

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
um frestun réttaráhrifa í máli nr. 7/2016

Kæra SagaNet-Útvarp Sögu ehf., á ákvörðun PFS, nr. 15/2016, um synjun á úthlutun á aukatíðni fyrir Útvarp Sögu og stöðvun á notkun tíðninnar 102,1 MHz.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 22. nóvember 2016, hefur SagaNet-Útvarp Saga ehf., (kærandi), kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), nr. 15/2016, um synjun á úthlutun á aukatíðni fyrir Útvarp Sögu og stöðvun á notkun tíðninnar 102,1 MHz.

Í hinni kærðu ákvörðun var það niðurstaða PFS að hafna kröfu kæranda um að fá varanlega heimild til notkunar á tíðninni 102,1 MHz til viðbótar við þá tíðni (99,4 MHz) sem félagið hafði þegar heimild til að nota á höfuðborgarsvæðinu. Þá var það einnig niðurstaða PFS að kærandi skyldi hætta notkun á tíðninni 102,1 MHz eigi síðar en 25. nóvember 2016.

Af hálfu kæranda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Kærandi gerir einnig þá kröfu að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað meðan kæran er til meðferðar hjá úrskurðarnefnd.

PFS bendir á að sérstakar ástæður þurfi að vera fyrir hendi til að fresta réttaráhrifum kærðar ákvörðunar, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd og telur stofnunin þær ástæður ekki vera fyrir hendi í máli þessu.

Er einvörðungu sá þáttur málsins er lýtur að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa tekinn til meðferðar í úrskurði þessum.

II. Helstu málsatvik

Mál þetta snýst um kröfu kæranda um úthlutun á aukatíðni fyrir Útvarp Sögu og stöðvun á notkun tíðninnar 102,1 MHz. Kærandi hefur heimild til að nota tíðnina 99,4 MHz á höfuðborgarsvæðinu og hefur Útvarpi Sögu verið útvarpað á þeirri tíðni. Kærandi sótti um úthlutun á tíðni á FM bandi fyrir dagskrána „Útvarp Saga“ til PFS hinn 8. apríl 2015. Áætlað þjónustusvæði var Kópavogur og nágrenni og var gert ráð fyrir að sendir yrði staðsettur á Vatnsenda. Ástæða umsóknar var sögð sú að mikið hefði borið á óánægju með dreifingu á svæðinu. Hinn 11. maí 2015 upplýsti PFS kæranda um að til stæði að úthluta honum tíðninni 102,1 MHz, en jafnframt að aðeins yrði heimilað að nota tíðnina 99,4 MHz út júlímánuð 2015.

Hinn 29. maí 2015 gaf PFS út leyfisbréf fyrir nýjum sendi, heimild til að nota tíðnina 102,1 MHz og afturköllun á tíðninni 99,4 MHz. Sama dag upplýsti kærandi PFS að um væri að ræða misskilning því félagið þyrfti að láta mæla hlustun á 102,1 MHz áður en ákvörðun

yrði tekin um framhaldið. Af samskiptum PFS og kæranda í framhaldinu má ráða að niðurstaðan hafi verið sú að kærandi sótti um tímabundna heimild fyrir notkun á tíðninni 102,1 MHz til 31. júlí 2015, til þess að framkvæma prófanir og heimild fyrir útsendingu á tíðninni 99,4 hafi ekki verið afturkölluð. PFS gaf því út skammtímaheimild til kæranda fyrir tíðnina 102,1 MHz til þess að félagið gæti gert prófanir á útsendingum með henni og var gildistími heimildarinnar til 31. júlí 2015. Var heimildin framlengd í nokkur skipti, fyrst til 31. júlí 2015, síðar til 30. september 2015 og loks til 30. nóvember 2015. Með bréfi PFS hinn 5. apríl 2016 veitti stofnunin kæranda lokafrest til 18. apríl 2016 til að komast að niðurstöðu um hvora tíðnina kærandi kysi að nota. Var þess krafist að notkun tíðninnar 102,1 MHz yrði hætt að þeim tíma liðnum ef niðurstaða lægi ekki fyrir.

