kærðu ákvörðun. Þeir útreikningar sem PFS hafi gert sýni svo ekki verði um villst að stofnunin hafi sinnt rannsóknarskyldu sinni hvað þetta varði og sú kostnaðarbyrði sem hún hafi miðað við sé fyllilega sanngjörn og raunhæf.

Meintur skortur á lagastoð

PFS hafnar því að hin kærða ákvörðun hafi ekki lagastoð. Málflutningur kæranda virðist að mati PFS byggja á misskilningi um að verið sé að leggja kvöð á félagið um að leggja ljósleiðara en svo sé ekki. Í hinni kærðu ákvörðun komi fram að engar skyldur eða kvaðir séu lagðar á kæranda um að endurnýja heimtauganetið sitt eða skipta út koparheimtaugum í staðinn fyrir ljósleiðaraheimtaugar. Í ákvörðunarorðunum segi að kærandi hafi fullt forræði á því hvort og hvar fyrirtækið endurnýi aðgangsnetið með ljósleiðara.

Af 1.tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar megi að mati PFS sjá að ekki sé verið að leggja kvöð á kæranda um að leggja ljósleiðara. Það sé hvorki verið að leggja kvöð á kæranda um að veita gagnaflutningsþjónustu, hvorki með 128 Kb/s hraða eða meiri hraða heldur sé verið að leggja kvöð á kæranda um að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið. Sú tenging geti verið úr ljósleiðara eða kopar ef kærandi telji það hyggilegra.

Hins vegar sé hin kærða ákvörðun útfærð þannig að hún geti stuðlað að frekari uppbyggingu háhraðaneta, t.d. með því að lækka kostnaðarbyrði alþjónustuveitandans við að útvega heimtaug. Hér sé að mati PFS ekki um ólögmæta forsendu að ræða og rúmast hún vel innan gildandi lagaheimilda, enda ekki verið að leggja þá kvöð á kæranda að ráðast í framkvæmdir, þótt verið sé að gera honum það hagstæðara en áður.

Viðmið um að framkvæmd miðist við sveitarfélag

Kærandi telur að lagastoð skorti fyrir því að PFS leggi til grundvallar að mögulegar framkvæmdir vegna endurnýjunar taki til sveitarfélags í heild sinni, þ.e.a.s. allra tenginga innan þess.

PFS telur að hér verði að horfa til þess að um sé að ræða alþjónustukvöð sem það sé eðli og inntak alþjónustu að hún standi öllum landsmönnum til boða óháð landfræðilegri staðsetningu. Alþjónusta skal því standa öllum íbúum sveitarfélags til boða. Meðan unnt sé að uppfylla alþjónustukvöð með koparheimtaug geti það verið valkostur fyrir

alþjónustuveitanda að endurnýja tilteknar heimtaugar og skilja aðrar og erfiðari heimtaugar eftir, sem þó verða taldar uppfylla alþjónustukröfur. Því hafi það verið með ráðum gert að gera ekki afdráttarlausu kröfu til alþjónustuveitanda um að framkvæmd um endurnýjun taki til allra tenginga innan sveitarfélags, heldur geti kærandi afmarkað sér þrengri framkvæmdarsvæði innan sveitarfélagsins með samþykki PFS.

Meint brot á meðalhófsreglu

PFS telur óumdeilt að kvöð um að veita alþjónustu sé í eðli sínu íþyngjandi. Meint brot á meðalhófsreglu virðist felast í því að landsmenn allir njóti nú þegar tengingar við almenna fjarskiptanetið og því sé ekki hægt að leggja á kæranda skyldu umfram það. Þetta sé rétt hjá kæranda enda sé ekki verið að leggja kvöð á hann um að endurnýja heimtauganet sitt, t.d. skipta út koparlínunum fyrir ljósleiðara. Þetta standi berum orðum í hinni kærðu ákvörðun.

Kvöðin felist í því að útvega heimilum landsins og fyrirtækjum tengingu við almenna fjarskiptanetið. Aftur á móti sé kvöðin útfærð þannig að það sé ýmsu leyti hagstæðara fyrir kæranda að ráðast í endurnýjun heimtauga heldur en áður t.d. vegna þess að eigin kostnaðarbyrði fyrirtækisins hafi verið lækkuð töluvert.

Um skiptingu kostnaðar

PFS kveður ekki rétt hjá kæranda að stofnuninni sé ekki heimilt að mæla fyrir um kostnaðarskiptingu milli aðila og ákveða fyrirfram tiltekið hámark í kostnaðarhlutdeild hvers og eins. Réttur til alþjónustu sé ekki ótakmarkaður. Þegar kostnaður við að útvega heimtaug sé orðin það mikill að það þyki ósanngjarnt og óskynsamlegt að útvega tengingu geti alþjónustuveitandi synjað um hana. PFS sé falið ákvörðunarvald hvar skuli draga þessi mörk, sbr. 4. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga og 7. mgr. 6. gr. reglugerðar um alþjónustu. PFS sé einnig bundin af inntaki alþjónustu, þ.e. að hún skuli standa almenningi til boða á viðráðanlegu verði. Þannig geri fjarskiptalög og reglugerð ráð fyrir því að sett séu þök hvað varði kostnað aðila, en þetta eigi líka við um hlutdeild alþjónustusjóðs.

Réttur til alþjónustu sé ekki ótakmarkaður og sé PFS falið að setja ákveðin mörk hvað þetta varði. Ekki verði séð að mati PFS að það gangi gegn ákvæðum laga og reglna að mæla fyrir um slík mörk fyrirfram en með þeirri kostnaðarskiptingu sem PFS leggi til grundvallar falli tengingar sem kosti meira en 750.000 kr. fyrir utan alþjónustu.

Um svæðisskiptingu

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun vera óskýra hvað varði umfang alþjónustukvaðarinnar, þar sem ekki séu skilgreind þau svæði sem útnefning félagsins sem alþjónustuveitandi taki til.

