

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 30. desember 2008 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Borgartúni 25, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 6/2008.

Míla ehf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

Nova ehf.

og

Og fjarskiptum ehf.

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Mílu ehf., dags. 6. júní 2008, þar sem ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 10/2008 frá 9.maí 2008 um um afturköllun tiltekinna tíðniréttinda Mílu ehf. fyrir fastasambönd á tíðnisviðum fyrir þriðju kynslóð farsíma er kærð.

Krafa Mílu ehf. er að ákvörðun PFS nr. 10/2008 um afturköllun tiltekinna tíðniréttinda Mílu ehf. fyrir fastasambönd á tíðnisviðum fyrir þriðju kynslóð farsíma verði felld úr gildi.

Til vara er þess krafist að 3. mgr. ákvörðunarorða í ákvörðun nr. 10/2008 verði felld úr gildi en hún er svohljóðandi: „*Fyrirvara Mílu ehf. um bótaskyldu Póst- og fjarskiptastofnunar er hafnað.*“ Jafnframt er þess krafist að viðurkennt verði að Póst- og fjarskiptastofnun sé skylt að greiða Mílu ehf. bætur vegna afturköllunar á tíðniréttindum fyrirtækisins.

Krafa Nova ehf. er að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Aðalkrafa PFS er að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Til vara er þess krafist að ákvörðunin verði staðfest með þeirri breytingu að úthlutuðum tíðniréttum sóknaraðila verði breytt á þann veg að fastasambönd, sem merkt eru nr. 6, 8, 15, 23 og 32 á yfirliti í viðauka hennar, verði færð á annan stað í tíðnirófinu.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttað þannig að Míla ehf. verði sóknaraðili en Nova ehf., Og fjarskipti ehf. og PFS varnaraðilar. Munnlegur málflutningur fór fram þann 20. ágúst 2008 og færðu aðilar þar fram rök fyrir máli sínu og svöruðu spurningum nefndarmanna. Mættir voru fyrir hönd Mílu ehf. Stefán A. Svensson, hdl., fyrir hönd Og fjarskipta Jóhanna Helga Halldórsdóttir hdl., fyrir hönd Nova ehf. Heiðrún Lind Marteinsdóttir hdl. og fyrir

hönd PFS Ragnar Halldór Hall hrl., Guðmundur Ólafsson og Björn Geirsson. Að því loknu tók nefndin ágreiningsmálið til úrskurðar.

1.0 Málavextir.

Rafsegulbylgjur er sá miðill sem þráðlaus fjarskipti byggjast á. Þráðlaus fjarskipti hafa þróast ört hin síðari ár eins og vaxandi fjöldi útvarps og sjónvarpsstöðva og mikil farsímanotkun ber vitni um. Tíðniróf rafsegulbylgna sem nothæfar eru til fjarskipta, s.k. radíótíðniróf (radio spectrum), er takmarkað en lægsta tíðni sem radíóloftnet geta geislað er 10 KHz en sú hæsta er 3.000 GHz. Truflun getur orðið ef tvær sendingar eru samtímis á svipaðri tíðni og því er nauðsynlegt að takmarka aðgang að tíðnirófinu með einhverjum hætti.

Aðgangi að tíðnirófinu til þráðlausra útsendinga hefur verið stjórnað í Evrópu síðastliðin tuttugu til þrjátíu ár og enn lengur í Norður Ameríku. Það var þó ekki fyrr en með nýju útvarpslögunum 1985 sem byrjað var að úthluta útsendingartíðnum á Íslandi.

Alþjóðleg notkun tíðnirófsins er í heild sinni skipulögð í samvinnu ríkja heims á tíðniráðstefnum WRC (World Radio Conference) sem haldnar eru innan vébanda Alþjóðafjarskiptasambandsins ITU (International Telecommunications Union). Greint er frá þessu skipulagi og þeim reglum sem um það gilda í alþjóðlegu radíoreglugerðinni RR (ITU Radio Regulation). Innan Evrópu er skipulag tíðnirófsins samræmt á vegum CEPT (fr. La Conférence Européenne des Postes et Télécommunications) með ákvörðunum og tilmælum sem gefnar eru út af ECC (Electronic Communications Committee), sem er sjálfstæð nefnd innan CEPT. Ákvarðanir, tilmæli og reglugerðir varðandi skipulag og nýtingu tíðnirófsins sem þessi alþjóðlegu samtök gefa út teljast vera bindandi fyrir Ísland þegar þeirra hefur verið getið í íslenska tíðniskipulaginu með opinberri birtingu.

Á alþjóða tíðniráðstefnunni WRC árið 1992 var ákveðið að ýmis tíðnisvið, sem fram að þeim tíma höfðu verið mikið notuð fyrir fastasambönd, skyldu í framtíðinni verða til ráðstöfunar fyrir ýmis ný fjarskiptakerfi. Þessi nýju kerfi eru nú vel þekkt undir samheitunum 3G (3ja kynslóð farsíma, t.d. UMTS) og S-PCS (t.d. Iridium). Strax eftir ráðstefnuna 1992 var hætt að úthluta tíðnum á viðkomandi tíðnisviði til notkunar fyrir fastasambönd hér á landi, nema í undantekningartilfellum ef um gömul sambönd var að ræða.

Í framhaldi af þessari stefnumörkun WRC var á vegum CEPT hafist handa við að gefa út ákvarðanir til aðlögunar og samræmingar innan Evrópu. Með ákvörðun (ERC/DEC/(97)07) var kveðið á um að tíðnisviðin 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz og 2110-2170 skyldu notuð fyrir UMTS þjónustu. Samkvæmt 4. lið ákvörðunarorðanna skyldi hluti þessara tíðnisviða vera laus til ráðstöfunar 1. janúar 2002 en afgangurinn, eftir þörfum, þann 1. janúar 2005. Í dag gildir ákvörðun (ECC/DEC/(06)01) um samræmda notkun á þessum tíðnisviðum fyrir UMTS þjónustu. Þá var í ákvörðun (ERC/DEC/(97)03) mælt fyrir um að tíðnisviðin 1610-1626.5 MHz, 2483.5-2500 MHz, 1980-2010 MHz og 2170-2200 MHz skyldu vera frátekin fyrir gervihnattasímþjónustu (S-PCS). Í ákvörðunarorðum hennar er miðað við að umrædd tíðnisvið séu laus til ráðstöfunar frá 1. janúar 2001.

Var tíðniréttihöfum fastasambanda á umræddum tíðnisviðum, þá Landsími Íslands hf. og Landsvirkjun, haldið upplýstum um þróun þessara mála, m.a. með bréfi til Landsíma Íslands hf., dags. 3. mars 1999, þar sem boðuð var afturköllun á tíðniréttindum fyrir tiltekin fastasambönd, sbr. eftirfarandi:

„CEPT hefur að undanfögnu gefið út ákvarðanir (Decisions), sem kveða á um tímasetningar, þegar tiltekin tíðnisvið skulu vera laus til ráðstöfunar fyrir hin nýju fjarskiptakerfi. Ísland hefur gengist undir þessar skuldbindingar til þess að greiða fyrir því að unnt verði að taka þau í notkun hér á landi um leið og það verður talið hagkvæmt. Evrópuþingið og ráðið tóku fyrir áramót ákvörðun um tímasetningu fyrir upphaf UMTS þjónustu og búast má við því að skuldbindingar af sama toga verði settar inn í samninginn um EES á næstunni.

Með tilvísun til ofanritaðs tilkynnist hér með að reikna verður með því að Póst- og fjarskiptastofnun muni þegar þar að kemur tilkynna með 6 mánaða fyrirvara hvenær hætta verði notkun tiltekinna tíðnisviða fyrir fastasambönd.“

PFS heldur því fram í málflutningi sínum að Landsími Íslands hf. hafi á þeim tíma ekki mótmælt umræddri ákvörðun eða óskað eftir lengri aðlögunartíma. Stofnunin tók hins vegar ákvörðun um það tilkynna ekki um afturköllun á umræddum tíðnum fyrir en þeirra væri þörf vegna uppbyggingar á þriðju kynslóðar farsímaþjónustu.

Framangreindar ákvarðanir um skilgreiningu tíðnisviðs fyrir þriðju kynslóðar farsímaþjónustu eru síðan festar í sessi hér á landi með lögum nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma. Með umræddum lögum setur löggjafinn reglur um hvernig standa skuli að úthlutun tíðniréttinda fyrir þriðju kynslóð farsíma. Eru tíðnisviðin 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz og 2110–2170 MHz þar skilgreind fyrir þriðju kynslóð farsíma, sbr. 1. gr. laganna. Það er síðan ekki fyrr en í tilefni af áhuga markaðsaðila sem Póst- og fjarskiptastofnun efnir til útboðs á fjórum tíðniheimildum á umræddum tíðnisviðum í lok árs 2006. Er þá endanlega orðið ljóst að hætta þurfi notkun þessara tíðnisviða fyrir fastasambönd.

Með vísun í áður nefnt bréf PFS frá 3. mars 1999 var Símanum hf. tilkynnt með bréfi, dags. 7. febrúar 2007, að fyrirhugað væri að afturkalla öll tíðniréttindi fyrirtækisins fyrir fastasambönd á tíðnisviðunum 1900-1980, 1980-2010, 2010-2025, 2110-2170, 2170-2200 og 2483,5-2500 MHz. Skyldi sú afturköllun koma til framkvæmda þann 1. september 2007 í samræmi við þann 6 mánaða aðlögunartíma sem boðað hafði verið að fyrirtækinu yrði veittur.

Í svari Símans hf., sbr. tölvupóst dags. 22. febrúar 2007, gerir fyrirtækið ekki efnislegar athugasemdir við fyrirhugaða afturköllun, sbr. þó eftirfarandi athugasemd um framkvæmd hennar:

„Síminn gerir á þessu stigi þá athugasemd, að óþarft er að fyrirhuguð afturköllun komi öll til framkvæmda þann 1. september nk. eins og ráðgert er í bréfi PFS. Þess í stað er lagt til að afturköllunin gerist í áföngum, þannig að einungis verði afturkallaðar tíðniheimildir á svæðum þar sem sannanleg truflunarhætta er til staðar og uppbygging þriðju kynslóðar kerfis er fyrirhuguð innan þriggja mánaða frá afturköllun.“

Í ákvörðun sinni nr. 7/2007 frá 22. mars 2007 féllst PFS fyrir sitt leyti á þetta sjónarmið Símans hf., sbr. eftirfarandi orðalag þar að lútandi:

„Hins vegar getur Póst- og fjarskiptastofnun fallist á að ekki sé nauðsynlegt fyrir Símann hf. að hætta notkun á fastasamböndum á öðrum svæðum fyrr en þess gerist þörf vegna uppbyggingar á þriðju kynslóðar farsímakerfi. Á það við um afskekktari landsvæði sem eru innan þeirra tíðnisviða sem til stendur að úthluta fyrir þriðju kynslóð farsíma að þessu sinni, svo og innan þess tíðnisviðs sem er afgang og ekki verður úthlutað að svo stöddu, en um er að ræða fastasambönd sem á yfirliti eru númeruð 1-2, 5-9, 15, 23-24 og 29-34. Verða tíðniheimildir fyrir fastasambönd á þessum svæðum 6 afturkölluð þegar þess gerist þörf með hæfilegum fyrirvara sem skal að lágmarki vera sex mánuðir.“

Með bréfi til Mílu ehf., dags. 28. janúar 2008, tilkynnti PFS að hún hefði í hyggju, m.a. með vísan í fyrri ákvörðun sína nr. 7/2007, að afturkalla tiltekin fastasambönd fyrirtækisins á 2 GHz svo ráðstafa mætti viðkomandi tíðnisviðum fyrir þriðju kynslóðar farsímaþjónustu. Í bréfinu var gerð grein fyrir því að samkvæmt fyrrnefndri ákvörðun hefði PFS fallist á að ekki væri nauðsynlegt að afturkalla öll réttindi fyrirtækisins (á þeim tíma Síminn hf.) á umræddu tíðnisviði fyrr en þess gerðist raunverulega þörf vegna uppbyggingar á þriðju kynslóðar farsímaþjónustu. Skyldi það þá gert með því að veita fyrirtækinu hæfilegan aðlögunarfrest að lágmarki 6 mánuðir. Síðan segir í áður nefndu bréfi:

„Nú hefur Póst- og fjarskiptastofnun borist erindi frá Og fjarskiptum ehf. með ósk um tilfærslu á úthlutaðu tíðnisviði fyrirtækisins á 2 GHz vegna sameiginlegrar uppbyggingar þess á dreifineti sínu með Nova ehf., en tæknilegt skilyrði fyrir því er að tíðnisvið fyrirtækjanna séu samliggjandi.

Á aðliggjandi tíðnisviði Nova ehf., sem Og fjarskipti ehf. óskar eftir að taka til notkunar í stað upprunalegrar úthlutunar, eru fyrir nokkur fastasambönd Símans hf., sbr. liðir 6-9, 15, 23 og 311-32 á meðfylgjandi yfirlitsblaði um fastasambönd Símans hf. á 2 GHz. Póst- og fjarskiptastofnun hefur í hyggju að verða við ósk Og fjarskipta ehf. og þar með að afturkalla réttindi Símans hf. fyrir umrædd fastasambönd, samkvæmt fyrrgreindum tölulíðum á meðfylgjandi yfirliti, þó með þeim hætti að fastasambönd samkvæmt tölulíðum 7 og 9 verði afturkallanleg með 6 mánaða fyrirvara, samkvæmt einfaldri tilkynningu Póst- og fjarskiptastofnunar þar að lútandi. Með tilliti til fyrri ákvörðunar stofnunarinnar hefur hún í hyggju að afturköllunin komi til framkvæmda þann 1. september nk.“

Í niðurlagi bréfsins var Mílu ehf. boðið að tjá sig um fyrirhugaða ákvörðun og koma á framfæri við stofnunina hugsanlegum athugasemdum við hana. Var frestur til þessa veittur til 8. febrúar 2008. Með tölvupósti, dags. 22. febrúar 2008, barst PFS fyrirspurn frá Mílu ehf. varðandi tímasetningu og umfang fyrirhugaðrar afturköllunar, sbr. eftirfarandi:

„Mílu er ekki alveg ljóst af orðalaginu hvort fyrirhuguð afturköllun allra tilgreindra tíðniréttinda eigi að taka gildi frá og með 1. september n.k. og óskar því eftir það fá staðfestingu á því hvort svo sé.