Með tölvuskeyti til PFS hinn 20. apríl 2016 sótti kærandi um úthlutun varanlegrar heimildar á tíðninni 102,1 MHz, til viðbótar við tíðnina 99,4 MHz, til þess að tryggja útbreiðslu á höfuðborgarsvæðinu. Kom m.a. fram í beiðni kæranda að beiðnin grundvallaðist á því að kærandi hefði sent út á tíðninni 99,4 MHz í Reykjavík frá árinu 2003 en það lægi fyrir að sú tíðni næðist ekki nema takmarkað í Reykjavík og á höfuðborgarsvæðinu og næðist alls ekki í ákveðnum tegundum bifreiða. Með tilkomu og notkun Útvarps Sögu á tíðninni 102,1 MHz, sem PFS hafi gefið tímabundið leyfi fyrir til reynslu, hafi sannarlega komið í ljós að hlustunarsvæði útvarpsstöðvarinnar hefði stækkað verulega að næði að dekka þær eyður sem 99,4 MHz næði ekki til. Um væri að ræða Grafarvog, Árbæjarhverfi, Efra-Breiðholt, Suðurhlíðar og Salahverfi í Kópavogi, Vallarhverfi og nýbyggðir í Hafnarfirði, einnig allt Reykjanes að Þorlákshöfn. Með því að kærandi gæti sent dagskrá út á báðum tíðnum, þ.e.a.s. 99,4 og 102,1 MHz væri hægt að tryggja að Útvarp Saga gæti sent út á öllu suðvesturhorninu með þessum tveimur sendum, sem báðir séu staðsettir innan borgarmarka Reykjavíkur.

Með bréfi PFS, dags. 20 júní 2016, var kæranda tilkynnt að stofnunin hefði í hyggju að synja kæranda um varanlega úthlutun á aukatíðni. Í bréfinu var m.a. lýst skipulagi FM tíðnibandsins og gerð grein fyrir því að tíðni á bandinu væri takmörkuð auðlind sem nota yrði á skilvirkkan hátt vegna eftirspurnar og ekki væri svigrúm til þess í dag að úthluta fleiri en einni tíðni til hveirrar útvarpsstöðvar á sama svæði. Þá benti PFS á nokkrar leiðir til að leysa dreifingarvandamál kæranda, án þess að félagið fengi aukatíðni til umráða og var mælt með lausn sem felst í endurnotkun á tíðni, þ.e.a.s. að setja upp annan sendi á sömu tíðni. PFS kvaðst reiðubúin til samstarfs um að kanna möguleika til að bæta nýtingu og auka útbreiðslu á FM rás kæranda. Veittur var frestur til andmæla til 6. júlí 2016.

Ekki bárust athugasemdir frá kæranda við framangreindu bréfi PFS og með vísan til þess tók stofnunin í framhaldinu hina kærðu ákvörðun hinn 25. október 2016.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst þess annars vegar að hin kærða ákvörðun verði ógild. Hins vegar krefst kærandi þess að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað meðan málið er til meðferðar hjá úrskurðarnefndinni.

Í kæru er ekki að finna ítarlegan rökstuðning fyrir kröfu um frestun réttaráhrifa. Það er hins vegar ljóst að hin kærða ákvörðun felur það í sér að kæranda er gert skylt að hætta notkun á tíðninni 102,1 MHz, en mun áfram hafa heimild til notkunar á tíðninni 99,4 MHz. Þá má ráða af þeim gögnum sem fylgdu kæru að kærandi telji að hin kærða ákvörðun muni hafa þau áhrif að útsendingar kæranda náist ekki alls staðar á höfuðborgarsvæðinu. Nánar tiltekið telur kærandi að með tilkomu og notkun kæranda á tíðninni 102,1 MHz sem PFS gaf tímabundið leyfi fyrir, til reynslu, hafi sannarlega komið í ljós að hlustunarsvæði útvarpsstöðvarinnar hefði stækkað verulega og það næði að dekka þær eyður sem tíðnin 99,4 MHz ná ekki til. Um sé að ræða bætt útsendingarskilyrði í Grafarvogi, Árbæjarhverfi, Efra-Breiðholti, Suðurhlíðum og Salarhverfi í Kópavogi, Vallarhverfi, nýbyggðum í Hafnarfirði og allt Reykjanes að Þorlákshöfn. Með því að kærandi hafi getað sent dagskrá sína út á báðum tíðnum, þ.e.a.s. 99,4 MHz og 102,1 MHz væri hægt að tryggja að kærandi gæti sent út á öllu suðvesturhorninu með þessum tveimur sendum sem báðir séu staðsettir innan borgarmarka Reykjavíkur.