PFS telur aðferðafræðina vera skýra. Kvöð kæranda gildi á landinu öllu nema á þeim svæðum þar sem PFS muni tilgreina sérstaklega. Áður en alþjónustukvöð sé felld niður á tilteknum svæðum þurfi PFS að gaumgæfa vandlega að til staðar sé nægt og tryggt

framboð á tengingum á vegum annarra aðila. Um heimild sína til að afmarka alþjónustukvöð samkvæmt landfræðilegri svæðisskiptingu vísar PFS til 1. mgr. 20. gr. fjarskiptalaga.

Samspil alþjónustu við markað 4 og 5

Kærandi hefur uppi sjónarmið varðandi óskýrleika um samspil alþjónustukvaðarinnar við kvaðir sem lagðar hafi verið á félagið í kjölfar markaðsgreininga á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum (markaður 4 og 5), einkum hvað varði gjaldskráreftirlit.

PFS telur að í hinni kærðu ákvörðun komi fram með skýrum hætti hvernig gjaldskráreftirlit innan alþjónustu spili saman við gjaldskráreftirlit á heimtauga- og bitastraumsmarkaði. Í hinni kærðu ákvörðun segi að PFS telji líklegt að kærandi sé að rugla saman umfjöllun um að ef koparheimtaug sé skipt út fyrir ljósleiðaraheimtaug að þá falli sú heimtaug undir alþjónustu, þ.m.t. um kostnaðarviðmið, enda sé hún eina tenging notanda við fastanetið. Hér sé átt við kostnaðarþátttöku notanda. Þannig sé ekki verið að tala um gjaldskráreftirlit með smásöluverðum gagnvart notanda. Heimtaugagjöld kæranda séu lögð á samkvæmt heildsölugjaldskrá sem taki til þeirra fjarskiptafyrirtækja sem leigi heimtaugina og sé hún ekki háð verðkvöð, ef um ljósleiðaraheimtaug sé að ræða.

Því hafi kæranda mátt vera ljóst að gjaldskráreftirlit innan alþjónustu gildi um smásöluþáttinn, en ekki gjaldskrá kæranda á heildsölustigi á grundvelli kvaða á heimtauga- og bitstraumsmarkaða (markaður 4-5), auk þess sem engin verðkvöð gildi um ljósleiðaraheimtaugar.

Lokaorð

PFS telur sig hafa sýnt fram á með óyggjandi hætti að hin kærða ákvörðun hafi stoð í lögum sem heimili stofnuninni að leggja íþyngjandi kvöð á kæranda um að veita þjónustu. PFS kveður að þegar um sé að ræða alþjónustu sem feli í sér lágmarksréttindi allra landsmanna til tiltekinnar fjarskiptaþjónustu, sé það ákaflega bagalegt að mati PFS að óvissa ríki um langan tíma um skuldbindingargildi alþjónustukvaðarinnar. PFS áréttar aðalkröfu sína um að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

3.

Athugasemdir PFS voru sendar kæranda til upplýsinga hinn 17. mars 2015 og barst umsögn hans þann 1. apríl 2015. Þar kemur m.a. fram að kærandi telji að ekki sé lagastoð fyrir því að PFS geti haft uppi sérstakar kröfur eða varakröfur í kærumáli fyrir úrskurðarnefnd. Telur kærandi PFS t.a.m. ekki geta gert þá kröfu að eigin ákvörðun verði felld úr gildi að hluta, sbr. þrautavarakröfu PFS. Verði því að líta framhjá kröfugerð PFS.

Hvað málsatvik varði þá vill kærandi taka fram að í kæru séu málavextir raktir eins og þeir horfi við honum.

Kærandi áréttar að hann leiti ógildingar á hinni kærðu ákvörðun vegna annmarka á henni, m.a. vegna ófullnægjandi rökstuðnings, skorts á lagastoð og annarra atriða sem nánar séu rakin í kæru. Kærandi hafi ríka hagsmuni af því að fá skorið úr um lögmæti alþjónustukvaða sem lagðar séu á hann. Kærandi tekur fram að hann hafi ekki byggt á því að alþjónustukvaðir verði aldrei lagðar á fyrirtækið eins og skilja megí af greinagerð PFS.

Kærandi telur orðalag greinagerðar PFS ósamboðið þeim hlutleysis- og háttarniskröfum sem gera megí til stjórnvalda.

Rökstuðningur, andmælaréttur o.fl.

Kærandi telur athyglisvert að PFS vísi til útreikninga sem hafi legið til grundvallar hinni kærðu ákvörðun og að þeir útreikningar hafi verið lagðir fram fyrir úrskurðarnefnd en kærandi hafi ekki fengið tækifæri til að kynna sér þá og tjá sig um þá útreikninga.

Af þessu tilefni byggi kærandi sjálfstætt á því að með því að umræddir útreikningar hafi ekki verið bornir undir kæranda á lægra stjórnarsýslustigi áður en hin kærða ákvörðun hafi verið tekin og kæranda þannig ekki gefin kostur á að taka afstöðu og tjá sig um þá útreikninga hafi meðferð málsins verið í ósamræmi við andmæla-reglu 13. gr. stjórnarsýslulaga. Af sömu ástæðu byggi kærandi á því að málsmeðferðin hafi sömuleiðis ekki fullnægt rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga enda hafi rannsókn PFS ekki getað talist viðhlítandi nema að hafa aflað athugasemda kæranda við umræddum útreikningum og forsendum þeirra, hafi ákvörðunin á annað borð verið byggð á þeim. Þá byggi kærandi á því að þar sem ekki hafi verið gerð grein fyrir útreikningunum í hinni kærðu ákvörðun, sem hún muni þó hafa byggst á, fullnægi rökstuðningur hennar ekki kröfum 22. gr. stjórnarsýslulaga. Reglur um efni rökstuðnings stjórnvaldsákvörðunar miði að því að tryggja að aðili máls fái vitneskju um þau atvik og aðstæður sem ákvörðun byggist á.

