

Úrskurður

úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála

í máli nr. 4/2011:

Já upplýsingaveitur hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Þann 12. júlí 2011 barst úrskurðarnefnd kæra Já upplýsingaveitna hf. (Já/Já upplýsingaveitur) vegna ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 22/2011 frá 28. júní 2011, um útnefningu Já Upplýsingaveitna hf. með skyldu til að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaveitu um símanúmer. Aðeins er kærður tiltekinn hluti ákvörðunarinnar, þ.e. 4. tl. ákvörðunarorðanna, sem kveða á um aðgang annarra fyrirtækja að gagnagrunni símaskrár.

Kærandi gerir þær kröfur að 4. tl. ákvörðunarorða í ákvörðun PFS nr. 22/2011, þar sem kveðið er á um að kærandi skuli veita aðgang að gagnagrunni félagsins á kostnaðarverði að viðbætti hæfilegri álagningu, verði felldur úr gildi. Þá er krafist málskostnaðar að skaðlausu að því marki sem lög leyfi.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun verði staðfest óbreytt. Einnig krefst PFS þess, verði hin kærða ákvörðun ógild að sú ógilding taki til ákvörðunarorðanna í heild sinni, en ekki aðeins 4. tl.

II. Helstu málavextir

Með hinni kærðu ákvörðun var kærandi útnefndur með skyldu til að veita alþjónustu á starfssvæði sínu að því er varðar útgáfu prentaðrar símaskrár og reksturs upplýsingaveitu um símanúmer. Í 1. tl. ákvörðunarinnar er kveðið á um skyldu fyrirtækisins til að gefa út eina prentaða símaskrá á ári, uppfæra vefútgáfu símaskrárinnar daglega o.s.frv., en í 2. tl. er mælt fyrir um að Já skuli reka upplýsingaveitu um öll símanúmer í númerinu 118. Í 3. tl. ákvörðunarinnar er mælt fyrir um að fyrirtækið skuli varðveita gagnagrunn yfir alla áskrifendur á Íslandi. Eru þessir þrír töluliðir ákvörðunarinnar ekki kærðir til úrskurðarnefndar. Hins vegar er í 4.

tl. kveðið á um skyldu kæranda til að veita öðrum fyrirtækjum sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu. Þá er tekið fram að alþjónustukvaðir sem lagðar séu á Já skuli gilda til og með 30. júní 2014.

Kærandi hefur kært þá kvöð að þurfa að veita öðrum fyrirtækjum sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá, aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu.

III. Helstu málástæður kæranda

1.

Í kæru kemur fram að þann 22. desember 2010 hafi Eignahaldfélagið Njála hf. keypt Já upplýsingaveitur af Skiptum hf. Já upplýsingaveitur hafi verið stofnaðar árið 2005 og skildar frá rekstri Símans hf. Fyrir stofnun Já hafi deildir innan Símans samið um afhendingu upplýsinga um símanúmer. Eftir tilkomu Já hafi jafnframt verið gerðir slíkir samningar við önnur fjarskiptafélög, s.s. Vodafone, Tal og Nova. Kærandi kveður umrædda samninga vera grundvöllinn að þeim gagnagrunni sem Já reki í dag. Því mótmælir kærandi að gagnagrunnur félagsins sé að stofni til gagnagrunnur frá Símanum, líkt og fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Kærandi sé sex ára gamalt félag og grunnurinn endurnýist í heild sinni á þremur árum. Grunnurinn sé að hluta eða öllu leyti ný fjárfesting sem stafi hvorki frá Símanum né fyrirrennrum þess félags. Þrátt fyrir þá kröfu sem kærandi hafi uppi fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hyggst hann halda áfram að veita aðgang að gagnagrunninum. Kærandi kveðst hins vegar hafa lögvarða hagsmuni af því að um fyrirkomulag aðgangs gildi almennar reglur um samningsfrelsi í viðskiptum, enda hafi einkafjárfestar nýverið lagt í umtalsverðar fjárfestingar við kaup á öllum hlutum í kæranda. Þá hafi fjárhæð kaupverðsins að stórum hluta byggt á mati á verðmæti gagnagrunnsins. Núverandi skilmálar fyrir aðgangi að gagnagrunninum sæti nú endurskoðun og kunni að taka breytingum.

2.

Eignaréttar- og atvinnufrelsisákvæði stjórnarskrár

Kærandi kveður gagnagrunninn vera varinn af eignarréttindaákvæðum 72. gr. stjórnarskrárinnar svo og af 75. gr. stjórnarskrárinnar sem fjalli um atvinnufrelsi. Allar skerðingar á eignaréttindum og atvinnuréttindum verði að byggja á skýrri og ótvíræðri lagastoð. Telur kærandi að af forsendum hinnar kærðu ákvörðunar megi draga þá ályktun að PFS virðist að hluta gera sér grein fyrir að gagnagrunnurinn sé eign kæranda

og á forræði hans, þar sem í umræddum forsendum PFS segi að gagnagrunnurinn sem slíkur sé í eigu Já og ekki á forræði PFS á nokkurn hátt.

PFS hafi með boðunarbréfi boðað frekari inngríp varðandi verðlagningu á aðgangi að gagnagrunninum. Gangi þau áform eftir muni kærandi sæta slíkri skerðingu á meðferð eignaréttinda yfir grunninum að það jafnist á við eignaupptöku að mati kæranda. Því sé mikilvægt fyrir kæranda að fá hnekkt fyrirmælum um aðgang að grunninum en þau fyrirmæli skapi grunn fyrir PFS til að mæla í framhaldinu fyrir um verðlagningu aðgangsins.

3.

Valdþurrð-skortur á lagastoð

Kærandi bendir á að hin kærða ákvörðun sé byggð á 1. mgr. 20. gr., 19. gr., sbr. 45. gr. fjarskiptalaga. Kærandi telur PFS hafa farið út fyrir valdmörk sín þar sem ákvörðunin byggir ekki á viðhlítandi lagastoð, að því er 4. tl. ákvörðunarorðanna varði.

Ákvæði 19. gr. og 20. gr. fjarskiptalaga fjalli annars vegar um rétt til alþjónustu og hins vegar skyldu til að veita alþjónustu. Með alþjónustu sé átt við afmarkaða þætti fjarskipta af tilteknum lágmarksgæðum sem boðnir séu öllum notendum á viðráðanlegu verði, óháð landfræðilegri staðsetningu þeirra, sbr. orðskýringu 6. tl. 3. gr. fjarskiptalaga. Aðgangur að símaskrá og aðgangur að upplýsingaþjónustu um símanúmer séu meðal tegunda alþjónustu, sbr. 4. gr. reglugerðar nr. 1356/2007 um alþjónustu á sviði fjarskipta (alþjónustureglugerðar). Sæki þetta stoð í 2. ml. 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga þar sem segi: „*Póst- og fjarskiptastofnun skal ennfremur tryggja að notendur hafi aðgang að a.m.k. einni símaskrá með öllum símanúmerum og upplýsingaþjónustu um öll símanúmer.*“ Í 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga sé áréttað að PFS skuli tryggja að öllum notendum sé opin a.m.k. ein símaskrá sem hafi upplýsingar um öll símanúmer. Hins vegar sé ekki fjallað um aðgang að gagnagrunni símaskrár í þeim kafla fjarskiptalaga sem fjallar um alþjónustu né heldur í alþjónustureglugerðinni. Einu umfjöllunina um slíkan aðgang sé að finna í 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga en þar komi fram að PFS geti skyldað öll fjarskiptafyrirtæki sem úthluti áskrifendum símanúmerum til að verða við beiðnum um að láta í té viðkomandi upplýsingar í formi sem aðilar komi sér saman um, þ.m.t. tölvutæku formi, og með skilmálum sem séu sanngjarnir og byggðir á kostnaði ásamt hæfilegri álagningu. Tilvitnuð ákvæði sæki stoð í 25. gr. alþjónustutilskipunar ESB nr. 2002/22/EC.

Kærandi kveðst vera fyrirtæki með starfsemi á sviði upplýsingaþjónustu og sé því ekki fjarskiptafyrirtæki sem úthluti áskrifendum símanúmer, sem sé nauðsynlegt skilyrði þess að 4. mgr. 45. gr. eigi við um starfsemi þess. Þegar af þeirri ástæðu skapi 45. gr. að mati kæranda ekki viðhlítandi lagastoð fyrir kvöð um aðgang að gagnagrunni. Kærandi

telur fyrir mæli um aðgang að gagnagrunni ekki sækja stoð í EES reglur, enda taki alþjónustutilskipunin, eins og landsrétturinn, eingöngu til fjarskiptafyrirtækjanna sjálfra, þ.e. fyrirtækja sem úthluti áskrifendum símanúmerum.

Fram kemur að kærandi hafi skráð sig sem fjarskiptarekanda með almenna heimild á grundvelli reglna nr. 345/2005, um almenna heimild til að reka fjarskiptanet eða fjarskiptaþjónustu, eingöngu í þeim tilgangi að fá úthlutað símanúmerinu 118. Kærandi telur að af 4. mgr. 8. gr. reglna nr. 345/2005 og 45. gr. fjarskiptalaga megi ráða að reglurnar leggi ekki ríkari kvaðir á kæranda en leiða megi af fjarskiptalögum, enda verði reglurnar að eiga sér stoð í þeim. Hin kærða ákvörðun verði þannig að byggja á sérstakri lagaheimild. Þegar skotið sé reglugerð eða reglum á milli lagaheimildar og ákvörðunar verði ákvörðunin að eiga sér næga stoð í þeim reglum sem hún sé byggð á, en reglurnar verði síðan að eiga sér næga stoð í lögum um það atriði sem ákvörðunin lúti að. Þar sem kærandi sé ekki fjarskiptafyrirtæki sem úthluti símanúmerum verði ekki lagðar á hann þær kvaðir sem hin kærða ákvörðun lúti að. Reglurnar lúti eingöngu að því að tryggja rétt áskrifenda (notenda) til aðgangs að símaskrárupplýsingum.

Kærandi bendir á að alþjónustukvaðir þær sem PFS sé heimilt að leggja á lúti ekki að aðgangi þriðju aðila að gagnagrunni símaskrár heldur að aðgangi notenda að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símanúmer. Notandi sé í skilningi fjarskiptalaga viðskiptavinur fjarskiptafyrirtækja sem noti almenna fjarskiptaþjónustu. Ekki verði séð að lagstoð sé fyrir því í fjarskiptalögum, eða reglugerðum með stoð í þeim, að mæla fyrir um aðgang þriðju aðila, jafnvel keppinauta kæranda, að gagnagrunni símaskrár. Slíkar aðgangskvaðir verði að mati kæranda einungis byggðar á ákvæðum samkeppnislaga um ómissandi aðstöðu. Ekki verði séð að slík sjónarmið eigi við þar sem þriðju aðilar geti fengið allar sömu upplýsingar og Já með því að gera samning um aðgang að upplýsingum í tölvutæku formi við fjarskiptafyrirtæki sem úthluti símanúmerum.