Fram kemur í málatilbúnaði kæranda að samkvæmt fjölmiðlalögum sé fjölmiðlum ætlað að fjármagna rekstur sinn einvörðungu með sölu auglýsinga og verði því höfuðborgarsvæðið og Reykjanes að teljast eitt og sama markaðssvæðið og skipti þá varla nokkru hvar útvarpsendar séu staðsettir til þess að ná tilætlaðri útbreiðslu. Fyrir þessari beiðni séu fyrirbyggjandi fordæmi frá PFS. Þá kemur einnig fram í málatilbúnaði kæranda að hann telji að PFS megi vera fullkunnugt um að skerðing dreifingar fjölmiðils hafi bein áhrif á rekstur hans og þar með stöðu hans á samkeppnismarkaði.

2.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við PFS að skilað yrði umsögn vegna kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa og var frestur í því skyni veittur til og með 29. nóvember 2016. Óskaði úrskurðarnefnd sérstaklega eftir því að PFS upplýsti um þau áhrif sem stofnunin teldi að hin kærða ákvörðun myndi hafa á útsendingar Útvarps Sögu á þeim tíma sem málið kynni að vera til meðferðar hjá úrskurðarnefndinni.

Fram kom í athugasemdum PFS að samkvæmt mælingum og spám tæknideildar PFS væri dreifing 99,4 MHz nokkuð lakari en dreifing 102,1 MHz og að það skýrðist að hluta til af meiri sendistyrk. PFS taldi muninn þó ekki vera mjög umtalsverðan og ef slökkt yrði á 102,1 MHz sendinum væru útsendingarskilyrði Útvarps Sögu þau sömu og þau hafa verið frá árinu 2003 og til ársins 2015 þegar leyfi til prófana á tíðninni 102,1 MHz fékkst. Hins vegar væri ekki að sjá að tíðnin 99,4 MHz bætti miklu við þá útbreiðslu sem 102,1 MHz hefði og væri því vanséð af hverju kærandi hefði ekki tekið tilboði PFS um að skipta um

tíðni. Einnig kom fram í athugasemdum PFS að fleiri útvarpsstöðvar en Útvarp Saga hefðu komist af með einn sendi á svipuðum sendistyrk og 99,4 MHz sendirinn. Þá upplýsti PFS um að stofnunin myndi ekki úthluta tíðninni 102,1 MHz til annars aðila á meðan kærúmál þetta er til umfjöllunar hjá úrskurðarnefndinni.

Tók PFS fram að það væri meginregla að kæra til úrskurðarnefndarinnar frestaði ekki réttaráhrifum ákvörðunar PFS, sbr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009. Sérstakar aðstæður þyrftu að mæla með því ef úrskurðarnefnd frestaði réttaráhrifum. PFS taldi ekki vera sérstakar ástæður til frestunar í málinu, í skilningi reglugerðarákvæðisins.

Kemur fram í greinargerð PFS að dagskráin „Útvarp Saga“ hafi verið send út í 12 ár á tíðninni 99,4 MHz án sérstakra vandkvæða, þegar stöðin fékk tímabundna heimild til prófana á 102,1 MHz. Því sé ekki um að ræða að útsendingar stöðvist, eða dreifing verði óviðunandi, ef notkun á tíðninni 102,1 MHz sé hætt. Að mati stofnunarinnar er munur á dreifingu ekki það verulegur að hann réttlæti frestun á aðgerðum stofnunarinnar til að koma í veg fyrir hið ólögsmæta ástand sem skapist með heimildarlausri notkun á tíðninni 102,1 MHz. Í því sambandi vísar PFS til 1. mgr. 62. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003.