Hluti þeirra tíðniheimilda sem Póst- og fjarskiptastofnun hefur í hyggju að afturkalla með ákvörðun sinni nú eru umfram þær tíðniheimildir sem tilgreindar eru í ákvörðun 7/2007.“

Auk þessa gerði Míla ehf. fyrirvara um það að PFS væri heimilt að afturkalla umrædd réttindi án þess að bætur kæmu fyrir, en nánar verður vikið að þeim sjónarmiðum hér að neðan.

Fyrirgreindum spurningum svaraði PFS samdægurs, sbr. eftirfarandi:

„Fyrirhuguð afturköllun á að koma til framkvæmda þann 1. september nk., að undanskildum samböndum samkvæmt tölulíðum 7. og 9. en þau verða afturkallanleg með 6 mánaða fyrirvara samkvæmt einfaldri tilkynningu.

Ástæðan fyrir því að ákvörðun nr. 7/2007 tilgreindi ekki öll þau sambönd sem nú stendur til að afturkalla er sú að ákvörðunin miðaðist við núgildandi tíðnisvið sem fyrirtækin þrjú (Síminn, Vodafone og Nova) hafa til umráða á 2 GHz. Með öðrum orðum þá lá ekki fyrir að frekari skörun myndi verða miðað við þær forsendur. Nú hefur Vodafone hins vegar óskað eftir tilfærslu á sínu tíðnisviði og þá, eðli málsins samkvæmt, kemur til frekari skörunar.“

Eftir að hafa fengið svarfrest til að tjá sig efnislega um fyrirhugaða ákvörðun PóstPFS sendi Míla ehf. stofnuninni bréf, dags. 7. apríl 2008, þar sem gerðar eru svofelldar athugasemdir:

„Í bréfi PFS frá 28. janúar 2008 kemur fram að nauðsyn þess að afturkalla þessar tíðnir sé til komin vegna þess að Og fjarskipti hefur óskað eftir tilfærslu á úthlutaðu tíðnisviði fyrirtækisins á 2 GHz vegna sameiginlegrar uppbyggingar þess á dreifikerfi sínu með Nova ehf. en tæknilegt skilyrði þess sé að tíðnisvið fyrirtækjanna séu samliggjandi.

Míla vekur athygli á að þegar fyrirtækið tók yfir réttindi og skyldur vegna fastasambanda þá lá það ekki fyrir að þessi skörun yrði. Eins og fram kemur hér að undan þá höfðu þær tíðniheimildir sem nú er fyrirhugað að afturkalla ekki verið úthlutað til annarra. Míla var því í góðri trú um að þær tíðnir yrðu ekki afturkallaðar vegna uppbyggingar þriðju kynslóðar farsímaneta.

Að mati Mílu eru tíðniheimildir þessar eignaréttindi í skilningi íslensks eignarréttar enda viðurkennt að ýmis réttindi s.s. afnotaréttindi eða hagnýtingarréttindi njóti verndar eignarréttarákvæðis 72. gr. stjórnarskrárinnar.

Míla bendir á að þær tíðnir sem um ræðir var á sínum tíma úthlutað án nokkurra takmarkana eða fyrirvara um að þær mætti afturkalla án þess að bætur kæmu fyrir.

Míla hefur þegar sent Póst- og fjarskiptastofnun greinargerð um kostnað þann sem Míla verður fyrir af því að umræddar tíðniheimildir verða teknar af fyrirtækinu, sbr. tölvupóst frá 3. apríl 2008, sem fylgir jafnframt bréfi þessu. Af því er ljóst að afturköllun veldur fyrirtækinu umtalsverðum kostnaði.

Míla bendir jafnframt á að Póst- og fjarskiptastofnun ber að rannsaka hvort unnt sé að beita vögara úrræði til að ná sama markmiði. Með því er átt við að fullkannað sé hvort tilfærsla á tíðnisviði með þessum hætti sé vægasta úrræðið til að ná sama markmiði.

Í ljósi framangreinds vill Míla ítreka þann áskilnað, sbr. tölvupóst Mílu dags. 22. febrúar 2008, um að fyrirtækið áskilur sér allan rétt til að krefjast bóta vegna

afturköllunar á þeim tíðniheimildum sem um ræðir í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar frá 28. janúar 2008.

PFS tók svo ákvörðun nr. 10/2008 þann 9. maí 2008, þar sem afturkölluð eru tiltekin tíðniréttindi Mílu ehf. fyrir fastasambönd á tíðnisviðum fyrir þriðju kynslóð farsíma. Þann 6. júní 2008 kærði Míla ehf. ákvörðun PFS. Sú kæra er hér til meðferðar.

2.0 Málsástæður kæranda.

Í kæru Mílu ehf. dags. þann 6. júní 2008 kemur eftirfarandi fram um málsástæður kæranda:

3.1. Kröfur kæranda byggja á því að afturköllun Póst- og fjarskiptastofnunar, sbr. ákvörðun 10/2008, sé ólögmat og beri því að fella ákvörðunina úr gildi í heild sinni. Í fyrsta lagi skorti ákvörðunina lagastoð. Í öðru lagi hafi Póst- og fjarskiptastofnun ekki gætt rétttra sjónarmiða við ákvarðanatöku, þ.á m. hafi meðalhófsregla verið brotin. Í þriðja lagi geti hagræðis- og samstarfssjónarmið tveggja aðila, Og fjarskipta hf. og Nova ehf., ekki réttlætt afturköllun á ótímabundnum réttindum kæranda sem auk þess veldur honum umtalsverðu tjóni. Beri stofnuninni að greiða kæranda bætur fyrir það tjón sem af afturkölluninni leiðir. Til vara byggir kærandi á því að Póst- og fjarskiptastofnun beri, á grundvelli almennra bótasjónarmiða og sjónarmiðum um vernd eignarréttarins og eignarnám, að greiða kæranda bætur fyrir það tjón sem af afturköllun leiðir, óháð lögmati hennar.

3.2. Um ólögmati

3.2.1. Kærandi byggir aðalkröfu sína á því að Póst- og fjarskiptastofnun hafi byggt afturköllun sína á ófullnægjandi lagagrundvelli. Í ákvörðun nr. 10/2008 vísar stofnunin til 12. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 sem grundvöll fyrir afturköllun. Kærandi telur á hinn bóginn að ákvörðunin hafi ekki stoð í 12. gr. laga um fjarskipti né öðrum ákvæðum þeirra laga. Ljóst sé að orðalag ákvæðisins bjóði ekki upp á slíkt úrræði fyrir stofnunina, en ákvæðið hljóðar svo:

12. gr. Breytingar á réttindum.

Þegar sérstaklega stendur á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, er Póst- og fjarskiptastofnun í undantekningartilvikum heimilt að breyta skilyrðum í almennum heimildum og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda.

Breytingar skulu kynntar hagsmunaaðilum, þ.m.t. notendum, með hæfilegum fyrirvara sem þó skal ekki vera styttri en einn mánuður.

Telur kærandi að orðalag ákvæðisins feli ekki í sér heimild til afturköllunar á úthlutudum tíðniréttindum, heldur einungis heimild til að breyta eða auka við skilyrðum fyrir úthlutun og notkun slíkra réttinda. Afturköllun réttindanna í heild sinni sé mun meira íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun en breytingar eða viðaukar við skilyrði. Bendir kærandi í því sambandi á lögmatísreglu stjórnáskýringar, en hún felur í sér að stjórnvöld geta því aðeins íþyngt borgurunum að þau hafi skýra heimild í lögum. Þeim mun meira íþyngjandi sem stjórnvaldsákvörðun er, þeim mun skýrari lagaheimild þarf til töku hennar. Telur kærandi vafa leika á um það hvort 12. gr. laganna veiti nokkra heimild til slíkrar ákvarðanatöku og beri að skýra þann vafa honum í hag samkvæmt almennum lögskýringarsjónarmiðum. Því hafi Póst- og

fjarskiptastofnun ekki rökstutt afturköllun sína með vísan til fullnægjandi lagaheimildar og þ.a.l. skorti hana lagastoð. Kærandi telur það ljóst að afturköllun réttindanna í heild sinni sé verulega íþyngjandi fyrir sig. Þrátt fyrir að hann fái réttindi til annarra tíðnisviða í staðinn, mun tilfærslan krefjast afar kostnaðarsamra breytinga á tæknibúnaði. Er gert ráð fyrir því að heildarkostnaður við útskiptingu á búnaði Mílu fyrir umrædd fastasambönd nemi kr. 29.765.000. Ekki sé tækt að heimila stjórnvöldum að leggja slíkar íþyngjandi byrðar á borgara án skýrrar heimildar í lögum. Kærandi telur að tíðnileyfi hans séu atvinnuréttindi, sjá nánar síðar, sem verði ekki af honum tekin án skýrrar heimildar löggjafans og komi bætur fyrir. Vísar kærandi til dóms Hæstaréttar í dómasafni 1996 bls. 3002 þar sem talið var að stjórnvöld gætu ekki svipt bónda nokkurn fullvirðisrétti hans „nema að fenginni ótvíræðri heimild almenna löggjafans“. Kærandi bendir á að lög um fjarskipti veiti Póst- og fjarskiptastofnun einungis heimild til afturköllunar ef um alvarleg brot á skilmálum eða skilyrðum réttinda er að ræða og áminningar til hins brotlega hafa ekki borið árangur, sbr. 73. gr. Í fyrrnefndu ákvæði kemur skýrt fram að Póst- og fjarskiptastofnun sé heimilt að afturkalla tíðnir að ofangreindum skilyrðum uppfylltum. Hefði löggjafinn haft í hyggju að veita stofnuninni sams konar úrræði í 12. gr. laganna, var mikilvægt að orða ákvæðin með sama hætti. Sem dæmi um skýrt lagaákvæði á öðru sviði sem heimilar afturköllun stjórnvaldsákvörðunar, nefnir kærandi 15. gr. l. nr. 85/2007 þar sem beinlínis er tekið fram að stjórnvaldi sé heimilt að afturkalla rekstrarleyfi að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Loks hafnar kærandi þeirri afstöðu Póst- og fjarskiptastofnunar að alþjóðaskuldbindingar og almennt ákvæði 14. gr. laga nr. 81/2003 eigi að leiða til þess að Póst- og fjarskiptastofnun geti afturkallað tíðniréttindi á grundvelli 12. gr. Póst- og fjarskiptastofnun vitnar í ákvörðun sinni til d liðar 1. mgr. 10. gr. laga um fjarskipti en í 1. mgr. og d lið segir að „Póst- og fjarskiptastofnun [geti] sett eftirfarandi skilyrði fyrir notkun tíðna [þ.a.m.] að gildistími skuli takmarkaður með tilliti til þjónustu sem um er að ræða; gildistíminn skal vera með fyrirvara um breytingar á tíðniplani“. Kærandi telur að fyrrnefnd ákvæði eigi ekki við um eldri og ótímabundin tíðnileyfi, heldur eingöngu þau leyfi sem eru tímabundin. Tíðniréttindum kæranda var úthlutað ótímabundið í tíð eldri laga. Telur kærandi það í samræmi við þá lögskýringarreglu að túlka ný lög, sem leggja hömlur á atvinnufrelsi og eldri atvinnuréttindi, mjög þröngri skýringu. Jafnvel þótt úrskurðarnefnd teldi Póst- og fjarskiptastofnun hafa heimild til að tímabinda réttindi kæranda, hefur stofnunin ekki enn nýtt þá heimild. Réttindi kæranda eru því enn ótímabundin og af þeim ástæðum eiga ákvæði d liðar ekki við, hvorki í tengslum við tíðniréttindi kæranda né afturköllun þeirra. Einnig verður að telja að síðari málsliður fyrrnefnds d liðar, þar sem segir að „gildistíminn [skuli] vera með fyrirvara um breytingar á tíðniplani“, eigi ekki við í máli þessu, þar sem réttindi kæranda eru ótímabundin og því ekki um neinn tiltekinn gildistíma að ræða í skilningi ákvæðisins, sem getur verið með fyrirvara um „breytingar á tíðniplani.“

3.2.2 Kærandi hafnar þeirri fullyrðingu Póst- og fjarskiptastofnunar að „sams konar heimild“ til afturköllunar tíðniréttinda og hafi verið að finna í 26. gr. eldri fjarskiptalaga nr. 143/1996, sé nú í 12. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Í eldra ákvæðinu hafi verið kveðið skýrt á um það í lagatextanum að tíðniúthlutun mætti afturkalla m.a. ef mikilvægar forsendur fyrir úthlutun [réttinda] brystu, t.d. vegna alþjóðaskuldbindinga Íslands. Um slíka heimild sé ekki að ræða í lögum nr. 81/2003.

3.2.2.1. Kærandi telur að fyrst löggjafinn hafi með nýjum lögum ákveðið að breyta orðalagi ákvæðisins frá því sem var í 26. gr. eldri fjarskiptalaga hafi hann í reynd

mildað þau úrræði sem Póst- og fjarskiptastofnun getur gripið til skv. nágildandi fjarskiptalögum nr. 81/2003. Þótt ástæður téðrar orðalagsbreytingar séu ekki greindar nánar í lögskýringargögnum að baki 12. gr. laga nr. 81/2003 geti það eitt sér ekki þýtt að löggjafinn hafi ætlað að láta efnismerkingu hins nýja ákvæðis vera hina sömu og hins eldra. Þvert á móti taki orðalag ákvæðisins af skarið um það að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki heimild til að afturkalla tíðniréttindi skv. 12. gr. Hefði löggjafinn ætlað Póst- og fjarskiptastofnun sömu úrræði í nýju lögunum og þeim gömlu, hefði verið alls óþarfi að breyta orðalaginu á svo veigamikinn hátt. Var nauðsynlegt að kveða skýrt á um slík íþyngjandi úrræði í nýju lögunum, sbr. 3.2.1. hér að ofan. Eldri réttur geti með engu móti haggað skýrum orðum ákvæðisins í nágildandi lögum, borgaranum í óhag.