Þeim áskilnaði sé ekki fullnægt ef útreikningar sem ákvörðun sé byggð á séu ekki útlistaðir í ákvörðuninni sjálfri og þaðan af síður ef útreikningar hafi ekki verið bornir undir kæranda. Kærandi telur framangreinda annmarka, hvern og einn um sig eða í öllu falli til samans, svo verulega að ekki verði úr þeim bætt á æðra stjórnarsýslustigi og því óhjákvæmilegt að hans mati að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

Þá telur kærandi það að hann fái ekki að kynna sér umrædd gögn við meðferð málsins fyrir úrskurðarnefnd, ósamrýmanlega sjónarmiðum um jafnræði aðila svo og meginreglum 13. og 15. gr. stjórnarsýslulaga um upplýsinga- og andmælarétt aðila stjórnarsýslumáls. Að auki geti að mati kæranda áskilnaður um trúnað varðandi einstök málsgögn ekki átt við í kærumáli þar sem kærandi sé eini málsaðilinn, þ.e.a.s. fyrir utan PFS, sbr. gagnályktun frá 11. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd. Sjónarmið PFS um að einstök málsgögn skuli ekki borin undir eina málsaðilann, kæranda, eigi sér því ekki stoð eins og hér standi á. Kærandi hafnar einnig því sjónarmiði PFS að verði honum veittur aðgangur að útreikningunum geti það haft áhrif á verðlagningu hans og samningsstöðu aðila.

Skortur á lagastoð, kvöð að endurnýjun taki til sveitarfélags, meðalhóf o.fl.

Kærandi áréttar að hann byggi á því að þær skyldur og kvaðir sem hin kærða ákvörðun leggi á hann rúmist ekki innan lagaheimilda um alþjónustu, sbr. lögbundna skilgreiningu á hugtakinu í fjarskiptalögum og reglugerð um alþjónustu. Að auki brjóti hin kærða ákvörðun gegn form- og efnisreglum stjórnsýsluréttar, þ.m.t. meðalhófsreglu og aðgreiningarreglum.

Kærandi áréttar hvað varðar 3. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar að ekki sé á því byggt af hans hálfu að lögð sé kvöð á fyrirtækið að leggja ljósleiðara eða að ráðast í viðlíka framkvæmd almennt. Hins vegar byggi kærandi á því að 3. tl. ákvörðunarorðanna leggi þá kvöð á kæranda að ákveði hann að endurnýja heimtauganet á tilteknum stað, s.s. með ljósleiðara, þá beri honum að láta slíka framkvæmd taka til allra tenginga innan sveitarfélagsmarka nema PFS samþykki þrengra framkvæmdarsvæði. Í hinni kærðu ákvörðun komi fram að umræddri alþjónustukvöð sé ætlað að stuðla að aukinni uppbyggingu háhraðaneta.

Kærandi telur framangreinda tilhögun skorta lagastoð enda séu þær ráðagerðir sem endurspeglar í 3. tl. og 6. tl. ákvörðunarorða að hans mati í engum tengslum við alþjónustu í lögbundinni merkingu þess hugtaks. Að sama skapi telji kærandi vandséð að lagaheimild standi til ráðstöfunar fjármuna úr Jöfnunarsjóði alþjónustu til verkefna sem ekki teljist til alþjónustu, s.s. uppbyggingar háhraðaneta, sem hin kærða ákvörðun gangi út frá. Að því leyti sem hinni kærðu ákvörðun sé ætlað að stuðla að uppbyggingu háhraðaneta, s.s. yfirfærslu úr koparheimtaug yfir í ljósleiðara, sé ljóst að hún geti ekki sótt stoð í laga- og reglugerðarákvæði um alþjónustu. Hin kærða ákvörðun leggi því nýjar og auknar kvaðir á kæranda sem rúmist ekki innan lagaákvæða um alþjónustu.

Þá byggi kærandi á því að PFS hafi vanrækt að rannsaka hvort og að hvaða marki nauðsyn hafi borið til að leggja alþjónustukvöð á kæranda. Því skorti hina kærðu ákvörðun stoð í lögum og sé hún um leið andstæð meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga, sbr. og rannsóknareglu 10. gr. sömu laga. Fyrir liggir að PFS hafi látið hjá líða að rannsaka hvort alþjónustukvaðir séu nauðsynlegar með tilliti til einstakra landshluta og þá hvaða, m.a. með hliðsjón af samkeppnisaðstæðum og viðskiptasjónarmiðum á hverjum stað fyrir sig. Áður en alþjónustukvöð sé felld niður á einstökum svæðum þurfi PFS að gaumgæfa vandlega að til staðar sé nægt og tryggt framboð af tengingum á vegum annarra aðila. Kærandi byggi hins vegar á því að PFS hafi óhjákvæmilega borið að taka afstöðu til framangreindra atriða áður en hin kærða ákvörðun hafi verð tekin.

Í þessu sambandi áréttar kærandi að allir landsmenn hafi nú þegar aðgang að almennu fjarskiptaneti sem fullnægi lágmarksgæðum alþjónustu. Því sé ekki sjálfgefið að skilyrði sé til að leggja á áframhaldandi alþjónustukvaðir svo sem PFS virðist gefa sér fyrirfram. Þvert á móti ber að mati kæranda að sníða alþjónustukvöð stakk eftir vexti og komi í hlut PFS að framkvæma sjálfstæða úttekt á því á landsvísu hvort og þá að hvaða marki sé

nauðsynlegt að leggja á slíkar kvaðir, með hliðsjón af framboði og markaðsaðstæðum á hverjum stað fyrir sig og taka síðan ákvörðun um hvort leggja skuli á alþjónustukvaðir byggt á slíkri rannsókn. Í stað þess að framkvæma slíka rannsókn og taka ákvörðun á þeim grundvelli virðist PFS einfaldlega gefa sér fyrir fram að alþjónustukvöð sé forsenda fyrir tilvist kæranda.