Þá kemur fram að kærandi hafi ekki getað framkvæmt prófanir á tíðninni 102,1 MHz truflanalaust. PFS hafi lánað búnað til að hægt væri að ljúka prófunum, en búnaðnum hafi ekki enn verið skilað af hálfu kæranda. PFS telur að ef réttaráhrifum verði frestað skapist óæskilegt fordæmi. Ekki sé um það að ræða að ákvörðun PFS skapi hættuástand eða að hagsmunir fari varanlega forgörðum. Með ákvörðuninni verði aðstæður kæranda þær sömu og hann hafi búið við frá upphafi útvarpsrekstrar síns.

IV. Niðurstöður

Í 1. mgr. 8. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009, kemur fram að kæra til úrskurðarnefndar frestar ekki réttaráhrifum ákvörðunar PFS. Samkvæmt 2. mgr. greinarinnar er úrskurðarnefnd þó heimilt, að kröfu málsaðila, að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar meðan kæra er til meðferðar hjá nefndinni þegar sérstakar ástæður mæla með því, í samræmi við stjórnarsýslulög, nr. 37/1993. Í 2. mgr. 29. gr. stjórnarsýslulaga segir að æðra stjórnvaldi sé heimilt, þegar ástæður mæla með því, að fresta réttaráhrifum ákvörðunar.

Beiting undanþágunnar kemur helst til greina þegar um er að ræða íþyngjandi ákvarðanir og þegar ljóst er að tilteknir hagsmunir myndu skerðast verulega ef réttaráhrifum ákvörðunar væri ekki frestað eða ef ljóst væri að tilteknir hagsmunir kæranda færu forgörðum.

Af málatilbúnaði kæranda verður ráðið að hann byggir einkum á því að hin kærða ákvörðun muni hafa það í för með sér að hlustunarsvæði útsendinga kæranda muni minnka, þar sem útsendingar kæranda á tíðninni 102,1 MHz hafi dekkað þær eyður sem tíðnin 99,4 MHz nái ekki til. PFS telur hins vegar að tíðnin 99,4 MHz myndi ekki bæta miklu

við þá útbreiðslu sem tíðnin 102,1 MHz hefði og væri því vandséð af hverju kærandi hefði ekki tekið tilboði PFS um að skipta um tíðni. Benti PFS einnig á að ekki væri um að ræða að útsendingar stöðvist, eða dreifing verði óviðunandi, ef notkun á tíðninni 102,1 MHz sé hætt.

Hafa ber í huga að meginreglan er sú, að kæra frestar ekki réttaráhrifum kærðar ákvörðunar. Því verði að líta svo á að regla 2. mgr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009, sbr. 2. mgr. 29. gr. stjórnslulaga, sé undantekningarregla sem ber að túlka þröngt.

Eftir athugun nefndarinnar á gögnum málsins og sjónarmiðum aðila telur hún að ekki séu skilyrði fyrir því að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar. Beiting þess úrræðis kemur helst til greina þegar telja verði verulega hættu á því lögvarðir hagsmunir kæranda fari forgörðum með þeim hætti að efnisúrlausn málsins hafi í framhaldinu enga þýðingu. Í þessu máli háttar ekki þannig til. Úrskurðarnefnd hefur sérstaklega í huga að PFS hefur upplýst um að umræddri tíðni verði ekki úthlutað til annars aðila á þeim tíma sem málið verður til meðferðar hjá nefndinni. Auk þess er ljóst að hin kærða ákvörðun hefur það ekki í för með sér að útsendingar kæranda muni stöðvast, heldur er um óbreytta starfsemi að ræða frá því sem var áður en mál þetta hófst.

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

Ákvörðun um málskostnað bíður efnisúrlausnar málsins.

V. Úrskurðarorð

Kröfu kæranda um að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar er hafnað.

Reykjavík, 2. desember 2016

Þórður Bogason

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring