

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 10. október 2007 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Borgartúni 25, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 1/2007.

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. 4. janúar 2007, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 7. desember 2006 vegna umsóknar Símans hf. um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu.

Síminn hf. krefst þess aðallega að úrskurðarnefndin felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti henni þannig að kostnaður Símans hf. vegna alþjónustukvaðar á árunum 2000-2005 verði ákvarðaður eigi lægri en kr.1.002.906.161.- Jafnframt, að lagt verði fyrir PFS að gera tillögu til samgöngumálaráðherra um breytt gjaldhlutfall til samræmis við hinn ákvarðaða kostnað, sbr. 3. mgr. 22. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

Varakrafa kæranda er að úrskurðarnefndin felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti henni þannig að kostnaður félagsins vegna alþjónustukvaðar á árunum 2000-2005 verði ákvarðaður eigi lægri en kr. 240.406.206.- Jafnframt, að lagt verði fyrir PFS að gera tillögu til samgöngumálaráðherra um breytt gjaldhlutfall til samræmis við hinn ákvarðaða kostnað, sbr. 3. mgr. 22. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003. Er í báðum tilvikum þess krafist að sé ekki fallist á tilgreindar fjárhæðir felli nefndin ákvörðun PFS engu að síður úr gildi og ákvarði aðra lægri fjárhæð að mati nefndarinnar.

Þrautavarakrafa kæranda er að úrskurðarnefndin felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og leggi fyrir PFS að ákveða tafarlaust kostnað Símans hf. vegna alþjónustukvaða í samræmi við lög. Jafnframt, að lagt verði fyrir PFS að gera tillögu til samgöngumálaráðherra um breytt gjaldhlutfall til samræmis við hinn ákvarðaða kostnað, sbr. 3. mgr. 22. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 7. desember 2006.

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

Þann 13. mars s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd Símans hf. Páll Ásgrímsson hdl. og fyrir hönd PFS Óskar Hafliði Ragnarsson lögfræðingur. Gerðu aðilar þar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær í

stuttu máli og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að loknum málflytningi var svo ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

Nefndin hefur kappkostað að klára afgreiðslu mála innan þess frests sem reglugerð setur en tafir hafa hinsvegar orðið á afgreiðslu þessa máls. Stafar það meðal annars af því hversu umfangsmikið og viðamikilið þetta mál er en einnig hafa sumarleyfi og annir formanns orðið til þess að tefja niðurstöðu.

1.0 Málavextir.

Þann 14. október 2004 barst PFS umsókn frá Símanum hf um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu. Fram kom að umsóknin tæki til fjárframlags frá og með 1. janúar 2005. Um tvær aðskildar beiðnir væri að ræða, annars vegar vegna þeirrar kvaðar að bjóða öllum landsmönnum upp á gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu og hins vegar vegna mikils kostnaðar við fjárfestingar og rekstur notendalínukerfis á Vestfjörðum. Alls var óskað eftir framlagi að fjárhæð 681.912.916 kr. sem greiðast 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 taldi umsókn Símans hf. vera í ósamræmi við 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga og að fjarskiptalög og reglugerð um alþjónustu gengju út frá þeirri reglu að sækja þyrfti sérstaklega um framlag úr sjóðnum fyrir hvert ár fyrir sig. Ekki væri því unnt að safna upp stofnkostnaði eða rekstrartapi í nokkur ár vegna alþjónustu og krefjast síðan framlags úr sjóðnum fyrir liðinn tíma. Því taldi Póst- og fjarskiptastofnun ekki ástæðu til að gera nánari úttekt á þeim gögnum sem lágu til grundvallar kröfu Símans.

Með bréfi dags. 9. nóvember 2004 var Símanum hf. gefið tækifæri á að bæta úr þeim annmörkum sem voru á umsókninni og veittur frestur til 16. nóvember 2004 til að koma að nauðsynlegum leiðréttingum og upplýsingum ef ætlunin væri að óska eftir framlagi úr sjóðnum.

Þann 17. nóvember 2004 sendi Síminn hf. inn endurbætta umsókn samkvæmt beiðni stofnunarinnar en féllst þó ekki á túlkun PFS á 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, enda útilokaði orðalag þeirrar greinar ekki að þeirra mati að umsóknir gætu tekið til fjárfestinga fleiri en eins árs í senn.

Bréfaskriftir milli aðila héldu áfram og deildi þá einkum um lögmati beitingar svokallaðrar “*net cost*” aðferðafræði við útreikning á kostnað Símans hf. við veitingu alþjónustu. Eftir að bréfaskriftir og viðræður aðila höfðu ekki enn leitt til niðurstöðu þann 21. 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 tók úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála ákvörðun í því þann 3. mars 2006.

Með henni var ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 22. desember 2005 um að hafna umsókn Símans hf. um framlög úr jöfnunarsjóði fjarskipta var felld úr gildi og

málinu vísað aftur til stofnuninnar. PFS var gert að taka málið tafarlaust til nýrrar meðferðar og ákvarða kostnað Símans hf. af veitingu alþjónustu án þess að styðjast við “*net cost*” aðferðina.

Þann 9. mars 2006 barst PFS bréf Símans hf. þar sem fram kom það álit félagsins að málið væri nú aftur á byrjunarreit, en úrskurðarnefndin hefði lagt mikla áherslu á tafarlausu afgreiðslu þess héðan í frá. Af þeim sökum sæi Síminn hf. ekki ástæðu til að endurvinna umsóknir sínar frá 14. október og 17. nóvember 2004, enda kæmi ekki fram í úrskurði nefndarinnar að þær hefðu verið ófullkomnar, þrátt fyrir að PFS hefði byggt á því í málalíbúnaði sínum fyrir nefndinni.

Hvað varðaði málshraða lagði Síminn hf. til grundvallar að málshraði stofnunarinnar yrði héðan í frá í samræmi við lög. Úr því sem komið væri gæti PFS aldrei tekið sér lengri tíma til að ákvarða kostnað vegna alþjónustukvaða en 4 vikur frá því að umsókn þessi bærist stofnuninni. Byggði þessi skýring á þeim mánaðarfresti sem PFS hefði samkvæmt 9., sbr. 10. gr., reglugerðar um alþjónustu. PFS hefði átt að ákvarða um þá umsókn eigi síðar en 15. nóvember 2004.

Einnig kom fram í bréfinu að Síminn hf. færi fram á 681 millj. kr. framlag úr jöfnunarsjóði vegna gagnaflutningsþjónustunnar sem bæri að greiða þegar í stað. Til vara væri þess krafist að fjárhæðin yrði greidd með jöfnum greiðslum í fimm ár. Byggðist kröfugerðin á umsókn félagsins, dags. 14. október 2004. Einungis væri óskað eftir framlagi vegna stofnkostnaðar en ekki til að bæta úr halla af rekstri. Það væri mat Símans hf. að engin lagaákvæði stæðu því í vegi að sótt væri um fjárframlög vegna kostnaðar við ISDN uppbyggingu í sveitum á árunum 2000 til 2003. Vegna athugasemda PFS í bréfi, dags. 9. nóvember 2004, þess efnis að umsóknin færi gegn 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, væri tekið fram að Síminn hf. hefði aldrei fallist á þá túlkun. Þá hefði úrskurðarnefnd engar athugasemdir gert við umsóknir Símans hf.

Bréfaskriftir aðila héldu áfram um nokkuð skeið og eftir að hafa leitað eftir frekari upplýsingum frá Símanum hf. fól PFS endurskoðanda- og ráðgjafafyrirtækinu KPMG að gera úttekt á rekstrarafkomu Símans hf. vegna umsóknar félagsins um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu að því er varðaði þá alþjónustukvöð Símans hf. að bjóða öllum landsmönnum upp á gagnaflutningsþjónustu upp að 128 Kb/s. Vísað var til 4. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og 3. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003. Umsóknin tæki til rekstrarársins 2005 og byggði á áætluðum tölum af hálfu Símans hf. en í ljósi þess að rauntölur varðandi rekstrarárið 2005 lægju nú fyrir þætti rétt að byggja á þeim tölum í stað hinna áætluðu.

KPMG var einnig gert að kanna áreiðanleika þeirra tölulegu gagna sem fram komu í endanlegri umsókn Símans hf., dags. 17. nóvember 2004, og bréfi Símans hf. til PFS, dags. 6. júní 2006, og þær reikningshaldslegu forsendur sem umrædd gögn byggðust á. Þá væri farið fram á að KPMG veitti faglega umsögn um nánar tilgreind reikningshaldsleg atriði sem máli gætu skipt er PFS ákvarðaði endanlegan kostnað Símans hf. vegna umræddra alþjónustukvaða. Þá óskaði stofnunin eftir því að KPMG skoðaði sérstaklega þrettán nánar tilgreind atriði í þessu sambandi.

Sérfræðiskýrsla KPMG lá fyrir þann 12. september 2006 en að mati PFS var í þeirri úttekt ekki farið fyllilega í atriði varðandi ISDN tengingar og heimtaugar og fól

stofnunin því KPMG að gera viðbótarúttekt á því atriði með bréfi dags. 10. október 2006 og lá sú viðbótarúttekt fyrir 20. október 2006.

Þann 31. október 2006 tilkynnti svo PFS Símanum hf. með bréfi að stofnunin hefði í hyggju að ákvarða félaginu framlag úr jöfnunarsjóði vegna veitingar gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu, að fjárhæð kr. 18.880.079, fyrir árið 2005. Hins vegar hefði stofnunin í hyggju að hafna kröfu Símans hf. um framlag úr jöfnunarsjóði vegna rekstrartaps ársins 2005 af notendalínukerfinu á Vestfjörðum.

Þá benti PFS á að sá frestur sem Síminn hf. hefði ítrekað bent á að stofnunin hefði til að ákvarða fjárframlög vegna alþjónustu, og fram hefði komið í 10. gr. alþjónustureglugerðar nr. 641/2000, ætti ekki lengur við. Umræddur tímafrestur, þ.e. 15. nóvember, hefði verið felldur brott með reglugerð nr. 813/2000. Því giltu almennar málshraðareglur stjórnslulaga um mál þetta.

Fram kom að í ljósi þess hve málið hefði dregist og rauntölur lögju nú fyrir varðandi rekstrarárið 2005 væri eðlilegt að byggja fremur á þeim tölum en hinum áætluðu tölum sem fram komu í umsókn Símans hf.. Fram kom að það væri álit PFS að virða bæri umsóknir Símans hf. um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu, dags. 14. október og 17. nóvember, heildstætt. Seinni umsóknin hefði verið nánari útfærsla á þeirri fyrri og hefði úrskurðarnefndin rætt um umsóknina frá 17. nóvember 2004 sem endanlegt eintak umsóknarinnar.

Í bréfinu kom einnig fram að stofnunin hygðist hafna þeirri kröfu Símans hf. að miða útreikninga á fjárframlagi félagsins við þær forsendur sem fram komu í upphaflegu umsókninni og miða við þær forsendur sem fram komu í hinni endanlegu umsókn. Í ákvæðum fjarskiptalaga um alþjónustu væri hvergi gert ráð fyrir endurgreiðslu útlags fjárfestingarkostnaðar í einu lagi án tengsla við rekstur umræddrar alþjónustu. Þvert á móti væri ljóst að fjarskiptalögin gerðu ráð fyrir því að við mat á kostnaði við alþjónustu bæri að miða við rekstrarniðurstöðu, þ.e. kostnað að frádregnum tekjum. Almennt væru afskriftir af fjárfestingum taldar til rekstrarkostnaðar sem dreifðist á líftíma eignarinnar. Þá þyrfti að taka mið af hæfilegri ávöxtun fjármagns af bundnu fjármagni í rekstrinum.