3.2.3. Verði fallist á það með Póst- og fjarskiptastofnun að 12. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 veiti stofnuninni heimild til að afturkalla úthlutadaðar tíðnir í heild sinni, er á því byggt að skilyrði ákvæðisins séu ekki uppfyllt. 12. gr. er sýnilega mjög þröng undantekningarregla, sbr. orðalagið „þegar sérstaklega stendur á“. Þetta er sérstaklega áreittað í athugasemdum við ákvæðið þar sem segir að „þar sem breytingar á skilyrðum varða atvinnuréttindi varða breytingar sem eru íþyngjandi ekki gerðar nema í algerum undantekningartilvikum þegar mjög ríkar ástæður krefjast.“ Atvinnuréttindi manna njóta verndar 72. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands. Því verði að líta svo á að ástæður þær sem Póst- og fjarskiptastofnun nefnir sem rökstuðning fyrir afturköllun séu hvergi nærri fullnægjandi í þessu sambandi. Sú aðstaða, að fjarskiptafyrirtæki „óski eftir tilfærslu á úthlutaðu tíðnisviði“ sínu með óformlegu erindi vegna sameiginlegrar uppbyggingar þess á dreifineti sínu með öðrum aðila, getur ein sér ekki réttlætt það að Póst- og fjarskiptastofnun grípi til þessa íþyngjandi úrræðis og kippi grundvellingnum undan hluta af starfsemi kæranda bóttalaust. Ekkert annað liggur fyrir í málinu en að umrædd tilfærsla á tíðnisviði sé eingöngu til þess að spara tveimur fjarskiptaadilum, Og fjarskiptum ehf. og Nova ehf., kostnað við rekstur fjarskiptaþjónustu þeirra. Ekki er fram komið í málinu að þeim séu engar aðrar leiðir færar, sjá 3.2.5. hér að neðan. Hagræðis- og samstarfssjónarmið vegna umrædds aðila geta ein sér ekki réttlætt afturköllun á ótímabundnum réttindum kæranda sem auk þess veldur honum umtalsverðu tjóni, sbr. síðar. Það er óforsvaranlegt að Póst- og fjarskiptastofnun taki ákvarðanir eingöngu til þess að létta byrðum af tilteknum aðilum, allt á kostnað kæranda.

3.2.4. Kærandi byggir á því að Póst- og fjarskiptastofnun hafi byggt hina kærðu ákvörðun á ólögætum sjónarmiðum. Stofnunin hefur teft fram þeim sjónarmiðum að Og fjarskipti ehf. hafi „óskað eftir því“ við hana að taka til notkunar tiltekin tíðnisvið, þar sem fyrir séu nokkur fastasambönd Símans, í stað upprunalegrar úthlutunar skv. lögum nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma. Stofnunin hafi í hyggju að verða við ósk Og fjarskipta ehf. og afturkalla umrædd tíðniréttindi til þess að Og fjarskipti ehf. geti tekið þau í notkun. Þessi tilfærsla sé nauðsynleg vegna sameiginlegrar uppbyggingar Og fjarskipta ehf. á dreifineti sínu með Nova ehf., en tæknilegt skilyrði fyrir því sé að tíðnisvið fyrirtækjanna séu samliggjandi. Kærandi hafnar þessum sjónarmiðum og telur þau ólögæt.

3.2.4.1. Kærandi telur að lög nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma skjóti engum stoðum undir afturköllun á tíðniréttindum sínum. Lögin mæla fyrir um að úthlutun tíðna, til starfrækslu farsímaneta á tíðnibilunum 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz og 2110–2170 MHz, skuli fara fram að undangengnu almennu útboði, sbr. 2. gr. og 5.

gr. Lögin veiti stofnuninni aftur á móti enga heimild til þess að afturkalla réttindi til þeirra tíðnisviða sem lögin taka til í því skyni að úthluta þeim til annars aðila, að hans ósk. Fyrst verði útboð á réttindunum að fara fram. 2. gr. laganna er fortakslauss um að úthlutun tíðna skuli fara fram að undangengnu útboði, sbr. orðið „skal“. Kærandi vill auk þess áréttta að þótt útboð á tíðnum skv. 2. gr. hafi farið fram, þýðir það ekki að Póst- og fjarskiptastofnun hafi frjálsar hendur um meðferð og ráðstöfun þeirra tíðna sem ekki var úthlutað með því útboði. Þvert á móti sé gert ráð fyrir að útboð skuli fara fram að nýju standi til að úthluta þeim, sbr. athugasemdir í greinargerð við 2. gr. en þar segir að „ef ekki er úthlutað öllum tíðnum við útboð, eða réttindi til tíðninotkunar eru lögð inn, er heimilt að bjóða út tíðni að nýju samkvæmt lögum þessum.“ Telur kærandi slíka aðferð vera í skýru samræmi við markmið útboðsfyrirkomulagins að tryggja hlutlæga úthlutun tíðnanna, sbr. og 2. mgr. 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Hafi Póst- og fjarskiptastofnun því borið að tryggja að þessa yrði gætt við úthlutun heimildanna. Kærandi byggir á því að sú aðferð sem stofnunin hafi í huga, þ.e. að úthluta tíðnum eftir einfaldri ósk aðila, standist því ekki lög nr. 8/2005 og sé óheimil. Afturköllun tíðniréttindana var gerð í því skyni að hægt væri að afhenda þau Og fjarskiptum með þessum hætti og án þess að neitt útboð hefði farið fram. Telur kærandi að ákvörðun nr. 10/2008 hafi því byggt á ómálefnalegum forsendum og sé ólögmat. Ber því að fella hana úr gildi.

3.2.4.2. Verði ekki fallist á ofangreind sjónarmið, sbr. liður 3.2.4.1., byggir kærandi á því að útboð skv. lögum nr. 8/2005 fór fram 12. mars 2007 og var Og fjarskiptum ekki úthlutað þeim tíðniréttindum sem nú stendur til að afturkalla og færa yfir til þeirra. Telur kærandi að Og fjarskipti eigi ekki ríkari rétt en aðrir til þeirra tíðnisviða sem lögin taka til nema að þeim hafi verið verið úthlutað þau sérstaklega, sbr. 2. gr. Póst- og fjarskiptastofnun geti því ekki rökstutt afturköllun með vísan til þess að Og fjarskipti ehf. þurfi á þeim tíðnum að halda til þess að byggja upp fjarskiptanet með samstarfsaðila. Líta verður svo á að lög nr. 8/2005 veiti Póst- og fjarskiptastofnun ekki rýmri heimild til afturköllunar réttindanna í hágu Og fjarskipta ehf., nema hinum síðarnefnda hafi verið úthlutað tíðnunum með útboði. Það hefur ekki verið gert og er tilvísun stofnunarinnar til laganna í ákvörðun nr. 10/2008 því haldlaus. Almenn ákvæði fjarskiptalaga um það hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar að stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu tíðnirófsins geta ekki réttlætt frjálsar tilfærslur stofnunarinnar á áður úthlutaðum tíðniréttindum sem eru verulega íþyngjandi fyrir rétthafana og bitna á miklum fjárhagslegum hagsmunum þeirra.

3.2.5. Þá er byggt á því að meðalhófsregla stjórnarsýslulaga, sbr. 12. gr., hafi verið brotin þegar Póst- og fjarskiptastofnun kaus að fara þá leið að afturkalla réttindi kæranda. Samkvæmt þeirri reglu verður stjórnvald, þegar stefnt er að lögmatu markmiði og ekki verður komist hjá því að íþyngja málsaðila, að velja vægasta íþyngjandi úrræðið sem að gagni getur komið. Stjórnvöld bera sönnunarbyrðina fyrir því að vægasta úrræðið hafi orðið fyrir valinu. Þeim mun meira íþyngjandi ákvörðun, þeim mun meiri kröfur eru gerðar til stjórnvalda að þessu leyti. Kærandi telur að umrædd afturköllun sé sérstaklega íþyngjandi fyrir sig, sbr. liður 3.2.1. hér að ofan. Þá kemur fram í athugasemdum í greinargerð við 12. gr. fjarskiptalaga að hvers konar breytingar á úthlutaðum tíðnum verði ekki gerðar nema í algerum undantekningartilvikum þegar mjög ríkar ástæður krefjast. Því hljóti enn ríkari ástæður að þurfa að réttlæta afturköllun. Kærandi telur ljóst að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki sýnt fram á nauðsyn þess að afturkalla tíðniréttindin í þessu ákvedna tilviki og að vægari úrræði hafi ekki verið í stöðunni. Nægi ekki að

vísa almennt til niðurstaðna erlendra rannsókna um truflanir sem eldri fastasambönd geta valdið 3G fjarskiptakerfum, heldur hafi stofnuninni borið að kanna hvaða áhrif fastasambönd kæranda gætu hugsanlega haft á fjarskiptakerfi Og fjarskipta ehf. miðað við aðstæður í þessu tiltekna máli. Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki, svo sýnilegt sé, framkvæmt neina slíka könnun í þessu máli. Þó bar brýna nauðsyn til að það yrði gert, til þess að unnt væri að kanna til hlítar hvort komast mætti hjá því að valda kæranda tugi milljóna króna tjóni. Úrlausn stofnunarinnar beri vott um flýtigang og hirðuleysi um hagsmuni kæranda. Sá möguleiki að breyta skilyrðum fyrir þegar úthlutuðum tíðnum til að markmiðum stofnunarinnar yrði náð, sbr. 12. gr. fjarskiptalaga, virðist ekki hafa komið til skoðunar, en það úrræði er ótvírætt minna íþyngjandi en hrein afturköllun. Með vísan til ofangreinds telur kærandi ljóst að rannsóknarregla 10. gr. stjórnarsýslulaga hafi einnig verið brotin, enda fór engin rannsókn fram á því hvernig mögulega væri hægt að þræða meðalveginn milli hagsmuna kæranda og Og fjarskipta ehf.

3.2.6. Kærandi vill áréttu að þótt Póst- og fjarskiptastofnun hafi áður afturkallað tiltekin tíðniréttindi þáverandi réttahafa Símans hf. með fyrri ákvörðun sinni nr. 7/2007, þýðir það ekki að hann hafi fallist á sjónarmið stofnunarinnar fyrr eða síðar. Með ákvörðun nr. 7/2007 ákvað Póst- og fjarskiptastofnun að afturkalla aðeins tíðniheimildir fyrir þau fastasambönd Símans sem augljóslega voru innan þeirra svæða sem ætlað var að byggja upp í fyrsta áfanga útboðslýsingar útboðs skv. lögum um þriðju kynslóð farsíma. Síðan segir á ákvörðuninni: „Verða tíðniheimildir fyrir fastasambönd á [öðrum] svæðum afturkölluð (sic) þegar þess gerist þörf með hæfilegum fyrirvara sem skal að lágmarki vera sex mánuðir“. Póst- og fjarskiptastofnun vísar til þessa fyrirvara í hinni kærðu ákvörðun til stuðnings afturköllun. Kærandi telur að svo óljós og matskenndur fyrirvari geti enga þýðingu haft í þessu máli. Almenn er viðurkennt í stjórnarsýslurétti að til þess að fyrirvari um hugsanlega afturköllun stjórnvaldsákvörðunar í framtíðinni hafi réttaráhrif, verður hann að vera fyrirsjáanlegur og skýr. Um þetta vísar kærandi til umfjöllunar í Forvaltningsret, Sagsbehandling, 1995 e. Nørgaard og Garde, 8. kafla IV. A. Af því leiðir að almennur fyrirvari um að afturköllun geti átt sér stað „þegar þess gerist þörf“ fullnægir ekki þessum áskilnaði, enda algjörlega undir mati stjórnvaldsins komið hvenær skilyrðum hans er fullnægt. Fyrirvarinn veitir enga vísbendingu um hvenær eða hvers vegna réttindin kynnu að verða afturkölluð. Einfaldur fyrirvari stjórnvalds um að stjórnvaldsákvörðun, t.d. leyfisveiting eða úthlutun opinberra gæða, kunni einhverntímann að verða afturkölluð, eins og í þessu tilviki, hefur af þessum sökum enga þýðingu eða áhrif á réttmætar væntingar kæranda. Þaðan af síður getur hann réttlætt kærðu ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Kærandi telur að í þessu tilviki megi í raun líta á fyrirvarann í ákvörðun 7/2007 sem óskráður væri.

3.2.6.1. Póst- og fjarskiptastofnun vísar í hinni kærðu ákvörðun til bréfs stofnunarinnar til Landssíma Íslands hf., dags. 3. mars 1999, þar sem fjallað er um niðurstöður alþjóðlegu tíðniráðstefnunnar WARC 92, sem fór fram árið 1992, og einnig alþjóðlegar skuldbindingar sem Ísland hefði gengist undir á sviði fjarskiptamála. Í bréfinu greindi stofnunin frá því að til afturköllunar tiltekinna tíðna myndi koma vegna þessara alþjóðaskuldbindinga og yrði Landssímanum tilkynnt, með 6 mánaða fyrirvara, hvenær hætta þyrfti notkun umræddra tíðna. Í kafla 2.2.1 hinnar kærðu ákvörðunar ber Póst- og fjarskiptastofnun umrætt bréf fyrir sig sem röksemd gegn því að Míla ehf. hafi haft réttmætar væntingar til að halda umræddum tíðniréttindum. Segir þar orðrétt: „Það eru liðin 9 ár síðan, sbr. bréf dags. 3. mars

1999, að Landsíma Íslands (*sic*) var fyrst tilkynnt formlega að umrædd tíðniréttindi myndu verða afturkölluð með 6 mánaða fyrirvara vegna uppbyggingar á þriðju kynslóðar farsímaþjónustu.“ Í niðurlagi bréfsins frá 3. mars 1999 segir orðrétt: „[...] tilkynnist hér með að reikna verður með því að Póst- og fjarskiptastofnun muni þegar þar að kemur tilkynna með 6 mánaða fyrirvara hvenær hætta verði notkun tiltekinna tíðna fyrir fastasambönd.“ Kærandi telur ljóst að fyrirvarinn í umræddu bréfi frá 1999 er af sama sauðahúsi og sá sem fjallað er um í 3.2.6 hér að ofan. Hann gefur ekki á neinn hátt til kynna hvenær eða við hvaða aðstæður til afturköllunar geti komið. Af þessum sökum og með vísan til ofangreindra röksemda í 3.2.6 verður að líta svo á að fyrirvarinn í bréfi, dags. 3. mars 1999, hafi enga þýðingu fyrir niðurstöðu þessa máls.