Markaðir 4 og 5 o.fl.

Kærandi byggir á því að engin trygging sé fyrir því að gjaldskráreftirliti eða verðkvöðum varðandi markað 4 og 5 verði ekki komið á síðar. Á hinn bóginn hafi kærandi ekki haldið því fram að slíkt gjaldskráreftirlit eða verðkvaðir séu þegar fyrir hendi, enda ljóst að svo sé ekki.

Samantekt

Samandregið byggir kærandi á því að hin kærða ákvörðun sé haldin slíkum annmörkum, bæði að formi og efni, að fella beri hana úr gildi í heild sinni. Að því er varði formannmarka vísar kærandi til kærðu og umfjöllunar varðandi andmælarétt og skort á rannsókn á nauðsyn alþjónustukvaða o.fl. Að því er varði efnisannmarka vísar kærandi til ófullnægjandi lagastoðar, aðgreiningarreglna og meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar. Loks áréttar kærandi að málatilbúnaður hans byggir ekki á því að hann geti aldrei borið alþjónustukvaðir almennt séð, heldur sé hann byggður á því að hin kærða ákvörðun sé haldin tilteknum annmörkum sem raktir séu í kærðu.

IV. Niðurstöður

1.

Í máli þessu er annars vegar deilt um lagaheimild PFS til að leggja alþjónustukvöð á kæranda og hins vegar efni eða inntak þeirra kvaða sem lagðar hafa verið á hann með hinni kærðu ákvörðun og hvort þær kunni að fara út fyrir þau valdmörk sem PFS eru sett að lögum. Einnig er deilt um það hvort málsmeðferð PFS sé háð annmörkum sem leiða skuli til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Kæranda ber samkvæmt hinni kærðu ákvörðun að útvega notendum tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt með tilgreindum skilyrðum og takmörkunum.

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun haldna svo alvarlegum annmörkum að ógilda beri hana. Hún feli í sér nýjar og auknar alþjónustukvaðir sem ekki eigi sér stoð í lögum, rökstuðningur fyrir kostnaðarviðmiðum sé ófullnægjandi svo og rannsókn PFS á kostnaðarhlutdeild kæranda. Einnig telur kærandi að PFS sé ekki aðili máls og geti því ekki gert sérstakar kröfur í því.

PFS telur lagaheimild til að leggja alþjónustukvaðir á kæranda ótvíræða og hafi kvöð um að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið ávallt hvílt á kæranda. Hin kærða ákvörðun sé ívilnandi í garð kæranda og að stuðst hafi verið við raunhæfa kostnaðarútreikninga. Því sé ekki um brot á rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórnisýslulaga að ræða.

2.

Kærandi telur að PFS skorti lagaheimild til að leggja á hann þær kvaðir sem felist í hinni kærðu ákvörðun. Verður því að líta til þeirra lagaheimilda sem kveða á um alþjónustu.

Samkvæmt orðskýringum II. kafla fjarskiptalaga felur alþjónusta í sér afmarkaða þætti fjarskipta af tilteknum lágmarksgæðum sem boðnir eru öllum notendum á viðráðanlegu verði, óháð landfræðilegri staðsetningu þeirra. Í VI. kafla laganna er kveðið á um alþjónustu og sértæka fjarskiptaþjónustu. Þar kemur m.a. fram í 19. gr. laganna að allir notendur með tilteknum undantekningum skuli eiga rétt á alþjónustu óháð staðsetningu og að PFS geti mælt svo fyrir að fjarskiptafyrirtæki sem reki almennt fjarskiptanet eða fjarskiptaþjónustu skuli veita alþjónustu á starfssvæði sínu. Til alþjónustu teljist m.a. talsímaþjónusta og gagnaflutningaþjónusta með 128 Kb/s flutningsgetu. Með gagnaflutningaþjónustu er átt við internetþjónustu um fastnetstengingu. PFS getur ákvarðað lágmarksgæði alþjónustu. PFS getur skv. 20. gr. laganna falið einu eða fleiri fjarskiptafyrirtækjum að bjóða alþjónustu á ákveðnum svæðum eða eftir þjónustutegundum og skal hafa eftirlit með gjaldskrám í alþjónustu.

Í greinargerð með frumvarpi til fjarskiptalaga kemur m.a. fram að kaflinn um alþjónustu sé saminn með hliðsjón af alþjónustutilskipun ESB, þ.e.a.s. tilskipun 2002/22/EB sem innleidd var í EES samninginn. Í 1. mgr. 19. gr. sé sett fram meginregla um rétt allra notenda til þess að njóta alþjónustu óháð staðsetningu þeirra. Stefnt sé að því að öllum landsmönnum verði tryggður jafn aðgangur að ákveðnum grunnþáttum fjarskipta. Því verði þó ekki viðkomið í öllum tilvikum og geti réttur þessi sætt takmörkunum ef aðstæður eru sérstaklega erfiðar.

Í reglugerð nr. 1356/2007, um alþjónustu á sviði fjarskipta, kemur fram að hún nái til þeirra þátta fjarskiptaþjónustu sem skilgreindir séu sem alþjónusta. Markmið hennar er að skilgreina hvaða þættir fjarskipta af tilteknum lágmarksgæðum skuli boðnir öllum notendum á viðráðanlegu verði, óháð landfræðilegri staðsetningu þeirra og að setja reglur um mat á kostnaði alþjónustuveitanda af alþjónustu, sem honum er skylt að veita, með það í huga að bæta honum upp mismun kostnaðar og tekna af þjónustunni. Í 4. gr. reglugerðarinnar er fjallað um tegundir alþjónustu og er gagnaflutningsþjónusta með 128 Kb/s flutningsgetu ein þeirra. Um alþjónustuframboð er fjallað í 5. gr. reglugerðarinnar en þar kemur m.a. fram að til að tryggja fullnægjandi fjarskiptaþjónustu á sanngjörnum kjörum og þeirri þjónustu verði ekki viðkomið ef einungis sé tekið mið af viðskiptasjónarmiðum, geti PFS mælt svo fyrir að fjarskiptafyrirtæki eitt eða fleiri sem reka fjarskiptanet eða þjónustu bjóði eina eða fleiri tegundir alþjónustu á starfssvæði sínu. Kvaðir vegna alþjónustu skuli vera tímabundnar. Áður en kvaðir vegna alþjónustu renna út skal PFS hefja undirbúning að útnefningu alþjónustuveitanda. Aðferðir stofnunarinnar skulu á skilvirkan hátt miða að því að tryggja framkvæmd alþjónustu samtímis því að gætt sé hlutlægni, gagnsæis, jafnræðis og meðalhófs, svo ekkert fyrirtæki verði fyrirfram útilokað frá því að vera útnefnt. Ef fyrirtæki er útnefnt með alþjónustuskuldur skal leitast