Þá kom fram að PFS liti svo á að í máli þessu bæri að beita þeirri aðferðarfræði sem kennd hefði verið við sögulegan kostnað. Þessi aðferð hefði á undanförunum árum verið notuð af PFS við kostnaðargreiningar hjá Símanum hf.. Aðferðin gengi út á það að finna út rekstrarkostnað tiltekins árs vegna tiltekinnar þjónustu. Við þann kostnað bættist árgreiðsla af fjárfestingum sem tengdust umræddri þjónustu miðað við líftíma sérhverrar fjárfestingar. Þessu til viðbótar kæmi svo álag sem tryggja ætti hæfilega ávöxtun bundins fjármagns í rekstrinum, svokallað WACC-hlutfall. Þessar aðferðir hefðu verið notaðar til að ákvarða gjöld og einingaverð sem Símanum hf. væri heimilt að innheimta af samkeppnisaðilum og símnötendum. Unnt væri að notast við slíkar aðferðir upp að vissu marki þegar ákvarða þyrfti fjárframlag til handa alþjónustuveitanda, en hafa þyrfti í huga að töluverður munur væri á slíkum gjöldum eða einingaverðum sem gilda ættu um óákveðinn tíma og framlagi úr jöfnunarsjóði alþjónustu. Því þyrfti að aðlaga þessar aðferðir að þeim reglum sem að öðru leyti giltu um slík alþjónustuframlög.

Hvað varðaði umsókn Símans hf. um framlög úr jöfnunarsjóði vegna kostnað við veitingu almennar talþjónustu á Vestfjörðum fyrir árið 2005 kom fram að PFS liti svo á að unnt væri að sækja um framlag úr jöfnunarsjóði vegna tiltekinna alþjónustubáttanna í tilteknum landshlutum. Þeir þættir sem unnt væri að sækja um framlag fyrir yrðu að teljast til alþjónustu eins og hún væri skilgreind í fjarskiptalögum og beinast að þjónustu við endanlega notendur. Einn og sér teldist rekstur notendalínukerfis á Vestfjörðum ekki til alþjónustu, heldur væri einn þáttur í rekstri talsímaþjónustu, eins og t.d. rekstur stofnets og símsstöðva. Einangrað teldust þessir þættir ekki fela í sér talsímaþjónustu til endanlegra notenda. Talsímaþjónusta á Vestfjörðum teldist hins vegar til alþjónustu og væri unnt að sækja um framlag vegna hennar að tilteknum skilyrðum uppfylltum.

Tekið var fram að eins og fram kom í málinu hefði Síminn hf. viðurkennt að kostnaðargreining hefði ekki farið fram á talsímaþjónustu á Vestfjörðum sérstaklega. Að mati stofnunarinnar ætti Símanum hf. að vera ljóst að afstaða PFS hefði frá upphafi þessa máls verið á þá leið að ekki væri unnt að sækja sérstaklega um framlag úr jöfnunarsjóði vegna taps af notendalínukerfinu. Í fyrirspurnarbréfi PFS til Símans hf., dags. 27. apríl 2006, hefði stofnunin m.a. óskað eftir upplýsingum um tekjuskráningu vegna rekstraráranna 2004 og 2005. Meðal annars hefði verið óskað eftir upplýsingum um tekjur af stofngjöldum, fastagjaldi og símtölum frá notendum símsstöðva á Vestfjörðum og tekjur af símtölum til notenda umræddra símsstöðva. Fyrirspurn þessi hefði verið ítrekuð með bréfi til Símans hf., dags. 22. maí 2006. Símanum hf. hefði sérstaklega verið bent á að aðgerðarleysi af hálfu félagsins við að veita umbeðnar upplýsingar gæti orðið til þess að PFS hafnaði þessum þætti umsóknar félagsins með vísan til skorts á umræddum upplýsingum.

Þar stofnunin teldi að ekki væri unnt að sækja sérstaklega um framlög úr jöfnunarsjóði vegna taprekstrar notendalínukerfis og einnig vegna þess að umsókn Símans hf. uppfyllti ekki þau skilyrði sem gera yrði til slíkra umsókna vegna bókhaldslegrar aðgreiningar og ennfremur að upplýsingar um tekjur af talsímaþjónustu skorti, tilkynnti PFS Símanum hf. að stofnunin hefði í hyggju að hafna þeim þætti umsóknarinnar sem varðaði framlag vegna taprekstrar notendalínukerfis á Vestfjörðum. Símanum hf. væri þó bent á að PFS myndi reikna út rekstrartap félagsins vegna talsímaþjónustu á Vestfjörðum ef fullnægjandi upplýsingar bærust og ákvarða félaginu framlag úr jöfnunarsjóði ef útreikningar sýndu fram á að tap væri af þeim þætti alþjónustu.

Þann 15. nóvember 2006 sendi Síminn hf. bréf þar sem gerðar voru athugasemdir við þá hluta hinna fyrirhuguðu ákvörðunar sem sneru að ákvörðun framlags úr jöfnunarsjóði vegna veitingar gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu. Voru athugasemdir þessar að miklu leiti þær sömu og málatilbúnaður Símans hf. fyrir nefndinni og vísast um efni þeirra í endurrit upp úr kæru þeirra sem fer á eftir.

PFS tók þann 7. desember 2006 ákvörðun um ákvörðun kostnaðar vegna veitingar gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu. Síminn hf. kærði svo þá ákvörðun PFS með kæru þann 4. janúar 2007. Hvorki í bréfi til PFS dags. 15. nóvember 2006 né kæru sinni viku Síminn hf. að þeim hluta ákvörðunar PFS er snýr að við rekstur talsímaþjónustu á Vestfjörðum. Er það mat nefndarinnar að kæra Símans hf. varði ekki þann hlut málsins og staðfesti kærandi það mat við munnlegan flutning málsins. Er því kærinni sem hér er til umfjöllunar eingöngu beint gegn

ákvörðun PFS á kostnaði við veitingu gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu á árunum 2000-2005.

Vísast um frekari málavexti til hinnar kærðu ákvörðunar, fyrri ákvörðunar nefndarinnar í máli nr. 2/2006 og málatilbúnaðar aðila að öðru leyti, en málið er viðamikilið og hefur staðið lengi yfir.

2.0 Málsástæður kæranda.

Síminn hf. kærði ákvörðun PFS með bréfi dags. 4. janúar 2007. Fara hér á eftir þeir kaflar bréfsins er snúa að málsástæðum kæranda.

3.1. Verkefni PFS

Í upphafi er rétt að afmarka og gera grein fyrir hvert verkefni Póst- og fjarskiptastofnunar á að vera í kjölfar þess að stofnuninni berst umsókn um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu.

Í 2. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, segir orðrétt:

Nú berst Póst- og fjarskiptastofnun beiðni um fjárframlög skv. 1. mgr., og ekki verður talið að þjónustan verði tryggð með öðrum hagkvæmari hætti en jafnframt talið að þjónustan sé óhjákvæmileg og verði ekki aflögð, og skal stofnunin þá ákvarða kostnað vegna alþjónustukvaða.

Í greinargerð með frumvarpinu sem varð að fjarskiptalögum nr. 81/2003 kemur fram að í 2. mgr. 21. gr. sé að finna “breytt ákvæði 3. mgr. 14. gr. gildandi laga og er fellt niður að Póst- og fjarskiptastofnun skuli tryggja endurgjald fyrir alþjónustu“. Síðan segir orðrétt: “Í stað þess er skylda stofnunarinnar takmörkuð við að reikna út kostnað vegna alþjónustukvaða.“

Af framangreindum tilvísunum er einsýnt, að PFS er í lögum falið það hlutlæga verkefni að ákvarða og reikna þá þegar út kostnað vegna alþjónustukvaða. Stofnuninni er hins vegar ekki falið að leggja huglægt mat á áhrif þeirra útreikninga, t.d. á samkeppnisstöðu á fjarskiptamarkaði. Að því marki sem hin kærða ákvörðun fer út fyrir hið lögboðna mat, byggir hún á ómálefnalegum og þar með ólögumætum sjónarmiðum. Af þessum sökum er afar mikilvægt að afmarka og skilgreina með hvaða hætti PFS ber að reikna út og ákvarða kostnað vegna alþjónustukvaðar.

3.2. Lögbundin aðferð við ákvörðun kostnaðar

Um aðferð við ákvörðun kostnaðar sagði orðrétt í forsendum úrskurðarnefndar í máli nr. 2/2006:

„Við mat á kostnaði við alþjónustu skal beita sömu reglum og um samtengingu skv. 1. t.l. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti.“

Byggði þetta mat nefndarinnar á ákvæði 9. gr. reglugerðar um alþjónustu nr. 641/2000, en þar segir orðrétt:

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.

Um þetta atriði ætti ekki að vera ágreiningur milli Símans og PFS. Þannig segir í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar að PFS líti svo á, að í máli þessu beri að beita þeirri aðferðarfræði sem kennd er við sögulegan kostnað. Þá eru nefnd dæmi um beitingu þeirrar aðferðarfræði og nefndar til sögunnar leigulínuákvörðanir frá árunum 1999 og 2000, fastagjaldsákvörðun frá árinu 2000, heimtaugaákvörðun frá árinu 2002 og samtengigjaldaákvörðun frá árinu 2003.

Í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar segir m.a. orðrétt:

„Almennt teljast afskriftir af fjárfestingum kostnaður sem dreifist á líftíma eignarinnar.“

Jafnframt segir í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar:

„Eins og fram kemur í skýrslu KPMG myndar fjárfesting tiltekinn afskriftargrunn á stofnári. Tiltekin afskrift miðað við líftíma eignar ætti síðan að teljast árgreiðsla næsta árs á eftir og lækkaði afskriftargrunnurinn um sambærilega fjárhæð og svo koll af kolli út líftíma eignar.“

3.3. Aðferð PFS við ákvörðun kostnaðar – verulegir annmarkar

Í stað þess reikna út og ákvarða kostnað Símans á grundvelli þeirrar aðferðar sem KPMG lagði til bjó PFS til nýja reglu, án lagastoðar, sem gengur út á að Síminn hafi með meintu athafnaleysi á árunum 2000-2004 fyrirgert rétti til að fá fjárfestingar umræddra ára viðurkenndar við ákvörðun framlags vegna ársins 2005.

Þessi regla PFS er fordæmalaus og styðst í engu við reglur um samtengingu, sbr. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999, sem mat stjórnvaldsins á að byggja á. Í umræddri lagagrein kom fram að samtengigjöld skyldu byggja á „kostnaði við stofnun og rekstur nets, auk hæfilegrar ávöxtunar fjármagns.“

Með því að hafna árgreiðslum af fjárfestingum fyrri ára er PFS í raun að hafna, að taka tilliti til sannanlegs stofnkostnaðar fyrri ára þvert á lagfyrirmæli. Jafnframt víkur PFS frá aðferð, sem fram til þessa hefur verið stuðst við þegar samtengigjöld eru reiknuð út, sbr. t.d. samtengigjaldaákvörðunin frá 2003, sem vísað er til í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar. Svo sem fram kemur á meðfylgjandi minnisblaði frá áætlunum og greiningu var í því tilviki reiknuð árgreiðsla af heildarfjárfestingu í kerfinu. Heildarkostnaður á ári af rekstri GSM kerfisins var þannig samtala af rekstrarkostnaði auk 25% álags framreiknað til viðmiðunardags að viðbætti árgreiðslu af öllum fjárfestingum sem þarf til að reka kerfið.

PFS virðist hins vegar í jöfnunargjaldamáli þessu byggja á, að það hafi valdið Símanum réttarspjöllum að sækja ekki árlega um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu.