Með fyrir mælum PFS um aðgangskvaðir að gagnagrunni sem eingöngu verði byggðar á samkeppnislögum telur kærandi að PFS hafi farið út fyrir valdmörk sín. Slíkur annmarki leiði til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar.

4.

Lögmætisreglan

Kærandi telur að hluta hinnar kærðu ákvörðunar skorta lagastoð en slíkt sé brot á lögmætisreglu stjórnarsýsluréttarins og leiði til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Vísar kærandi í því sambandi til úrskurðar fjarskipta- og póstmála nr. 2/2006 og 3/2006. Þá vísar hann einnig í álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 5222/2008. Eftir því sem ákvörðun sé meira íþyngjandi verði að gera strangari kröfur til skýrleika þeirrar lagaheimildar sem ákvörðunin byggji á. Afleiðingar fyrir mæla 4. tl. hinnar kærðu

ákvörðunar um aðgang að gagnagrunni símaskrár séu að mati kæranda verulega þýngjandi, sér í lagi í ljósi þess að PFS hafi boðað að í kjölfarið fylgi verulega þýngjandi fyrirmæli um verðlagningu aðgangsins.

IV. Helstu málsástæður PFS

1.

Grundvöllur ákvörðunar

Í greinargerð PFS kemur fram að með hinni kærðu ákvörðun hafi kærandi verið útnefnt fyrirtæki með skyldu til að veita alþjónustu m.a. að því er varðar útgáfu símaskrár og reksturs upplýsingaveitu um símanúmer. Samkvæmt 4. tl. ákvörðunarorðanna sé lögð kvöð á kæranda um að veita öðrum fyrirtækum, sem veiti eða komi til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá, aðgang að gagnagrunni Já yfir símanúmer á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu.

PFS byggir á því að stofnuninni sé heimilt skv. 2. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga, að leggja kvöð á starfandi fjarskiptafyrirtæki um að veita þá alþjónustu sem kveðið sé á um í 3. mgr. ákvæðisins, m.a. um útgáfu símaskrár og reksturs upplýsingaveitu um símanúmer. Umrædd ákvæði feli í sér heimild til PFS að taka matskennda stjórnvaldsákvörðun. Í 45. gr. fjarskiptalaga sé fjallað um þá persónuupplýsingavinnslu sem nauðsynleg sé til að unnt sé að búa til heildstæða símaskrá. Gagnkvæm skylda fjarskiptafyrirtækjanna til að miðla símaskráupplýsingum sín á milli sé forsenda þess að unnt sé að búa til uppfærða og heildstæða skrá um öll símanúmer óháð netum. Í 3. mgr. sé kveðið á um að PFS sé heimilt að setja viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, til þess að tryggja að ein eða fleiri upplýsingaþjónustur geti sinnt þessu hlutverki.

PFS telji að með því að leggja kvöð á kæranda um að veita öðrum fyrirtækjum sem séu á markaði eða hyggjast koma nýir inn á markað og veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða gefa út símaskrá, sé stofnunin að stuðla að virkri samkeppni á markaði sem kærandi hafi hingað til verið í einokunarstöðu á. Sé það í samræmi við markmið fjarskiptalaga skv. 2. mgr. 1. gr. laganna og verkefni PFS í 3. gr., auk þess sem túlka þurfi önnur ákvæði fjarskiptalaga í samræmi við ákvæði 1. og 3. gr. PFS telur einnig að í ljósi inngangsorða tilskipunar nr. 2002/22/EB um alþjónustu og réttindi notenda að því er varði rafræn fjarskiptanet og þjónustu (alþjónustutilskipun) bjóði alþjónustuhugtakið upp á frekar rúma túlkun. Einnig telur PFS að þegar horft sé til hlutverks stofnunarinnar m.a. um að ryðja úr vegi hindrunum varðandi framboð á þjónustu, markmiðs fjarskiptalaga um að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði og lögskýringargagna, sem fylgi alþjónustutilskipuninni, um að túlka beri alþjónustuhugtakið með framsæknum hætti, leiki enginn vafi á því að hin kærða

ákvörðun sem leggi kvöð á kæranda um að veita aðgang að símaskrárupplýsingum í gagnagrunni fyrirtækisins, eigi sér fulla lagastoð í 2. og 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga svo og 45. gr., auk þess sem hún byggir á málefnalegum og lögmætum sjónarmiðum.

PFS víkur einnig að sögulegum forsendum og bendir á að skráarhald um símanúmer og rétthafa þeirra eigi sér langa sögu hér á landi. Gagnagrunnur kæranda búi að þessari löngu reynslu og fjárfestingu í tækjabúnaði og mannviti, stöðu á markaðnum og fleira sem geri það að verkum að starfsemin standi traustum fótum. PFS telur að ekki sé hægt að fallast á að hægt sé að beita einhverskonar afskriftarreglu eins og kærandi haldi fram, um að gagnagrunnurinn endurnýi sig á 3 ára fresti, líkt og um væri að ræða nýtt upphaf fyrirtækisins. Slíkar reglur gætu hins vegar að mati PFS komið til skoðunar við kostnaðargreiningu á verði fyrir aðganginn að grunninum eins og hafi verið boðað af PFS með boðunarbréfi dags. 1. júlí sl.

Kvöð um að veita aðgang að upplýsingaþjónustu fyrir símanúmer á kostnaðarverði að viðbættum hæfilegum hagnaði hafi fyrst verið lögð á Landsímamann þann 30. júlí 1998. Með ákvörðun PFS nr. 25/2007 hafi bæst við kvöðina fyrirmæli um að veita öðrum sem veiti eða komi til með að veita upplýsingaþjónustu eða hyggjast gefa út símaskrá, aðgang að gagnagrunni á kostnaðarverði. Þannig kveður stofnunin hina umdeildu útnefningu nú vera efnislega samhljóða fyrri ákvörðunum stofnunarinnar um sama efni varðandi kvaðir sem áður hafi verið lagðar á Já athugasemdalaust. Af hálfu PFS hafi einnig verið gerð krafa um að kærandi skyldi tilkynna sig sem starfandi fjarskiptafyrirtæki en það hafi verið forsenda fyrir því að unnt væri að fella kvöðina á kæranda. Kærandi hafi síðan sent inn tilkynningu sem hafi verið skráð þann 21. nóvember 2007. Því sé ekki rétt að kærandi hafi eingöngu látið skrá sig sem fjarskiptafyrirtæki til að uppfylla skilyrði um að fá úthlutað númerinu 118. Það hafi verið ráðandi forsenda fyrir því að unnt væri að fella alþjónustukvöðina á kæranda að áfram myndu gilda gagnkvæmisreglur um skipti á upplýsingum um símanúmer, sbr. 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, ekki bara milli fjarskiptafyrirtækja heldur einnig sambærilegs aðila og kæranda sem stundað gæti fjarskiptaþjónustu á sviði upplýsingaþjónustu um símanúmer, svo jafnræðis yrði gætt. Verði fallist á kröfu kæranda um að ógilda þennan þátt útnefningarinnar breyta að mati PFS forsendur fyrir því að unnt sé að fella alþjónustukvöð á kæranda um að annast útgáfu símaskrár og reksturs upplýsingaveitu um símanúmer, en það sé ein meginforsendan fyrir úthlutun á númerinu 118.

PFS víkur síðan að málsástæðum kæranda lið fyrir lið eins og þær koma fram í kæru.

2.

Eignaréttar- og atvinnufrelsisákvæði stjórnarskrár

PFS áréttar að hin kærða ákvörðun hafi skýra og fullnægjandi lagastoð. PFS telur ummæli í hinni kærðu ákvörðun um að gagnagrunnurinn sé eign kæranda og á forræði hans ekki rýra þær alþjónustuskyldur sem leiði af hinni kærðu ákvörðun heldur felist í þeim viðurkenning á því að í hönnun gagnagrunnsins, uppbyggingu hans og virkni geti falist tiltekin eignarréttindi, m.a. með tilliti til höfundarréttarlegra sjónarmiða. Gagnagrunnurinn í heild, tæknilegir eiginleikar hans, hönnun, útlit o.s.frv. yrði ekki fluttur yfir í rekstur annars aðila, t.d. með útboði.

3.

Verðlagning ígildi eignaupptöku

PFS mótmælir þeim ummælum kæranda að fyrirhuguð skerðing á eignarétti jaðri við eignaupptöku. Að mati PFS verði það seint talin eignaupptaka þegar verð fyrir aðganginn miðist við kostnað að viðbættri hæfilegri álagningu. Þannig sé gert ráð fyrir að kærandi komi áfram til með að hagnast af starfsemi sinni, sbr. 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga sem kveði á um heimild PFS til að skylda fjarskiptafyrirtæki til að verða við beiðnum um að láta í té viðkomandi upplýsingar á verði sem byggi á kostnaði ásamt hæfilegri álagningu. Með kvöðum um hámarksverð sé komið í veg fyrir að kærandi verðleggi aðganginn með þeim hætti að lokað sé fyrir samkeppni á markaðnum og einokunarstaða og ólögmæt aðgangshindrun skapist.

3.

Ætluð valdþurrð og skortur á lagastoð

PFS telur óumdeilt að kærandi sé og hafi verið fjarskiptafyrirtæki, en það hafi verið skráð sem slíkt í bókum PFS þann 21. nóvember 2007. Samkvæmt 1. mgr. 20. gr. geti PFS falið einu eða fleiri fjarskiptafyrirtækjum að bjóða alþjónustu, sbr. 19. gr. laganna, á ákveðnum svæðum eða eftir þjónustutegundum. Kærandi fái upplýsingar fyrir gagnagrunn sinn á grundvelli 4. mgr. 45. gr. laganna sem kveði á um skyldu fjarskiptafyrirtækja að verða við beiðnum um að láta af hendi upplýsingar um símanúmer, líkt og Síminn forveri kæranda. Ákvæði 2. og 3. mgr. 19. gr. og 1. mgr. 20. gr. veiti PFS ákveðið svigrúm til að útfæra kvaðir svo fremi sem inntak og umfang kvaðanna rúmist innan skilgreiningar á alþjónustu. Þá beri jafnframt að horfa til 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, þótt ekki hafi beint verið vísað til þessarar málsgreinar í hinni kærðu ákvörðun, en þar segi að PFS skuli tryggja að a.m.k. ein upplýsingaþjónusta um öll símanúmer sé opin öllum notendum og að stofnunin geti sett viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk í þeim tilgangi en ætla megi að kærandi njóti yfirburðarstöðu á sviði upplýsingaþjónustu um símanúmer eins og staðan sé í dag. PFS

telur að löggjafinn eftirláti stofnuninni þó nokkurt svigrúm til þess að leggja viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, og sé heimildin samkvæmt orðanna hljóðan ekki einskorðuð við fjarskiptafyrirtæki.

PFS telur því að hin kærða ákvörðun eigi sér fullnægjandi lagastoð og ekki sé um að ræða valdþurrð í skilningi stjórnsýsluréttar.