við að draga sem mest úr áhrifum þess á markaðinn, sérstaklega að því er viðkemur framboði þjónustu á verði eða skilmálum sem víki frá venjulegum viðskiptasjónarmiðum, samtímis því að gætt sé almenningshagsmuna.

Úrskurðarnefnd telur í ljósi framangreindra ákvæða fjarskiptalaga og reglugerðar um alþjónustu að PFS hafi lagaheimild til að leggja alþjónustukvöð á fjarskiptafyrirtæki um að útvega notendum tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt, líkt og á við í tilviki kæranda. Verður hin kærða ákvörðun því ekki felld úr gildi á þeim grundvelli.

3.

Verður þá tekið til skoðunar hvort að skilyrði og takmarkanir alþjónustukvaðar í hinni kærðu ákvörðun séu í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og reglugerðar um alþjónustu, auk meginreglna stjórnsluréttar.

Allar kvaðir á íslenska fjarskiptamarkaðnum í tengslum við alþjónustu voru felldar niður árið 2013 nema kvöð á kæranda um að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið. Sú kvöð gildi til loka ársins 2014, sbr. ákvörðun PFS nr. 30/2013. Ákvörðun PFS nr. 30/2013 var ekki kærð til úrskurðarnefndar.

Við samanburð á ákvörðunarorðum ákvörðunar PFS nr. 30/2013 og hinnar kærðu ákvörðunar, má sjá að talsverður munur er á nálgun og aðferðafræði PFS. Kærandi gerir fyrst og fremst athugasemdir við þætti í hinni kærðu ákvörðun sem ekki er að finna í ákvörðun nr. 30/2013 og telur, þrátt fyrir andmæli PFS, að hin kærða ákvörðun sé íþyngjandi.

Sú þjónusta sem hin kærða ákvörðun fjallar um er aðgangur almennings að almenna fjarskiptanetinu. Í málinu liggur fyrir að allir landsmenn eru tengdir við almenna fjarskiptanetið í gegnum koparlínukerfi kæranda og að sú tenging fullnægi lágmarksskilyrðum fjarskiptalaga um flutningsgetu, þ.e.a.s. 128 Kb/s.

Í hinni kærðu ákvörðun er lögð kvöð á kæranda um að útvega notendum tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt með tilteknum skilyrðum og takmörkunum. Skilyrðin og takmarkanirnar eru:

Í 1. tl. ákvörðunarorðanna er fjallað um forræði á högun nets og kemur þar fram að kærandi hafi forræði á því hvort að aðgangsnetið sé endurnýjað með ljósleiðara.

Í 2. tl. ákvörðunarorðanna kemur fram fyrirvari um tæknilegt hlutleysi, þ.e.a.s. að kvaðir séu settar fram með fyrirvara um tæknilegt hlutleysi þannig að kærandi geti stuðst við aðrar tæknilegar lausnir en tengingu með fastan nettengipunkt ef breytingar verði á löggjöf.

Samkvæmt 3. tl. ákvörðunarorðanna, sem fjallar um skyldu til að útvega aðgang að tengingu, ber kæranda að útvega aðgang að tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt við nýlagningu heimtauga, viðhald heimtauga og endurnýjun heimtauga. Við nýlagningu og endurnýjun heimtauga skal framkvæmdin taka til allra tenginga innan sveitarfélagsmarka, sbr. þó 4. tl. ákvörðunarorðanna. Kæranda er heimilt að fengnu samþykki PFS að afmarka þrengra framkvæmdarsvæði innan hvers sveitarfélags.

Landfræðileg afmörkun kemur fram í 4. tl. ákvörðunarorðanna. Útnefningin nær til landsins alls með þeirri undantekningu að kæranda sé ekki skylt að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið í gegnum nettengipunkt þar sem annað fjarskiptafyrirtæki hafi byggt upp háhraðanet (ljósleiðaranet) samhliða fjarskiptaneti kæranda, sbr. viðauka við ákvörðunina sem birtur verði eigi síðar en 30. júní 2015. Ekki kemur fram í gögnum málsins að þessi viðauki hafi verið birtur.

Í 5. tl. ákvörðunarorðanna er kveðið á um skyldu til þrautavara. Á kæranda hvílir sú skylda til þrautavara að bjóða upp á tengingu við almenna fjarskiptanetið, ef það fjarskiptafyrirtæki, sem bauð upp á tengingu hættir af einhverjum ástæðum starfsemi, enda sé fyrirtækinu bættur upp sá kostnaður sem það verði fyrir, enda sé hann bersýnilega ósanngjarn. Hér er að líkindum verið að vísa til undantekningar 4. tl. um landfræðilega afmörkun þótt það komi ekki með beinum hætti fram í þessum tölulíð ákvörðunarorðanna.