Með sömu rökum ætti stofnunin að hafa hafnað að taka fjárfestingar tiltekinna ára inn í stofn til samtengiverðs af þeirri ástæðu einni að Síminn hefði ekki árlega hækkad eða sótt um hækkun á samtengiverðunum.

Sé VI kafli fjarskiptalaga hins vegar lesin heildstætt er augljóst að með fjárframlögum, sem að jafnaði skulu miðast við ár í senn, er átt við framlög sem greidd eru úr jöfnunarsjóði alþjónustu. Í 1. mgr. 21. gr. segir til að mynda, að fyrirtæki geti „sótt um til PFS að því verði með fjárframlögum tryggt eðlilegt endurgjald fyrir þá starfsemi sem um ræðir.” Þá segir í 1. mgr. 22. gr. að til að standa straum af “greiðslu fjárframlaga” skv. kaflanum skuli innheimt jöfnunargjald.

Sú takmörkun að fjárframlög til umsækjanda miðist að jafnaði við eitt ár í senn þrengir að engu leyti heimildir umsækjanda til að fara fram á greiðslur vegna útlagðs kostnaðar sem nær yfir ákveðið árábil. Ef ætlun löggjafans hefði verið að takmarka umsóknir við útlagðan kostnað vegna árs í senn hefði þurft að orða þá reglu skýrt í lögum. Engar slíkar takmarkanir er að finna í lögum. PFS er því enn á ný að búa til íþyngjandi reglu, sem er án lagastoðar.

Í öllu falli bendir orðalagið „að jafnaði“ einnig til þess, að ávallt sé svigrúm til að taka tillit til fjárfestinga fleiri ára. Átaksverkefni á borð við ISDN væðinguna er einmitt til þess fallið að sótt sé um framlag í einu lagi vegna fjárfestinga þeirra ára sem átakið stóð yfir, sbr. rökstuðningur fyrir aðalkröfu í kafla 3.4 hér á eftir.

Til að bæta upp skort á lagaheimild fyrir þeirri íþyngjandi skýringu, að einungis megi sækja um framlag vegna kostnaðar eins tilgreinds árs, sækir PFS stoð fyrir vafasömum skýringum sínum í inngangsorð alþjónustutilskipunar og ákvæði alþjónustureglugerðar. Kynnt er til sögunnar regla um minnstu markaðsröskun og hún sögð vera í 23. forsendu tilskipunar 2002/22/EB.

Enn er þetta gert í beinni andstöðu við úrskurð úrskurðarnefndar í máli nr. 2/2006 og dóma Hæstaréttar, en í úrskurðinum sagði m.a. orðrétt:

“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.” (undirstrikun Símans).”

Eftir stendur að engin lagaheimild er fyrir þeirri réttindaskerðingu PFS, að hafna því að taka til greina kostnað árána 2000-2004. Hvergi í lögum er að finna takmörk eða

umfang slíkrar réttindaskerðingar eða yfirhöfuð að hún sé talin nauðsynleg. Þvert á móti byggir réttindaskerðingin að því er virðist á huglægu mati stjórnvaldsins á áhrifum þess ef fallist verði á raunverulegan tilkostnað Símans. Þannig segir í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar:

„Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er ljóst að mikil markaðsröskun væri því samfara að fallast á með Símanum að taka tillit til fjárfestingarkostnaðar allt aftur til ársins 2000. Hætta væri á að kostnaður hækkaði við fjarskiptaþjónustu og það myndi skekkja samkeppnisstöðu samkeppnisaðila Símans ef Póst- og fjarskiptastofnun féllist á þessa kröfu Símans.“

Halda ber til haga, að hið lögboðna skylda PFS er hlutlægs eðlis, þ.e. að ákvarða og reikna út kostnað Símans vegna alþjónustukvaða. Allar vangaveltur um meinta markaðröskun eru því málinu óviðkomandi. Þess utan skal á það bent, rökræðunnar vegna, að það er grundvallar misskilningur hjá PFS að því fylgi markaðsröskun að ákvarða Símanum raunverulegan tilkostnað vegna alþjónustukvaðar. Þvert á móti er það alþjónustukvöðin sjálf, sem felur í sér markaðsröskun. Um þetta ætti ekki að vera ágreiningur, sbr. svohljóðandi orðalag PFS í forsendum: „Póst- og fjarskiptastofnun bendir á að alþjónustukvaðirnar eru í sjálfu sér íþyngjandi.“ Jöfnunargjaldinu er hins vegar ætlað að jafna samkeppnisstöðu, sem áður hefur verið raskað með álagningu alþjónustukvaða. Nafn gjaldtökunnar eitt og sér gefur þetta augljóslega til kynna. Markmið með álagningu jöfnunargjaldsins er því að jafna þann aðstöðumun, sem fjarskiptafyrirtækjum er búin með álagningu alþjónustukvaða á eitt þeirra, sbr. til hliðsjónar álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3416/2002. Í því máli hafði umsókn um uppbót á dvalarstyrk námsmanns hafnað á grundvelli ákvæðis í reglugerð, sem ekki átti sér stoð í lögum nr.23/1989, um ráðstafanir til jöfnunar á námskostnaði.

PFS fékk mjög skýrar leiðbeiningar frá úrskurðarnefnd í máli nr. 2/2006 um þær forsendur sem heimilt er að leggja til grundvallar þegar kostnaður vegna alþjónustukvaðar er ákvarðaður. Í forsendum nefndarinnar segir orðrætt:

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.

Engar vísbendingar er að finna um heimild fyrir þeirri réttindaskerðingu sem regla PFS um árlegar umsóknir felur í sér. Þvert á móti var PFS gert að ákvarða kostnað á því tímabili sem um ræðir. Það tímabil sem um ræddi í gögnum málsins var tímabilið frá 2000-2004. Styðjast átti við sömu aðferðir og þegar samtengigjöld eru reiknuð. Sem fyrr segir sæta útreikningar á samtengigjöldum engum þeim takmörkunum, sem reglan um árlega umsókn leiðir til.

Þá er í hinni kærðu ákvörðun ranglega haldið fram, að Síminn hafi ekki rökstutt “á neinn hátt” af hverju PFS ætti að víkja frá ofangreindri meginreglu um árlegt ferli, eins og það er orðað. Einnig er ranglega fullyrt að Síminn hafi “ekki gert neina grein fyrir því hvers vegna félagið sótti ekki um framlag úr jöfnunarsjóði vegna gagnaflutningskvaðarinnar á umræddum árum.“ Þessar fullyrðingar PFS eru ómálefnalegar og sæta furðu, þar sem Síminn hefur eins og gögn málsins bera með

sér ítrekað sett fram aðra túlkun en PFS á svokallaðri meginreglu um árlegt ferli. Það eru, sem fyrr segir, fjárframlögin úr sjóðnum sem “að jafnaði” skulu miðast við ár í senn, sbr. 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga. Samanburðarskýring við 9. gr. reglugerðar um alþjónustu, styður eindregið þessa túlkun, en í 9. gr. segir orðrétt:Ákvörðun um upphæð endurgjalds skal gilda í ár í senn.“ Þá hefur Síminn útskýrt að það henti einmitt átaksverkefni á borð við ISDN væðingu landsbyggðarinnar að víkja frá því að miða fjárframlögin við ár í senn.

Hvergi er í lögum að finna reglu sem skyldar alþjónustuhafann, að sækja árlega um greiðslur en verða að öðrum kosti fyrir réttarspjöllum. Þvert á móti setja löginn þá frumkvæðisskyldu á PFS að endurskoða árlega fjárþörf sjóðsins. Þannig segir orðrétt í 2. ml. 3. mgr. gr. 22. gr. fjarskiptalaga: „Skal fjárþörf vegna alþjónustu endurskoðuð árlega af Póst- og fjarskiptastofnun og niðurstaða þeirrar endurskoðunar lögð fyrir samgönguráðherra.“ Þessari frumkvæðisskyldu hefur PFS í engu sinnt. Það liggur til að mynda ekki fyrir í gögnum málsins hvort PFS hafi yfirhöfuð gert tillögu til samgönguráðherra um breytt gjaldhlutfall vegna ársins 2005. Þaðan af síður hefur stofnunin sinnt lögboðinni skyldu skv. 5. mgr. 22. gr. fjarskiptalaga um árlega birtingu upplýsinga um útreiknaðan kostnað vegna alþjónustukvaða, sundurgreindan lista yfir einstakar greiðslur fyrirtækja í jöfnunarsjóð og greinargerð um þann ávinning sem stofnunin telur að fjarskiptafyrirtæki sem veita alþjónustu hafa haft, sbr. einnig 15. gr. reglugerðar um alþjónustu.¹ Það er fráleitt að afleiðing þess að PFS sinnir ekki lögboðinni frumkvæðisskyldu eigi að felast í réttindaskerðingu alþjónustuveitandans.

Kostnaður vegna stofnunar og reksturs, sbr. 1. mgr. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999, sbr. og 9. gr. reglugerðar um alþjónustu, sem er hið lögbundna viðmið, hverfur hins vegar ekki við það eitt að ekki er sótt um árleg fjárframlög, sbr. álitserð Deloitte, sem fylgir kærnu þessari. Auk þess að skorta lagaheimild brýtur regla PFS um árlegt ferli gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga, enda er auðsætt að afleiðingar þess að ekki var sótt um árlega eru mun víðurhlutameiri en nokkur efni standa til.

Sjónarmið PFS að baki reglunnar um árlega umsókn, sem að öðrum kosti veldur réttarspjöllum, styðjast skv. öllu ofansögðu ekki við lög og eru af þeim sökum ómálefnaleg. Ákvarðaður kostnaður Símans við að veita alþjónustu verður ekki byggður á ómálefnalegum sjónarmiðum, sem auk þess fara gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga. Hin kærða ákvörðun er því haldin svo verulegum annmarka að ógildingunni varðar.

Hér er því í annað sinn í sama málinu búin til regla sem ekki á sér lagastoð, sbr. úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 2/2006. Með þessari fáheyrðu stjórnarsýslu hefur stofnunin staðfest í verki að hún er ekki hæf til að ákvarða kostnað Símans vegna alþjónustukvaða. Af þessum sökum byggir kröfugerð Símans á, að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti þannig að nefndin ákvarði þess í stað kostnaðinn.

Skiptir hér máli, að ekki er ágreiningur milli aðila um grundvallaratriði á borð við óuppreiknaðan stofnkostnað Símans. Stærsta ágreiningsefnið lýtur að hinni ólögsmætu aðferð PFS við útreikning endurgjaldsins, þ.e. reglunni um árlegt ferli. Þá

¹ Samkvæmt meðfylgjandi tölvupósti á fylgiskjali 3, dags. 10.05.2006, var boðað að skýrsla um þessi efni myndi birtast á heimasíðu PFS þann 3. júlí sl. Við leit á heimasíðunni er umrædda skýrsla hvergi að finna.

eru Deloitte og KPMG ekki á sama máli um einstök útfærsluatriði, svo sem WACC útreikninga og afskriftarreglur. Í öllu falli er úrskurðarnefnd vel í stakk búin að ákvarða um alþjónustukostnað Símans, enda eru allar grundvallar forsendur fyrirbyggjandi.

3.4 Um aðalkröfu Símans

Aðalkrafan byggir í fyrsta lagi á, að regla PFS um “árlegt ferli”, þ.e. reglan um að Síminn beri halla af því að hafa ekki sótt árlega um framlög úr jöfnunarsjóðnum, byggji á ómálefnalegum sjónarmiðum í andstöðu við lög og meðalhóf. Um lagarök fyrir þeirri niðurstöðu vísast til kafla 3.3. hér að ofan.

Aðalkrafa Símans um eingreiðslu byggir jafnframt á því sjónarmiði, að eins og atvikum sé háttað í máli þessu, séu full efni til að gera undantekningu frá reglu 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, um að fjárframlög úr sjóðnum miðist við ár í senn. Það liggur fyrir að ISDN væðing til sveita var átaksverkefni og ljóst að stofnkostnaður er að mestu að baki. Orðalag 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga gefur svigrúm við slíkar aðstæður til að innt sé af hendi eingreiðsla þar sem uppreiknaður stofnkostnaður er lagður til grundvallar, sbr. kafli 4.1. í meðfylgjandi álitsgerð Deloitte.

Við mat á hvort víkja beri frá reglunni um árleg framlög úr jöfnunarsjóði skiptir einnig ríku máli, að þegar Síminn tók fjárfestingarákvarðanir vegna ISDN uppbyggingar, var svokölluð “net cost” regla, eða reglan um markaðsávinning, ekki til staðar í gildandi lögum, sbr. úrskurður nefndarinnar í máli nr. 2/2006. Þeirri reglu hefur nú verið bætt við fjarskiptalögin, sbr. 3. gr. laga nr. 78/2005, sem breytti 1. mgr. 21. gr. laganna. Það myndi stríða gegn sjónarmiðum um lagaskil, ef reglunni um markaðsávinning yrði beitt vegna fjárfestingaákvarðana sem rót eiga að rekja til tímabilsins áður en reglan var lögleidd. Ef ekki verður fallist á rétt Símans til eingreiðslu vegna tímabilsins 2000-2005, er hætt við því að PFS beiti reglunni um markaðsávinning af fullum þunga við meðferð umsókna Símans um árgreiðslur komandi ára. Sem fyrr segir myndi slíkt stríða gegn viðurkenndum sjónarmiðum um lagaskil og bann við afturvirkni laga.

Aðalkrafa Símans um eingreiðslu vegna uppreiknaðs stofnkostnaðar, er með fyrirvara um rétt Símans til að sækja árlega um framlög úr jöfnunarsjóði vegna viðhalds fjárfestinga, sbr. kafli 4.1. í álitsgerð Deloitte. Árleg greiðsla til framtíðar yrði samansett úr endurfjárfestingarþörf og beinu rekstrartapi. Um nánari forsendur fyrir aðalkröfunni vísast alfarið til álitsgerðar Deloitte, svo og þeirra sjónarmiða sem sett hafa verið fram hér að ofan í kærnu þessari.

3.5. Um varakröfu Símans

Varakrafan byggir, rétt eins og aðalkrafan, í fyrsta lagi á, að regla PFS um “árlegt ferli”, þ.e. reglan um að Síminn beri halla af því að hafa ekki sótt árlega um framlög úr jöfnunarsjóðnum, byggji á ómálefnalegum sjónarmiðum í andstöðu við lög og meðalhóf. Um lagarök fyrir þeirri niðurstöðu vísast til kafla 3.3. hér að ofan.

Varakrafa Símans byggir jafnframt á þeirri forsendu, að þrátt fyrir að ISDN væðing landsbyggðarinnar hafi verið átaksverkefni, verði ekki fallist á eingreiðslu uppreiknaðs stofnkostnaðar. Þess í stað verði reiknað út árlegt endurgjald, sbr. 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga og 9. gr. reglugerðar um alþjónustu.

Varakrafan byggir, rétt eins og aðalkrafan, á að beita eigi sömu reglum við útreikning alþjónustukostnaðar eins og við útreikning samtengikostnaðar. Um aðferðarfræði vísast til minnisblaðs áætlunar og greiningar þar sem ríffað er upp hvernig samtengigjöld voru ákvörðuð á árinu 2003. Vakin er sérstök athygli á, að ekki er gert ráð fyrir 25% álagi, sem þó var tekið inn í samtengigjaldaákvörðunina 2003.

Um forsendur útreiknings hins árlega endurgjalds vísast jafnframt til álitsgerðar Deloitte, sér í lagi kafla 5. um árgreiðslu, svo og þeirra sjónarmiða sem sett hafa verið fram hér að ofan í kærnu þessari. Deloitte byggir útreikning á árgreiðslum á ákvörðun stofnverðs sem byggt er á heildarfjárbindingu Símans uppreiknuðu m.v. vísitölu byggingarkostnaðar og þann tímamark sem greiðsla á sér stað úr jöfnunarsjóði. Árleg fjárfesting til viðhalds fjárfestingu samsvarar afskriftum og WACC er reiknað með þeim aðferðum sem lýst er í álitsgerðinni. Að síðustu kemur tillag frá jöfnunarsjóði vegna beins rekstrartaps Símans árið 2005.

3.6 Um þrautarvarakröfu

Þrautarvarakrafan byggir á, að lagt verði fyrir Póst- og fjarskiptastofnun í annað sinn, að taka málið tafarlaust til nýrrar meðferðar. Í þetta skipti verði lagt fyrir stofnunina að ákvarða kostnað Símans án þess að styðjast við regluna um “árlegt ferli”, þ.e. án þess að Síminn beri halla af því að hafa ekki sótt árlega um framlög úr jöfnunarsjóðnum. Um lagarök fyrir þeirri niðurstöðu vísast til kafla 3.3. hér að ofan.

Það skal tekið fram þrautarganga Símans við að fá PFS til að ákvarða kostnað vegna alþjónustuskuldna í samræmi við lög hefur nú tekið 27 mánuði, þrátt fyrir áskilnað 2. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, þess efnis að PFS skuli ákvarða um kostnaðinn þá þegar henni berst beiðni þar um. Af þeim sökum, og vegna endurtekinna ólögmetra sjónarmiða, sem PFS hefur lagt til grundvallar í málinu, þyrfti nefndin að veita PFS mjög ítarlegar leiðbeiningar um þær forsendur sem heimilt er að leggja til grundvallar, verði sú leið farin, að leggja fyrir PFS að taka nýja ákvörðun. Jafnframt þyrfti að setja stofnuninni ákveðin þröng tímamörk í því sambandi, t.d. að ákvörðun liggi fyrir innan tveggja vikna frá uppkvaðningu úrskurðar. Jafnframt þyrfti nefndin að girða fyrir frekari upplýsingaöflun af hálfu PFS, enda er ekki ágreiningur milli aðila um grundvallarstærðir í málinu.

3.7 Sameiginlega atriði

Sérstök athygli nefndarinnar er vakin á, að þrátt fyrir að kröfugerð skv. aðal og varakröfu hafi tekið tölulegum breytingum frá þeirri kröfugerð sem höfð var uppi gagnvart PFS, hefur engin breyting orðið á grundvelli málsins. Þetta ræðst af því, að ekki er ágreiningur milli aðila um óuppreiknað stofnverð árána 2000-2005, þ.e. samtals 852,6 mkr. að nafnvirði, sbr. umfjöllun Deloitte í kafla 2.1. í álitsgerð sinni. Þessi grundvöllur málsins byggir á nákvæmlega sömu tölulegu niðurstöðu og PFS kemst að í fylgiskjali 1 með hinni kærðu ákvörðun, að því frátöldu að PFS fellst ekki á

að taka stofnkostnað áráanna 2000-20004 inn í myndina. Þá er bókfært verðmæti fjárfestinga, að teknu tilliti til þeirra bókfærðu afskrifta sem fallið hafa til, samkvæmt KPMG skýrslunni í fullu samræmi við tölur Símans, að teknu tilliti til óverulegra leiðréttinga. Úrskurðarnefndin er því fullkomlega í stakk búin á grundvelli rannsóknarreglu stjórnsýslulaga að leggja mat á hver ákvarðaður kostnaður Símans vegna alþjónustuskuldunnar eigi að vera og PFS hefur tök á að koma að sjónarmiðum vegna kröfugerðarinnar á framfæri fyrir nefndinni.

Þá er athygli nefndarinnar vakin á að aðal-,vara- og þrautarvarakrafa lúta allar að því, að lagt verði fyrir Póst- og fjarskiptastofnun, að gera tillögu til samgönguráðherra um breytt gjaldhlutfall til samræmis við hinn ákvarðaða kostnað, sbr. 3. mgr. 22. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003. Umrædd tillögugerð er nauðsynleg afleiðing þess að kostnaður hafi verið ákvarðaður og í samræmi við lagaákvæði þar um.

Auk þess vísast til annara gagna málsins og þá sérstaklega álitserðar Deloitte, dags. 29. desember 2006, sem skoða skal sem hluta málatilbúnaðs kæranda.

3.0 Málsástæður PFS.

Málsástæður PFS koma fram í greinargerð þeirra frá 12. febrúar 2007 og fara þeir kaflar er lúta að þeim hér á eftir:

II. Um kröfugerð Símans

Í öllum tilvikum krefst Síminn þess að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 7. desember 2006, verði felld úr gildi. Með umræddri ákvörðun ákvarðaði Póst- og fjarskiptastofnun Símanum framlag úr jöfnunarsjóði vegna veitingar gagnaflytningsþjónustu með 128 Kb/s flytningsgetu, að fjárhæð rúmar 18,8 millj. kr., fyrir árið 2005. Jafnframt hafnaði Póst- og fjarskiptastofnun kröfu Símans um framlag úr jöfnunarsjóði vegna rekstrartaps ársins 2005 af notendalínukerfinu á Vestfjörðum.

Þrátt fyrir að Síminn krefjist þess í kærú sinni að umrædd ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar verði felld úr gildi í heild sinni er ekki minnst einu orði á þann þátt málsins er snýr að notendalínukerfinu á Vestfjörðum. Það sama er að segja um andmælabréf Símans, dags. 15. nóvember 2006. Af því leiðir að Síminn hefur ekki fært fram nein rök fyrir ógildingú þessa þáttar hinnar kærðu ákvörðunar. Verður því að lúta svo á að kæra Símans snúi aðeins að þeim þætti hinnar kærðu ákvörðunar sem varðar gagnaflytningsþjónustu með 128 Kb/s flytningsgetu.

Þess má einnig geta að meðfylgjandi kærú Símans er álitserð endurskoðunarfélags Símans, Deloitte. Umrædd álitserð er óundirrituð og þar af leiðandi kemur ekki fram hvaða starfsmaður eða starfsmenn unnu að henni. Í kærú Símans og í umræddri álitserð koma fram nýjar kröfur, málsástæður og rökstuðningur af hálfu Símans sem ekki hafa litið dagsins ljós í málinu fram að þessu. Verður að telja fremur óheppilegt að ný gögn og breyttar kröfur og málsástæður hafi ekki borist Póst- og fjarskiptastofnun áður en ofangreind ákvörðun var tekin í málinu. Miðað við þær aðferðir við útreikning á kostnaði Símans vegna alþjónustukvaða sem þar koma fram og hinar gríðarlegu hækkánir á umkröfðum fjárframlögum verður vart annað séð en

að um nýja umsókn sé að ræða. Umsóknarfrestur fyrir alþjónustuframlög fyrir árið 2005 rann hinsvegar út þann 15. október 2004 og eru þessar nýju kröfur því of seint fram komnar. Verður því að leysa úr umræddri kæru Símans með hliðsjón af þeim forsendum sem fram komu í umsóknum Símans, dags. 14. október og 17. nóvember 2004, eins og fram kom í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 2/2006 og þeim aðferðum sem þar er mælt fyrir um. Þess ber enn fremur að geta að rannsókn Póst- og fjarskiptastofnunar og könnun KPMG hefur leitt í ljós að ýmis atriði stóðust ekki í umsóknum Símans, t.d. voru tekjur verulega vantaldar. Því ber að hafa hliðsjón af breyttum tölulegum upplýsingum frá framangreindum umsóknum Símans.

III. Aðalkrafa - Eingreiðsla

Aðalkröfu sína um eingreiðslu byggir Síminn í fyrsta lagi á því sjónarmiði að Símanum hafi ekki endilega borið að sækja árlega um framlög úr jöfnunarsjóðnum og því byggði ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar á ómálefnalegum sjónarmiðum í andstöðu við lög og meðalhóf.