3.2.6.2. Telji úrskurðarnefndin ofangreinda fyrirvara geta rennt stöðum undir afturköllun, vill kærandi benda á að Pósti & Síma var upphaflega úthlutað umræddum tíðniréttindum ótímabundið og voru engir fyrirvarar gerðir um hugsanlega afturköllun þeirra síðar. Hafa Póstur & Sími og arftakar hans verið réttthafar þeirra þar til þau voru færð frá Símanum hf. til Mílu ehf. með framsali þann 1. nóv. 2006, en Míla ehf. varð til við skiptingu Símans í þrjú hlutafélög 19. des. 2006. Hafa réttthafar aðlagð tækjabúnað sinn að þessum tíðnum með tilheyrandi kostnaði, í réttmætu trausti þess að þeir héldu þessum réttindum sem upphaflega var úthlutað án nokkurra fyrirvara eða gildistíma. Kærandi telur ámælisvert að Póst- og fjarskiptastofnun hafi látið 15 ár líða frá alþjóðlegu tíðniráðstefnunni 1992, þar sem ákveðið var að tiltekin tíðniréttindi, þ.m.t. réttindi kæranda, skyldu í framtíðinni vera laus til ráðstöfunar, og þar til hún greip til aðgerða til þess að ná því markmiði með ákvörðun nr. 7/2007. Eru réttmætar væntingar kæranda til þess að halda réttindunum þeim mun ríkari eftir því sem lengra er liðið frá úthlutun þeirra og vega í þessu tilviki tvímælaust þyngra en hinir léttvægu hagsmunir Póst- og fjarskiptastofnunar, sem og Nova ehf. og Og fjarskipta ehf., af afturköllun þeirra. Þá bendir kærandi á að fyrirvari sá, sem gerður er í bréfi dags. 3. mars 1999, var tilkynntur Landsíma Íslands hf. þegar hann var enn í eigu ríkisins. Frá þeim tíma hafi mikil stakkaskipti orðið hjá fyrirtækinu, enda nú í einkaeigu. Ekki sé tækt að beita fyrirvara, sem gerður var við tíðniréttindin þegar þau voru í eigu ríkisins, gagnvart einkaaðila sem nú hefur þau undir höndum.

3.2.7. Kærandi byggir á því að afturköllun tíðniréttinda, sem í upphafi var úthlutað ótímabundið og án nokkurra fyrirvara, sé óheimil, nema rétthafa séu greiddar bætur vegna þess tjóns sem af henni leiðir. Í stjórnslurétti er talið að stjórnvald geti haft rýmri heimildir til afturköllunar, greiði það viðkomandi bætur vegna þess tjóns sem af afturköllun leiðir. Kærandi telur ljóst að tíðniréttindi eru forsenda stórs hluta af atvinnustarfsemi hans. Atvinnufrelsið er verndað af 75. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 og eru atvinnuréttindi talin njóta verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar. Með hliðsjón af meginsjónarmiðum fyrrnefndra stjórnarskrárákvæða verður að telja að ríkar ástæður þurfi að vera til þess að afturkalla slík réttindi og skuli bætur jafnan koma fyrir. Sé afturköllun réttindanna heimiluð í lögjöf er því jafnan áskilið, sbr. til hliðsjónar 72. gr. stjórnarskrárinnar, að bætur komi fyrir, enda ljóst að slíkar ákvarðanir geta leitt til mikillar röskunar og tjóns. Í ljósi þess að Póst- og fjarskiptastofnun hefur ekki teft fram nægilega frambærilegum ástæðum til þess að afturkalla tíðnirnar og einnig hafnað bótaskyldu, verður að telja ákvörðun 10/2008 ólögmeða.

3.3. Um bótaskyldu Póst- og fjarskiptastofnunar

3.3.1. Verði ekki fallist á kröfu kæranda, sbr. liðir 3.2.1.-3.2.7., um ógildingu ákvörðunar 10/2008, krefst kærandi þess að viðurkennd verði bótaskylda Póst- og fjarskiptastofnunar vegna afturköllunar tíðniréttinda kæranda. Kærandi telur það innan valdsviðs úrskurðarnefndar, sem æðra setts stjórnvalds, að úrskurða um hvort Póst- og fjarskiptastofnun, sem er lægra stjórnvald, beri að greiða bætur. Póst- og fjarskiptastofnun hafi auk þess tekið sérstaka afstöðu til bótaáskilnaðar kæranda í ákvörðun nr. 10/2008 og því sé rétt að úrskurðarnefnd fjalli um þennan þátt ákvörðunarinnar. Í máli kæranda er um að ræða afturköllun á réttindum sem upphaflega var úthlutað ótímabundið og hefur kærandi sniðið atvinnurekstur sinn að þeim réttindum. Ljóst er að afturköllun Póst- og fjarskiptastofnunar á tíðniréttindum kæranda kemur til með að valda honum töluverðu fjártjóni, sbr. 3.2.1. Kærandi vill strax slá því föstu að tíðniréttindi hans njóta verndar eignarréttarákvæðis 72. gr. stjórnarskrár. Í hinni kærðu ákvörðun vísar Póst- og fjarskiptastofnun til þess að ýmsir þættir beins eignarréttar, t.d. ráðstöfunarréttur og skuldsetningarréttur, séu ekki fyrir hendi þegar um sé að ræða tíðnir. Kærandi vill áréttta, að þótt réttindi séu óframseljanleg eða eignarráð yfir þeim takmörkuð að öðru leyti, geta þau samt sem áður notið verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar, t.a.m. stofnast bótaskylda þegar menn eru sviptir þessum réttindum með lögum eða ákvörðun stjórnvalds. Dæmi um þetta séu ýmiss konar óframseljanleg atvinnuréttindi manna, en þau eru varin af 72. gr. stjórnarskrár. Þetta fær stuðning í dómaframkvæmd og skoðunum fræðimanna, sbr. Þorgeir Örlygsson, Kaflar úr eignarrétti bls. 8 en þar segir orðrét: „Af fræðiskoðunum, einstökum lagafyrirmælum og dómsúrlausnum má draga þá ályktun, að slík atvinnuréttindi njóti stjórnarskrárverndar, þótt jafnframt sé viðurkennt, að sú vernd sé takmarkaðri en vernd hefðbundinna eignarréttinda.“ Kærandi telur fullljóst að tíðniréttindi hans eru mikilvæg forsenda atvinnu hans og því atvinnuréttindi í þessum skilningi, sem úthlutað er skv. lögum, sbr. nú 7. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Sá skilningur fær stoð í athugasemdum við 12. gr. fjarskiptalaga en þar segir orðrét: „Þar sem breytingar á skilyrðum [sem fylgja t.d. úthlutuðum tíðniréttindum] varða atvinnuréttindi verða breytingar sem eru íþyngjandi ekki gerðar nema í algerum undantekningartilvikum þegar mjög ríkar ástæður krefjast.“ Kærandi hafnar þeim sjónarmiðum, sem fram koma í ákvörðun nr. 10/2008, um að fjarskiptatíðnir séu án nokkurs skilgreinds eignarréttar. Með því að leyfum, til að nota sérstakar tíðnir, sé úthlutað til ákveðinna aðila, eru þær tíðnir sem um ræðir í raun orðin nokkurs konar eign réttahafans. Önnur sambærileg dæmi eru t.d. losunarheimildir gróðurhúsalofttegunda og fiskveiðikvóti, en með slíkum heimildum fá menn afmarkaðan hagnýtingarrétt á náttúruauðlindum og má því segja að þær séu nú undirorpnar eignarrétti, þótt um takmörkuð eignarréttindi sé að ræða. Þýðing þess að takmörkuð eignarréttindi og atvinnuréttindi njóti verndar 72. gr. stjórnarskrár er sú að menn verða ekki sviptir slíkum réttindum nema að fullar bætur komi fyrir. Rökin eru þau að oft eiga menn efnahagslegt öryggi sitt undir þessum réttindum og hafa komið sér upp kostnaðarsömum tækjabúnaði í trausti þess að halda þeim. Ekki er skilyrði, eins og Póst- og fjarskiptastofnun gefur til kynna í ákvörðun sinni, að löggjöf sem heimilar sviptingu atvinnuréttinda mæli sérstaklega fyrir um bætur. Ástæða þess er að fyrrnefnt stjórnarskrárákvæði mælir fyrir um fullar bætur í slíkum tilvikum og gengur frammar lögum sem æðri réttarheimild. Loks hafnar kærandi skilningi Póst- og fjarskiptastofnunar að lög nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma feli í sér svokallaða almenna takmörkun eignarréttar sem menn verði að þola bótalaust. Kærandi telur að um slíkt sé ekki að ræða í þessu tilviki, heldur um beina

sviptingu réttindanna að ræða. Því hafi bótaskylda stofnast í samræmi við eignarréttarákvæði stjórnarskrár.

Vísast að öðru leyti í hina kærðu ákvörðun, samráð aðila og önnur fylgigögn málsins.

3.0 Málsástæður Nova ehf.

Nova ehf. var veitt tækifæri til þess að tjá sig um málið og sendi bréf með eftirfarandi sjónarmiðum þann 6. ágúst 2008:

Þann 17. júlí sl. vöktuð þér athygli umbjóðanda míns, Nova ehf., á því að til meðferðar hjá úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála væri mál sem varðaði hagsmuni umbjóðanda míns. Um væri að ræða kærú Mílu ehf. (hér eftir Míla) á ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (hér eftir PFS) nr. 10/2008, sem varðaði afturköllun tíðna, og var umbjóðanda mínum veitt færi á að koma að athugasemdum vegna kærú þessarar. Frestur var veittur til og með 1. ágúst, en að beiðni umbjóðanda míns var sá frestur framlengdur til og með 6. ágúst. Í erindi þessu fara athugasemdir umbjóðanda míns.

Umbjóðandi minn sér ekki ástæðu til að gera nákvæmar athugasemdir við einstaka sjónarmið í kærú Mílu. Umbjóðandi minn styður í meginatriðum ákvörðun PFS nr. 10/2008 og þær athugasemdir sem PFS og Vodafone hafa gert við meðferð máls þessa hjá úrskurðarnefnd. Hins vegar telur umbjóðandi minn rétt að áréttu sérstaklega ákveðin sjónarmið sem hann telur mikilvæg í máli þessu.

Umbjóðandi minn og Vodafone hafa gert með sér samstarfssamning varðandi uppbyggingu þriðju kynslóðar farsímaþjónustu. Þriðja kynslóð farsíma, 3G, er þráðlaust farsímakerfi sem býður upp á breiðbands- og margmiðlunarþjónustu með meiri hraða en fyrsta og önnur kynslóð farsímaneta. Í þriðju kynslóðar netum er þörf fyrir mun fleiri rásir en áður hefur þekkt vegna mikillar gagnaflutningsumferðar. Vegna þessa hefur Vodafone nú óskað þess að fá not af þeim tíðnum sem ætlaðar eru fyrir þjónustu sem þessa og telur umbjóðandi minn að fyrirtækið eigi með réttu að fá úthlutað umbeðnum tíðnum, sbr. lög nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma.

Í 12. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 er PFS veitt heimild til að breyta skilyrðum í almennum heimildum þegar sérstaklega stendur á, s.s. vegna breytinga á löggjöf. Ástæða þess að PFS hyggst nú afturkalla tiltekin fastasambönd Mílu á 2 GHz er vegna þess að samkvæmt lögum nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma skal tíðnisvið þetta nýtt fyrir þriðju kynslóð farsímaþjónustu. Telur umbjóðandi minn því tvímælalaust að ákvæði fjarskiptalaga hafi verið uppfyllt við afturköllun hlutaðeigandi fastasambanda.

Tíðnisvið eru takmörkuð auðlind og kann því að vera svo að eftirspurn er meiri en framboð. Sá sem fær úthlutað tíðni verður ekki eigandi þess tíðnisviðs sem hann fær úthlutað, líkt og Míla hefur haldið fram. Þvert á móti felur úthlutun tíðni einvörðungu í sér, líkt og 7. gr. laga nr. 44/2005 ber með sér, réttindi til að nota tíðni. Hér er því einvörðungu um afnotarétt þess sem fær tíðni úthlutað að ræða en ekki eignarrétt.¹ Afnotaréttur þessi er heldur ekki gildandi án nokkurrar endurskoðunar um aldur og

¹ Samkvæmt kenningum eignaréttarins heimila afnotaréttindi rétthafa víðtæk not og umráð hlutar, sem háður er eignarrétti annars aðila. Sjá m.a. Gauk Jörundsson, Eignaréttur 1 og 2 (1982-1983), bls. 6.

ævi, heldur hvílir sú skylda á eftirlitsaðilum að endurmeta notkun tíðnisviðsins þegar þeir telja tilefni til eða að beiðni aðila sem hagsmuna hafa að gæta.²

Ef takmarka á veitingu réttar til afnota af tíðnum skulu slíkar takmarkanir vera hlutlægar, gagnsæjar, án mismununar og hlutfallsbundnar.³ Umbjóðandi minn telur skilyrði þessi tvímælaust uppfyllt. Þegar ljóst var hver þróunin yrði m.t.t. þeirrar stefnumörkunar sem sett hafði verið innan Alþjóðafjarskiptasambandsins (ITU), var öllum aðilum sem fengið höfðu úthlutað tíðnum fyrir þráðlausa þjónustu, sem síðar var ákveðið að ráðstafa til þriðju kynslóðar farsímaþjónustu, tilkynnt um fyrirhugaðar breytingar og var þeim veittur langur fyrirvari þar til hin skerta notkun átti að koma til framkvæmda. Fæst því ekki séð að takmörkunin hafi verið ólögsmæt, enda tók hún jafnt til allra, hún var byggð á málefnalegum forsendum og í hvívetna var gætt meðalhófs þar sem aðilum var veitt mikið svigrúm til að laga sig að breyttum aðstæðum.