5.

Tilgangur alþjónustu

Kærandi kveður tilgang alþjónustu vera þann að notendur hafi aðgang að lágmarkspjónustu og er PFS sammála því að notendur eigi að hafa aðgang að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símanúmer. Í 4. mgr. 45. gr. sé hins vegar að finna sérákvæði um lögskipti fjarskiptafyrirtækja á milli um miðlun á upplýsingum um símanúmer. Það verði ekki séð að slík upplýsingaskipti falli fyrir utan alþjónustu þar sem markmiðið með þeim sé að þjóna notendum, þ.e. með því að til verði heildstæður og reglulega uppfærður gagnagrunnur um símanúmer allra notenda óháð kerfum. Með öðrum orðum þurfi að haga útfærslu alþjónustukvaðarinnar með þeim hætti að hún þjóni notendum, m.a. um að samkeppni fái þrífist þeim til hagsbóta.

6.

Aðgangur að gagnagrunni símaskrár ekki hluti af alþjónustu

PFS kveður rétt hjá kæranda að ekki sé fjallað um aðgang að gagnagrunni símaskrár í alþjónustukafli fjarskiptalaga. Hins vegar sé að finna sérstakt ákvæði í 45. gr. laganna sem fjalli um lagaleg skilyrði í tengslum við skráningu áskrifenda, meðferð slíkra upplýsinga og skyldu fjarskiptafyrirtækja til að skiptast á slíkum upplýsingum, sem sé forsenda fyrir heildstæðri símaskrá og upplýsingaþjónustu um öll símanúmer. PFS telur augljóst af efni ákvæðisins að það standi í beinum tengslum við þær alþjónustuskilyrður sem fjallað sé um í 2. mgr. 19. gr. laganna. Bæði ákvæðin kveði á um að PFS skuli tryggja að a.m.k. ein upplýsingaþjónusta um öll símanúmer standi öllum notendum opin og að stofnunin geti lagt á viðeigandi kvaðir í því sambandi. Verði því að mati PFS ekki betur séð en að í 3. mgr. 45. gr. sé verið að vísa til alþjónustukvaða á þessu sviði og að tilgangurinn sé sá að undirbyggja lagastoð til útfærslu á framkvæmdalegum þáttum kvaðarinnar, þ.e. að fyrrnefndum efnisþáttum 45. gr. laganna, þ.m.t. um gagnkvæma miðlun símaskrárupplýsinga sem sé forsenda fyrir heildstæðri símaskrá og upplýsingaþjónustu um öll símanúmer, sem inntak alþjónustu geri ráð fyrir.

PFS bendir á að 45. gr. laganna eigi ekki við um kæranda með beinum hætti, heldur sé um að ræða matskennda stjórnvaldsákvörðun sem sækir efnislegt innihald sitt til þeirrar meginreglu sem birtist í 4. mgr. 45. gr. um gagnkvæma miðlun umræddra upplýsinga og telja verði bæði lögmætan og málefnalegan grundvöll hinnar kærðu ákvörðunar.

Kvöð sú sem ágreiningur þessa máls snúist um varði að mati PFS aðgang annarra aðila að upplýsingum í gagnagrunninum, þ.m.t. annarra upplýsingaveitna. Þegar kvöðin hafi verið lögð á kæranda í stað Símans, hafi ætlunin ekki verið að takmarka aðgang annarra fyrirtækja að gagnagrunni símaskrár og viðhalda þannig einokun á þessum markaði. Kvöðin hafi einungis verið færð yfir á kæranda að ósk Símans en ekki að takmarka umfang hennar eins og hún hafði gilt gagnvart Símanum. Þá sé kvöðin til þess fallin að efla samkeppni á þessum markaði þar sem hingað til hafi ríkt einokun, en markmið fjarskiptalaga sé að efla virka samkeppni.

7.

Skráning kæranda sem fjarskiptafyrirtækis;

PFS telur kæranda ekki geta kosið að vera skilgreindur sem fjarskiptafyrirtæki í þeim tilvikum sem hann njóti réttinda en ekki í þeim tilvikum sem hann ber skyldur. Með skráningu kæranda sem fjarskiptafyrirtækis sé kærandi skilgreindur sem slíkur óháð því hver tilgangur skráningarinnar hafi verið. Kæranda hefði ekki verið úthlutað símanúmerinu 118 ef hann hefði ekki verið skráð fjarskiptafyrirtæki, en um úthlutun númersins fer eftir ákvæðum 7. gr. fjarskiptalaga.

PFS kveður kæranda hafi fram til þessa viðurkennt þá skyldu að veita aðgang að gagnagrunninum á kostnaðarverði en skyldan hafi hvílt á fyrirtækinu frá upphafi þess án þess að gerðar hafi verið athugasemdir við það. Kærandi hafi hingað til álitid sig með skyldu til að veita aðgang að gagnagrunni sínum til annarra fyrirtækja sem reki eða hyggist reka upplýsingaþjónustu um símanúmer. Aðgangurinn hafi hins vegar verið boðin á svo háu verði að það hafi hindrað önnur fyrirtæki í að koma inn á markaðinn. Hafi kærandi þannig viðhaldið einokunarstöðu sinni á markaðnum.

PFS telur að tilefni kæru nú sé fyrirhuguð ákvörðun PFS um kostnaðarverð fyrir grunninn en með boðun þeirrar ákvörðunar sé í fyrsta sinn skilgreint með nákvæmum hætti hvað felist í því að fyrirtækinu beri að veita aðgang að gagnagrunninum á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu. Hingað til hafi álagningin verið mun hærri en eðlilegt virðist vera með tilliti til orðalags kvaðarinnar.

8.

Um verndarhagsmuni alþjónustukvaða

Að lokum tekur PFS fram að í máli kæranda komi fram að ekki sé lagastoð fyrir að mæla fyrir um aðgang þriðju aðila. Slíkar aðgangskvaðir verði einungis byggðar á samkeppnislögum. PFS telur að með tilliti til inngangsorða alþjónustutilskipunar EB verði að leggja rúman skilning í hugtakið alþjónusta, en það krefjist jafnvel framsækkinnar túlkunar, þar sem m.a. sé leiðbeint um það að túlka eigi hugtakið með

tilliti til þróunar á markaði. Þess vegna hafni PFS því að inntak alþjónustunnar eigi að lúta þröngri skýringu þannig að réttindi notanda þjónustunnar, sem verið sé að tryggja með 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga, geti ekki um leið falið í sér skyldu alþjónustuveitandans, sem byggir á 45. gr. laganna, er varði meðferð á símaskrárupplýsingum, þ.m.t. gagnkvæma miðlun upplýsinganna, þannig að réttindi notendanna geti orðið að veruleika.

PFS er ekki sammála þeirri fullyrðingu kæranda að þriðju aðilar geti sjálfir gert samninga við fjarskiptafyrirtæki sem úthluti símanúmerum. Gerð og uppbygging gagnagrunns eins og kærandi hafi með höndum taki fjölda ára og ekki sé hægt að fallast á að hann endurnýi sig að fullu á þremur árum. Kærandi búi að því að hafa fengið gagnagrunn sem rekja megi allt aftur til þess tíma þegar rekstur símaskrár hafi verið ríkisrekinn.

V. Sjónarmið hugsanlegra keppinauta

1.

Við meðferð málsins hjá úrskurðarnefnd vakti PFS athygli nefndarinnar á því að stofnunin ynni að því að leysa úr ágreiningi tveggja hugsanlegra keppinauta kæranda við kæranda um verð fyrir aðgang að umræddum gagnagrunni. Úrskurðarnefnd óskaði eftir sjónarmiðum beggja fyrirtækja og bærust sjónarmið annars þeirra, Miðlunar ehf., með bréfi dags. 17. ágúst 2011. Þar kemur m.a. fram að í nágrannaríkum sé upplýsingaþjónusta um símanúmer frjáls samkeppnisrekstur. Hér á landi hafi aftur á móti ávallt verið samkeppnishindranir á umræddum markaði, bæði lagalegar, tæknilegar og viðskiptalegar hindranir. Fyrirtækið teldi því tímabært og mikilvægt að skapaðar verði aðstæður til samkeppni á þessum markaði.

Fyrirtækið telur tvær leiðir færar til að tryggja samkeppni, þ.e. að veita öllum þjónustuaðilum aðgang að miðlægum gagnagrunni eða að tryggja öllum aðgang að frumgögnum símafyrirtækjanna. Fyrirtækið telur að erfitt verði að tryggja aðgang að frumgögnum símafyrirtækjanna enda þurfi þau þá að afhenda viðskiptamannalista sína mörgum ólíkum þjónustufyrirtækjum. Í flestum nágrannalöndum sé þjónustuaðilum veittur aðgangur að miðlægum gagnagrunni gegn gjaldi og telur fyrirtækið það vera bestu leiðina til að tryggja samkeppni og þjónustugæði. Jafnframt telur fyrirtækið mikilvægt til lengri tíma að rekstur og umsýsla á slíkum gagnagrunni verði boðin út til fyrirtækis sem ekki sé tengt þjónustuaðilum á þessum markaði.

Fyrirtækið telur að umsýsla kæranda með aðgang að grunnupplýsingum símafyrirtækjanna skapi ekki sjálfstæðan eignarétt. Fjarskiptayfirvöld séu formlegir eigendur númersins 118 og hringingar í númerið skapi verulegar tekjur. Þessar tekjur hafi verið afhentar kæranda til næstu 5 ára án verulegs endurgjalds.

VI. Frekari sjónarmið kæranda

1.

Að ósk kæranda kom hann að viðbótarathugasemdom sínum með bréfi, dags. 4. október 2011, þar sem hann bregst við tilteknum atriðum í greinargerð PFS til nefndarinnar.

Kærandi telur málavaxtalýsingu PFS ekki vera hlutlæga. Kærandi telji hluta hinnar kærðu ákvörðunar skorta viðhlítandi lagastoð og því hafi sá hluti verið kærður til úrskurðarnefndar. Vangaveltur PFS um aðrar meintar ástæður kærunnar hafa að mati kæranda enga þýðingu. Kærandi vekur athygli á því að það hafi ekki verið fyrr en árið 2005 með stofnun Já að til hafi orðið heildstæður gagnagrunnur fyrir símaskrárupplýsingar sem hafi verið aðgengilegur fyrir notendur. Í kjölfar stofnunar félagsins hafi samningar tekist við öll starfandi fjarskiptafyrirtæki á Íslandi um daglega afhendingu símanúmera. Fyrir þann tíma hafi ekki verið til heildstæður, stöðugt uppfærður gagnagrunnur, aðgengilegur fyrir alla símnotendur heldur hafi símafyrirtækin hvert um sig séð um utanumhald sinna símskrárupplýsinga.