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar til Símans, dags. 9. nóvember 2004, kom fram að það væri mat stofnunarinnar að umsókn Símans um framlög úr jöfnunarsjóði, dags. 14. október 2004, væri í ósamræmi við umrætt lagaákvæði og að fjarskiptalög gengju út frá þeirri reglu að sækja þyrfti sérstaklega um framlag úr sjóðnum fyrir hvert ár fyrir sig. Ekki væri því unnt að safna upp stofnkostnaði eða rekstrartapi í nokkur ár vegna alþjónustu og krefjast síðan framlags úr sjóðnum fyrir liðinn tíma. Símanum var gefið tækifæri á að bæta úr þeim annmörkum sem voru á umsókninni. Ný umsókn barst frá Símanum, dags. 17. nóvember 2004, sem gerði ekki ráð fyrir eingreiðslu eða endurgreiddum stofnkostnaði án tengsla við rekstur og líftíma fjárfestinga. Ekki er að sjá að úrskurðarnefndin hafi hafnað þessari skýringu Póst- og fjarskiptastofnunar í máli nr. 2/2006, dags. 3. mars 2006, en nefndin nefnir hina síðari umsókn Símans “endanlegt eintak”. Póst- og fjarskiptastofnun hefur æ síðan haldið sig við þessa skýringu. Það er fyrst eftir úrskurð nefndarinnar sem Síminn fer aftur að krefjast umræddrar endurgreiðslu fjárfestinga aftur í tímam, sbr. bréf Símans til Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 9. mars 2006. Þá má rifja það upp að í kæru Símans til úrskurðarnefndar, dags. 10. janúar 2006, kom fram í máli Símans að hin upphaflega umsókn hefði verið nánar útfærð með umsókninni frá 17. nóvember 2006.

Krafa Símans um eingreiðslu virðist svipa til upphaflegu kröfu Símans í umsókninni frá 14. október 2004 um að einungis væri óskað eftir framlagi vegna stofnkostnaðar en ekki til að bæta halla af rekstri. Hin nýja eingreiðslukrafa Símans er þó rúmum 300 millj, kr. hærri en upphafleg krafa félagsins. Skýrsluhöfundar Deloitte fundu það út að ekki ætti að notast við bókfært verð í reikningshaldslegum skilningi við útreikninga á stofnverði heldur “fjármálalegt” stofnverð sem endurspeglar raunfjárbindingu Símans. Virðast skýrsluhöfundar byggja þetta á því að Símanum skuli tryggt eðlilegt endurgjald fyrir umrædda starfsemi, sbr. 1. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga. Þeir líta hins vegar algjörlega framhjá því að í sömu málsgrein og í 2. – 6. mgr. 21. gr. eru sérstakar reglur um hvernig meta eigi umræddan kostnað alþjónustuveitanda. Síðan segja skýrsluhöfundar að ekkert sé því til fyrirstöðu að jöfnunarsjóður greiði Símanum eingreiðslu miðað við þann stofnkostnað sem Síminn hefur lagt í vegna alþjónustukvaðarinnar. Þeir hafa þó ekki fyrir að rökstyðja þessu

fullyrðingu á neinn hátt. Umræddan stofnkostnað uppreikna Deloitte-menn svo með byggingarvísitölu frá árinu 2000 til 1. desember 2006, þrátt fyrir að verðbólguveikningsskil hafi verið afnumin frá og með 1. janúar 2002. Þetta er í beinni andstöðu við álit KPMG, hins óháða ráðgjafa í máli þessu. Þá er engin heimild fyrir slíkri verðtryggingu í fjarskiptalögum né lögum um vexti og verðbætur nr. 38/2001. Í 13. gr. síðastgreindra laga kemur m.a. fram að verðtryggingu verði aðeins beitt á skuldbindingar ef það er umsamið eða á einhvern hátt áskilið.

Í ofangreindu bréfi Símans til Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 9. mars 2006, kom m.a. fram sú skoðun félagsins að úrskurðarnefnd hefði engar athugasemdir gert við umsóknir Símans, heldur þvert á móti talið að Síminn hefði gert nákvæma grein fyrir rekstrartapi og sundurliðun þess í umræddum umsóknum. Póst- og fjarskiptastofnun lítur á að þetta sé kjarni málsins. Útreikningur á kostnaði alþjónustuveitanda þarf að miðast við rekstrartap en ekki endurgreiðslu á stofnkostnaði nokkurra ára án tengsla við rekstrarniðurstöðu og líftíma viðkomandi fjárfestinga. Í 21. gr. fjarskiptalaga segir m.a. að alþjónustuveitandi eigi rétt á framlagi úr jöfnunarsjóði telji hann að alþjónustan sé rekin með tapi. Póst- og fjarskiptastofnun skal krefjast þess að alþjónustuveitandi upplýsi nákvæmlega um hvert rekstrartapið af starfseminni sé og hvernig það sundurliðast. Póst- og fjarskiptastofnun getur falið löggiltum endurskoðanda að gera úttekt á rekstrarafkomu á viðkomandi rekstrarsviði við mat á kostnaði við alþjónustu. Í 9. gr. alþjónustureglugerðar kemur fram að við mat á kostnaði við alþjónustu skuli beita sömu reglum og um samtengingu skv. 1. tl. 1. mgr. 26. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti. Í þeirri lagagrein segir að gjöld fyrir samtengingu skuli vera gagnsæ og byggjast á kostnaði við stofnun og rekstur nets, auk hæfilegrar ávöxtunar fjármagns á grundvelli kostnaðarbókhalds. Ljóst er að þær reglur sem gilda um samtengingu felast ekki í því að leggja saman fjárhæðir tiltekinna fjárfestinga án tengsla við rekstrarniðurstöðu hvers árs og líftíma eigna. Þá segir í 9. gr. alþjónustureglugerðar að Póst- og fjarskiptastofnun skuli gera úttekt á hagkvæmni rekstrarins, þ.á.m. tekjum og gjöldum.

Samkvæmt ofangreindu gera fjarskiptalög ekki ráð fyrir endurgreiðslu útlagðs kostnaðar vegna fjárfestinga eða endurgreiðslu stofnkostnaðar fjárfestinga margra ára á einu bretti án tengsla við rekstrarafkomu viðkomandi alþjónustuháttar. Þaðan af síður veita fjarskiptalög heimild fyrir “eingreiðslu” þeirri sem Síminn krefst nú í kærnu sinni. Þvert á móti kveða fjarskiptalögin skýrt á um það að við mat á kostnaði við alþjónustu skuli miðað við rekstrarafkomu tiltekins árs, þ.e. kostnað að frádregnum tekjum. Það er engin undantekning frá þessari reglu í fjarskiptalögunum. Almenn teltast afskriftir af fjárfestingum kostnaður sem dreifist á líftíma eignar. Þá þarf einnig að taka mið af hæfilegri ávöxtun fjármagns af bundnu fjármagni í rekstrinum.

Í öðru lagi byggði Síminn aðalkröfu sína um eingreiðslu á því sjónarmiði, að eins og atvikum væri háttáð í máli þessu, væri efni til að gera undantekningu frá reglu 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga, um að fjárframlög úr sjóðnum miðuðust við ár í senn. Það lægi fyrir að “átaksverkefni” þessu væri að ljúka og orðalag 5. mgr. 21. gr. laganna gæfi svigrúm til slíkar aðstæður til að innt væri af hendi eingreiðsla þar sem uppreiknaður stofnkostnaður væri lagður til grundvallar. Þá skipti máli að þegar Síminn tók fjárfestingarákvarðanir vegna ISDN uppbyggingar hefði reglan um markaðsávinning ekki verið til staðar í gildandi lögum. Þeirri reglu hefði nú verið bætt við fjarskiptalögin. Það myndi stríða gegn sjónarmiðum um lagaskil, ef reglunni um

markaðsávinning yrði beitt vegna fjárfestingaákvörðana sem rót ættu að rekja til tímabilsins áður en reglan hafi verið lögleidd.

Fjarskiptalögin kveða á um alþjónustuskyldur en ekki sérstök átaksverkefni. Síminn hefur ekki rökstutt hvers vegna ISDN væðing í sveitum sé þess eðlis að erfitt hafi verið að sækja um framlag úr jöfnunarsjóði árlega á framkvæmdatíma verkefnisins. Þar sem undantekningarreglur ber að túlka þröngt ber að hafna þessari kröfu Símans.

Þá hafnar Póst- og fjarskiptastofnun því alfarið að 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga feli í sér heimild til að fallast á “eingreiðslukröfu” Símans. Nægir að benda á ítarlega umfjöllun hér að ofan um hvernig reikna beri út kostnað alþjónustuveitanda.

Þegar umræddar fjárfestingarákvarðanir voru teknar, væntanlega fyrst og fremst á árunum 1999-2002 var Síminn að öllu eða langmestu leyti í eigu ríkisins. Það voru fulltrúar ríkisins í stjórn Landssíma Íslands hf. sem tóku umræddar fjárfestingarákvarðanir. Það var ekki fyrr en á árinu 2001 sem 2% hlutafjár voru seld í Landssímanum. Í umræðum á Alþingi í árslok 2001, við frumvarp sem varð að lögum nr. 145/2001, kom fram í máli samgönguráðherra að almenn síma- og gagnaflytningþjónusta væri alþjónusta. Hún væri hinsvegar ekki styrkt úr jöfnunarsjóði, enda væri það aðallega Landssíminn sem veitti þá þjónustu og myndi greiða í þann sjóð. Það er ekki fyrr en með núgildandi 22. gr. fjarskiptalaga, sem tók gildi 1. janúar 2004, sem forsendur þessar breytast og Landssíminn fór að sjá hag í að sækja um framlög úr jöfnunarsjóði, en þá bættist farsímaveltan við gjaldstofninn og hlutdeild Símans í inngreiðslum í jöfnunarsjóð lækkar úr rúmum 90% í ca. 65%.

Varðandi hugleiðingar um lagaskil er það að segja að markaðsávinningur kemur ekki til skoðunar í þessu máli varðandi árið 2005. Óljósar hugleiðingar um lagaskil geta auk þess ekki vikið skýrum reglum um útreikninga á kostnaði alþjónustuveitanda til hliðar.

IV. Varakrafa – Uppreiknuð árgreiðsla m.t.t. fjárfestinga áráanna 2000-2006

Varakröfu sína um uppreiknaða árgreiðslu byggir Síminn í fyrsta lagi á því sjónarmiði að Símanum hafi ekki endilega borið að sækja árlega um framlög úr jöfnunarsjóðnum og því byggði ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar á ómálefnalegum sjónarmiðum í andstöðu við lög og meðalhóf. Krafan byggir á þeirri forsendu að beiti eigi sömu reglum við útreikning alþjónustukvaðar eins og við útreikning samtengikostnaðar.

Um forsendur útreiknings hins árlega endurgjalds vísast jafnframt til álitsgerðar Deloitte, en þar byggist útreikningur á árgreiðslum á ákvörðun stofnkostnaðar sem byggð er á heildarfjárbindingu Símans uppreiknuðu m.v. vísitölu byggingarkostnaðar og þann tímupunkt sem greiðsla á sér stað úr jöfnunarsjóði. Árleg fjárfesting til viðhalds fjárfestingu samsvarar afskriftum og WACC er reiknað með þeim aðferðum sem lýst er í álitsgerðinni. Að lokum kemur tillag frá jöfnunarsjóði vegna beins rekstrartaps Símans árið 2005.