Skipting kostnaðarhlutdeildar og hámarkskostnaðarviðmið koma fram í 6. tl. ákvörðunarorðanna. Í ákvæðinu kemur fram að skipting kostnaðarhlutdeildar milli alþjónustuveitanda, notanda og Jöfnunarsjóðs alþjónustu sé þrepaskiptur. Kærandi, sem alþjónustuveitandi, skal bera upphafskostnað af hverri tengingu allt að 250.000 kr., notandi/greiðandi heimtaugar skal bera kostnað frá 250.000 til 500.000 kr. og Jöfnunarsjóður alþjónustu skal bera kostnað frá 500.000 til 750.000 kr. Kostnaður samkvæmt framangreindu er meðaltalskostnaður við hverja heimtaug. Út úr slíkum meðaltalsútreikningum er kæranda heimilt að sleppa dýrustu tengingunum, þ.e.a.s. tengingum sem kosta meira en 2.750.000 kr. í þeim tilvikum þar sem fjöldi tenginga er undir 150 talsins. Inn í meðaltalsútreikninga er ekki reiknaður kostnaður við lagningu heimtauga í þéttbýliskjörnum, samkvæmt skilgreiningu Hagstofu Íslands á hugtakinu þéttbýli. Það sama á við um svæði sem hafa verið VDSL vædd eða verða það. PFS mun endurskoða kostnaðarhlutdeild hvers og eins aðila á útnefningartímabilinu, auk hámarkskostnaðarviðmiðs einstakra heimtauga fyrir 1. janúar 2017.

Í 7. tl. ákvörðunarorðanna koma fram skilyrði fyrir úthlutun úr Jöfnunarsjóði alþjónustu, en þar kemur m.a. fram að umsókn þurfi að vera útboðshæf og sækja skuli um framlag áður en framkvæmd á sér stað.

Útnefningartímabil þeirra alþjónustukvaða sem lagðar eru á kæranda er samkvæmt 8. tl. ákvörðunarorðanna frá 1. janúar 2015 til og með 31. desember 2018. Heimilt er að

framlengja útnefningartímabilið til 31. desember 2020 með tilkynningu til kæranda þar að lútandi.

Áskilnaður um breytingar kemur fram í 9. tl. ákvörðunarorðanna.

Kærandi krefst þess, líkt og greinir að framan, að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Verulegir annmarkar séu að hans mati á rökstuðningi PFS, sbr. 22. gr. stjórnarsýslulaga, auk þess sem PFS hafi ekki uppfyllt rannsóknarskyldur sínar samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga. Með hinni kærðu ákvörðun hafi verið lagðar skyldur á kæranda sem rúmist ekki innan skilgreiningar fjarskiptalaga á alþjónustu. Í því sambandi vísar kærandi til 3. og 4. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar um að við nýlagningu og endurnýjun heimtauga skuli framkvæmdin taka til allra tenginga innan sveitarfélagsmarka.

Þá gerir kærandi verulegar athugasemdir við 6. tl. ákvörðunarorðanna, er lýtur að kostnaðarviðmiðum, bæði með vísan til rannsóknarreglu 10. gr. og andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga svo og rökstuðnings sbr. 22. gr. stjórnarsýslulaga. Þá telur kærandi einnig að 6. tl. eigi sér ekki stoð í ákvæðum fjarskiptalaga um fjárframlög til alþjónustu.

PFS áréttar að verið sé að leggja kvöð á kæranda um að útvega tengingu við almenna fjarskiptanetið. Eðli alþjónustu sé að hún standi öllum íbúum sveitarfélaga til boða. Kærandi geti þó afmarkað sér þrengri framkvæmdasvæði innan sveitarfélagsins með samþykki PFS.

4.

Um meðferð trúnaðargagna

Af hálfu kæranda hefur því verið mótmælt að útreikningar PFS njóti trúnaðar. Í því sambandi vísar kærandi m.a. til 11. gr. reglugerðar um úrskurðarnefndina, nr. 36/2009. Telur úrskurðarnefndin að 11. gr. reglugerðarinnar útiloki ekki að PFS kynni henni trúnaðargögn sem stofnunin vill ekki kynna aðilum á markaði og úrskurðarnefndin leggi mat á hvort slíkir útreikningar byggji á málefnalegum forsendum. Úrskurðarnefndin telur í ljósi niðurstöðu þessa máls ekki tilefni til að taka afstöðu til þess hvort brotið hafi verið gegn andmælarétti kæranda.

3. töluliður ákvörðunarorða

Úrskurðarnefnd telur lagaheimild PFS til að leggja alþjónustukvöð á kæranda um tengingu við almenna fjarskiptanetið ótvíræða. Hin kærða ákvörðun er þó ítarlegri og að töluverðu leyti annars efnis en ákvörðunarorð í ákvörðun PFS, nr. 30/2013. Er hér vísað sérstaklega til 3. tl., 4. tl. og 6. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

Til grundvallar tilnefningu kæranda sem alþjónustuveitanda um að útvega notendum tengingu við almenna fjarskiptanetið um nettengipunkt, liggur að koparheimataugkerfi kæranda var upphaflega byggt af almannafé og það nær til landsins alls. Miðar ákvörðun

PFS nr. 30/2013 við það og virðist þessi grundvallarforsenda enn vera ráðandi við töku hinnar kærðu ákvörðunar. Úrskurðarnefnd telur nauðsynlegt að taka fram í ljósi athugasemda PFS að kærán verður að hennar mati ekki skilin á þann veg að kærandi telji sig hafa réttmætar væntingar til að losna alveg undan alþjónustukvöðum sem hvílt hafa á honum.

Að mati kæranda snýr hin kærða ákvörðun hins vegar að mestu leyti að endurnýjun koparheimtaugakerfisins með ljósleiðara eða öðrum tækniútfærslum sem koma til móts við kröfur um gæði gagnaflytninga um fjarskiptanet. Kærandi telur að PFS sé með hinni kærðu ákvörðun að ná fram almennri stefnumörkun stjórnvalda um bættu fjarskiptaþjónustu með því að skylda hann í raun til að endurnýja koparheimtaugakerfið með ljósleiðaratengingum. PFS hefur bæði í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar og greinargerð sinni til úrskurðarnefndar bent á að með 1. tl. ákvörðunarorða í hinni kærðu ákvörðun sé tekinn af allur vafi þess efnis, þar sem skýrt komi fram að kærandi hafi forræði á því hvort og hvar fyrirtækið endurnýi aðgangsnetið með ljósleiðara.