Að tilstuðlan löggjafans voru ákveðin tíðnisvið tekin frá fyrir þriðju kynslóðar farsímaþjónustu í samræmi við evrópskt skipulag tíðnisviðsins. Innan þessa tíðnisviðs eru þau fáu og gömlu fastasambönd Mílu (áður Símans og Landssíma Íslands), sem til stendur og nauðsynlegt er að afturkalla vegna þarfa aðila sem veita þriðju kynslóðar farsímaþjónustu. Umbjóðandi minn telur af þessum sökum að Míla geti ekki borið fyrir sig að fyrirvarar í þessa veru hafi ekki verið gerðir þegar forveri Mílu, hinn ríkisrekni Landssími Íslands, hafi fengið umræddum tíðnum úthlutað. Fyrirvarann var einfaldlega ekki hægt að gera, þar sem auðsýnilega varð ekki séð fyrir þá tækniþróun sem síðar átti eftir að eiga sér stað. Úthlutunin fól jafnframt einvörðungu í sér afnotarétt og hlýtur sá afnotaréttur ávallt að lúta skilyrðum sem löggjafinn og PFS setja. Þau rök Mílu eru því fráleit að yfirvöld hafi afsalað sér eignarrétti á nánar tilgreindum tíðnum þegar þeim var á sínum tíma úthlutað og fær umbjóðandi minn engan veginn séð á hvern hátt Míla mátti hafa réttmætar væntingar um slíkt.

Á það skal jafnframt bent að samkvæmt IV. kafla fjarskiptalaga er það hlutverk PFS að skipuleggja tíðnirófið, ákvarða hvaða þjónusta megi vera á hverjum hluta þess og taka ákvarðanir um tíðninothkun einstakra fyrirtækja. Um skipulagningu tíðnirófsins almennt er fjallað í 14. gr. fjarskiptalaga. Umbjóðandi minn telur að PFS sé á grundvelli þessa rétt og skylt að hlutast til um að afturkalla nánar tilgreindar tíðnir Mílu, þannig að unnt sé að veita þá þjónustu sem tíðnirnar eru ætlaðar fyrir. Markmið reglna varðandi tíðnirófið er jafnframt að það sé nýtt á sem hagkvæmasta hátt. Til þess að sameiginleg uppbygging á þriðju kynslóðar farsímaneti sé möguleg þurfa tíðnisvið umbjóðanda míns og Vodafone að vera samliggjandi. Verði umþrætt úthlutað tíðni Mílu ekki afturkölluð getur uppbygging umbjóðanda míns, sem er nýr aðili á markaðinum, og Vodafone ekki átt sér stað og samkeppni verður því torvelduð til muna.

² Sjá m.a. tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/20/EB frá 7. mars 2002 um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og –þjónustu (heimildatilskipun). Í töluíð nr. 33 í inngangi tilskipunarinnar segir m.a. orðrétt: „Aðildarríkin geta þurft að breyta réttindum, skilyrðum, málsmeðferð, kostnaði eða gjöldum að því er varðar almennar heimildir og afnotarétt ef slíkt er rökstutt á hlutlægan hátt. Slíkar breytingar skulu tilkynntar öllum hagsmunaaðilum, tímanlega og á viðeigandi hátt þannig að þeir fái næg tækifæri til að láta í ljós skoðanir sínar á slíkum breytingum.“

³ Sjá m.a. 3. mgr. 7. gr. heimildatilskipunar.

Aukinheldur telur umbjóðandi minn að aðgerðir þær sem PFS grípur nú til vegna ofangreinds hafi verið óhjákvæmilegar fyrr heldur en síðar, enda hefur þróunin verið hröð undangengin ár og þriðja kynslóð farsímaþjónustu í mikilli uppbyggingu. Verður því ekki spornað við þróun þessari með vísan til haldlítilla sjónarmiða um meintan eignarrétt fyrrverandi einokunaraðila á markaðinum.

Þá bendir umbjóðandi minn einnig á að skv. d-lið 1. mgr. 10. gr. fjarskiptalaga geti PFS sett það skilyrði fyrir notkun tíðna að gildistími skuli takmarkaður m.t.t. til þjónustu sem um er að ræða. Umbjóðandi minn telur að á grundvelli m.a. þessa ákvæðis hafi PFS verið að fullu heimilt að takmarka þann tíma sem Míla hafði umþrætt tíðnisvið til umráða. Með erindi PFS til Landsíma Íslands hf., dags. 3. mars 1999, tilkynnti PFS fyrirhugaða takmörkun, auk þess sem takmörkunin var áréttuð í erindi til Mílu þann 28. janúar sl. Var Mílu því veittur góður fyrirvari áður en til hinnar umþrættu takmörkunar kom. Hafi Mílu hins vegar ekki verið kunnugt um hinar fyrirhuguðu takmarkanir þegar Landsími Íslands var keyptur af íslenska ríkinu, verða slíkar viðbáruð einvörðungu hafðar í frammi á milli seljanda og kaupanda á öðrum vettvangi, en koma ekki til álita í máli þessu.

Að lokum áréttar umbjóðandi minn að PFS ber við skipulag og notkun tíðnirófsins að taka mið af þeim kvöðum sem settar eru um notkun tíðna samkvæmt alþjóðlegum samþykktum, sbr. g-lið 1. mgr. 10. gr. fjarskiptalaga. Ber því að styðjast við þær samþykktir sem gerðar hafa verið á grundvelli evrópusamvinnu og stefnumörkunar á vegum CEPT. Líkt og frá er greint í ákvörðun PFS nr. 10/2008 hefur umþrætt tíðnisvið verið skipulagt til notkunar fyrir þriðju kynslóðar fjarskiptaþjónustu og var sú tilhögun aukinheldur staðfest með lögum nr. 8/2005. Telur umbjóðandi minn það því kunna að teljast brot áðurgreindu ákvæði fjarskiptalaga ef hlutadeigandi tíðnisvið er nýtt til annarrar farsímaþjónustu en þriðju kynslóðar farsímaþjónustu.

Að öllu ofangreindu virtu telur umbjóðandi minn ákvörðun PFS nr. 10/2008 lögmæta og beri úrskurðarnefnd því að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

Vísast að öðru leyti í málflutning félagsins fyrir PFS og nefndinni.

4.0 Málsástæður Og fjarskipta ehf.

Eftirfarandi er tekið úr greinagerð Og fjarskipta ehf. dags. þann 15. júlí 2008:

Það sem liggur fyrir í þessu máli er að PFS hefur ákveðið afturkalla tiltekin tíðniréttindisem Míla hefur haft til umráða fyrir fastasambönd. Ákvörðun þessi er tekin í kjölfar beiðni frá Vodafone um tilfærslu á úthlutuðu tíðnisviði félagsins á 2 GHz vegna sameiginlegrar uppbyggingar á þriðju kynslóðar (3G) farsímakerfi með Nova ehf. Lögð er áhersla á að beiðni Vodafone var um tilfærslu á áður úthlutuðu tíðnisviði til félagsins ekki um nýja úthlutun. Til þess að sameiginleg uppbygging sé tæknilega möguleg þurfa úthlutað tíðnisvið Vodafone og Nova ehf. að vera samliggjandi. Þar sem á aðliggjandi tíðnisviði Nova voru fastasambönd frá Mílu var nauðsynlegt að PFS afturkallaði umrædd tíðniréttindi Mílu svo hægt væri að verða við beiðni Vodafone.

Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun þá á hún sér mun lengri aðdraganda og það má telja að það hafi aðeins verið tímaspursmál og tilviljun að PFS tók hina

kærðu ákvörðun í kjölfar beiðni frá Vodafone. Það er því ekki hægt að líta svo á að það séu eingöngu hagræðis- og samstarfssjónarmið Vodafone og Nova sem lögð séu til grundvallar til að réttlæta hina kærða ákvörðun eins og Míla heldur fram í kæru sinni. Þaðer hins vegar mjög eðlilegt að PFS hafi einnig tekið tillit til hagsmuna Vodafone og Nova í hinni kærðu ákvörðun enda voru þeir í samræmi við það skipulag á tíðnisviðinu sem PFS hafði fyrir löngu kynnt. Hin kærða ákvörðun varðar hagsmuni Vodafone miklu. Það myndi setja sameiginlega uppbyggingu Vodafone á 3G farsímaneti með Nova á umræddum tíðnisviðum í mikið uppnám ef hin kærða ákvörðun yrði ekki staðfest. Einsog áður segir þá er forsendan fyrir því að Vodafone og Nova geta staðið saman að uppbyggingu á umræddum tíðnisviðum sú að vera með aðliggjandi tíðnisvið. Að öðrumkosti væri það samstarf sem Nova og Vodafone hafa samið um útilokað sem er ekki ásættanleg niðurstaða sérstaklega í ljósi þess að umrædd tíðnisvið hafa átt að vera laus til umráða í langan tíma.

Að mati Vodafone þá er það grundvallaratriðið í þessu máli að þau tíðnisvið sem hér um ræðir eiga ekki að vera notuð fyrir fastasambönd eins margoft kemur fram í hinni kærðu ákvörðun og ekki hefur verið hrakið í kæru Mílu. Þessi tíðnisvið hafa frá því 1992 verið frátekin fyrir ný fjarskiptakerfi sem í dag eru svokölluð 3G farsímakerfi og stefnt hefður verið að því að þau yrðu laus til ráðstöfunar fyrir þessi kerfi þegar þar að kæmi. Þá er mikilvægt að hafa í huga að Síminn fékk umrædd tíðniréttindi til umráða þegar félagiðvar ríkisfyrirtæki með einokun í fjarskiptum og því hvorki ástæða né vilji til að tímabinda réttindin eins og gert er í dag. Af þeirri ástæðu einnig er ekki hægt að fallast á það með Mílu að ekki megi afturkalla umrædd tíðniréttindi. Auk þess sem að frá því í mars 1999 hafa fyrirætlanir PFS um að afturkalla umræddar tíðnir svo að nota megi þær fyrir 3G farsímakerfi legið ljósar fyrir þar sem Símanum var tilkynnt um það sérstaklega. Því eralveg ljóst að hvorki Síminn né Míla gat litið svo á að umræddar tíðniheimildir yrðu ekki afturkallaðar miðað við forsögu málsins og aðdraganda hinnar kærðu ákvörðunar og hefðu því eðlilega átt að haga notkun sinni á þeim í samræmi við það. Þá verður ekki séð að PFS hafi á einhvern hátt eða á einhverjum tíma gefið í skyn að stofnunin hefði fallið frá fyrirhuguðum aðgerðum sínum um afturköllun umræddra tíðniheimilda.

Telja verður útilokað að Míla geti eignast betri rétt til umræddra tíðniheimilda en Síminn átti. Þrátt fyrir að Símanum hafi verið skipt upp í móðurfélag og dótturfélög þá eru bæði Síminn og Míla er í 100% eigu sömu aðila og áttu Símann hf. fyrir skipulagsbreytinguna, þannig að eignarhaldið er það sama auk þess sem stjórnunar- og fjárhagsleg tengsl milli þessara félaga eru ótvíræð. Telja verður að Símanum hafi verið vel kunnugt um fyrirætlanir PFS eins og tilvitnanir PFS í svör Símans bera með sér auk þess sem ekki er hægt að sjá að Síminn hafi mótmælt þessum fyrirætlunum eða gert verulegar athugasemdir við þær nema síður sé.

Í ákvörðun sinni nr. 7/2007 afturkallaði PFS hluta af tíðniréttindum Símans fyrir fastasambönd en féllst jafnframt á tillögu Símans um að félagið gæti notað þær tíðnir sem eftir voru þar til að þess gerðist þörf að afturkalla þær vegna uppbyggingar á 3G farsímakerfi. Það er nákvæmlega það sem PFS gerði. Í ljósi þess er alveg fráleitt að hægt sé að fallast á kröfu Mílu í þessu máli og hegna PFS fyrir það að hafa ekki afturkallað allar tíðniheimildirnar strax, þ.e. áður en þess gerðist þörf. Þá er einnig fráleitt að þaðbreyti einhverju varðandi heimildina til að afturkalla umrædd tíðniréttindi að ákvörðunin sé tekin í kjölfar beiðni frá Vodafone um tilfærslu. Það lá fyrir að frekari afturköllun yrði gerð þegar þess gerðist þörf eins og Síminn hafði

óskað eftir. Þá er ekki hægt að sleppa því að benda á að Síminn kærði ekki framangreinda ákvörðun PFS nr. 7/2007.

Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun þá ber PFS að taka mið af alþjóðlegum samþykktum varðandi skipulag og nýtingu tíðnirófsins sbr. 14. gr. fjarskiptalaga. Vodafone fór ekki séð hvernig stofnunin á að geta uppfyllt þá skyldu sína ef óheimilt er að hreyfa við þeim tíðniheimildum sem gefnar hafa verið út, sérstaklega á þeim tíma sem fjarskiptastarfsemi var í ríkiseinokun sem sinnt var af Póst- og símamálastofnun. Það gefur auga leið að nauðsynlegt er að hægt sé að ráðstafa þessum réttindum aftur til að skapa megi skilyrði fyrir samkeppni og hagkvæma nýtingu tíðnirófsins.

Vodafone tekur jafnframt undir það mat PFS að lög nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsímahafi skuldbundið stofnunina til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að tryggja að umrædd tíðnisvið yrðu laus til ráðstöfunar fyrir þessa tegund fjarskiptaþjónustu.