Fram kemur í kærú Símans að í stað þess að ákvarða kostnað Símans á grundvelli þeirrar aðferðar sem KPMG hafi lagt til hafi Póst- og fjarskiptastofnun búið til nýja reglu, án lagastoðar, sem gengi út á að Síminn hafi með meintu athafnaleysi á árunum

2000-2004 fyrirgert rétti sínum til að fá fjárfestingar umræddra ára viðurkenndar við ákvörðun framlags vegna ársins 2005. Þessi regla Póst- og fjarskiptastofnunar væri fordæmalaus og stýddist í engu við reglur um samtengingu. Með því að hafna árgreiðslum af fjárfestingum fyrri ára væri Póst- og fjarskiptastofnun í raun að hafna, að taka tillit til sannanlegs stofnkostnaðar fyrri ára þvert á lagafyrirmæli. Með sömu rökum ætti stofnunin að hafna því að taka fjárfestingar tiltekinna ára inn í stofn til samtengiverðs af þeirri ástæðu einni að Síminn hefði ekki árlega hækkað eða sótt um hækkun á samtengiverðinu. Þetta hefði Póst- og fjarskiptastofnun þó ekki gert við ákvörðun samtengiverða.

Póst- og fjarskiptastofnun tekur það fram að aðferð sú sem stofnunin beitir við ákvörðun á kostnaði Símans í máli þessu er ekki í ósamræmi við þá aðferð sem KPMG leggur til í málinu né í ósamræmi við þær aðferðir sem beitt hefur verið við útreikninga samtengiverða. KPMG var hins vegar ekki falið að skýra ákvæði 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga og þar af leiðandi fjallaði KPMG ekki um áhrif þess ákvæðis á umrædda útreikninga.

Þá mótmælir Póst- og fjarskiptastofnun því að stofnunin hafi búið til nýja reglu án lagastofnar í máli þessu. Póst- og fjarskiptastofnun byggir útreikninga sína í málinu á reglum um samtengingu svo langt sem þær ná í máli þessu. Hins vegar verður að skýra þær reglur sem um samtengingu gilda að teknu tilliti til þeirra sérreglna sem gilda um útreikninga alþjónustuframlaga. Mikilvægt er að hafa í huga að ákvæði 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga gildir burtséð frá reglum um samtengingu per se. Póst- og fjarskiptastofnun byggir á þeim aðferðum sem gilda um útreikninga samtengiverða að teknu tilliti til þess að 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga kemur að mati Póst- og fjarskiptastofnunar í veg fyrir að unnt sé að fallast á árgreiðslur vegna fjárfestinga aftur í tímann vegna ára sem ekki var sótt um alþjónustuframlag fyrir.

Þá mótmælir Póst- og fjarskiptastofnun því að með sömu rökum hefði stofnunin átt að hafna því að taka fjárfestingar tiltekinna ára inn í stofn til samtengiverðs af þeirri ástæðu einni að Síminn hefði ekki árlega hækkað eða sótt um hækkun á samtengiverðum. Ljóst er að ekki er um sambærileg tilvik að ræða. Við útreikning samtengiverðs er verið að reikna út einingarverð sem Símanum er heimilt að innheimta af öðrum fjarskiptafyrirtækjum vegna samtengingar við net Símans. Gildir slíkt einingarverð þar til Síminn fer fram á endurskoðun samtengiverðanna. Í því máli sem hér er til úrlausnar er hins vegar um að ræða umsókn um framlög úr tilteknum sjóði. Um útreikning þeirra framlaga gilda nánar tilteknar reglur sem fram koma í 21. gr. fjarskiptalaga og eru þær nánar útfærðar í alþjónustureglugerð. Í 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga er síðan kveðið á um að fjárframlög skulu að jafnaði miðuð við eitt ár í senn og að unnt sé að endurskoða fjárframlögin ef forsendur fyrir ákvörðun fjárframlagsins hefur breyst verulega. Engin slík sérregla um árlegt ferli gildir hins vegar um útreikning samtengiverða.

Ef fallist er á skýringu Símans á 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga má velta fyrir sér hvort einn góðan veðurdag sé hægt að sækja um framlag vegna fjárfestinga sem orðnar eru 10 eða jafnvel 15 ára gamlar. Árgreiðslur vegna þessara fjárfestinga yrðu svo væntanlega uppreiknaðar miðað við byggingarvísitölu, ef skilningur Símans verður ofan á. Umrætt framlag úr jöfnunarsjóði kæmi svo til með að verða andlag skattlagningar á önnur fjarskiptafyrirtæki, þ.á.m. minni fjarskiptafyrirtæki sem væru að hasla sér völl á markaðnum. Ef fallist er á skýringu Símans á 5. mgr. 21. gr. er

ljóst að það ákvæði er fullkomlega óþarft, þ.e. að ákvæðið eigi aðeins við um sjálfa útgreiðslu framlagsins úr jöfnunarsjóði.

Í kærnu sinni heldur Síminn því fram að Póst- og fjarskiptastofnun reyni að bæta upp skort á lagaheimild fyrir þeirri þýngjandi skýringu, að einungis megi sækja um framlag vegna kostnaðar eins tilgreinds árs, í inngangsorð alþjónustutílskipunar 2002/22/EB, þar sem rætt er um minnstu markaðsröskun. Svo virtist sem umrædd réttindaskerðing byggist á huglægu mati Póst- og fjarskiptastofnunar á áhrifum þess ef fallist yrði á raunverulegan tilkostnað Símans, m.a. hætta á verðhækkun á fjarskiptaþjónustu og skerðingu á samkeppnisstöðu annarra fjarskiptafyrirtækja.

Enn á ný hafnar Póst- og fjarskiptastofnun því að skortur sé á lagaheimild fyrir umræddri skýringu. Ákvæði 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga er að mati Póst- og fjarskiptastofnunar skýrt hvað þetta varðar. Reglan er síðan nánar útfærð í 3. mgr. 9. gr. alþjónustureglugerðar þar sem fram kemur að alþjónustuveitandi skuli fyrir 15. október ár hvert tilkynna Póst- og fjarskiptastofnun skriflega, ef hann óskar eftir fjárframlagi á næsta ári. Ákvæði alþjónustureglugerðar um minnstu markaðsröskun styðja svo þessa skýringu á 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga þar sem markmiðið með ákvæðum 19. – 23. gr. fjarskiptalaga var að innleiða ákvæði umræddrar tílskipunar í íslenskan rétt. Því ber að taka mið af tílskipuninni við skýringu íslenskra laga.

Sú meginregla sem 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga byggist á, þ.e. að miða skuli við rekstrarforsendur eins árs í senn, á sér stoð í 23. forsendu alþjónustutílskipunar 2002/22/EB. Þar segir að aðildarríkin skulu tryggja að fyrirkomulagið við að skipta kostnaði rúmist innan meginreglna um gagnsæi, minnstu markaðsröskun, bann við mismunun og innan ramma meðalhófsreglunnar. Minnsta markaðsröskun merkir að framlög skulu endurheimt með þeim hætti sem dregur úr áhrifum þeirrar fjárhagsbyrði sem fellur á endanlega notandann, t.d. með því að dreifa fjárframlögum eins mikið og hægt er.

Ef fallist væri á skýringar Símans væri einnig ljóst að ekkert meðalhóf væri innbyggt í umrætt jöfnunarsjóðskerfi vegna alþjónustu, þar sem miklar fjárhagslegar byrðar væru lagðar á önnur fjarskiptafyrirtæki annað slagið sem fyrirtækin ættu í erfiðleikum með að koma út í verðlagið jafnt og þétt. Hinsvegar gæti alþjónustuveitandinn komið umræddum fjárhagsbyrðum út í verðlagið hjá sér jafnt og þétt þar sem viðkomandi fjárhagslegar forsendur eru honum kunnar.

Í 21. forsendu segir að sanngjarn sé að hreinn kostnaður sé endurheimtur af öllum notendum með gagnsæjum hætti með álögum á fyrirtæki. Vætanlega byggist reglan á því að notendur á öllu tímabilinu þurfi að greiða fyrir tiltekna alþjónustu en ekki aðeins notendur á einu tilteknu ári. Meginreglan um gagnsæi leiðir til þess að alþjónustuveitandi þurfi að sækja um alþjónustuframlög árlega frá upphafi framkvæmda til að viðhalda rétti sínum á viðurkenningu árgjalds vegna eldri fjárfestingarára. Ef slíkt er gert er ljóst að kerfið er gagnsætt fyrir alla aðila og önnur fjarskiptafyrirtæki geta því gert áætlanir með nokkuð traustri vissu um þær fjárhagsbyrðar sem kunna að lenda á fyrirtækinu vegna þessa. Þannig gæti viðkomandi fjarskiptafyrirtæki komið umræddum fjárhagsbyrðum út í verðlagið á hverjum tíma þannig að það verði raunverulega hinn endanlegi notandi fjarskiptaþjónustu sem greiði fyrir viðkomandi alþjónustubætti, án tillits til þess hjá hvaða fjarskiptafyrirtæki notendur eiga sín viðskipti.

Póst- og fjarskiptastofnun tekur það sérstaklega fram að ákvæði 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga er í sjálfu sér skýrt í þessu sambandi. Hinsvegar bendir stofnunin á umrædda umfjöllun í alþjónustutilskipun til að gera grein fyrir því kerfi sem bar að innleiða hér á landi í sambandi við jöfnunarsjóð alþjónustu. Ákvæði 21. og 22. gr. fjarskiptalaga eru þau lagaákvæði sem lögfestu umrædda alþjónustutilskipun.

Þess má geta að ákvæði 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 hefur verið óbreytt frá því það var fyrst lögfest með 5. mgr. 14. gr. laga nr. 143/1996, um fjarskipti. Fram kom í athugasemdum í greinargerð að mælt væri fyrir um að gjaldið skyldi ekki ákveðið til lengri tíma en eins árs í senn í þeim tilgangi að tryggja virkara eftirlit með slíkum fjárframlögum. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er augljóst að slíkt eftirlit með fjárframlögum snýr að þeim fjárhagslegu forsendum sem fjárframlögin byggjast á, en ekki einungis að fjárframlögin sjálfu per se, þ.e. peningagreiðslunni. Telja verður að skýra beri lagaákvæði þannig að þau séu ekki merkingarlaus. Í þessu sambandi má t.d. nefna það að námslán miðast við eitt ár í senn. Þar er ekki aðeins átt við lánið sjálft, þ.e. peningagreiðsluna, heldur að sjálfsögðu einnig þær fjárhagslegu forsendur viðkomandi árs sem “námslánið” miðast við.

Ef fallist yrði á það með Símanum að miða við fjárfestingarkostnað allt aftur til ársins 2000 væri Síminn í raun að fá mun meira í sinn hlut en löggjafinn hafði í hyggju fram til 1. janúar 2004, þegar farsímavelta bættist við jöfnunargjaldsstofninn, sbr. 22. gr. laga nr. 81/2003. Að sama skapi þyrftu önnur fjarskiptafyrirtæki að greiða mun meira en lög gerðu ráð fyrir og því spurning hvort um afturvirka skattlagningu sé að ræða í slíkum tilvikum.

Síminn byggir á því í kæru sinni að hin lögboðna skylda Póst- og fjarskiptastofnunar sé hlutlægs eðlis, þ.e. að ákvarða og reikna út kostnað Símans vegna alþjónustukvaða. Allar vangaveltur um meinta markaðsröskun séu því málinu óviðkomandi. Þá sé stofnuninni ekki falið huglægt mat á áhrif þeirra útreikninga, t.d. á samkeppnisstöðu á fjarskiptamarkaði.