Þannig megi vera ljóst, að heildstæðan gagnagrunn símaskrárupplýsinga megi alls ekki rekja til þess þegar fjarskiptaþjónusta var ríkisrekin af hálfu forvera Símans hf. eins og PFS haldi fram. Þá telur kærandi fullyrðingar PFS um meinta einokun kæranda á símaskrárupplýsingum úr lausu lofti gripnar enda hafi aðrir lögaðilar sömu forsendur til að ná samsvarandi samningum við símafyrirtækin og byggja upp eigin gagnagrunna fyrir símaskrárupplýsingar. Jafnframt sé að mati kæranda ljóst að 100 ára rekstrarsaga forvera Símans skipti engu þegar komi að uppbyggingu heildstæðs gagnagrunns símaskrárupplýsinga.

2.

Kærandi mótmælir þeirri hótun sem kærandi telur felast í umfjöllun PFS um ætlaðan forsendubrest fyrir úthlutun á númerinu 118. Þegar stjórnvaldsákvörðun, eða hluti hennar, sé felld úr gildi sé ákvörðunin eða hluti hennar ógildur frá öndverðu (ex tunc). Hafi úthlutun á símanúmerinu 118 og/eða aðrir þættir í hinni kærðu ákvörðun þannig byggst á forsendu, sem síðar reynist ólögmat frá öndverðu, geti stjórnvaldið ljóslega ekki byggt á slíkri forsendu til að taka aðra íþyngjandi ákvörðun sem snertir úthlutuð réttindi félagsins. Það geti aldrei falið í sér forsendubrest að stjórnvöld þurfi að fara að

lögum. Hinn ætlaði forsendubrestur hafi auk þess í raun ekkert gildi við mat á því hvort hin kærða ákvörðun sé haldin þeim ógildingarannmörkum sem byggt er á.

Kærandi tekur fram að PFS byggi á því að grundvöllur hinnar kærðu ákvörðunar sé þríþættur: (a) „Full lagaleg stoð“ sé í 2. og 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga. (b) Efnisleg stoð sé í 3. og 4. mgr. 45. gr. laganna (c) auk þess sem ákvörðunin byggi á málefnalegum og lögmætum sjónarmiðum.

Hvað varðar fyrsta liðinn um að lagastoðina sé að finna í 2. og 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga og þá túlkun PFS að túlka alþjónustuhugtakið með framsæknum hætti þá tekur kærandi fram að þvingjandi inngrip í eignaréttindi verði ekki byggð á framsæknum lögskýringum heldur verði þau að byggja á skýrri og ótvíræðri lagastoð. Óumdeilt sé að í 2. og 3. mgr. 19. gr. eða í alþjónustukafla fjarskiptalaga sé ekki fjallað um aðgang þriðju aðila að gagnagrunni.

Kærandi telur rökstuðning PFS um annan liðinn, þ.e. hvernig hin kærða ákvörðun sæki efnislega stoð í 3. og 4. mgr. 45. gr., torskilinn. Í máli PFS komi fram að 45. gr. eigi ekki við kæranda með beinum hætti heldur sé um að ræða „*matskennda stjórnvaldsákvörðun um að leggja tiltekna kvöð á fyrirtækið, sbr. 2.-3. mgr. 19. gr. og 1. mgr. 20. gr. fjarskiptalaga, sem m.a. sæki efnislegt innihald til þeirrar meginreglu sem birtist í 4. mgr. 45. gr. um gagnkvæma miðlun umræddra upplýsinga og telja verður bæði lögmætan og málefnalegan grundvöll ákvörðunarinnar.*“ Kærandi telur rökstuðning PFS vera mótsagnarkenndan og ekki boðlegan til að réttlæta inngrip í eignaréttindi.

Kærandi mótmælir því að um matskennda stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Alþjónustukvaðir séu lögbundnar. PFS skuli tryggja að notendur hafi aðgang að a.m.k. einni símaskrá með öllum símanúmerum og upplýsingaþjónustu um símanúmer, sbr. 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga. Þegar því sleppi hafi PFS ekkert mat um að setja viðbótarskilyrði um aðgang þriðju aðila að gagnagrunninum enda sé ekkert um slíkt fjallað í ákvæðinu.

Kærandi telur einnig að 3. og 4. mgr. 45. gr. eigi ekki við um aðgang þriðja aðila að gagnagrunni símaskrár og veiti þar með enga efnislega stoð fyrir hinni kærðu ákvörðun. Eina efnislega viðbót 3. mgr. 45. gr. borið saman við 3. mgr. 19. gr. sé sú að PFS geti „í þessu skyni lagt viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk“. Fyrir liggi að kærandi hafi ekki verið útnefnt fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og þaðan af síður hafi verið lögð neins konar kvöð á kæranda á þeim grundvelli. Sé því að mati kæranda vandséð hvaða þýðingu umfjöllun PFS um lokamálslið 3. mgr. 45. gr. hafi á gildi hinnar kærðu ákvörðunar. Auk þess úthluti kærandi ekki áskrifendum

símanúmerum og sé ekki fjarskiptafyrirtæki. Því eigi 4. mgr. 45. gr. ekki við um starfsemi kæranda.

3.

Kærandi vekur athygli á frumvarpi til breytingar á lögum um fjarskipti en þar sé m.a. lögð til rýmri skilgreiningunni á hugtakinu fjarskiptafyrirtæki og eigi það að ná til einstaklinga eða lögaðila sem beri alþjónustuskyldur á tilteknu sviði, án þess að þurfa endilega að reka fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanet, svo sem áskilið sé í gildandi lögum, í frumvarpinu segi að í 3. mgr. 19. gr. séu talin upp þau efnisatriði sem teljist til alþjónustu s.s. útgáfa símaskrár og upplýsingaþjónusta um símanúmer. Slík starfsemi falli ekki undir skilgreiningu á fjarskiptum eða fjarskiptaþjónustu eins og þau hugtök séu skilgreind í dag en teljist engu að síður vera fjarskiptaþjónusta samkvæmt inntaki alþjónustu og þyki því rétt að rýmka hugtakið fjarskiptafyrirtæki.

Kærandi telur að umfjöllun í greinargerð með frumvarpi til fjarskiptalaga leiði af sér að samkvæmt gildandi lögum hafi PFS ekki verið heimilt að útnefna kæranda sem félag með alþjónustukvaðir, enda séu það einungis afmarkaðir þættir fjarskipta sem falli undir alþjónustu, sbr. hugtaksskilgreining í 6. tl. 3. gr. gildandi fjarskiptalaga. Útgáfa símaskrár og rekstur upplýsingaþjónustu um símanúmer falli ekki undir skilgreiningu á fjarskiptum eða fjarskiptaþjónustu eins og þessi hugtök séu orðuð í dag.

4.

Kærandi telur að PFS sé í raun að taka sér löggjafarvald og búa til nýja lagareglu um aðgang þriðju aðila að gagnagrunni símaskrár, reglu sem ekki sé til staðar í gildandi lögum. Íþyngjandi inngríp í eignaréttindi verði ekki byggð á sjónarmiðum um eðli máls (eða á framsækinni túlkun) heldur sé þvert á móti krafist skýrra lagaheimilda til að skerða slík réttindi, sbr. t.d. mál umboðsmanns Alþingis sem kærandi hafi vísað til í kæru.

Að teknu tilliti til alls framangreinds telur kærandi að ógilda beri 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. Meðfylgjandi athugasemdum kæranda var einnig bréf um starfsemi hans.

VII. Viðbótarsjónarmið PFS

PFS voru sendar athugasemdir kæranda og bárust sjónarmið PFS þann 4. nóvember 2011. PFS áréttar kröfur sínar og ítrekar að hin kærða ákvörðun skuli staðfest óbreytt.

1.

Nánar um kröfugerðina

PFS mótmælir því að hinni kærðu ákvörðun verði breytt að hluta, eins og kærandi fari fram á. Kvaðirnar hafi verið lagðar á í samhengi hvor við aðra, gagnkvæmar skyldur sem leiði af fjarskiptalögum og með tengsl við önnur réttindi sem kærandi njóti, t.d. nýtingar á númerinu 118. Með tilliti til þessa ítrekar PFS þá varakröfu sína að hin kærða ákvörðun verði í heild sinni ómerkt og málinu vísað til nýrrar meðferðar hjá PFS, verði fallist á kröfu kæranda um að 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar eigi sér ekki viðhlítandi lagastoð.

2.

Um málavaxtalýsinguna og sögulegt samhengi og forsendur;

PFS vísar til þess að kvaðir um aðgang að gagnagrunni símaskrárupplýsinga hafi staðið óhaggaðar í fjölda ára. PFS hafnar því sjónarmiði að heildstæður og uppfærður gagnagrunnur hafi ekki orðið til fyrr en árið 2005 sem engin tengsl hafi við þann kvaðabundna gagnagrunn sem hafi verið af hálfu Símans til margra ára. Um sé að ræða sama gagnagrunn og ákvörðun PFS nr. 25/2007 hafi tekið til, en þá hafi verið lögð á Símann efnislega sambærileg kvöð og nú hvíli á kæranda um að veita aðgang að grunninum á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu. Umrædd kvöð eigi rætur sínar að rekja til starfsleyfis Landsíma Íslands og hafi kvöðinni eins og hún hafi verið útfærð í ákvörðun PFS nr. 25/2007 aldrei verið mótmælt eða hún kærð. PFS bendir einnig á að í kaupsamningi kæranda um gagnagrunninn komi fram að kaupandi hafi kynnt sér ástand hins selda sem og þær kvaðir sem á hinu selda hvíli og fylgi, og sætti sig við það að öllu leyti.

PFS telur að framangreint hafi þýðingu við túlkun fjarskiptalaga t.d. um hvort hin kærða ákvörðun sé íþyngjandi gagnvart kæranda. PFS telur að ekki verði við það unað að alþjónustuveitandi geti samið sig undan kvöðum, t.d. með því að selja viðkomandi starfsemi út úr rekstri sínum þannig að álagðar kvaðir fylgi ekki með. Í kaupsamningi kæranda hafi sú kvöð hvílt á gagnagrunninum að veita aðgang að honum á kostnaðartengdum verðum að viðbættri hæfilegri álagningu. Verði komist að þeirri niðurstöðu að kvöðin gildi ekki gagnvart kæranda þá hljóti hún að gilda gagnvart seljanda, þ.e. Símanum sem fjarskiptafyrirtækis innan Skiptasamstæðunnar. Kvöðin geti ekki horfið án tilstuðlan PFS. Þá bresti forsendur fyrir alþjónustuútnefningunni.

3.

Lagastoð og lögskýringar;

PFS telur ljóst að stofnunin hafi skýra heimild til að leggja á kvöð um að gefin sé út heildstæð símaskrá og að veitt sé upplýsingaþjónusta um öll símanúmer, sbr. 2. og 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga. Þá sé PFS heimilt að leggja á kvaðir sérstaklega í tengslum við skráarhald yfir áskrifendur, sbr. 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, en þar segi að PFS geti sett viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk til að tryggja umrædda þjónustu. Hin kærða ákvörðun sækir efnislega stoð til þessa, enda fjalli ákvæðið að miklum hluta um þau samskipti sem þurfi að eiga sér stað milli markaðsaðila til þess að umrædd alþjónusturéttindi verði virk.

PFS kveður þær málsgreinar sem falli undir 45. gr. fjarskiptalaga hafi bæði að geyma reglur varandi réttarstöðu áskrifenda svo og lögskipti milli fjarskiptafyrirtækja og aðila sem veiti upplýsingaþjónustu um símaskrárupplýsingar. Inntak og umfang þeirra kvaða sem leiða megir af 3. mgr. 45. gr. , sbr. 2. – 3. mgr. 19. gr. laganna, hljóti að mati PFS að ráðast af efni annarra greina ákvæðisins, markmiðs þeirra og tilgangs. Ef svo væri ekki hefði löggjafinn að mati PFS ekki veitt stofnuninni svo viðtækt svigrúm til að leggja á kvaðir, sbr. orðalag 3. mgr. 45. gr. um álagningu viðeigandi kvaða.

PFS kveður það vera misskilning hjá kæranda að hin kærða ákvörðun byggir á framsækinni skýringu á hugtakinu „alþjónusta“. Vísað hafi verið til þessara lögskýringaleiðbeininga alþjónustutilskipunarinnar til að vísa á bug sjónarmiðum kæranda um að alþjónusta, hvað varði útgáfu símaskrár og upplýsingaþjónusta um símaskrárupplýsingar, sbr. efni 45. gr. fjarskiptalaga, hefðu einungis að gera með réttindi áskrifenda, þ.e. að markmið ákvæðisins væri eingöngu að tryggja opinn aðgang notenda að gagnagrunni alþjónustuveitandans, en tæki ekki til fjarskiptafyrirtækja eða annarra aðila. PFS hafi vísað til þess að alþjónustuhugtakið bæri að skilgreina rúmt og að því hljóti lögskipti fyrirskiptafyrirtækja og annarra aðila, sem einnig sé fjallað um í ákvæðinu og séu nauðsynleg til að tryggja framgang alþjónusturéttindanna, að falla undir eftirlitsvald PFS og þar sem þær kvaðar sem stofnuninni sé heimilt að setja á grundvelli ákvæðisins, sbr. 2. – 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga.

PFS telur einnig að sé ákvæði 45. gr. skoðað sjáist vel að eftirlitsstjórnvaldinu sé eftirlátið mat um að leggja viðeigandi kvaðir til þess að tryggja að markmið ákvæðisins nái fram að ganga. Kvöðin sem fram komi í 4. tl. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé að mati PFS nauðsynleg til að stuðla að heildstæðni skrárhalds um símaskrárupplýsingar, en hún sé auk þess til þess fallin að skapa jafnræði með aðilum um að veita slíka þjónustu, sbr. markmið fjarskiptalaga um að koma á virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði.

Hvað varðar fullyrðingu kæranda um að PFS sé að búa til nýja reglu byggða á eðli máls sem gangi gegn eignaréttindum kæranda þá bendir PFS á að ekki sé venja að tala um stjórnvaldsákvæðanir sem byggji m.a. á huglægum matsatriðum sem beitingu réttarheimildarinnar „eðli máls“, enda gildi lögmætisreglan um slíkar ákvæðanir, þ.e. þær verði að eiga sér fullnægjandi stoð í settum lögum. PFS hafi vísað til viðeigandi ákvæða í lögum sem geri ráð fyrir heimild stofnunarinnar til að leggja á kvaðir í tengslum við útgáfu símaskrár og upplýsingaþjónustu um símanúmer. Eins og framar hafi verið rakið þá telji PFS að 45. gr. fjalli um gagnkvæmar skyldur um afhendingu eða aðgang að símaskrárupplýsingum og að verð fyrir þær skuli byggjast á kostnaði ásamt hæfilegri álagningu. Þannig taki orðalag ákvæðisins að mati PFS til þess efnis sem hin kærða ákvörðun hafi að geyma.

PFS bendir á að stjórnarskrárvarin eignaréttindi geti sætt takmörkunum samkvæmt sérstökum lagafyrirmælum, án þess að fullar bætur komi fyrir. Sé þá um að ræða almenna skerðingu eignaréttinda sem eigi sér málefnalegar og hlutlægar forsendur og þjóni oftast samfélagslegu eða þjóðhagslegu markmiði. Ákvæðum fjarskiptalaga hafi verið beitt án þess að fjarskiptafyrirtæki, sem slík úrræði hafi beinst að, hafi mótmælt því með vísan til friðhelgi eignaréttar samkvæmt stjórnarskrá. PFS telur að þetta megi skýra í ljósi þess að það sé ekki á færi stjórnvalda, s.s. úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, að skera úr um það hvort að sett lagaákvæði samrýmist stjórnarskrá og eigi það einnig við um það tilvik sem hér um ræðir.

PFS hafnar að teknu tilliti til framangreinds að stofnunin hafi verið að beita nýrri reglu byggða á eðli máls sem gangi gegn stjórnarskrárvörðum eignaréttindum. Einnig vísar PFS því á bug að álit umboðsmanns Alþingis nr. 5222/2008, sem kærandi vísi til, hafi þýðingu í máli þessu eða fordæmisgildi.

4.

Merking hugtaksins fjarskiptafyrirtæki og gildissvið fjarskiptalaga

Hvað varðar þá athugasemd kæranda að hann teljist ekki vera fjarskiptafyrirtæki sbr. skilgreiningu í 11. tl. 3. gr. fjarskiptalaga bendir PFS á að kærandi sé skráður sem fjarskiptafyrirtæki og hafi á þeim grundvelli fengið úthlutað númerinu 118. PFS hafi talið á sínum tíma brýnt, til þess að heimilt væri að stofna sérstakt dótturfyrirtæki um framkvæmd alþjónustukvaða Símans um upplýsingaþjónustu, að viðkomandi fyrirtæki yrði þá jafnframt skráð sem fjarskiptafyrirtæki. Hafi það verið gert í góðu samkomulagi við fyrri eigendur. Haldi sú forsenda ekki bresta að mati PFS skilyrði fyrir útnefningu alþjónustuskuldna gagnvart kæranda og notkun númersins 118.

PFS hafnar því að viðleitni stjórnvalda til að bæta úr ófullkominni skilgreiningu á hugtakinu fjarskiptaþjónusta samkvæmt fjarskiptalögum raski raunverulegu gildissviði

laganna, enda sé ekki minnst á umrætt hugtak í 1. mgr. 1. gr. laganna, sem marki formlegt gildissvið laganna. Samkvæmt gildandi lögum komi að mati PFS fram að alþjónusta teljist vera afmarkaðir þættir fjarskipta, sbr. skilgreining á hugtakinu í 6. tl. 3. gr. laganna, en skírskotað sé til hugtaksins fjarskipta við afmörkun á gildissviði laganna samkvæmt fyrrnefndu ákvæði. Fallist úrskurðarnefnd á málatilbúnað kæranda hvað þetta varðar komi ekki til álita að mati PFS, að fella eingöngu 4. tl. ákvörðunarorðanna úr gildi, heldur verði að ómerkja ákvörðunina í heild sinni, enda hljóti forsendubresturinn að ná almennt til þeirra kvaða sem lagðar hafi verið á fyrirtækið.

5.

Lokaorð

PFS varar sterklega við því að fallist verði á kröfur kæranda, en með staðfestingu á henni væri að mati PFS verið að festa í sessi einokunarstöðu kæranda um upplýsingaþjónustu um símanúmer. Séu einhverjir þeir annmarkar á ákvörðuninni sem leiði til ógildingar á henni beri að ómerkja hana í heild sinni og gefa PFS tækifæri til að hefja útnefningarferli að nýju. Þá geti skipt sköpum að kvöðin verði lögð á starfandi fjarskiptafyrirtæki eða, að undangengnu hugsanlegu útboði, á aðila sem sé tilbúinn til þess að veita aðgang að gagnagrunni sínum á kostnaðarverði ásamt hæfilegri álagningu, eins og lög geri ráð fyrir.

VIII. Viðbótarathugasemdir kæranda

1.

Kærandi óskaði eftir að koma að athugasemdum við viðbótarathugasemdum PFS og bárust þær þann 8. nóvember 2011. Kærandi er ósammála því sem fram kemur í athugasemdum PFS en telur ekki ástæðu til að bregðast við með ítarlegum hætti þar sem sjónarmið hans liggja vel fyrir í gögnum málsins.

Kærandi telur þó ástæðu til að áréttta um hvað sé deilt í málinu. Kærandi telur kærana byggja á því að hvorki sé lagastoð í íslenskum né evrópskum fjarskiptalögum fyrir því að þjónustufyrirtæki eins og kæranda beri að veita þriðja aðila aðgang að gagnagrunni sínum enda sé hægt að semja við starfandi fjarskiptafélög sem úthluti símanúmerum, um aðgang, líkt og kærandi geri.

PFS hafi krafist þess að hin kærða ákvörðun standi óbreytt og til vara að hún verði ómerkt. Fari svo að alþjónustukvöðum í heild sinni verði létt af kæranda þar sem ekki sé lagastoð fyrir a.m.k. einni þeirra, muni hann ekki mótmæla því.

2.

Kærandi kveður ágreiningslaust vera milli aðila að ekki sé fjallað um aðgang að gagnagrunni símaskrár í alþjónustukafla fjarskiptalaga. Þegar af þeirri ástæður geti 19. og 1. mgr. 20. gr. ekki talist viðhlítandi lagastoð fyrir aðgangi að grunninum. Alþjónustukvaðir sem PFS sé heimilt að leggja á lúti þvert á móti að aðgangi notenda að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símaskrá en ekki aðgangi þriðju aðila að gagnagrunninum.

Kærandi hafi ekki verið útnefnt fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild og þaðan af síður hafi verið lögð kvöð á kæranda á þeim grundvelli. Því geti 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga ekki talist viðhlítandi lagagrundvöllur fyrir hinni kærðu ákvörðun. Varðandi 4. tl. 45. gr. telur kærandi óumdeilt að hann úthluti áskrifendum ekki símanúmerum en slíkt sé forsenda þess að 4. mgr. 45. gr. geti átt við. Af þeirri ástæðu einni geti 4. mgr. aldrei talist viðhlítandi lagastoð.

3.

Loks áréttar kærandi að þriðju aðilum sé í lófa lagið að semja beint við fjarskiptafyrirtæki, sem úthluti áskrifendum símanúmerum, um aðgang að nauðsynlegum upplýsingum og koma sér í framhaldinu upp heildstæðum gagnagrunni um símanúmer.

Kærendur mótmæla alfarið aðalkröfu PFS og telja hana ekki styðjast við viðhlítandi lagagrundvöll og áskilja sér rétt til að bera slíka niðurstöðu undir dómstóla. Kærandi hafi hins vegar ákveðið að gera ekki ágreining um varakröfu PFS um ómerkingu á hinni kærðu ákvörðun í heild sinni.

IX. Niðurstöður

1.

Aðilar deila um hvort PFS hafi verið heimilt að leggja þá kvöð á kæranda, sem sett var fram í 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar, um að honum sé skylt að veita öðrum fyrirtækjum, sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá, aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði að viðbætti hæfilegri álagningu.

Af hálfu kæranda er á því byggt að um sé að ræða stjórnarskrárvarin réttindi félagsins, þar sem óumdeilt sé að gagnagrunnurinn sé eign kæranda. Því verði að gera ríkar kröfur til þeirrar lagaheimildar sem PFS byggir hina kærðu ákvörðun á, enda feli hún í

sér skerðingu á fyrrnefndum réttindum kæranda. Þau lagaákvæði sem hin kærða ákvörðun sé reist á; 19. gr., 20. gr. og 45. gr. fjarskiptalaga, veiti hins vegar ekki lagaheimild fyrir því að kveða á um aðgang að gagnagrunninum, né heldur ákvæði alþjónustureglugerðar. Þá sé stöð fyrir hinni kærðu ákvörðun ekki að finna í alþjónustutilskipun nr. 2002/22/EB. Ákvörðunin sé mjög íþyngjandi fyrir kæranda, ekki síst í ljósi þess að önnur ákvörðun hafi verið boðuð í kjölfarið um verð fyrir umræddan aðgang, og því verði að gera strangari kröfur en ella til skýrleika lagaheimildar sem ákvörðunin byggir á. Þannig telur kærandi 4. tl. ákvörðunarinnar skorta lagastoð en slíkt sé brot á lögmatísreglu stjórnsýsluréttarins og eigi að leiða til ógildingar á þeim hluta ákvörðunarinnar.

PFS tekur undir með kæranda varðandi það að í hönnun gagnagrunnsins, uppbyggingu hans og virkni geti falist tiltekin eignarréttindi, m.a. með tilliti til höfundarréttarlegra sjónarmiða. Hin kærða ákvörðun hafi hins vegar skýra og fullnægjandi lagastoð. Ákvæði 2. og 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga veiti PFS ákveðið svigrúm til að útfæra kvaðir svo fremi sem inntak og umfang kvaðanna rúmist innan skilgreiningar á alþjónustu. Þá beri jafnframt að horfa til 3. og 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Þótt 45. gr. fjarskiptalaga eigi ekki við um kæranda með beinum hætti, sé um að ræða matskennda stjórnvald ákvörðun sem sækir efnislegt innihald sitt til þeirrar meginreglu sem birtist í 4. mgr. 45. gr. um gagnkvæma miðlun umræddra upplýsinga og telja verði bæði lögmatan og málefnalegan grundvöll hinnar kærðu ákvörðunar. Þá hafi sams konar kvöð hvílt á fyrirtækinu athugasemdalaust samkvæmt ákvörðun PFS nr. 25/2007. Auk þess liggir fyrir að kærandi sé skráð fjarskiptafyrirtæki og verði að geta borið skyldur sem slíkt, en ekki eingöngu fengið úthlutað þeim réttindum sem slíkri skráningu fylgi.

Miðlun ehf. bendir á að í nágrannaríkjum sé upplýsingaþjónusta um símanúmer samkeppnisrekstur meðan hér á landi hafi verið samkeppnishindranir á umræddum markaði. Fyrirtækið telur því mikilvægt að skapaðar verði aðstæður til samkeppni á þessum markaði.

2.

Vegna vísunar PFS til tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/22/EB um alþjónustu og réttindi notenda að því er varðar rafræn fjarskiptanet og -þjónustu, er rétt að gera stuttlega grein fyrir efni hennar. Markmið tilskipunarinnar er að tryggja að í bandalaginu sé hágæða þjónusta, sem er öllum aðgengileg, fánleg fyrir tilstuðlan virkrar samkeppni og valkosta og að bregðast við aðstæðum þar sem markaðurinn uppfyllir ekki þarfir neytenda með fullnægjandi hætti. Í tilskipuninni eru fastsett réttindi endanlegra notenda og samsvarandi skyldur á fyrirtæki sem bjóða rafræn fjarskiptanet og -þjónustu sem eru öllum aðgengileg, sbr. 1. og 2. mgr. 1. gr.

Tilskipuninni er ætlað að tryggja alþjónustu, þ.e. að veita öllum endanlegum notendum skilgreinda lágmarkspjónustu á viðráðanlegu verði. Á samkeppnismarkaði skulu ákveðnar skyldur gilda um öll fyrirtæki sem veita talsímaþjónustu sem er öllum aðgengileg á föstum stöðum og aðrar skulu aðeins gilda um fyrirtæki sem hafa verulegan markaðsstyrk eða sem hafa verið tilnefnd sem rekstraraðili sem veitir alþjónustu, sbr. 5. lið inngangorða tilskipunarinnar. Aðildarríkin skulu sjá til þess að allir endanlegir notendur á yfirráðasvæði þeirra eigi kost á þeirri þjónustu sem um getur í II. kafla með þeim gæðum sem tilgreind eru, óháð staðsetningu og miðað við tiltekna innlendar aðstæður, á viðráðanlegu verði, sbr. 7. tl. inngangsorðanna. Upplýsingar um símanúmer og númeraupplýsingaþjónustu eru samkvæmt tilskipuninni nauðsynleg tæki til aðgangs að talsímaþjónustu sem er öllum aðgengileg og er hluti af þeirri skyldu að veita alþjónustu. Notendur og neytendur vilji hafa aðgang að tæmandi símaskrá og númeraupplýsingaþjónustu sem nái til allra skráðra áskrifenda talsímaþjónustunnar og númera þeirra og vilji að þessar upplýsingar séu settar fram án mismununar, sbr. 11. tl. inngangsorðanna.

Í II. kafla tilskipunarinnar er kveðið á um þær alþjónustuskyldur, þ.m.t. félagslegar skyldur sem aðildarríkin skulu sjá til að séu veitt. Aðildarríkin skulu m.a. sjá til þess að a.m.k. ein tæmandi símaskrá sé aðgengileg endanlegum notendum í því formi sem viðkomandi yfirvald samþykkir, hvort sem þær eru prentaðar eða í tölvutæku formi eða hvort tveggja, og að þær séu uppfærðar a.m.k. einu sinni á ári. Einnig skulu aðildarríkin sjá til þess að öllum endanlegum notendum standi til boða a.m.k. ein númeraupplýsingaþjónusta sem veitir tæmandi upplýsingar. Aðildarríkin skulu sjá til þess að fyrirtækin sem veita þjónustuna beiti meginreglunni um bann við mismunun við meðhöndlun upplýsinga sem önnur fyrirtæki hafa veitt þeim, sbr. 5. gr.

Í III. kafla er fjallað um tilskilið eftirlit með fyrirtækjum með verulegan markaðsstyrk á tilteknum mörkuðum. Aðildarríkin skulu tryggja, eftir að tilskipunin tekur gildi, að innlent stjórnvald geri markaðsgreiningu í samræmi við tiltekna málsmeðferð, sbr. 2. mgr. 16. gr. Tilskilið eftirlit með smásöluþjónustu getur m.a. falið í sér að skyldurnar sem lagðar séu á feli í sér kröfur um að tilgreind fyrirtæki setji ekki upp of hátt verð, hamli aðgangi að markaði eða takmarki samkeppni með undirverðlagningu. Innlentu stjórnvaldi er heimilt að beita slíkt fyrirtæki viðeigandi ráðstöfunum með því að setja þak á smásöluverð, hafa eftirlit með einstaka gjaldskrá eða með því að laga gjaldskrár að kostnaði eða verði á sambærilegum mörkuðum í því skyni að vernda hagsmuni endanlegra notenda en um leið að stuðla að virkri samkeppni, sbr. 17. gr.

Um hagsmuni og réttindi endanlegra notenda er fjallað í IV. kafla tilskipunarinnar. Þar kemur m.a. fram í 25. gr. að aðildarríkin skulu tryggja að áskrifendur að talsímaþjónustu, sem eru öllum aðgengileg, hafi rétt til að vera í símaskránni sem er

öllum aðgengileg. Aðildarríkin skulu tryggja að öll fyrirtæki, sem úthluta símanúmerum til áskrifenda, verði við öllum réttmætum beiðnum, með það í huga að bjóða fram númeraupplýsingaþjónustu og símaskrár sem eru öllum aðgengilegar, um að fá aðgang að viðeigandi upplýsingum í umsömdu formi og með skilmálum sem eru sanngjarnir, hlutlægir, kostnaðartengdir og án mismununar. Aðildarríkin skulu tryggja að allir endanlegir notendur sem fá tengingu við almenna talsímanetið, hafi aðgang að aðstoð talsímavarðar og númeraupplýsingaþjónustu.

3.

Hvað varðar kvaðir þær sem gilt hafi um aðgang þriðju aðila að gagnagrunninum um símaskrárupplýsingar vísar PFS í hinni kærðu ákvörðun til ákvörðunar stofnunarinnar nr. 25/2007 svo og til hluta af rekstrarleyfi Landsíma Íslands frá 30. júlí 1998. Í umræddri ákvörðun hafi að mati PFS sömu kvaðir verið lagðar á og hafi þær átt rætur sínar að rekja til umrædds rekstrarleyfis Landsímans.

Þann 5. apríl 2005 gaf PFS út fyrirmæli til Landsímans um veitingu alþjónustu. Í þeim kemur m.a. fram að „með vísan til VI. kafla laga um fjarskipti nr. 81/2003 hefur Póst- og fjarskiptastofnun ákveðið að fyrirmæli til Landsíma Íslands um veitingu alþjónustu, sem upphaflega voru gefin út sem hluti af rekstrarleyfi Landsíma Íslands, 30. júlí 1998, skuli gilda áfram samkvæmt því sem nánar kemur fram í eftirfarandi ákvæðum“.

Þá er rakið í hverju fyrirmælin felast. Hvað varðar gagnagrunn um símanúmer kemur fram að „fyrirtækið skal tryggja að öllum fyrirspurnum um símanúmer áskrifenda þess sé svarað allan sólarhringinn alla daga vikunnar. Einnig skal það veita upplýsingar á sama stað um símanúmer áskrifenda annarra fjarskiptafyrirtækja enda hafi því verið tryggður aðgangur að þeim. Fyrirtækið skal tryggja að allir notendur þess hafi aðgang að upplýsingaþjónustunni. Fyrirtækið skal árlega gefa út símaskrá yfir öll símanúmer í fastaneti sínu og farsímanetum. Öðrum fjarskiptafyrirtækjum skal vera heimilt að skrá áskrifendur sína í símaskrána. Sama skal gilda ef áskrifendur annarra fjarskiptafyrirtækja óska sjálfir eftir að vera skráðir í símaskrána. Fyrirtækið skal ekki hindra að áskrifendur þess eigi aðgang að upplýsingaþjónustu í öðrum fjarskiptanetum og að áskrifendur þeirra eigi aðgang að upplýsingaþjónustu fyrirtækisins á sömu kjörum og áskrifendur þess“.

Ofangreind fyrirmæli giltu til 31. desember 2007. Þann 16. maí 2006 birti PFS samráðsskjal þar sem stofnunin kynnti hugmyndir sínar um framtíð alþjónustu og óskaði eftir athugasemdum hagsmunaaðila. Óskað var m.a. eftir athugasemdum um útnefningartímabilið, hvaða fjarskiptafyrirtæki skyldi verða útnefnt, aðgang að almenna talsímanetinu, hvort setja ætti þak á þann kostnað sem réttlætanlegt væri að alþjónustuveitandinn legði út í við hverja tengingu, útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaþjónustu um símanúmer, rekstur almenningssíma, þjónusta við öryrkja eða

notendur með sérstakar þjóðfélagsþarfir, skilmála alþjónustu og gæði alþjónustu. Alls bárust þrjár umsagnir um efni samráðsskjalsins, ein umsögn barst f.h. Símans, Mílu og Já upplýsingaveitna, auk þess sem Félag heyrnarlausra og Bændasamtök Íslands skiluðu umsögn. Í umsögnum aðila komu fram athugasemdir við ofangreind atriði.

Í ákvörðun PFS nr. 25/2007, um útnefningu fjarskiptafyrirtækis með skyldu til að veita alþjónustu í fjarskiptum á starfssvæði sínu, sem birt var í kjölfar samráðsins kemur fram í 6. tl., um aðgang að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símanúmer, að „fyrirtækið [Já upplýsingaveitur ehf.] skal veita fyrirtækjum sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði, þ.m.t. um bannmerkt símanúmer“.

4.

Til úrlausnar á málsástæðum aðila er nauðsynlegt að líta til þeirrar meginreglu íslenskrar stjórnskipunar að stjórnvöld eru bundin af lögum, lögmætisreglunnar svokölluðu. Í þessari reglu felst annars vegar að ákvarðanir stjórnvalda verða að eiga sér stoð í lögum og hins vegar að þær mega ekki vera í andstöðu við lög. Í lögmætisreglunni felast því tvenns konar undirreglur, annars vegar formregla og hins vegar heimildarregla (lagaáskilnaðarregla), og kemur sú síðarnefnda aðallega til skoðunar í máli þessu.

Í kjarna lagaáskilnaðarreglu lögmætisreglunnar felst að stjórnvöld geta almennt ekki íþyngt borgurunum með ákvörðunum sínum nema hafa til þess viðhlítandi heimild í lögum. Lögmætisreglan er afstæð í þeim skilningi að kröfurnar sem hún gerir eru breytilegar og ráðast meðal annars af efni þeirrar ákvörðunar sem um ræðir.

Það ræðst af lögskýringu hvort viðkomandi lagaákvæði hafi að geyma næga heimild til töku tiltekinnar ákvörðunar. Álitafnið sem hér þarf að leysa úr er því hvort unnt sé að fallast á þá túlkun umræddra lagaákvæða sem PFS byggir á í hinni kærðu ákvörðun, þannig að ákvæðin verði með lögskýringu talin fela í sér heimild til að leggja þá kvöð á kæranda sem gert var með 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. Í þessu samhengi ber m.a. að horfa, auk orðalags lagaákvæðisins, til markmiðs þess, lögskýringargagna, fordæma og stjórnsýsluvenju.

Í hinni kærðu ákvörðun er í almennum forsendum vísað til 1. mgr. 20. gr., 19. gr., sbr. 45. gr. fjarskiptalaga. Fyrirmæli um aðgang að gagnagrunni kæranda eru hins vegar ekki sérstaklega rökstudd með vísan til tiltekinnar ákvæða laganna. Í ákvæði 2. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga er tekið fram að PFS geti lagt kvöð á fjarskiptafyrirtæki um að veita tiltekna alþjónustu á starfssvæði sínu. Í 3. mgr. ákvæðisins er tekið fram hvaða tegundir þjónustu geti talist til alþjónustu, auk þess sem þar er mælt fyrir um að PFS skuli

tryggja að notendur hafi aðgang að a.m.k. einni símaskrá og upplýsingaþjónustu um öll símanúmer. Þá er tekið fram í 1. mgr. 20. gr. laganna að PFS geti falið fjarskiptafyrirtæki að bjóða alþjónustu, sbr. 19. gr., á ákveðnum svæðum eða eftir þjónustutegundum. Ljóst er að PFS er þannig heimilt á grundvelli tilvitnaðra lagaákvæða að leggja alþjónustukvöð á eitt eða fleiri fjarskiptafyrirtæki, sem m.a. lýtur að þeim tegundum þjónustu sem nefnd eru í 3. mgr. 19. gr., þ.e.a.s um útgáfu símaskrár og rekstri upplýsingaþjónustu um símanúmer. Hefur PFS gert það gagnvart kæranda með 1.-3. tl. hinnar kærðu ákvörðunar, en kærandi unir þeim töluliðum og hafa þeir ekki verið kærðir til úrskurðarnefndar.

Hins vegar er deilt um hvort fjarskiptalöggjöfin veiti nægilega heimild til álagningar þeirrar kvaðar sem felst í 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar, um aðgang annarra fyrirtækja að gagnagrunni kæranda. Hefur PFS í því sambandi m.a. vísað til fyrrnefndra ákvæða fjarskiptalaga, sem vísað er til í ákvörðuninni, en einnig til 45. gr. fjarskiptalaga. Í 1. mgr. 45. gr. er fjallað um rétt áskrifenda til að vera skráðir eða óskráðir í opinberum númera- og vistfangaskrár en í 2. mgr. er afmarkað hvaða upplýsingar um áskrifendur séu skráðar í skrár yfir áskrifendur. Í 3. mgr. er síðan mælt fyrir um að PFS skuli tryggja að öllum notendum sé opin a.m.k. ein símaskrá, auk þess sem stofnunin skuli tryggja að a.m.k. ein símaupplýsingaþjónusta sé opin öllum notendum. Þá er í niðurlagi ákvæðisins mælt fyrir um að PFS geti „í þessu skyni lagt viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk.“ Í 4. mgr. er síðan mælt fyrir um að PFS geti skyldað „öll fjarskiptafyrirtæki sem úthluta áskrifendum símanúmerum“ til að verða við beiðnum um að láta umræddar upplýsingar í té.

Að mati nefndarinnar er ljóst að ákvæði 19. og 20. gr., sem vitnað er til í hinni kærðu ákvörðun, fjalla ekki samkvæmt orðanna hljóðan um aðgang að gagnagrunni símaskrár, né heldur önnur ákvæði alþjónustukaflans. Ákvæði 20. gr. fjallar samkvæmt orðanna hljóðan eingöngu um heimildir PFS til að fela fjarskiptafyrirtækjum að bjóða alþjónustu, með vísan til afmörkunar þess hugtaks í 19. gr. laganna. Þannig er stofnuninni út frá orðskýringu þessara ákvæða einungis heimilt að mæla fyrir um að fjarskiptafyrirtæki gefi út símaskrá, reki upplýsingaveitu og varðveiti gagnagrunn, líkt og gert var með 1.-3. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. PFS virðist reyndar sammála þessari túlkun þar sem stofnunin tekur í greinargerð sinni undir það með kæranda að ekki sé fjallað um aðgang að gagnagrunni símaskrár í alþjónustukafla fjarskiptalaga, þótt stofnunin telji engu að síður lagalega stoð fyrir hinni kærðu ákvörðun felast í umræddum ákvæðum með vísan til annarra ákvæða laganna, alþjónustutíðskipunarinnar og lögskýringargagna.

Tilvitnað ákvæði 45. gr. fjarskiptalaga á þó að mati nefndarinnar ekki heldur við um þá aðstöðu sem hér er uppi samkvæmt orðanna hljóðan. Þar er vissulega í 3. mgr. mælt

fyrir um að PFS skuli tryggja notendum aðgang að a.m.k. einni símaupplýsingaþjónustu og að stofnunin geti í þessu skyni lagt viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Verður ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan að mati nefndarinnar ekki skilið á annan hátt en þann að það veiti PFS heimild til að leggja kvöð á fyrirtæki til þess að reka upplýsingaþjónustu, í því skyni að tryggja notendum aðgang að a.m.k. einni slíkri þjónustu. Hins vegar verður ákvæðið samkvæmt orðskýringu ekki skilið sem svo að það veiti stofnuninni heimild til þess að mæla fyrir um aðgang að gagnagrunni fyrirtækis eins og kæranda. Þá er það forsenda þess að viðeigandi kvaðir séu lagðar á samkvæmt ákvæðinu að PFS hafi skilgreint umræddan markað í samræmi við ákvæði reglugerðar nr. 741/2009 um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, sbr. III. kafla tilskipunar nr. 2002/22/EB sem fyrir er reifaður.

Þá er sú skylda sem PFS getur lagt á samkvæmt 4. mgr. 45. gr. skýrt afmörkuð við fjarskiptafyrirtæki sem „sem úthluta áskrifendum símanúmerum“, þ.e. símafyrirtækjum. PFS hefur enda jafnframt tekið fram í greinargerð sinni til nefndarinnar að 45. gr. laganna eigi ekki við um kæranda með beinum hætti, heldur sæki hin matskennda ákvörðun sem nú hefur verið kærð efnislegt innihald sitt til þeirrar meginreglu sem birtist í 4. mgr. 45. gr., um gagnkvæma miðlun umræddra upplýsinga.

Það er því mat nefndarinnar að þau ákvæði sem vísað er til í hinni kærðu veiti ekki samkvæmt orðskýringu skýra lagaheimild til álagningar þeirrar kvaðar sem lögð var á kæranda með 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. PFS byggir hins vegar á því að ákvæði 2. og 3. mgr. 19. gr. og 1. mgr. 20. gr. veiti stofnuninni ákveðið svigrúm til að útfæra kvaðir svo fremi sem inntak og umfang kvaðanna rúmist innan skilgreiningar á alþjónustu. Þá beri jafnframt að horfa til 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Þannig telur PFS að löggjafinn eftirláti stofnuninni þó nokkurt svigrúm til þess að leggja viðeigandi kvaðir á fyrirtæki, auk þess sem líta beri til annarra sjónarmiða svo sem samspils lagaákvæða, alþjónustutilskipunarinnar, sem og eldri kvaðar um sama efni. Verður nú fjallað um þau sjónarmið stofnunarinnar.

5.

PFS hefur bent á að samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga um fjarskipti sé það eitt af markmiðum laganna að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði og samkvæmt 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun sé það eitt af verkefnum PFS að stuðla að samkeppni á sviði póst- og fjarskiptaþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti m.a. með því að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist og fjarskipta- og pósthjónustu.