Geti úrskurðarnefnd ekki fallist á það að heimilt sé að afturkalla ótímabundin tíðniréttindi skv. 12. sbr. 14. gr. fjarskiptalaga þar sem þar er einungis talað um heimild til að breytaskilyrðum í úthlutuðum réttindum þá má hafa það í huga að lítill munur er á því að annarsvegar að breyta gildistíma réttinda og hins vegar afturkalla réttindi með 6 mánaðar fyrirvara. Telja verður ótvírætt að PFS sé heimilt að breyta skilyrðum réttinda. Í ljósi þess að gildistími er eitt af þeim skilyrðum sem sett eru í réttindi þá verður að telja að PFS sé heimilt að kveða á um ákveðin gildistíma á umrædd tíðniréttindi.

Grundvöllurinn í þessu máli er sá að lengi hefur legið fyrir að nota átti umrætt tíðnisvið aðeins fyrir 3G farsímakerfi. Símanum hafði verið kunnugt um það lengi og hafði auk þess þegar þurft að sætta sig við afturköllun að hluta á tíðniréttindum á þessum tíðnisviðum bóta laust. Þessar forsendur hafa ekki breyst við að heimild til að nota umræddar tíðnir hafi farið til Mílu við skipulagsbreytingar á Símanum. Að mati Vodafone hefur PFS staðið bæði rétt og eðlilega að því máli sem hér er til umfjöllunar og tekið verulega tillit til hagsmuna Símans og svo Mílu, t.a.m. með því að fresta afturköllun þar til nauðsynlegt var að úthluta tíðnunum að nýju og veita Mílu 6 mánaðar fyrirvara til að hætta notkun á umræddum tíðnum. Með vísan til framangreinds er þess krafist að úrskurðarnefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun.

Vísast að öðru leyti í málflutning félagsins fyrir PFS og nefndinni.

5.0 Málsástæður PFS.

Málsástæður PFS koma fram í greinargerð stofnunarinnar frá 4. júlí 2008 og fer viðeigandi kafli hennar hér á eftir:

Krafa varnaraðila um staðfestingu á hinni kærðu ákvörðun byggist á því að varnaraðili hafi skýra heimild samkvæmt 12. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 (hér eftir fsl.) til að breyta úthlutuðum tíðniréttindum, o.þ.m. afturkalla þau. Efnisskilyrði ákvæðisins voru uppfyllt þegar hin kærða ákvörðun var tekin og byggðist hún á lögum sjónarmiðum. Við töku ákvörðunarinnar var málsmeðferðareglum stjórnsýsluréttarins fylgt. Verður nánari grein gerð fyrir þessum sjónarmiðum hér á eftir.

Um aðalkröfuna:

Varnaraðili vísar til þess að samkvæmt 12. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 sé heimilt, í undantekningartilvikum, „þegar sérstaklega stendur á svo sem vegna breytinga á löggjöf“, að „breyta skilyrðum í almennum heimildum.“ Varnaraðili byggir á því að 12. gr. fsl. veiti stofnuninni heimild til að afturkalla að fullu tíðniréttindi sóknaraðila. Breytingar á tíðniréttindum geta verið það umfangsmiklar, að í undantekningartilvikum, við tilteknar aðstæður s.s. vegna breytinga á löggjöf að ekki er annað í boði en að afturkalla úthlutuð tíðniréttindi. Ástæður hinnar kærðu ákvörðunar voru breytingar á löggjöf, sbr. lög nr. 8/2005 um þriðju kynslóð farsíma (hér eftir lög nr. 8/2005), þar sem sú skylda er lögð á varnaraðila að úthluta tíðniréttindum fyrir þriðju kynslóð farsíma, á þeim tíðnisviðum sem tilheyra tíðniréttindum sóknaraðila (sjá nánar um forsendur hinnar kærðu ákvörðunar í kaflanum um efnisskilyrðin hér að neðan). Varnaraðili bendir á að ofangreind niðurstaða er í samræmi við skilning löggjafans á heimildum varnaraðila til að afturkalla úthlutuð réttindi samkvæmt fjarskiptalögunum.

Í athugasemdum við 6. gr., í frumvarpi því er varð að lögum nr. 8/2005, kemur fram með skýrum hætti sá skilningur löggjafans að varnaraðili hafi heimild til afturköllunar samkvæmt 12. gr. fsl., þar sem segir að: [...] ákvæði fjarskiptalaga gildi um þriðju kynslóð farsíma. Þar á meðal eru ákvæði um afturköllun og endurúthlutun leyfa og viðurlög vegna vanefnda [...].

Varnaraðili telur einnig að sú stjórnsluframkvæmd sem ríkt hefur við fyrri leyfisveitingar samkvæmt fjarskiptalögunum, þar sem reynt hefur á ákvæði um afturköllun og endurúthlutun tíðniheimilda, hafi fordæmisgildi við túlkun 12. gr. fjarskiptalaganna. Í athugasemdum í frumvarpi því er varð að lögum nr. 8/2005 er vikið að þessari stjórnsluframkvæmd með eftirfarandi hætti:

Við fyrri leyfisveitingar hefur reynt á ákvæði um afturköllun og endurúthlutun tíðniheimilda. Þegar þriðji rekstrarleyfishafinn í GSM þjónustu fékk rekstrarleyfi var þeim tveimur sem fyrir voru gert að skila hluta tíðni sem talið var að þeir höfðu ekki full not fyrir. Hugsanlegt er að á síðari stigum uppbyggingar þriðju kynslóðar farsímaneta og farsímaþjónustu muni enn á ný reyna á þessi ákvæði.

Um þá afstöðu að ljá verði stjórnsluframkvæmd tiltekið vægi við túlkun lagaákvæða vísar varnaraðili til dóms Hæstaréttar í dómasafni réttarins frá árinu 1998 á bls. 536 og umfjöllunar Róberts Ragnars Spanó prófessors, Túlkun lagaákvæða, Reykjavík 2008, bls. 261-262.

Varnaraðili byggir einnig á því að túlka þurfi 12. gr. fsl. til samræmis við þá óskráðu meginreglu stjórnsluréttarins að stjórnvöldum er heimilt, í undantekningartilvikum, að eigin frumkvæði, að afturkalla lögmatar ákvarðanir sínar. Við mat á því hvort stjórnvöldum sé það heimilt er einkum litið til ástæðna stjórnvaldsins fyrir ákvörðuninni og þýðingu ákvörðunarinnar fyrir þann sem hún beinist gegn. Um matið vísast til álits Umbodsmanns Alþingis, mál nr. 545/1991. Ástæða afturköllunarinnar er lagabreyting, líkt og vikið var að hér að ofan, sem varnaraðila er skylt að koma í framkvæmd. Við mat á því hvaða þýðingu hin kærða ákvörðun hafði fyrir sóknaraðila

þarf annars vegar að líta til fyrirsjáanleika ákvörðunarinnar og hins vegar fyrirvara og áskilnaðar löggjafans um breytingu á úthlutuðum réttindum. Stofnað var til umræddra réttinda þegar fjarskiptastarfssemi á Íslandi var í ríkiseinokun sem sinnt var af Póst- og símamálastofnun. Í því réttarumhverfi sem þá ríkti var ekki þörf á því að mæla fyrir um gildistíma þessara réttinda eða skilyrða þau á annan hátt, enda ekki um eiginlega úthlutun að ræða. Forræði yfir tíðnirófinu og hagnýting á því var þannig að fullu í höndum íslenska ríkisins, sbr. 2. gr. þágildandi fjarskiptalaga nr. 73/1984. Allt frá því að fjarskiptastarfssemi á Íslandi var gefin frjáls með lögum nr. 143/1996 hefur verið myndaður grundvöllur fyrir því að slíkum réttindum sé ráðstafað tímabundið og hefur varnaraðili haft umsjón með því. Þá hefur varnaraðili ávallt haft heimild til þess að afturkalla tíðniréttindi ef mikilvægar forsendur fyrir réttindunum breytast, t.d. vegna alþjóðlegs samkomulags sem Ísland er aðili að, sbr. 26. gr. þágildandi fjarskiptalaga nr. 143/1996, sbr. 12. gr. fsl. Stjórnarsýsluframkvæmd varnaraðila, sem vikið er að hér að ofan, gefur einnig til kynna að sóknaraðili hafi þurft að gera ráð fyrir því að varnaraðili myndi afturkalla eða breyta tíðniréttindum hans. Varnaraðili telur einnig að sá fyrirvari sem kom fram í bréfi varnaraðila til sóknaraðila, dags. 3. mars 1999, þar sem boðuð var afturköllun á umræddum tíðniréttindum varnaraðila hafi áhrif á ofangreint mat. Í bréfinu sagði að: „[...] reikna verður með því að Póst og fjarskiptastofnun muni þegar þar að kemur tilkynna með 6 mánaða fyrirvara hvenær hætta verði notkun tiltekinna tíðnisviða fyrir fastasambönd.“ Með hliðsjón af ofangreindu telur varnaraðili að hagsmunir stofnunarinnar hafi meira vægi, fyrir því að hin kærða ákvörðunin verði staðfest, sérstaklega í ljósi þess að ástæða hinnar kærðu ákvörðunar var lagabreyting sem varnaraðila var skylt að koma í framkvæmd.

Varnaraðili vill einnig vekja athygli á því að sóknaraðili mótmælti ekki fyrirhugaðri afturköllun, þegar hún var tilkynnt með áður nefndu bréfi frá 3. mars 1999. Sóknaraðili sá heldur ekki ástæðu til að mótmæla þegar afturköllunin var boðuð með bréfi, dags. 22. feb. sl., að öðru leyti en að „óþarft [væri] að fyrirhuguð afturköllun [kæmi] öll til framkvæmda þann 1. september nk.“ Varnaraðili lítur því svo á að sóknaraðili hafi samþykkt afturköllunina með tómlæti sínu, sem eitt og sér veiti heimild til afturköllunar. Um þá afstöðu að „samþykki“ veiti stjórnvaldi rétt til afturkalla lögmæta ákvörðun vísast til dóms Hæstaréttar í dómasafni réttarins frá árinu 1995 á bls. 382.

Með hliðsjón af ofangreindu og orðalagi 12. gr. fsl. telur varnaraðili að heimildin, til að afturkalla tíðniréttindi kæranda á milli tíðnisviða, sé skýr og uppfylli áskilnað lögmætisreglu stjórnarsýsluréttarins. Ekki kemur því til greina að túlka orðalag ákvæðisins þröngt samkvæmt almennum lögskýringasjónarmiðum eða kæranda í hag, enda er það ekki viðurkennt lögskýringasjónarmið. Dómur Hæstaréttar í dómasafni réttarins frá árinu 1996 á bls. 3002, sem vísað er til af hálfu sóknaraðila, hefur því ekki fordæmisgildi í málinu þar sem niðurstaða Hæstaréttar byggðist á því að hvorki í reglugerð né í síðar settum lagaheimildum var gert ráð fyrir því að fullvirðisréttur yrði skertur.

Um varakröfuna:

Komist Úrskurðarnefnd fjarskiptamála að þeirri niðurstöðu að 12. gr. fsl. veiti varnaraðila ekki heimild til að afturkalla úthlutuð réttindi, þá telur varnaraðili að ákvæðið heimili stofnunni að breyta úthlutuðum réttindum. Varnaraðili vísar til

orðalags 12. gr. fsl., þar sem segir að: „Póst og fjarskiptastofnun sé heimilt, í undantekningatilvikum, þegar sérstaklega stendur á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, að breyta skilyrðum í almennum heimildum og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda.“ Samkvæmt orðalagi ákvæðisins hefur varnaraðili því bæði heimild til að breyta úthlutuðum réttindum og skilyrðum vegna síðari úthlutanna samkvæmt IV. kafla fsl. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að: „[...] 12. gr. fjarskiptalaganna veiti stofnuninni m.a. heimild til að hagræða í tíðniskipulaginu eins og að afturkalla tiltekin réttindi eða færa þau milli tíðnisviða.“ Varnaraðili hefur því skýra og ótvíræða heimild samkvæmt 12. gr. fjarskiptalaga til að færa tíðniréttindi sóknaraðila á milli tíðnisviða líkt og kemur fram í athugasemdum við ákvæðið, í frumvarpi því er varð að fjarskiptalögunum, þar sem eftirfarandi kemur fram:

Eins og fram kemur í almennum athugasemdum við frumvarp þetta hafa breytingar á lögum um fjarskipti verið tíðar á undanförunum árum og fjarskiptamarkaður og tækni í miklum framgangi. Það þykir þess vegna nauðsynlegt að hægt sé að breyta skilyrðum sem fylgja almennum heimildum og úthlutuðum réttindum þegar svo ber undir og réttmætar ástæður eru fyrir hendi.

Varnaraðili bendir á að ofangreind niðurstaða er í samræmi við skilning löggjafans á heimildum varnaraðila til að breyta úthlutuðum réttindum samkvæmt fjarskiptalögunum, líkt og kemur fram í almennum athugasemdum í frumvarpi því er varð að lögum nr. 8/2005, þar sem eftirfarandi kemur fram:

Á þeim tíðnisviðum sem verða tekin frá fyrir þriðju kynslóð farsíma hér á landi eru nokkur fastaörbylgjusambönd í notkun. Í gildi eru um 20 leyfi í tíðnisviðinu 1900 – 1980 MHz og rúmlega 30 í sviðinu 2110-2170MHz auk þriggja leyfa í sviðinu 2010-2025 MHz. Póst og fjarskiptastofnun hefur tilkynnt leyfishöfum að þeir megi vænta þess að þurfa að flytja þessi sambönd yfir í önnur tíðnisvið.

Með hliðsjón af orðalagi 12. gr. fsl. telur varnaraðili að heimildin, til að færa tíðniréttindi kæranda á milli tíðnisviða, sé skýr og uppfylli áskilnað lögmatísreglu stjórnsýsluréttarins.