Póst- og fjarskiptastofnun bendir enn og aftur á að stofnunin beitir viðurkenndum aðferðum við útreikning sinn, þ.e. reglum um útreikning samtengiverðs. Hins vegar þarf að skýra ákvæði 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga í þessu sambandi eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun og hér að framan. Það er lögboðin skylda Póst- og fjarskiptastofnunar að sjá til þess að fjárframlög séu að jafnaði aðeins miðuð við eitt ár í senn, sbr. 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga. Hugleiðingar um markaðsröskun og samkeppnisjónarmið geta komið til skoðunar við lögskýringar á sviði fjarskiptamála, þar sem eitt meginmarkmið með starfsemi Póst- og fjarskiptastofnunar er að tryggja samkeppni á þessum markaði. Það er viðurkennt sjónarmið við lögskýringu hér á landi að leitast eigi við að skýra ákvæði landsréttar til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur staðfest þessi sjónarmið í úrskurðum sínum nr. 1/2006 og 7/2006. Orðrétt kemst úrskurðarnefnd svo að orði í úrskurði nr. 7/2006:

„Íslenskur fjarskiptamarkaður er enn sem komið er fákeppnismarkaður. Ekki er ýkja langt síðan aðeins eitt fyrirtæki hafði völdin í íslensku fjarskiptaumhverfi og umskiptin frá ríkisrekinni einokun yfir í frjálsa samkeppni eru tímafrek og flókin. Í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands og samræmingu regluverks innan Evrópska efnahagssvæðisins, sbr. EES-samningurinn: XI. viðauki og tilskipunar 90/388/EB, 2002/19/EB, 2002/20/EB, 2002/21/EB og rammatilskipun 2002/22/EB, hefur

Póst- og fjarskiptastofnun verið falið það verkefni í samvinnu við samkeppnisyfirvöld að stuðla að eðlilegri þróun fjarskiptamarkaðarins og að stuðla að því að samkeppni megi verða sem öflugust á þeim vettvangi. **Þetta hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar ber stofnuninni að hafa að leiðarljósi við lagatúlkun sína og málsmeðferð alla.**” (leturbr. undirritaðs)

Í kæru Símans kemur fram að jöfnunargjaldinu sé ætlað að jafna samkeppnisstöðu, sem áður hefur verið raskað með álagningu alþjónustukvaða.

Jöfnunargjaldi er ætlað að fjármagna alþjónustu sem alþjónustuveitanda er gert skylt að veita. Það kerfi sem innheimta jöfnunargjalds byggist á þarf hinsvegar að byggjast á fyrirkomulagi við að skipta kostnaði sem rúmast innan meginreglna um gagnsæi, minnstu markaðsröskun, bann við mismunun og innan ramma meðalhófsreglunnar. Ákvæði 21. og 22. gr. fjarskiptalaga fellur undir slíkt fyrirkomulag ef ákvæðin eru skýrð í samræmi við ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 7. desember 2006. Ef fallist er á skilning Símans er ljóst að kerfi það sem sett hefur verið á stofn hér á landi varðandi jöfnunarsjóð stenst ekki umræddar meginreglur alþjónustutillskipunarinnar.

Fram kemur í kæru Símans að því sé ranglega haldið fram, að Síminn hafi ekki rökstutt á neinn hátt af hverju Póst- og fjarskiptastofnun ætti að víkja frá umræddri meginreglu um árlegt ferli. Einnig væri ranglega fullyrt að Síminn hafi ekki gert neina grein fyrir því hvers vegna félagið sótti ekki um framlag úr jöfnunarsjóði vegna gagnaflutningskvaðarinnar á umræddum árum. Þessar fullyrðingar væru ómálefnalegar þar sem Síminn hefði ítrekað sett fram aðra túlkun en Póst- og fjarskiptastofnun á meginreglu um árlegt ferli. Það væru fjárframlögin úr sjóðnum sem “að jafnaði” skyldu miðast við ár í senn, sbr. 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga.

Samanburðarskýring við 9. gr. alþjónustureglugerðar styddi eindregið þessa túlkun, en í 9. gr. segði að ákvörðun um upphæð endurgjalds skyldi gilda í ár í senn. Þá hefði Síminn útskýrt að það hentaði einmitt átaksverkefni á borð við ISDN væðingu landsbygðarinnar að víkja frá því að miða við ár í senn.

Varðandi tilvísun Símans í 9. gr. alþjónustureglugerðar vill Póst- og fjarskiptastofnun geta þess að Síminn lætur hjá líða að reifa 3. mgr. sömu greinar. Þar segir að alþjónustuveitandi skuli fyrir 1. október ár hvert tilkynna Póst- og fjarskiptastofnun ef hann óskar eftir fjárframlagi á næsta ári. Póst- og fjarskiptastofnun auglýsti eftir umsóknum úr jöfnunarsjóði vegna árána 1999-2004 en Síminn sótti ekki um. Póst- og fjarskiptastofnun telur að bæði upphæð endurgjalds úr jöfnunarsjóði og þær forsendur sem endurgjaldið byggist á skuli gilda í ár í senn. Varðandi skýringar Símans á því hvers vegna ekki var sótt um framlag jafnóðum og verkefnið vannst áfram er einungis getið um að það henti slíkum átaksverkefnum að víkja frá reglunni um árlegt ferli. Póst- og fjarskiptastofnun er ekki sammála þeirri skýringu enda er hún með öllu órökstudd. Ef Síminn hefði séð sér hag í að sækja um slíkt framlag á umræddum árum hefði ekkert staðið því í vegi, svo framarlega sem félagið hefði uppfyllt reglur alþjónustureglugerðar um bókhaldslegan aðskilnað og sérgreiningu kostnaðar og tekna vegna alþjónustu. Það liggur að vísu fyrir í málinu að Síminn hefur ekki uppfyllt umrædd reikningshaldsleg skilyrði, sem þykir benda til þess að félagið hafi ekki haft í hyggju að sækja um framlög úr jöfnunarsjóði. Svo virðist sem áhugi Símans hafi fyrst vaknað á árinu 2004 að sækja um slíkt framlag eftir að farsímavelta bættist við jöfnunargjaldsstofninn og hlutdeild Símans í fjármögnun jöfnunarsjóðs lækkaði.

Í kæru Símans segir að ekki sé ágreiningur á milli Símans og Póst- og

fjarskiptastofnunar um grundvallaratriði á borð við óuppreiknaðan stofnkostnað Símans. Stærsta ágreiningsefnið lýtur að hinni ólögmetu aðferð Póst- og fjarskiptastofnunar við útreikning endurgjaldsins, þ.e. reglunni um árlegt ferli. Þá séu KPMG og Deloitte ekki á sama máli um einstök útfærsluatríði, svo sem WACC útreikninga og afskriftarreglur. Í öllu falli sé úrskurðarnefnd vel í stakk búin að ákvarða um alþjónustukostnað Símans, enda væru allar grundvallarforsendur fyrirbyggjandi.

Samkvæmt þessum orðum í kæru Símans virðist Síminn líta svo á að meginágreiningsefni málsins varði það hvort Síminn hafi fyrirgert rétti sínum til að fá viðurkenndar árgreiðslur vegna fjárfestinga árána 2000-2004 við útreikning á framlagi vegna ársins 2005, vegna tómlætis, sbr. skýringu á 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga. Póst- og fjarskiptastofnun er sammála þessum skilningi Símans. Þar af leiðir einnig að Póst- og fjarskiptastofnun telur útilokað að úrskurðarnefnd geti fallist á aðalkröfu Símans um eingreiðslu eins og stofnunin hefur rökstutt útarlega í hinni kærðu ákvörðun og hér að framan. Fallist úrskurðarnefnd á varakröfu Símans ætti nefndin að geta reiknað út umrætt framlag til Símans þar sem tölulegar forsendur liggja fyrir í málinu. Hinsvegar er ágreiningur um nokkur reikningshaldsleg atriði eins og WACC-hlutfall og verðbólguleiðréttingar.

V. Þrautavarakrafa – Ógilding álagningar og heimvísun

Fallist úrskurðarnefnd á varakröfu Símans telur Póst- og fjarskiptastofnun óþarft að vísa málinu til stofnunarinnar að nýju þar sem allar tölulegar staðreyndir liggja fyrir svo nefndin geti breytt ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar um framlag til Símans úr jöfnunarsjóði alþjónustu. Póst- og fjarskiptastofnun ítrekar hinsvegar kröfu sínu um að úrskurðarnefnd staðfesti hina kærðu ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 7. desember 2006.

VI. Álitsgerðir KPMG og Deloitte

Póst- og fjarskiptastofnun minnir á að stofnunin fékk óháðan aðila, KPMG, til að gera úttekt á rekstrarafkomu á viðkomandi rekstrarsviði Símans í tengslum við umsókn félagsins um framlag úr jöfnunarsjóði vegna gagnaflutningskvaðarinnar, sbr. 4. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga. Einnig var KPMG gert að veita faglega leiðsögn um tiltekin reikningshaldsleg atriði eins og WACC útreikninga og verðbólgu-reikningssskil. Sérstaklega var lagt fyrir KPMG að ástunda sjálfstæð og óháð vinnubrögð. Síminn var upplýstur um þau atriði sem skoðunin átti að taka til og félaginu tilkynnt um að það gæti komið skýringum og athugasemdum á framfæri af þessu tilefni til KPMG. Í máli þessu er ljóst að KPMG á engra hagsmuna að gæta í þessu máli annarra en að gæta orðspors síns og hlutleysis við gerð sérfræðilegra úttekta og ráðgjafar.

Deloitte er endurskoðunarfyrtæki Símans. Ekki liggur fyrir hvaða starfsmenn unnu að umræddri álitsgerð né hvaða forsendur eða fyrirmæli lágu til grundvallar umræddri álitsgerð. Í álitsgerð Deloitte er sérstaklega tekið fram að álitsgerðin einskorðist við fjármálalega nálgun en ekki reikningshaldslegrar. Hvergi er í lögum rætt um að beita eigi fjármálalegri nálgun um þessa útreikninga. Þá virðist umfjöllun Deloitte vera í litlu eða engu samræmi við þau lagaákvæði sem um umrædda útreikninga gilda í 21. gr. fjarskiptalaga og alþjónustureglugerð. Þá verður að telja að óheppilegt sé að slíkra gagna sé aflað á kærustigi máls. Síminn getur a.m.k. ekki

borið fyrir sig tímaskorti í máli þessu. Póst- og fjarskiptastofnun tekur það sérstaklega fram að stofnunin er ekki að varpa nokkurri rýrð á Deloitte eða vinnubrögð félagsins almennt. Einungis er sett spurningarmerki við þær forsendur sem þar eru lagðar til grundvallar og hvort sú nálgun sem félagið byggir á eigi eitthvað skylt við þær reglur sem um slíka útreikninga gilda samkvæmt fjarskiptalögum.

Í ofangreindu ljósi verður að telja eðlilegt að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála leggi álitserðir KPMG til grundvallar í máli þessu, sérstaklega varðandi útreikning á WACC-hlutfalli og því grundvallaratriði að ekki beri að uppreikna umræddar fjárfestingar Símans miðað við byggingarvísitölu. Það er ljóst að umræddur WACC útreikningur gerir ráð fyrir verðlagsbreytingum. Póst- og fjarskiptastofnun minnir á að ekki er lagaheimild fyrir veðbólguleiðréttingum í máli þessu né verðbótum. Þá mótmælir Póst- og fjarskiptastofnun því harðlega að fallist verði á þá tillögu Deloitte að miða útreikninga við 1. desember 2006. Um var að ræða umsókn um framlag vegna ársins 2005 og liggja allar tölur fyrir í málinu varðandi það ár.

Vísast einnig til annara framlagðra gagna, einkum og sér í lagi álitserðar KPMG frá 12. september 2006 en telst hún hluti af málatilbúnaði PFS.

4.0 Niðurstaða.

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur kynnt sér gögn málsins, athugað lög, reglugerðir og aðrar réttarheimildir og fundað um ágreiningsefnið. Að störfum sínum loknum hefur nefndin komist að niðurstöðu.

Eins og rakið er að framan telur nefndin að kæra Símans hf. snúi einungis að þeim hluta hinnar kærðu ákvörðunar er varða þá kvöð að bjóða öllum landsmönnum upp á gagnaflytningþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu en ekki að kostnaði við fjárfestingar og rekstur notendalínukerfis á Vestfjörðum. Verður því ekki vikið frekar að kostnaði við notendalínukerfi á Vestfjörðum í úrskurðinum.

Aðalkrafa Símans hf., að kostnaður við veitingu alþjónustu verði ákvarðaður ekki lægri en kr. 1.002.906.161 er byggður á rökstuðningi í álitserð Deloitte, endurskoðanda Símans hf. Er þar byggt á því að Símanum hf. skuli tryggt eðlilegt endurgjald á kostnaði við veitingu alþjónustu í formi eingreiðslu sem reikna skuli út með því að finna fjármálalegt stofnverð sem endurspeglir raunfjárbindingu Símans hf. Hefur margt í þeim rökstuðningi ekki komið fram á fyrri stigum málsins og er þessi krafa að miklum mun hærri en upphaflegar kröfur Símans hf.

Heimild fyrir slíkri eingreiðslu er ekki að finna í fjarskiptalögum. Ákvæði 21. gr. fjarskiptalaga og 9. gr. alþjónustureglugerðar gera ráð fyrir því að kostnaður við veitingu alþjónustu sé reiknaður eftir sömu reglum og beitt er við samtengingu. Hefur nefndin og úrskurðað að svo skuli gert í máli þessu, sbr. mál nr. 2/2006 fyrir nefndinni. Nægilegan rökstuðning fyrir því frávik frá viðurkenndum aðferðum við útreikning kostnaðs á þessu sviði sem felst í slíkri eingreiðslu er ekki að finna í málatilbúnaði Símans hf.

Hafa ber einnig í huga að ákvörðun á greiðslu úr jöfnunarsjóði alþjónustu er ekki einungis ívilnandi ákvörðun gagnvart Símanum hf. heldur getur einnig leitt af slíkri

ákvörðun ákvöð gagnvart öðrum aðilum á markaði og ber því að gera ítrustu kröfur til undantekninga frá meginreglu. Meginreglan er sú að greiðslur úr jöfnunarsjóðinum sé ætlað að jafna tjón alþjónustuveitanda af alþjónustuskyldum sínum og er því varhugavert að fallast á túlkanir þar sem hugsanlegt er að slík greiðsla kunni að vera meiri en tjónið. Nálgast tilgangur jöfnunarsjóðs alþjónustu tilgang réttarreglna um skaðabætur og að því marki má vitna til meginreglu þess réttarsviðs, *compensatio lucri cum damno*.

Að sama skapi er krafa félagsins um verðtryggingu á fjárfestingum sínum ekki studd nægilega traustum rökum í ljósi 13. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðbætur, en sakvæmt ákvæðum hennar verður verðtryggingu ekki beitt á skuldbindingu utan þess að það sé umsamið eða áskilið á einhvern hátt.

Nefndin hafnar því aðalkröfu Símans hf.

Hvað varðar varakröfu félagsins eru aðilar að töluverðu leyti sammála um fjárhagslegan grundvöll, þ.e. stofn fjárfestinganna á umræddu tímabili, fyrir þeirri kröfu en greinir aðallega á um túlkun á 5. mgr. 21. fjarskiptalaga. Auk þess greinir aðila á um verðtryggingu, afskriftarreglur og WACC-stuðul en skv. kærðu Símans hf. er þar fremur um tæknileg útfærsluatriði að ræða en grundvallaratriði í málinu.

Bæði kærandi og PFS hafa lýst eindregnum vilja sínum til þess að fá úr því skorið hvort rétt sé að túlka 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga þannig að ef ekki væri sótt um greiðslu úr jöfnunarsjóði árlega félli réttur fjarskiptafélaga til framlaga úr honum niður. Voru aðilar sammála um að mismunandi túlkun þeirra á þessu ákvæði stæði að miklu leyti að baki ósætti þeirra um fjárhæðir. Efni hefðu ef til vill verið til þess að vísa málinu aftur til PFS til þess að aðilar gætu borið saman bækur sínar um hvernig finna skyldi fjármagnskostnað við mat á fjárfestingastofni og önnur atriði sem óljós voru en báðir aðilar lögðu hart að nefndinni að komast að endanlegri niðurstöðu í málinu.

Í málalíbúnaði PFS koma skýrt fram þær ástæður sem standa til þess að að jafnaði skuli ákvarða greiðslur úr jöfnunarsjóði árlega. Standa til þess sanngirnireglur fyrir aðra aðila á markaði, gagnsæisrök auk þess sem slík túlkun leiðir óneitanlega til minni markaðsröskunar en fyrirkomulag þar sem félög geta sótt um framlög úr sjóðnum fyrir fjárfestingar er ráðist var í árum eða áratugum fyrr.

Enda þótt meginreglan hljóti því að vera sú að fyrirtækjum beri að sækja árlega um framlög verður hins vegar ekki hjá því komist að álykta sem svo að komið geti upp aðstæður þar sem víkja má frá þeirri reglu. Með orðalagi 5. mgr. 21. gr. fjarskiptalaga “*að jafnaði*” er gert ráð fyrir því að til frávika geti komið. Málsástæða Símans hf. er að bygging ISDN kerfis sé átaksverkefni af því tagi er geti kallað á slíkt frávik.

Fallist er á það með PFS að afleiðingar þess að félög sækji ekki árlega um framlög á meðan á verkefni stendur heldur bíða þar til að því er lokið geta verið óheppilegar. Hins vegar verður ekki hjá því komist að hafa í huga að sú túlkun að réttur fjarskiptafyrirtækja til að fá kostnað við veitingu alþjónustu greiddan úr jöfnunarsjóði alþjónustu falli niður með öllu ef fjarskiptafyrirtækið sækir ekki um fyrir 15. október ár hvert er mjög íþyngjandi. Ekki verður séð að slíkt ákvæði sé að finna í lögnum svo óábyggjandi sé og ótækt þykir að túlka 3. mgr. 9. gr. alþjónustureglugerðarinnar

með þessum hætti án þess að skýrt sé kveðið á í lögum um þennan vilja löggjafans. Vísast um þetta í fyrri ákvarðanir nefndarinnar, sbr. úrskurður nr. 2/2006 og dómur Hæstaréttar sem vísað er til í þeim úrskurði.

Þykir nefndinni að gögn málsins styðji þá fullyrðingu Símans hf. að uppfylling kvaðar um 128 Kbit/sek gagnaflutning á tímabilinu 2000-2005 hafi bakað félaginu þann kostnað er Síminn hf. og Deloitte leggja til grundvallar varakröfu félagsins. Enda þótt Síminn hf. hafi ekki sótt um framlag úr jöfnunarsjóði alþjónustu um leið og sá kostnaður skapaðist þykir það ekki verða þeim til slíkra réttarspjalla að þeir missi rétt á slíkri úthlutun. Með því að ekki er að finna reglur um fyrningu slíkra krafna í fjarskiptalögum, hvorki þeim er giltu við byrjun þess tímabils er um ræðir né þeim er nú eru í gildi, verður ekki annað talið en slíkar kröfur fýrnist eftir almennum reglum kröfuréttar.

Álitsgerð Deloitte inniheldur hins vegar að einhverju leyti forsendur sem ekki hafa komið áður fram í málinu og var ekki haldið fram við upphaflega umsókn. Er hér aðallega um að ræða afskriftarreglur, WACC-stuðul og verðtryggingu. Verður fallist á það með PFS að forsendur KPMG hvað varðar WACC-stuðul og verðtryggingu virðast endurspeglar aðstæður í málinu betur, auk þess sem óheppilegt er að byggja á sjónarmiðum í kærumáli sem ekki voru lögð fram við upprunalegu umsóknina.

Krafa Símans hf. skiptist í þrjá liði, rekstrarniðurstöðu, afskriftir og fjármagnskostnað og nemur alls kr. 240.406.982.

Hvað varðar kröfu vegna rekstrarniðurstöðu telur nefndin að miða skuli við upplýsingar PFS sem fram koma í fylgiskjali 1, með úrskurði 7. desember 2006. Þar eru tekjur vegna gagnaflutningsþjónustu taldar kr. 16.025.511 og rekstrarkostnaður kr. 16.172.768. Tap nemur því kr. 147.257, en krafa Símans hf. nam kr. 200.000.

Krafa Símans vegna afskrifta nemur kr. 92.779.776 og miðast við uppreiknaðan stofnkostnað að fjárhæð kr. 1.002.906.161. Samkvæmt upplýsingum lögmanns PFS hefur komið fram að ekki er ágreiningur milli aðila um fjárhæð fjárfestingarstofns áráanna 2000-2005, og nemur hann kr. 847.151.911, miðað við kostnaðarverð. Ekki liggja fyrir í málinu upplýsingar frá PFS um afskriftareglur og fjárhæð afskrifta miðað við stofnkostnað áráanna 2000-2005, en miðað við gögn málsins er talið að ætla megi að fjárhæð afskrifta af kostnaðarverði nemi á bilinu 70-80 millj. kr. á árinu 2005. Sé tekið mið af endurmetinni fjárhæð fjárfestingarstofns, samkvæmt gögnum Símans hf., kr. 1.002.906.161, liggur fyrir að sú fjárhæð er um 18,4% hærri en kostnaðarverðið. Vegna skorts á upplýsingum telur nefndin hæfilegt að lækka kröfu Símans hf. vegna afskrifta um sama hlutfall. Niðurstaða nefndarinnar er því sú að fjárhæð afskrifta vegna ársins 2005 skuli nema kr. 78.370.829.

Krafa Símans hf. vegna fjármögnunarkostnaðar, kr. 147.427.206, miðast við 14,7% WACC hlutfall og endurmetnar stofnkostnaðarfjárhæðir. Nefndin telur að miðað skuli við kostnaðarverð og að WACC hlutfall KPMG, 12,5%, sé það hlutfall sem hæfilegt sé að nota við útreikningana í þessu tilviki. Auk þess telur nefndin að lækka beri stofn til útreiknings á WACC um þá fjárhæð sem ætla má að hafi verið afskrifuð á árunum 2000-2004, þannig að stofn til útreiknings á fjármögnunarkostnaði miðist við óafskrifaða stöðu í ársbyrjun 2005. Ekki liggur fyrir í gögnum málsins hver þessi

staða er og er hún áætluð 20%, og er stofninn lækkaður um sama hlutfall. Með hliðsjón af þessu nemur fjármögnunarkostnaðurinn kr. 84.715.191.

Er því fallist á varakröfu Símans hf. að því undanskyldu að upphæðin er lækkuð í kr. 163.233.277- með vísan til þeirra atriða sem gerð er grein fyrir hér að framan.

5.0 Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 12. desember 2006 er felld úr gildi hvað varðar þá hluta hennar er snúa að kostnaði á veitingu gagnaflutningsþjónustu með 128 Kb/s flutningsgetu. Þess í stað er kostnaður Símans hf. vegna alþjónustukvaðar árið 2005 ákvarðaður kr. 163.233.277.- Jafnframt er lagt fyrir Póst- og fjarskiptastofnun að gera tillögu til samgöngumálaráðherra um breytt gjaldhlutfall til samræmis við hinn ákvarðaða kostnað, sbr. 3. mgr. 22. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

Ef aðilar máls vilja ekki una úrskurði þessum þarf að bera hann undir dómstóla innan sex mánaða frá því að aðilar fengu vitneskju um hann.

Reykjavík, 10. október 2007

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.