Ekki verður litið framhjá því litið að löggjafinn lítur það jákvæðum augum að fleiri en einn aðili reki upplýsingaþjónustu um símanúmer, sbr. ákvæði 3. mgr. 19. gr. og 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Að mati nefndarinnar verður það þó ekki til þess að hin almennu markmiðsákvæði fjarskiptalöggjafarinnar dugi til þess að veita PFS þær heimildir sem um er þrætt, enda verða lagaákvæðin sjálf ávallt að vera andlag túlkunarinnar en markmið og tilgangur þeirra lagaákvæða sem hér koma til túlkunar eru ljós, svo sem rakið er hér á eftir. Þannig verður að mati nefndarinnar með vísan til lagaáskilnaðarreglunnar að gera kröfur til þess að sú íhlutun sem mælt er fyrir um í 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar eigi sér beinlínis stoð í þeim lögum sem PFS starfar eftir.

PFS byggir á því í greinargerð sinni að sú meginregla sem birtist í 4. mgr. 45. gr. eigi samkvæmt efni sínu við um þau atvik sem hér um ræðir. Að mati nefndarinnar er tilgangur ákvæðis 4. mgr. 45. gr. að tryggja að „fjarskiptafyrirtæki sem úthluta áskrifendum símanúmerum“ afhendi þeim aðila sem hefur verið falið eða hefur tekið að sér að reka símaupplýsingaþjónustu, þau númer sem viðkomandi fjarskiptafyrirtæki hefur yfir að ráða. Í athugasemdum með frumvarpi til ákvæðis núgildandi 45. gr. fjarskiptalaga segir að markmið ákvæðisins sé heildarsímaskrá yfir alla notendur, þ.e.a.s. tilgangurinn með heimild til að leggja kvöð á fjarskiptafyrirtæki til afhendingar á upplýsingum er sá að ein símaskrá eða símaupplýsingaþjónusta sé rekin með öllum númerum. Löggjafinn hefur ekki fjallað um það sem markmið ákvæðisins í sjálfu sér að fleiri en ein upplýsingaþjónusta sé rekin, né heldur verður það ráðið af umfjöllun löggjafans að gert sé ráð fyrir hugsanlegri skyldu þess sem rekur upplýsingaþjónustu til afhendingar á upplýsingunum til annarra. Í umræddum athugasemdum kemur jafnframt fram að ákvæði 4. mgr. 45. gr. sé að mestu efnislega samhljóða ákvæði 35. gr. eldri fjarskiptalaga, nr. 107/1999. Í greinargerð með frumvarpi til þess ákvæðis kemur fram að í ákvæði 2. mgr. 35. gr., sem er efnislega sambærilegt núgildandi 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, felist skylda „rekstrarleyfishafa til að láta í té upplýsingar um símanúmer viðskiptamanna sinna“. Lögskýringargögn með 45. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, sem og með 35. gr. eldri laga, eru þannig að mati úrskurðarnefndar ekki til þess fallin að skjóta stoðum undir túlkun PFS á þeirri meginreglu sem stofnunin telur birtast í 4. mgr. 45. gr. Með vísan til alls þessa telur úrskurðarnefnd tilgang umræddra ákvæða, forsögu þeirra og þær meginreglur sem í þeim felast, ekki styðja svo rúma lögskýringu ákvæðanna að í þeim felist heimild fyrir PFS til álagningar kvaða um veitingu aðgangs að gagnagrunni símaskrár.

Tilvitnuð ákvæði fjarskiptalaga sækja stoð í alþjónustutilskipun nr. 2002/22/EB. Efni tilskipunarinnar hefur verið stuttlega reifað hér að framan. Að mati úrskurðarnefndarinnar gefur tilskipunin ekki til kynna að ætlunin með innleiðingu hennar hafi verið að veita PFS heimild til álagningar kvaðar líkt og þeirrar sem lögð var á kæranda með 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. Umrædd tilskipun fjallar í

megindráttum um réttindi endanotenda til alþjónustu á tiltekinni lágmarkspjónustu svo sem reifað er hér að framan.

6.

Almennt er byggt á því að þeim mun meira íþyngjandi sem stjórnvaldsákvörðun er þeim mun strangari kröfur verði að gera til skýrleika þeirrar lagaheimildar sem ákvörðunin er byggð á. Eru því gerðar breytilegar kröfur til lagaheimilda eftir efni ákvörðunar. Við mat á því hvort ákvörðun er talin íþyngjandi er bæði litið til þess hvaða réttindi eru skert svo og hvers eðlis skerðingin er.

Sá hluti hinnar kærðu ákvörðunar sem nú hefur verið borinn undir úrskurðarnefnd felur á vissan hátt í sér íhlutun með réttindi sem vernduð eru af VII. kafla stjórnarskrárinnar, en a.m.k. tilteknir þættir gagnagrunns kæranda verða að teljast til eignarréttinda. Kvöðin verður þannig að teljast íþyngjandi og það þrátt fyrir að mælt sé fyrir um greiðslu fyrir aðganginn, sem ætti að koma til móts við þann kostnað sem kærandi hefði af því, auk hæfilegrar álagningar.

Með vísan til þess sem áður hefur verið reifað, sem og þeirra réttinda sem umrædd kvöð beinist að, ber að mati úrskurðarnefndar að líta til þess lögskýringarsjónarmiðs að vafa um hvort PFS hafi haft viðhlítandi heimild til að leggja umrædda kvöð á kæranda verði almennt að túlka kæranda í hag, sem handhafa réttinda sem njóta stjórnskipulegrar verndar. Þá verður tilvísun PFS til eldri kvaða ekki talin breyta þessu, enda getur kvöð sem aldrei hefur haft lagastoð ekki bundið kæranda með þeim hætti sem málatilbúnaður PFS lýtur að. Auk þess er til þess að líta að hvorki í rekstrarleyfi Landsímans né samráðsskjali PFS í aðdraganda ákvörðunar nr. 25/2007 er vikið að aðgangi þriðju aðila, heldur kemur sú kvöð fyrst fram í ákvörðunarorðum ákvörðunar PFS nr. 25/2007.

Með hliðsjón af öllu framangreindu hefur PFS ekki að mati úrskurðarnefndar sýnt fram á að stofnunin hafi haft nægilega ótvíræða og skýra heimild í fjarskiptalögum til að mæla fyrir um þá kvöð sem gert var með 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. Hins vegar kann að vera heimilt að mæla fyrir um slíkan aðgang á grundvelli samkeppnislaga, að nánar tilteknum skilyrðum uppfylltum. Þá verður kvöð samkvæmt eldri ákvörðunum eða skráning kæranda sem fjarskiptafyrirtækis ekki talið breyta þeirri niðurstöðu.

Með vísan til framangreinds verður ekki hjá því komist að ógilda 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar, þar sem lagastoð skorti fyrir þeim hluta ákvörðunarinnar.

7.

Af hálfu PFS er þess krafist til vara, að hin kærða ákvörðun verði í heild sinni felld úr gildi, verði fallist á kröfu kæranda um að 4. tl. hennar eigi sér ekki viðhlítandi lagastoð. Fyrir þessari kröfu færir PFS þau rök að kvaðirnar hafi verið lagðar á í samhengi hver við aðra og með tengsl við önnur réttindi sem kærandi nýtur, t.d. nýtingarrétt á númerinu 118.

Varðandi varakröfu PFS tekur kærandi fram að hann hafi ekki kært aðrar kvaðir sem lagðar hafi verið á félagið en þær sem felast í 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. Fari svo að alþjónustukvöðunum í heild sinni verði létt af kæranda, þar sem ekki sé lagastoð fyrir a.m.k. einni þeirra, muni kærandi þó ekki gera ágreining um þá niðurstöðu, enda felist það í orðanna hljóðan að „kvaðir“ séu ekki eftirsóknarverður þáttur í rekstri fyrirtækja á samkeppnismarkaði.

Sem fyrr greinir telur úrskurðarnefnd að ekki verði hjá því komist að ógilda 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar, sem hefur verið kærður til nefndarinnar. PFS hefur með greinargerð sinni tjáð sig um kærana í málinu og í þeirri greinargerð lýst þeirri skoðun sinni að séu einhverjir þeir annmarkar á ákvörðuninni sem leiði til ógildingar á 4. tl. hennar beri að ómerkja hana í heild sinni og gefa PFS tækifæri til að hefja útnefningarferli að nýju.

Að mati nefndarinnar er hins vegar ljóst að aðrir töluliðir hinnar kærðu ákvörðunar hafa ekki verið kærðir og ekki er deilt um lögmæti þeirra kvaða sem settar eru fram í 1.-3. tl. ákvörðunarinnar, en PFS á ekki kærvaðild fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, hvorki samkvæmt stjórnarsýslulögum né samkvæmt lögum nr. 69/2003. Með vísan til þessa verður ekki fallist á þau sjónarmið PFS að fella beri ákvörðun stofnunarinnar í heild úr gildi, þrátt fyrir hlutlausa afstöðu kæranda til þeirra sjónarmiða. Aðilar stjórnarsýslumáls hafa ekki forræði á sakarefninu á sama hátt og í einkamálaréttarfari og ræður því afstaða kæranda ekki niðurstöðunni að þessu leyti. Auk þess á meðalhófsregla stjórnarsýslulaga ekki við um það tilvik sem hér um ræðir. Telji PFS forsendur brostnar fyrir öðrum þáttum ákvörðunarinnar verður stofnunin því að beita eigin endurskoðunar- og/eða afturköllunarheimildum samkvæmt stjórnarsýslulögum eða fjarskiptalöggjöfinni til þess að leiðrétta slíkar ákvarðanir.

8.

Af hálfu kæranda hefur verið krafist málskostnaðar að skaðlausu að því marki sem lög leyfa. Samkvæmt 1. mgr. 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála er málskostnaður kostnaður nefndarinnar sem verður til við kærumeðferð málsins hjá henni, að teknu tilliti til málskotsgjalds. Samkvæmt 2. mgr. skal sá málsaðili sem tapar máli að jafnaði greiða málskostnað nefndarinnar, en hann er skilgreindur í 1. mgr. með framangreindum hætti. Úrskurðarnefnd hefur hins vegar ekki heimild til þess að halda kærendum skaðlausum af kæru til nefndarinnar.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfðað innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

V. Úrskurðarorð

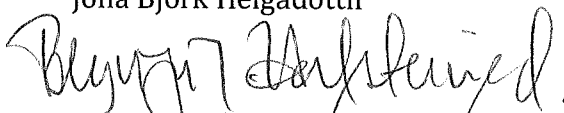
Ákvæði 4. tl. ákvörðunar PFS nr. 22/2011 er felld úr gildi.

Málskostnaður nefndarinnar, 930.000 kr., greiðist úr ríkissjóði, að frádregnu málskotsgjaldi, 150.000 kr.

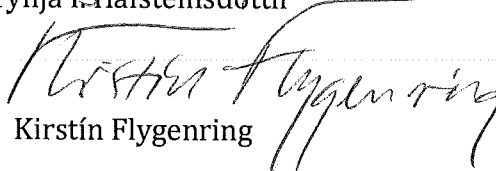
Reykjavík, 17. nóvember 2011



Jóna Björk Helgadóttir



Brynja L. Hafsteinsdóttir



Kirstín Flygenring