Um efnisskiyrðin:

Varnaraðili telur að efnisskiyrði 12. gr. fsl. hafi verið uppfyllt. Með hinni kærðu ákvörðun var varnaraðili að framfylgja skyldu sinni samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga nr. 8/2005, til að úthluta tíðnum til starfrækslu farsímaneta fyrir þriðju kynslóð farsíma á tíðnisviðunum 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz og 2110-2170 Mhz, sem leiðir einnig af alþjóðlegum skuldbindingum íslenska ríkisins. Samkvæmt 14. gr. fsl. skal varnaraðili stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu tíðnirófsins í samræmi við alþjóðlegar samþykktir þar af lútandi, auk þess sem varnaraðili skal gera allar viðeigandi ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem leiða af EES-samningnum sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

Á alþjóða tíðniráðstefnunni (hér eftir WRC) sem haldin var árið 1992 var ákveðið að setja til hliðar ákveðin tíðnisvið fyrir framtíðarnot í alheimsfjarskiptakerfi fyrir

landfarþjónustu sem undanfarin ár hefur gengið undir heitinu IMT-2000 (nú þriðja kynslóð farsíma samkvæmt 3. mgr. 1. gr. laga nr. 8/2005). Með sameiginlegri ákvörðun Evrópuþingsins og -ráðsins, nr. 128/1999/EC, var ákveðið að samræma innleiðingu þriðja kynslóðar farsímakerfi innan bandalagsins. Ákvörðunin var hluti af EES-rétti með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, nr. 119/1999 frá 24. sept. 1999. Samkvæmt ákvörðuninni áttu aðildarríki að gera ráðstafanir til að tryggja samhæft og framsækið framboð af þjónustu fyrir þriðju kynslóðar farsímakerfi á yfirráðasvæði ríkjanna. Ákvörðunin kvað einnig á um að úthluta skyldi tíðnum fyrir þriðju kynslóð farsíma í samræmi við ákvarðanir Samtaka póst og fjarskiptastjórna Evrópu (hér eftir CEPT) og að notaðir yrðu staðlar frá Staðlastofnun Evrópu (ETSI). Ákvörðunin mælti fyrir um að ríki stuðluðu að því að leyfishafar semdu um reiki við leyfishafa í öðrum aðildarríkjum til að stuðla að samfelldri þjónustu á efnahagssvæðinu. Í framhaldi af þessari stefnumörkun WRC var á vegum CEPT hafist handa við að gefa út ákvarðanir til aðlögunar og samræmingar innan Evrópu. Með ákvörðun, ERC/DEC/97, var kveðið á um að tíðnisviðin 1900-1980 MHz, 2010-2025 Mhz og 2110-2170 skyldu notuð fyrir þriðju kynslóð farsíma. Samkvæmt 4. tl. ákvörðunarorðanna skyldu hluti þessara tíðnisviða vera laus til ráðstöfunar 1. janúar 2002 en afgangurinn eftir þörfum. Í dag gildir ákvörðun ECC/DEC/(06)01 um samræmda notkun á tíðnisviðum.

Afturköllun, til vara breyting, á tíðniréttindum kæranda má því rekja til lagabreytingar, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 8/2005, og því heimiluð samkvæmt 12. gr. fsl., þar sem lagabreytingar eru sérstaklega tilteknar í lagaákvæðinu sem heimild fyrir breytingum á úthlutuðum réttindum. Varnaraðili telur að umrædd breyting hafi verið nauðsynleg og í samræmi við skyldur stofnunarinnar til að hagræða tíðnirófinu, sem vikið verður nánar að hér að neðan.

Varnaraðili telur einnig að sérstaklega hafi staðið á í skilningi umrædds lagaákvæðis þegar hin kærða ákvörðun var tekin, þar sem hún var tekin í því skyni að uppfylla skyldur stofnunarinnar, samkvæmt 14. gr. fsl., til að stuðla að því að skaðlegar truflanir á viðtöku þráðlausra merkja verði sem minnstar. Rannsóknir, sem m.a. hafa verið gerðar af CEPT, hafa leitt í ljós að truflunarsvæði vegna fastasambanda, líkt og tíðniréttindi sóknaraðila, ná tugi kílómetra út frá staðsetningu þeirra. Nauðsynlegt er því að hætta notkun á fastasamböndum sem koma til með að liggja inn á dreifingarsvæðum þriðju kynslóðar farsímaþjónustu. Varnaraðili telur því að sérstaklega hafi staðið á þegar hin kærða ákvörðun var tekin og að réttmætar ástæður hafi verið fyrir hendi til að gera breytingar á tíðniréttindum sóknaraðila.

Breytingin á tíðniréttindum sóknaraðila var upphaflega tilkynnt með bréfi dags. 3. mars 1999, þar sem sagði að varnaraðili myndi „tilkynna með 6 mánaða fyrirvara hvenær hætt [yrði] notkun tiltekinna tíðnisviða fyrir fastasambönd“, sem var fylgt eftir með bréfi dags. 28. janúar 2008. Áskilnaði 2. mgr. 12. gr. fsl. var því fullnægt.

Ákvörðun varnaraðila byggðist á lögum sjónarmiðum:

Sú málsástæða sóknaraðila að hin kærða ákvörðun hafi byggst á ólögum sjónarmiðum, þar sem Og fjarskipti ehf. hafi „óskað eftir því“ og það sé „óforsvaranlegt“ að varnaraðili hafi tekið ákvörðun um að breyta úthlutuðum réttindum, „eingöngu til þess að létta byrðum af tilteknum aðilum, [...] á kostnað kæranda“, á ekki við rök að styðjast. Í ákvörðuninni kemur fram að tilefni hinnar

kærðu ákvörðunar var: „Erindi frá Og fjarskiptum ehf. með ósk um tilfærslu á úthlutuðu tíðnisviði fyrirtækisins á 2 GHz vegna sameiginlegrar uppbyggingar þess á dreifineti sínu með Nova ehf., en tæknilegt skilyrði fyrir því er að tíðnisvið fyrirtækjanna séu samliggjandi.“

Varnaraðili leggur í þessu sambandi áherslu á þær skyldur sem lagðar eru á stofnunina til að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 2. tl. 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst og fjarskiptastofnun (hér eftir lög nr. 69/2003), sbr. 2. mgr. 1. gr. fsl. og í 1. mgr. 1. gr. laga nr. 8/2005. Varnaraðili bendir einnig á þær skyldur sem hvíla á stofnuninni til að skipuleggja og hagnýta tíðnirófið. Um skipulag og hagnýtingu tíðnirófsins er fjallað um í 14. gr. fjarskiptalaga, en ákvæðið er svohljóðandi:

Póst og fjarskiptastofnun skal í samræmi við alþjóðlegar samþykktir þar að lútandi stuðla að sem hagkvæmasti nýtingu tíðnirófsins og að skaðlegar truflanir á viðtöku þráðlausra merkja verði sem minnstar. Stofnunin skal skipuleggja notkun mismunandi hluta tíðnirófsins, skrá skipulagið, semja tíðniplan í samræmi við skipulagið og veita upplýsingar um tíðniplanið eftir þörfum.

Samkvæmt c. lið 2. tl. 3. gr. laga nr. 69/2003 skal varnaraðili einnig ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þessara gæða. Samkvæmt c. lið ákvæðisins skal varnaraðili hvetja alla til uppsetningar og þróunar fjarskiptaneta og gagnvirkni þjónustu sem nær til allra ríkja EES. Í 3. tl. 3. gr. laga nr. 69/2003 er síðan kveðið á um að varnaraðili skuli vinna gegn hindrunum í vegi fyrir framboðs- og fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem tengist fjarskipta- og pósthjónustu.

Varnaraðili telur að sameiginleg uppbygging á dreifinetum geti í þessu tilviki stuðlað að samkeppni fyrirtækja á fjarskiptamarkaði og hagkvæmri og skilvirkri nýtingu á tíðnisviðum.

Með vísan til þeirra lágmarkskrafna sem kveðið er á um í 3. gr. laga nr. 8/2005, um uppbyggingu og útbreiðslu farsímakerfa fyrir þráðlaust farsímakerfi, vísaði löggjafinn sérstaklega til þess í athugasemdunum í frumvarpinu að lögum, að það væri mjög líklegt „vegna eðliseiginleika þráðlausra fjarskipta á svo háu tíðnibandi þurfi netuppbygging að vera mjög þétt. Þar af leiðandi er líklegt að reyna muni í auknum mæli á samstarf rétthafa við uppbyggingu neta og reglur fjarskiptalaga um aðgang að netum og aðstöðu fjarskiptafyrirtækja.“ Í athugasemdum við frumvarpið segir ennfremur „að rétthöfum [verði] heimilt að hafa samstarf um það hvernig þeir uppfylli útbreiðslukröfur samkvæmt tilboðum sínum, þannig að ekki þurfi að byggja upp samhliða fjarskiptanet þar sem markaðsaðstæður standa ekki undir slíkri uppbyggingu.

Þau sjónarmið sem lágu að baki hinni kærðu ákvörðun, að stuðla að hagkvæmri og skilvirkri notkun tíðnirófsins, og stuðla að samvinnu við uppbyggingu neta, sem lög nr. 8/2005 beinlínis gera ráð fyrir, geta því á engan hátt talist ólögmat.

Skylda til útboðs að nýju:

Varnaraðili telur að með vísan til ofangreindra skyldna, til að stuðla að hagkvæmri og skilvirkri notkun á tíðnisviðum og til að stuðla að samtengingu neta og þjónustu með fullnægjandi og árangursríkum hætti hafi útboð samkvæmt 2. gr. laga nr. 8/2005 ekki þurft að fara fram að nýju. Hin kærða ákvörðun lýtur að hagræðingu á tíðnisviðum ekki úthlutun að nýju. Þess má geta að stofnunin hefur áður hagrætt á umræddum tíðnisviðum, þ.e. frá því að ákvörðun um einstaka úthlutanir var tekin í útboðslýsingu þar til að tíðniheimildir voru gefnar út, án þess að sóknaraðili eða aðilar honum tengdir hafi haldið því fram að efna þyrfti til nýs útboðs, sbr. tölvupóst frá tæknistjóra Símans dags. 16. mars 2007. Varnaraðili vill auk þess áréttta að ummæli í athugasemdum við 2. gr. í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 8/2005 kveða á um að „heimild“ til að láta útboð fara fram að nýju, ekki „skyldu“

Meðalhófsreglan var virt:

Hin kærða ákvörðun var tekin til að uppfylla skyldur varnaraðila samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga nr. 8/2005, og skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum, til að úthluta t.t. tíðniréttindum fyrir starfrækslu farsímaneta fyrir þriðju kynslóð farsíma. Til að ná markmiðum fjarskiptalaganna, og laga nr. 8/2005, að tryggja hagsmuni neytenda og virka samkeppni á farsímamarkaði. Auk þess sem varnaraðili var að uppfylla ofangreindar skyldur sínar til að stuðla að hagkvæmri og skilvirkri nýtingu á tíðnisviðum, að skaðlegar truflanir á móttöku þráðlausra merkja verði sem minnstar, og til að tryggja samtengingu fjarskiptafyrirtækja með fullnægjandi og árangursríkum hætti.

Með vísan til rannsókna, t.d. á vegum CEPT, sem hafa leitt í ljós að truflunarsvæði vegna fastasambanda nái tugi kílómetra frá staðsetningu þeirra, er ljóst að nauðsynlegt er að hætta notkun á fastasamböndum sem koma til með að liggja á dreifingarsvæðum þriðju kynslóðarinnar. Varnaraðili telur því að vægara úrræði hafi ekki verið í boði þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Varnaraðili telur að stofnunin hafi uppfyllt skyldur sínar, samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, til að rannsaka málið áður en ákvörðunin var tekin. Ákvæðið, um rannsóknarskyldu stjórnvalda, leggur ekki þær skyldur á varnaraðila að stofnunin sjálf standi í rannsóknum á því hvaða áhrif fastasambönd komi til með að hafa dreifingarsvæði þriðju kynslóðar farsíma. Heimilt er að byggja á rannsóknum annarra stjórnvalda, þ.á.m. Samtaka póst og fjarskiptastofnanna í Evrópu. Varnaraðili leggur áherslu á að ekkert hefur komið fram, hvorki í þessu máli eða í öðrum aðildarríkjum Samtaka póst og fjarskiptastofnanna, sem dregur umrædda rannsókn í efa. Sú málsástæða kæranda, „að kærða hafi borið að kanna hvaða fastasambönd kæranda gætu hugsanlega haft á fjarskiptakerfi Og Vodafone ehf. miðað við aðstæður í þessu tiltekna máli“, á því ekki við rök að styðjast og skortir lagastöð.

Varnaraðili álitur einnig að stofnunin hafi sýnt kæranda skilning og sanngirni varðandi hagsmuni þess. Kæranda var tilkynnt um fyrirhugaða afturköllum með mjög rúmum fyrirvara, rúmlega 9 árum áður, að hætta yrði notkun tiltekinna tíðnisviða fyrir fastasambönd. Einnig skal bent á að afturköllunin var takmörkuð við þau fastasambönd sem sannanlega mundu lenda inni á þjónustusvæðum fyrir þriðju kynslóð farsíma.

Samkvæmt framgreindu telur varnaraðili að stofnunin hafi sinnt skyldu sinni til að velja vægasta úrræðið í því skyni að ná því markmiði sem að var stefnt og að hófs hafi verið gætt í beitingu úrræðisins.

Réttmætar væntingar kæranda:

Varnaraðili telur að sóknaraðili hafi ekki getað haft „réttmætar væntingar“ til þess að halda umræddum tíðniréttindum um ókomna tíð. Um þá afstöðu vísast til fyrirsjáanleika ákvörðunarinnar og þess fyrirvara og áskilnaðar löggjafans um breytingu á úthlutuðum réttindum, sem vikið var að hér að ofan.

Um skaðabótaskyldu varnaraðila:

Með vísan til ofangreinds telur varnaraðili að skilyrði bótaskyldu séu ekki fyrir hendi. Varnaraðili vísar til þess að stofnunin hefur heimild í settum lögum, til að breyta úthlutuðum réttindum og því hefur það engin réttaráhrif á gildi ákvörðunarinnar að ekki var boðið fram greiðsla skaðabóta. Sú röksemd sóknaraðila að stjórnvald geti haft rýmri heimildir til afturköllunar, greiði það viðkomandi bætur vegna þess tjóns sem af afturköllun leiðir“, á ekki við rök að styðjast þar sem sú afstaða á eingöngu við í ólögfestum tilvikum.