Hins vegar telur kærandi að í 2. másl. 3. tl. hinnar kærðu ákvörðunar felist skylda til endurnýjunar heimtaugakerfisins sem sé íþyngjandi, þ.e.a.s. kærandi sé í raun skyldaður til að endurnýja allt heimtaugakerfi innan sveitarfélags, eða leggja nýjar heimtaugar, með ljósleiðara, ef hann á annað borð kys að ráðast í slíkar framkvæmdir innan sveitarfélags. Með þessu telur kærandi að PFS sé komið út fyrir heimildir fjarskiptalaga og einnig að til grundvallar liggi ómálefnaleg sjónarmið í skilningi stjórnarsýsluréttar. Fallast má á það sjónarmið kæranda að ákvörðun PFS um alþjónustukvöð sé ávallt íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun.

Í þessu sambandi verður að líta til þess að samkvæmt fjarskiptalögum hefur PFS heimild til að leggja á fjarskiptafyrirtæki alþjónustukvöð, til þess að tryggja fjarskiptaþjónustu af tilteknum lágmarksgæðum, sbr. 2. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga. Þá er PFS einnig falið vald til þess að ákveða lágmarksgæði alþjónustu, sbr. 5. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga. Gera verður ríkar kröfur til skýrleika slíkra ákvarðana PFS svo og að þær byggi á þeim lögmætu markmiðum sem alþjónustuveitanda sé ætlað að uppfylla lögum samkvæmt.

Úrskurðarnefndin telur að mikill vafi leiki á því hverjar skyldur kæranda séu samkvæmt 3. tl. ákvörðunarorðanna, þrátt fyrir ákvæði 1. tl. hennar. Þannig er kærandi skyldaður til að láta nýlagningu og endurnýjun heimtauga taka til allra tenginga innan sveitarfélagsmarka. Ekki er unnt að útiloka að slíkt kunni að fela í sér annað og meira en kvöð um veitingu lágmarks fjarskiptaþjónustu, sbr. 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga. Það er mat úrskurðarnefndar að ekki sé nægilega skýrt í 3. tl. ákvörðunarorðanna hvort sú skylda gangi lengra en nemur þeirri heimild sem PFS er veitt í fjarskiptalögum til þess að leggja á fjarskiptafyrirtæki alþjónustukvöð, skv. VI. kafla fjarskiptalaga. Verður að virða þann vafa PFS í óhag.

Það er því niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að fyrirmæli 3. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar séu ekki nægilega skýr til þess að geta verið grundvöllur bindandi stjórnvaldsákvörðunar og gangi lengra en þær heimildir sem PFS eru veittar samkvæmt VI. kafla fjarskiptalaga og þeim markmiðum sem þeim er ætlað að ná. Verður að telja þetta verulegan ágalla á hinni kærðu ákvörðun.

4. töluliður ákvörðunarorða

Varðandi landfræðilega afmörkun þá tekur alþjónustukvöð kæranda til landsins alls, nema þar sem önnur fjarskiptafyrirtæki bjóða upp á tengingu við almenna fjarskiptanetið. Hvað varðar nýlagningu heimtauga þá kemur fram í hinni kærðu ákvörðun að PFS muni birta í sérstökum viðauka við ákvörðunina og eigi síðar en 30. júní 2015, þau svæði innan hvers umdæmis þar sem kæranda beri ekki skylda til að leggja heimtaugar þegar um sé að ræða ný hverfi eða nýbyggingar.

Þrátt fyrir umrætt tímamark hefur PFS ekki birt umræddan viðauka við hina kærðu ákvörðun. Úrskurðarnefndin telur að landfræðileg afmörkun sé svo mikilvægur þáttur hinnar kærðu ákvörðunar að borið hefði að birta hana samtímis ákvörðuninni. Verður að telja þetta verulegan annmarka á hinni kærðu ákvörðun þar sem ekki eru uppfylltar þær kröfur sem gera verður til skýrleika stjórnvaldsákvörðana.

6. töluliður ákvörðunarorða

Kærandi telur forsendur fyrir kostnaðarviðmiðum og skiptingu kostnaðarhlutdeildar í 6. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar ekki hafa verið rökstuddar. Kærandi telur einnig að 6. tl. skorti stoð í fjarskiptalögum. PFS bendir á að við mat á kostnaði kæranda hafi verið miðað við væntar tekjur fyrir afnot af heimtaug með tilliti til áætlaðs líftíma hennar en stofnunin geti ekki birt slíka útreikninga enda sé það á forræði kæranda að verðleggja þjónustuna.

Að mati úrskurðarnefndarinnar þarf að taka til skoðunar að hve miklu leyti unnt sé fyrirfram að ákveða þátttökuhlutfall Jöfnunarsjóðs alþjónustu til þess sem sætir alþjónustukvöð. Minnt er á að kærandi verður þrátt fyrir ákvæði 6. tl. ákvörðunarorða að sækja um framlag til jöfnunarsjóðsins á grundvelli 7. tl. þeirra. Hefði að mati úrskurðarnefndar þurft að gera mun ítarlegri grein fyrir þessu samspili í ákvörðunarorðum.