Varnaraðili tekur fram í því sambandi að ganga verður út frá því að löggjafinn hafi lagt það til grundvallar við setningu laga, nr. 8/2005, að lögín samrýmdust grundvallarreglum stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Geri þau það ekki geti bótaskylda ekki hvílt á einstökum stofnunum framkvæmdavaldsins, heldur hljóti slíkar kröfur að beinast að íslenska ríkinu. Varnaraðili vísar einnig til þess að samkvæmt lögmatísreglu stjórnarskrárinnar þurfa ákvarðanir stjórnvalda að vera í samræmi við lög og eiga sér viðhlítandi stoð í þeim. Hvergi í fjarskiptalögum, lögum nr. 8/2003, eða annarri löggjöf er vikið að bótaskyldu kærða vegna breytinga á úthlutuðum réttindum samkvæmt fjarskiptalöggjöfnni. Af þessu leiðir að Úrskurðanefnd fjarskipta- og póstmála hefur ekki lagaheimild til að taka afstöðu til þess hvort hin kærða ákvörðun kunní að leiða til bótaábyrgðar. Samkvæmt því telur varnaraðili ekki nauðsynlegt að fjalla frekar um ætlaða bótaskyldu stofnunarinnar.

Vísast að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og fylgigagna.

6.0 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.

Mál það sem nú er fyrir nefndinni varðar heimild PFS til þess að afturkalla ákveðin tíðnisvið sem áður hefur verið úthlutað til aðila, í þessu tilviki Mílu ehf. Þrátt fyrir að notast sé við hugtakið „afturköllun“ er það ekki mál aðila að um sé að ræða afturköllun stjórnarsýsluákvörðunar í skilningi stjórnarsýsluréttar, heldur er hér um að ræða nýja ákvörðun þar sem breytt er skilyrðum til nýtingar tíðnisviða. Því kemur ekki til skoðunar hvort uppfyllt séu þau skilyrði sem afturköllun stjórnvaldsákvörðunar er háð í stórnarsýslurétti.

Röksemdafærsla PFS fyrir ákvörðun sinni er að heimild til afturköllunar tíðnisviða sé nauðsynleg til þess að vinna að þeim markmiðum sem stofnuninni er ætlað að

uppfylla og að túlka megi 12. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 þannig að hún taki yfir það tilvik sem um ræðir.

PFS hefur það hlutverk m.a. sbr. c.- lið 2. töluliðar 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, að ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þessara gæða. Ljóst má vera að ákvarðanir stofnunarinnar um hagnýtingu tíðnirófsins geta haft áhrif á þróun fjarskiptamarkaðarins, en samkvæmt 3. tölulið áður nefnds ákvæðis hvíla á stofnuninni ákveðnar frumkvæðisskyldur í þeim efnum, m.a. að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, sbr. a.-lið, og hvetja til uppsetningar á þeim, sbr. b.-lið. Þá ber stofnuninni ávallt að hafa að leiðarljósi í störfum sínum að virk samkeppni ríki á fjarskiptamarkaði, sbr. 2. tölulið fyrrnefnds ákvæðis svo og 2. mgr. 1. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

Nánar er fjallað um hlutverk og skyldur PFS varðandi skipulag og hagnýtingu tíðnirófsins í 14. gr. fjarskiptalaga, en ákvæðið er svo hljóðandi:

„Póst- og fjarskiptastofnun skal í samræmi við alþjóðlegar samþykktir þar að lútandi stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu tíðnirófsins og að skaðlegar truflanir á viðtöku þráðlausra merkja verði sem minnstar. Stofnunin skal skipuleggja notkun mismunandi hluta tíðnirófsins, skrá skipulagið, semja tíðniplan í samræmi við skipulagið og veita upplýsingar um tíðniplanið eftir þörfum.“

Til þess að geta rækt hlutverk sitt samkvæmt framangreindu þarf PFS að mati stofnunarinnar að hafa svigrúm til að breyta skilyrðum tíðniréttinda og, eftir atvikum, afturkalla þau ef nauðsyn krefur. Í 12. gr. fjarskiptalaga er að mati stofnunarinnar að finna heimild PFS til að gera breytingar á réttindum sem hún hefur úthlutað. Ákvæðið er svohljóðandi:

“Þegar sérstaklega stendur á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, er Póst- og fjarskiptastofnun í undantekningartilvikum heimilt að breyta skilyrðum í almennum heimildum og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda.”

Er það álit PFS að 12. gr. fjarskiptalaga veiti stofnuninni m.a. heimild til að hagræða í tíðniskipulaginu eins og að afturkalla tiltekin réttindi eða færa þau á milli tíðnisviða. Míla ehf. telur hins vegar að afturköllun með öllu sé utan gildissviðs þessa ákvæðis.

Hér þarf nefndin að styðjast við lögskýringargögn og sjónarmið á sviði þar sem fordæmi eru annaðhvort af skornum skammti eða stangast á að einhverju leyti. Helstu lögskýringarsjónarmið sem nefndin hefur úr að velja eru; skýring samkvæmt orðana hljóðan, sögulegur bakgrunnur, samræmisskýring, markmiðsskýringar, samanburðaskýringar og að lokum sérsjónarmið á tilteknum réttarsviðum.

Meginreglan er að reynt skal að skýra réttarreglur samkvæmt orðana hljóðan. Þá er litið til textaskýringar á orðum, texta og setningarfræðilegra atriða til þess að túlka hvernig eðlilegt er að lesa lagaákvæðið. Í samræmi við birtingarskyldu laga í réttarríki er mikilvægt að venjulegur borgari geti áttað sig á þýðingu réttarreglna þegar hann les þær. Sé það ekki mögulegt er honum með því gert nánast ómögulegt að haga hegðun sinni í samræmi við ríkjandi rétt.

Það hendir hins vegar stundum að textaskýring sker ekki úr um hvort ákvæðið tilvik rúmast undir tiltekinni réttarreglu. Það er raunin hér, þar sem ekki er minnst berum orðum á heimild til afturköllunar í 12. gr. fjarskiptalaga.

Nefndin lítur næst til forsögu ákvæðisins, þ.e. sögulegs bakgrunns þess og aðstæðna við tilurð þess. Hér koma lögskýringargögn eins og frumvarp að lögum og umræður á Alþingi til sögunar og markmiðið er að komast að vilja löggjafans með setningu lagana. Í fjarskiptalögum nr. 143/1996 er sérstaklega tekið fram í 26. gr. heimild PFS til afturköllunar tíðniheimilda og rennir það í sjálfur sér nokkrum stöðum undir túlkun PFS á sambærilegri grein í núgildandi lögum. Hins vegar þarf að líta til þess að hver sem ástæðan var fyrir því hefur lagatextinn breyst síðan þá. Færa má rök fyrir því að ef ætlun löggjafans hefði verið að halda sömu heimildum til afturköllunar hefði átt að orða þá ætlun skýrar í lagatextanum.

Þær ástæður fyrir afturköllun sem nefndar eru í lögnum nr. 143/1996 og nr. 107/1999 eiga ennþá við á íslenskum fjarskiptamarkaði. Hvergi í lögskýringargögnum er að finna vísbendingu um það að ætlun löggjafans hafi verið að takmarka heimildir PFS til þess að stýra hagkvæmri notkun tíðnisviða. Hins vegar verður ekki litið framhjá því að viðeigandi málsgrein var felld úr lögnum árið 2003 þegar íslenskum lögum var breytt í samræmi við rammatilskipun svokallaða um fjarskiptarétt. Ekki verður séð að söguleg skýring skeri úr um hvort túlka skal ákvæðið rúmt eður ei.

Næsta skýring sem nefndin athugaði var samræmisskýring. Þar er leitast við að skýra lög á þann hátt að samræmis sé gætt bæði innan og á milli lagabálka og lagaákvæða. Auk þess eru réttarreglur skýrðar til samræmis við venju, fordæmi, meginreglur, eðli máls og þjóðarréttarsamninga. Ekki verður annað séð en að lögskýring PFS í máli þessu sé bæði í samræmi við þjóðréttarsamninga, önnur lög og venju á þessu sviði. Má einnig leiða að því líkur að slík túlkun sé nauðsynleg til þess að önnur ákvæði fjarskiptalaga haldi gildi sínu eða sé framkvæmanleg. Mæla því nokkur rök samræmisskýringar til þess að staðfesta túlkun PFS.

Að sama skapi er túlkun PFS í takt við markmiðsskýringu, þar sem litið er til tilgangs lagana. Hlutverk PFS og tilgangur fjarskiptalaga er óneitanlega meðal annars sá að hafa yfirumsjón með tíðnisviði á Íslandi og slík umsjón krefst ákvæðina heimilda. Ef ekki er mögulegt að afturkalla áður veitt tíðnisvið er hætt við að þeim markmiðum sem höfð voru að leiðarljósi við setningu fjarskiptalaga sé stefnt í hættu. Er þetta ein meginröksemd PFS fyrir nefndinni og sú lagaskýring sem PFS virðist hafa að leiðarljósi.

Einnig má í þessu samhengi líta á þau sérsjónarmið sem gilda innan fjarskiptaréttar, þar sem aukin samkeppni og afnám aðgangshindrana er meðal takmarka PFS. Míla ehf. er í eigu Skipta hf. og er systurfélag Símans hf., fyrrum einokunarreksturaðila hér á landi og umrædd tíðniréttindi stafa frá þeim tíma sem ekki þurfti að líta til samkeppnisaðila. Tilgangur með afturköllun PFS í þessu máli er að gera nýjum aðilum, þ.e. Nova ehf., mögulegt að reka fjarskiptaþjónustu í samkeppni við Símann hf/Mílu ehf.

Samanburðaskýringar eru skýringar með samanburði við sambær erlend ákvæði og erlenda framkvæmd. Nú standa yfir breytingar á úthlutun tíðnisviða víða um heim og má segja að ríkisúthlutun sé talin gamaldags hjá sumun þjóðum og uppboð eða aðrar

leiðir sem nýta frjálsan markað njóta hylli fræðimanna. Ennþá gera þó flest reglukerfi ráð fyrir aðkomu svokallaðs ‚regulatory authority‘ eða yfirvalds sem setur starfsreglur. Hér á Íslandi er það PFS. Innan ESB og annara landa sem við berum okkur saman við er yfirvöldum víðast hvar heimilt að afturkalla veitingu tíðnisviða. Hvort þau skapa sér skaðabótaskyldu við það er hins vegar langt frá því að ríkja eining um.

Nefndinni ber hins vegar að líta til fleiri þátta en markmiðs- og samræmisskýringa. Ef túlkun sem stefnir að réttum markmiðum og er í samræmi við aðra lagasetningu er ekki lagalega tæk ber nefndinni að láta löggjafarvaldinu eftir að leiðrétta það sem eftir atvikum gæti verst gat í lagasetningu. Samkvæmt málflutningi Mílu ehf. er eitt mikilvægasta sérsjónarmið sem líta ber til í þessu máli stjórnsýsluréttarlegt. Almennt er það svo að þegar lagaákvæði hefur íþyngjandi áhrif á borgarana ber að varast það að túlka það rúmt. Enda þótt vafi leiki um hvort telja beri tíðniréttindi andlag eignaréttinda er engu að síður ljóst að heimild til notkun á ákveðnu tíðnisvið varðar atvinnufrelsi borgara. Samkvæmt því er afturköllun heimildar íþyngjandi ákvörðun og það eitt og sér gerir það að verkum að sterk rök verða að standa til þess ef beita á rýmkandi lögskýringu.

Úrskurðarnefnd þarf því að meta hvort ákvæði 12. gr. fjarskiptalaga veiti í raun og veru nægilega heimild til þess að afturkalla með öllu áður veitt tíðniréttindi. Eins og áður er að vikið standa til þess nokkur nytsemisrök að íslensk fjarskiptalöggjöf geri ráð fyrir slíkri heimild, en slík rök ein og sér eru ekki tæk sem málefnalegur rökstuðningar stjórnvaldsákvörðunar. Ekki er m.ö.o. ólíklegt að PFS þurfi á slíkri heimild að halda til þess að sinna starfi sínu.

Engu að síður er það mat nefndarinnar að sjónarmið um réttarvernd borgarans og lögáskilnaðarregla stjórnsýslunar verði að gera hærra undir höfði en öðrum sjónarmiðum. Atvinnuréttindi manna er varin af 72. grein stjórnarskrár og skýr lagaheimild verður að vera fyrir hvers konar skerðingu á þeim. Án þess að fyrir liggi skýrari vilji löggjafans má ekki skýra áður nefnda 12. gr. fjarskiptalaga svo að hún heimili svo stórfellda skerðingu á réttindum borgaranna eins og raunin er með afturköllun áður veittar tíðniheimildar. Ef PFS verður að hafa slíka heimild til þess að geta sinnt hlutverki sínu er það lagasetningarvaldsins að bæta úr vanheimild PFS, ekki nefndarinnar.

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála vísar varakröfu PFS frá ex officio sökum vanreifunar. Ekki er nægilegt að taka fram að krafist sé breytingar á ákvörðun stofnunarinnar án þess að nánar sé tilgreint hvert á tíðnirófið eigi að færa þau fastasambönd sem merkt eru nr. 6, 8, 15, 23 og 32 á yfirliti í viðauka hinnar kærðu ákvörðunar. Nefndin gerir ekki athugasemd við þá túlkun PFS á 12. gr. að hún feli í sér rétt til slíkrar breytingar en telur þær upplýsingar sem fram komi í greinargerð ekki nægja til þess að nefndinni sé unnt að taka frumákvörðun um úthlutun tíðnisviðs. Telur nefndin PFS þá stofnun sem best sé í stakk búin að ákvarða nýtingu tíðnisviða og óheppilegt að æðra sett stjórnvald taki sjálfstæða ákvörðun um það og útiloki þar með málskotsrétt aðila.

7.0 Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun PFS nr. 8/2008 frá 18. apríl 2008 um afturköllun tiltekinna tíðniréttinda Mílu ehf. fyrir fastasambönd á tíðnisviðum fyrir þriðju kynslóð farsíma er felld úr gildi.

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, 30. desember 2008

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.