Í hinni kærðu ákvörðun, sbr. 4. kafla hennar, er fjallað um skilyrði fyrir framlagi úr Jöfnunarsjóði alþjónustu. Með samanburði á 6. og 7. tl. ákvörðunarorða verður að draga þá ályktun að þegar kærandi hyggst leggja nýjar heimtaugar eða endurnýja þær, sbr. 3. tl. ákvörðunarorða, beri kæranda að senda umsókn til Jöfnunarsjóðs alþjónustu, til að uppfylla að formi til skýr skilyrði 21. gr. fjarskiptalaga um fjárframlög til alþjónustu. Eigi að síður er bæði fyrirfram búið að ákvarða kostnaðarmörk og hlutdeild og þar að auki kunna aðrir aðilar að gera tilboð í framkvæmdir en þá skulu þeir einnig yfirtaka alþjónustukvöðina.

Í þessu sambandi bendir úrskurðarnefndin einnig á þá almennu reglu sem fram kemur í 3. og 4. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga þess efnis að alþjónustuveitandi upplýsi nákvæmlega hvert rekstartapið er af starfsemi sem tengist alþjónustu og hvernig það sundurliðast. Ber PFS að leggja þá útreikninga til grundvallar við mat á fjárframlögum til alþjónustu. Hljóta því upplýsingar frá þeim sem alþjónustukvöðin er lögð á að skipta miklu máli við mat á kostnaði.

Verður ekki annað ráðið af 21. gr. fjarskiptalaga og ákvæðum reglugerðar um alþjónustu á sviði fjarskipta, en að gert sé ráð fyrir að það sé í höndum alþjónustuveitanda, í þessu tilviki kæranda, að sækja um til PFS, að honum verði tryggt með fjárframlögum, eðlilegt endurgjald fyrir viðkomandi starfsemi. Fallist PFS á slíka umsókn skulu fjárframlög að jafnaði miðast við eitt ár í senn. Auk þess eru ráðstöfunartekjur Jöfnunarsjóðs alþjónustu miðaðar við tekjur af jöfnunargjaldi, sbr. 22. gr. laganna og til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í máli nr. 15/2013. Telur úrskurðarnefnd því að verulegur vafi leiki á heimild PFS til þess að mæla fyrir um fyrirfram ákveðna kostnaðarhlutdeild og hámarkskostnaðarviðmið, líkt og gert er með 6. tl. hinnar kærðu ákvörðunar.

Rökstuðningur PFS í hinni kærðu ákvörðun hefði þurft að vera mun ítarlegri að þessu leyti og taka af öll tvímæli um heimild stofnunarinnar til að ráðstafa fjármunum úr Jöfnunarsjóði alþjónustu með þeim hætti sem kveðið er á um í 6. tl. ákvörðunarorðanna, sbr. til hliðsjónar ákvörðun PFS nr. 30/2013 og 23. gr. fjarskiptalaga, um sértæka fjarskiptaþjónustu. Er því um að ræða verulegan annmarka á hinni kærðu ákvörðun.

5.

Að mati kæranda er ekki lagaheimild fyrir því að PFS geri sérstakar vara- og þrautarvarakröfur í málinu og verði úrskurðarnefndin því að líta framhjá þeim kröfum PFS.

Í ljósi valdheimilda úrskurðarnefndar til þess að breyta niðurstöðum kærðra ákvarðana PFS, staðfesta þær eða eftir atvikum ógilda þær í heild eða að hluta, telur úrskurðarnefnd ekkert því til fyrirstöðu að PFS geri fyrir sitt leyti vara- eða þrautavarakröfur um niðurstöðu úrskurðarnefndar. PFS er þannig heimilt að beina ábendingum til úrskurðarnefndar um ákjósanlega niðurstöðu, verði ekki fallist á það af hálfu hennar að staðfesta kærða ákvörðun. Þó skal tekið fram að úrskurðarnefnd er ekki bundin við kröfugerð PFS né kæranda hinnar kærðu ákvörðunar.

6.

Hin kærða ákvörðun virðist frekar taka mið af markmiðum sem hugsanlega falla fremur að almennri stefnumörkun á sviði fjarskipta heldur en skyldum fjarskiptafyrirtækja til að veita alþjónustu. Vanda verður sérstaklega, að mati úrskurðarnefndar, til slíkrar ákvörðunartöku og tryggja að ekki leiki vafi á heimildum PFS, hvort sem það er á grundvelli almennra stjórnsýslureglna, s.s. lögætisreglu, eða á grundvelli þeirra

lagaheimilda sem PFS er bundin af, t.d. 21. gr. fjarskiptalaga, um fjárframlög til alþjónustu. Jafnframt verður að gera ríkar kröfur til skýrleika ákvarðana um alþjónustukvöð þannig að tryggt sé að alþjónustuveitandi geti lagt mat á þær skyldur sem á honum hvíla. Úrskurðarnefnd gerir hvorki athugasemdir við lagaheimildir PFS til að taka ákvörðun þar að lútandi, sbr. ákvörðun PFS nr. 30/2013, né við þann undirbúning að ákvörðunartöku sem fólst í útgáfu umræðuskjals og samráðsferli í framhaldi af því.

Tekið er undir með PFS að tryggja þurfi almannahag en í ljósi þeirra verulegu annmarka sem eru á hinn kærðu ákvörðun telur úrskurðarnefnd að ekki verði hjá því komist að ómerkja hana og leggja fyrir PFS að taka nýja ákvörðun í málinu. Telji PFS forsendur brostnar fyrir tilteknum þáttum hinnar kærðu ákvörðunar verður stofnunin að mati úrskurðarnefndar að beita eigin endurskoðunar- og/eða afturköllunarheimildum samkvæmt stjórnarsýslulögum eða fjarskiptalöggjöfinni til þess að leiðrétta slíkar ákvarðanir.

Í ljósi alls framangreinds er ákvörðun PFS nr. 40/2014 felld úr gildi.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2008, um Póst- og fjarskiptastofnun.

V. Úrskurðarorð

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 40/2014 er felld úr gildi.

Málskostnaður að fjárhæð 1.870.000 kr. greiðist úr ríkissjóði. Málskotsgjald að fjárhæð 150.000 kr. skal endurgreitt til kæranda.

Reykjavík, 26. janúar 2016

Þórður Bogason formaður

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring