

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þriðjudaginn 7. september árið 2004 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 5/2004.

**Landsími Íslands hf.,  
Ríkisútvarpið  
og  
Íslenska sjónvarpsfélagið hf.**

**gegn**

**Póst- og fjarskiptastofnun**

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Landsíma Íslands hf. (LÍ), Ríkisútvarpinu (RÚV) og Íslenska sjónvarpsfélaginu (ÍS) dags. 7. júní 2004, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 10. maí 2004, en með henni hafnaði PFS kröfu kæranda um endurúthlutun á MMDS tíðnisviðinu.

Af hálfu kæranda er þess krafist að úrskurðarnefndin felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti á þann veg að sú krafa sem kærundur beindu til PFS, um endurúthlutun MMDS tíðnisviðsins, verði tekin til greina.

Af hálfu PFS er þess aðallega krafist að kæru kæranda verði vísað frá nefndinni en til vara að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 10. maí sl.

Af hálfu Íslenska útvarpsfélagsins ehf. (ÍÚ) er í fyrsta lagi gerð sú krafa að formaður úrskurðarnefndarinnar, Ólafur Garðarsson hrl., víki sæti. Í öðru lagi að máli þessu verði vísað frá nefndinni og í þriðja lagi að úrskurðarnefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttáð þannig að LÍ, RÚV og ÍS verði sóknaraðilar en PFS varnaraðili. Þá hefur að vanda öðrum hagsmunaaðilum málsins, hér ÍÚ, verið gefinn kostur á að koma að sjónarmiðum sínum, bæði munnlega og skriflega.

Þann 25. ágúst s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættur var fyrir hönd LÍ, Páll Ásgrímsson hdl., f.h. ÍS, Finnur Magnússon hdl., f.h. RÚV, Kristján Þorbergsson hrl., f.h. PFS, Sigurjón Ingvason forstöðumaður lögfræðideildar og f.h. ÍÚ Sigurður Guðjónsson hrl. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær og svöruðu spurningum nefndarmanna. Að loknum málflutningi var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

## 1.0 Málavextir.

Málavextir eru þeir helstir að með leyfisbréfi, dags. 27. júní 2003, heimilaði PFS ÍÚ áframhaldandi notkun á alls 16 MMDS rásum til stafrænna sjónvarpsútsendinga, þ.e. á rásum 2-8 og 10-18 á tíðnisviðinu 2500-2684 MHz á svæðinu frá Suðurnesjum til Akraness. Var heimildin veitt til 8 ára frá útgáfudegi fyrir annan helming rásanna (8 rásir), en til 6 ára fyrir hinn helming rásanna (8 rásir). ÍÚ hafði áður verið veitt heimild til notkunar á sama fjölda rása á þessu sama tíðnisviði til eins árs í senn.

Með bréfi dags. 16. desember 2003 óskuðu kærendur eftir því við PFS að MMDS tíðnisviðinu yrði endurúthlutað fyrir stafrænar útsendingar sjónvarps. Töldu kærendur það skjóta skökku við að úthluta einum aðila svo stóru tíðnisviði auk þess sem að sá forgangur sem ÍÚ væri veittur með úthlutun tíðnanna setti alla aðra vinnu við stafrænt sjónvarp í uppnám þar sem vandséð væri að fleira en eitt kerfi gæti þrífist á svo litlum markaði.

Með ákvörðun PFS hinn 10. maí 2004 var ósk kæranda frá 16. desember hafnað. Var ákvörðunin rökstudd með þeim hætti að úthlutun tíðna væri stjórnvaldsákvörðun sem væri bindandi þegar hún væri komin til aðila. PFS hafi ákveðið þann 27. júní 2003 að heimila ÍÚ áframhaldandi afnot af 16 MMDS rásum í 6 ár fyrir helming rásanna og 8 ár fyrir hinn helminginn. Á meðan skilyrðum sem sett voru í heimildinni væri fullnægt væri PFS óheimilt að afturkalla heimildina og á meðan heimildin og aðrar heimildir til notkunar á MMDS rásum væri í gildi gætu þær ekki komið til endurúthlutunar.

Með kæru, dags. 7. júní sl., kærðu LÍ, RÚV og ÍS ofangreinda ákvörðun PFS. Er um að ræða kæru þá sem til umfjöllunar er í máli þessu.

## 2.0 Málsástæður kæranda

Í kæru kæranda, dags. 7. júní 2004, er þess krafist að úrskurðarnefnd felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti á þann veg að krafa sem kærundur beindu til PFS, um endurúthlutun MMDS tíðnisviðsins, verði tekin til greina. Í kærinni kom m.a. eftirfarandi fram um málsástæður og lagarök:

*Til stuðnings kröfu sinni um ógildingu á hinni kærðu ákvörðun og endurúthlutun MMDS tíðnanna færa kærundur svohljóðandi meginmálsástæður:*

3.1. PFS bar að afturkalla hina úthlutun tíðna frá 27. júní 2003 – brot gegn rannsóknarreglu, lögmætisreglu, jafnræðisreglu, reglu um andmælarétt og reglum nr. 265/2001.

### 3.1.1. Rannsóknarregla brotin

*Í kröfu kæranda um endurúthlutun á MMDS tíðnum fólst eðli málsins skv. krafa um afturköllun á tíðniúthlutuninni frá 27. júní 2003 og endurúthlutun í framhaldinu. PFS bar skv. þessu á grundvelli rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, að taka til skoðunar hvort leyfisákvörðunin*

væri haldin einhverjum þeim annmörkum sem valdið gætu ógildingunni, en það er annað meginskilyrði þess að stjórnvaldi sé heimilt að afturkalla stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. tl. 25. gr. stjórnsýslulaga.

Af hinni kærðu ákvörðun frá 10. maí 2004 verður ekki séð að nein slík rannsókn hafi farið fram, heldur einungis á því byggt að úthlutun tíðna sé stjórnvaldsákvörðun sem er bindandi þegar hún er komin til aðila.

Slík rannsókn hefði með réttu átt að leiða í ljós að tíðniúthlutunin fyrir stafrænar MMDS sjónvarpsrásir var ógildanleg þar sem hún fór gegn skýrum og fortakslausum fyrirmælum 10. gr. þágildandi fjarskiptalaga nr. 107/1999 og þar með lögmætisreglunni. Rannsóknin hefði einnig leitt í ljós brot gegn jafnræðisreglu stjórnsýslulaga og reglu sömu laga um andmælarétt. Auk þess fór tíðniúthlutunin gegn 10. gr. leiðbeinandi reglna Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála nr. 256/2001.

Jafnframt skal bent á, að í aðdraganda hinnar umdeildu tíðniúthlutunar þann 27. júní 2003 fór heldur engin rannsókn fram á þörf og eftirspurn markaðsaðila eftir tíðnum á MMDS tíðnisviði. Þar sem um takmarkaða auðlind er að ræða blasir við að slík rannsókn á með réttu að fara fram áður en nokkrum tíðnum er úthlutað. Þessi málsmeðferð er í fullkonu ósamræmi við það verklag sem viðhaft var að öðru leyti í umgangsmikilli vinnu á vegum stjórnvalda við innleiðingu stafræns sjónvarps, sbr. og undirbúnings að tíðniúthlutun vegna þriðju kynslóðar farsíma.

### 3.1.2. Brot gegn 10. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 – lögmætisreglan - jafnræðisreglan

Kærendur byggja á að með tíðniúthlutuninni frá 27. júní 2003 hafi PFS í raun tekið ákvörðun um að takmarka fjölda rekstrarleyfishafa, enda einsýnt að með því að úthluta einum aðila meginþorra lausra stafrænna MMDS rása var stofnunin að koma í veg fyrir aðgengi annarra á markaðnum að þessum rásum. Með þessari ákvörðun var samkeppnisstöðu aðila á markaði því raskað stórkostlega. Að þessu leyti fór ákvörðunin því einnig gegn því meginmarkmiði þágildandi og nógildandi fjarskiptalaga að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði.

Við takmörkun á fjölda leyfishafa bar stofnuninni að viðhafa þá málsmeðferð sem mælt var fyrir um í 10. gr. laganna, en þar segir orðrétt í 3. ml. og 4. ml. 2. mgr.:

**Auglýsa skal eftir umsóknum þar sem fjöldi leyfishafa er takmarkaður. Komi upp sú staða að frumkvæði Póst- og fjarskiptastofnunar, eða að beiðni félags, að hægt sé að fjölga leyfum skal það kynnt og auglýst eftir umsóknum um viðbótarleyfi.**

Skv. 3. ml. skal fortakslaust auglýsa eftir umsóknum þar sem fjöldi leyfishafa er takmarkaður, en sem fyrr segir er á því byggt að með tíðniúthlutuninni hafi fjöldi leyfishafa í raun verið takmarkaður.

Auk þess er ljóst, að þrátt fyrir að ÍU hafi áður haft leyfi fyrir hinum hliðrænu MMDS rásum, er með stafrænni tækni a.m.k. komin upp sú staða að unnt hefði verið að fjölga leyfum stórlega. Við þær aðstæður **skal** það kynnt að hægt sé að fjölga leyfum og auglýst eftir umsóknum um viðbótarleyfi, sbr. 4. ml. 2. mgr. 10. gr. fjarskiptalaga. Skiptir hér máli að með stafrænni tækni er unnt að koma fyrir 4-6 sjónvarpsdagskrám á hverri tíðni, í stað einnar áður. Með hinni nýju tækni skapast því möguleiki til aukinnar samkeppni.

Hin umdeilda úthlutun fer að auki gegn fyrirmælum 10. gr. í heild sinni, en skv. 1. mgr. má einungis takmarka fjölda rekstrarleyfa að því leyti sem nauðsynlegt er til að tryggja hagkvæma nýtingu tíðnirófsins eða tímabundið meðan gerðar eru ráðstafanir til að fjölga rásum. Í 2. mgr. kemur síðan fortakslaust fram, að við ákvörðun um takmörkun tíðnirófs skuli leggja viðeigandi áherslu á hagsmuni notenda og örvun samkeppni. Jafnframt segir að PFS skuli birta ákvörðun sína um takmörkun á fjölda leyfishafa ásamt forsendum og endurskoða með hæfilegu millibili.

Ekki verður séð að MMDS tíðniúthlutunin uppfylli nokkurt það skilyrða, sem upp hafa verið talin. Þannig hefur til að mynda engin rannsókn farið fram á hvort takmörkunin tryggi hagkvæma notkun tíðnirófs. Ákvörðunin ber ekki með sér að við undirbúning úthlutunarinnar hafi verið litið til örvunar samkeppni. Þaðan af síður hefur PFS birt ákvörðun um takmörkun á fjölda leyfishafa ásamt forsendum.

Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/1999 segir í athugasemdum við 10. gr., að greinin komi í stað 8. gr. gildandi laga. Í athugasemdum við umrædda 8. gr. þágildandi laga um fjarskipti nr. 143/1996 segir að takmörkun á fjölda rekstrarleyfishafa skuli byggja á tæknilegum forsendum, enda sé áhersla lögð á að nægileg samkeppni myndist á einstökum þjónustusviðum. Beri því að túlka heimild til takmörkunar þröngt.

Af öllu ofansögðu er ljóst að PFS **bar** að auglýsa eftir umsóknum, sbr. orðalagið: Auglýsa **skal** o.s.frv. Með hinni ógegnisæu tíðniúthlutun braut stofnunin því gegn fortaklausri lög- og skyldubundinni reglu um málsmeðferð við veitingu leyfa. Einnig bar stofnuninni að gæta að öðrum þeim formskilyrðum 10. gr. sem rakin hafa verið hér að ofan. Jafnframt er ljóst að takmörkun á fjölda rekstrarleyfishafa á eingöngu að byggja á tæknilegum forsendum og heimild til slíkra takmarkana beri að túlka þröngt. Úthlutunin er af öllum þessum ástæðum í ósamræmi við lög og á ekki viðhlítandi stoð í lögum. Úthlutunin fer því gegn lögmætisreglu stjórnisýsluréttarins og er ógildanleg.

Þá skýtur úthlutunin verulega skökku við þar sem stjórnvöld hafa ekki verið tilbúin að úthluta VHF/UHF tíðnum til stafrænna sendinga þar til mótuð hefur verið heildarstefna vegna hinnar nýju stafrænu tækni. PFS getur þannig engan veginn réttlætt tíðniúthlutunina með skírskotun til orðalags leyfisbréfsins um áframhaldandi notkun á alls 16 MMDS rásum og að

þannig sé einungis um einhvers konar tæknilega uppfærslu á leyfisbréfi að ræða. Er þessa getið sérstaklega þar sem þessari röksemd hefur verið telft fram af fulltrúum PFS í samtölum við kærendur. Í fyrsta lagi er ekki um áframhaldandi not að ræða þar sem ÍÚ verður að hætta hliðrænum sendingum MMDS tíðnum til að geta nýtt tíðnirnar fyrir stafrænar sendingar. Í öðru lagi verðu ekki séð hvers vegna ekki var með sams konar rökum unnt að “uppfæra” til áframhaldandi nota þær UHF/VHF tíðnir sem aðilar á markaði, þ.m.t. kærendur, hafa til umráða. Tíðniúthlutunin brýtur að þessu leyti einnig gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga.

Þótt um hið úthlutaða tíðnisvið gildi, að sjónlínu þurfi frá sendi til móttakara, er ljóst, að ÍÚ hefur með henni verið sköpuð staða hliðvarðar (enska: gatekeeper), sem í raun og framkvæmd hefur umráðarétt yfir mjög öflugum jarðdreifikerfi (í lofti) sem getur strax náð til um 95% heimila á dreifisvæði sínu, sem nær frá Suðurnesjum til Akraness. Á þessu svæði búa um 70% þjóðarinnar. Í umfjöllun hagsmunaaðila erlendis, þar sem bygging stafrænna dreifikerfa hefur verið áætluð, er varað við að ráðandi fjölmiðill geti skapað sér stöðu hliðvarðar og tryggt sér þar með aðgang að notendum og um leið torvelað samkeppnisaðilum aðgang. Öll undirbúningsvinna þar sem aðilar að kærðu þessari hafa komið að, hefur miðað að samhæfðum áætlunum, ekki síst með hagsmuni neytenda að leiðarljósi.

Tíðniúthlutunin hefur aukinheldur torvelað verulega að því markmiði stjórnvalda verði náð, að aðilar á markaði sameinist um eina stafræna dreifileið í sameiginlegu dreififyrirtæki, þar sem hvati ÍÚ til að taka þátt í slíku félagi er allur minni en ella.

### 3.1.3 Brot gegn 10. gr. reglna nr. 265/2001 (reglur Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála)

Í tilvitnuðu ákvæði reglnanna er í tilteknum tilvikum mælt fyrir um skyldubundna álitsumleitan en í öðrum tilvikum er PFS og Samkeppnisstofnun heimilt að leita álits hjá hvor annarri. Það tilvik sem um ræðir í máli þessu fellur ljóslega undir skyldubundna álitsumleitan, en skv. 10. gr. **ber** Póst- og fjarskiptastofnun að ráðfæra sig við Samkeppnisstofnun áður en veitt eru leyfi til fjarskiptareksturs, sem stofnunin telur að leitt geti til markaðsráðandi stöðu leyfishafa.

Ekkert liggur fyrir í gögnum málsins um að slík álitsumleitan hafi farið fram. Engu að síður blasir við að tíðniúthlutunin frá 27. júní 2003 leiddi ekki einasta til markaðsráðandi stöðu ÍÚ á markaðnum fyrir aðgang að stafrænum sjónvarpsrásum í lofti heldur einnig til einokunarstöðu á þeim markaði, sbr. fyrri umfjöllun um stöðu ÍÚ sem hliðarvarðar. Þessi staða verður uppi a.m.k. allt þar stafrænum VHF/UHF rásur hefur verið úthlutað í kjölfar stefnumörkunar stjórnvalda þar um.

Brot gegn fyrimælum reglna um skyldubundna álitsumleitan felur í sér verulegan annmarka sem leiða átti til ógildingar tíðniúthlutunarinnar, hefði

*PFS sinnt rannsóknarskyldu sinni í kjölfar erindis kæranda frá 16. desember 2003.*

#### 3.1.4. Brot gegn 13. gr. stjórnsýslulaga, um andmælarétt

*Ekki þarf að fjölyrða um þá veigamiklu beinu einstaklegu hagsmuni sem kærundur höfðu af niðurstöðu PFS um tíðniúthlutun á stafrænum MMDS rásum til ÍÚ. Með því að taka til meðferðar beiðni kæranda um endurúthlutun er PFS í raun búin að staðfesta þessa aðilastöðu kæranda. Með vísan til þessa er einsýnt, að PFS bar í aðdraganda hinnar umdeildu tíðniúthlutunar, að gefa kærendum kost á að koma að athugasemdum og tjá sig um umsókn ÍÚ.*

*Engin slík álitsumleitan barst okkur kærendum. Þess í stað kvisaðist út síðla árs 2003, að ÍÚ hefði einu féлага verið úthlutað stafrænum sjónvarpsrásum í lofti. Þessi ákvörðun er verulega íþyngjandi fyrir kærundur og gefur ÍÚ einu féлага óafturkræft samkeppnisforskot ef ekkert verður gert til að leiðrétta hina óheimilu og ólögsmætu tíðniúthlutun. Þegar aðila máls hefur ekki verið gefinn kostur að tjá sig um jafn veigamikil atvik leiðir það til þess að íþyngjandi ákvörðun af þessu tagi er ógildanleg.*

#### **4.0 Lokaorð og áskilnaður**

*Með vísan til þess sem að ofan greinir er ljóst að PFS hefði því með réttu átt á að taka erindi kæranda frá 16. desember 2003 til ítarlegrar umfjöllunar og rannsóknar. Slík rannsókn hefði leitt í ljós verulega annmarka á hinni umdeildu tíðniúthlutun, sem lýst hefur verið hér að ofan. Svo veigamiklir annmarkar leiða einir og sér eða saman til þeirrar niðurstöðu að PFS bar að afturkalla ákvörðunina og endurúthluta tíðnunum eða í það minnsta þeim viðbótartíðnum sem hin nýja tækni hefur í för með sér. PFS kaus að gera það ekki. Þess í stað hafnaði stofnunin erindi kæranda.*

*Því liggur fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála að leiðrétta þá annmarka sem hafa verið á málsmeðferð og efnisniðurstöðu PFS í málinu með því að taka kröfugerð kæranda til greina. Er þetta að fullu í samræmi við hlutverk nefndarinnar eins og því er lýst í 2. gr. reglugerðar um nefndina, nr. 378/1999.*

*Að síðustu verður ekki hjá því komist að vekja athygli á, að hin umdeilda tíðniúthlutun frá 27. júní 2003 fór fram þegar tæpur mánuður var til gildistöku núgildandi fjarskiptalaga, en þau lög tóku gildi 25. júlí 2003. Virðist stofnunin hafa hraðað meðferð tíðniúthlutunarinnar með það sérstaklega að markmiði að hin nýju lög giltu hvorki um form eða efni. Í minnisblaði því, sem fylgir hinni kærðu ákvörðun er sérstaklega bent á að úthlutunin fór fram í tíð eldri laga og gefið til kynna að það hafi sérstakt gildi. Á sama tíma er hin umdeilda tíðniúthlutun rökstudd sérstaklega með tilvísun til c. liðs 2.tl 2. mgr. 3. gr. laga 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, en þau lög voru alls ekki í gildi þegar hin umdeilda úthlutun fór fram.*

*Svo sem fram hefur komið hér að ofan telja kærendur að tíðniúthlutunin hafi farið gegn þeim fjarskiptalögum sem í gildi voru við úthlutunina. Hins vegar má til sanns vegar færa að yngri lög eru enn afdráttarlausari í þessum efnum. Af þeim sökum verður að telja málsmeðferð PFS sérstaklega ámælisverða, einnig með hliðsjón af þeirri röskun sem ákvörðun þessi hefur haft í för með sér gagnvart áformum stjórnvalda um sameiginlegt dreififyrirtæki og stefnumörkun almennt varðandi stafrænt sjónvarp.*

### **3.0 Málsástæður PFS.**

Í greinargerð PFS, dags. 7. júní 2004, er þess aðallega krafist að kæru kæranda verði vísað frá nefndinni en til vara að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 10. maí sl. Í greinargerð sinni rekur stofnunin dæmi um þær fjölmörgu leiðir sem eru mögulegar til dreifingar á stafrænu sjónvarpi auk þess sem hún færir eftirfarandi málsástæður og lagarök fyrir kröfum sínum:

#### 3.1. Frávísunarkrafa.

*Póst- og fjarskiptastofnun byggir kröfu sína um frávísun á kröfu kæranda á því að kærendur hafi enga lögmæta hagsmuni af því að fá ákvörðun PFS hnekt. Einu lögmætu hagsmunirnir sem kærendur gætu haft í þessu máli væru að fá sjálfir úthlutun úr MMDS sviðinu til stafrænna útsendinga. Þá kröfu hafa kærendur hins vegar aldrei gert. Engar beiðnir hafa borist PFS um heimild fyrir stafrænum útsendingum á MMDS aðrar en beiðni ÍÚ. Kærendur hafa aldrei lýst áhuga sínum eða áformum um uppbyggingu dreifikerfis á MMDS, enda hafa þeir ýmist eða stendur til boða mun stærra tíðnisvið á 12GHz sviðinu. Ekki var minnst á það einu orði í erindi þeirra frá 16. desember sl. að þeir óski sjálfir eftir úthlutun. Röksemdir þeirra fyrir endurúthlutun sem tilgreindar eru í erindinu eru þær að ákvörðun PFS setji aðra vinnu við stafrænt sjónvarp í uppnám þar sem vandséð sé að fleiri en eitt kerfi geti þrífist á svo litlum markaði. Þessi röksemdafærsla bendir ekki til annars en að tilgangurinn með kærinni sé að takmarka samkeppni á markaðnum fyrir stafrænt sjónvarp. Sá tilgangur er ekki lögmætur og ber því að vísa kærinni frá.*

*Kærendur geta auk þess ekki gert kröfu um ógildingu ákvörðunar PFS frá 27. júní 2003 í þessu máli. Kæra hefði átt þá ákvörðun innan fjögurra vikna frá því að kærendum varð kunnugt um ákvörðunina, en það var sl. haust skv. því sem segir í kærinni. Ef þetta mál verður tekið til efnislegrar meðferðar er því aðeins hægt að úrskurða um hvort rétt var staðið að ákvörðun PFS frá 12. maí sl., en ekki er hægt að hrófla við ákvörðun PFS frá 27. júní 2003.*

#### 3.2. Krafa um staðfestingu ákvörðunar PFS.

*PFS krefst þess að kröfu kæranda verði hafnað og að staðfest verði ákvörðun stofnunarinnar frá 12. maí sl. um að hafna erindi kæranda. Ákvarðanir PFS frá 27. júní 2003 og 12. maí sl. eru báðar í samræmi við lög og engin heimild er til þess að ógilda þær eða fella úr gildi. Eins og*

rakið er í eftirfarandi köflum var ákvörðun um heimild ÍÚ til að nota MMDS tíðnisviðið byggð á málefnalegum sjónarmiðum og í samræmi við lög og stjórnisýsluvenjur varðandi úthlutanir sjónvarpsrása. Ákvörðunin var auk þess bindandi fyrir PFS og engar ástæður höfðu komið fram sem réttlætt gætu afturköllun hennar. Því var það augljóst að ekki var hægt að verða við erindi kæranda og meðhöndlun PFS á erindinu var eins ítarleg og ástæða var til. Málsástæðum kæranda er svarað í eftirfarandi köflum.

### 3.2.1 Rannsóknarregla.

Rannsóknarreglan fellst í því að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin. Það þarf ekki að velkjast í vafa um það að stjórnvald sem hefur tekið ígrundaða ákvörðun um ákveðið málefni nokkrum mánuðum fyrr er nægilega upplýst um alla þætti málsins og hefur þegar lagt mat á lögmæti eigin ákvörðunar. Engin ástæða er til þess að hefja sérstaka rannsókn á því hvort fyrri ákvörðunin sé afturkallanleg enda blasir við að svo er ekki og engar vísbendingar komu fram um annað í erindi kæranda dags. 16. des. 2003. Þess skal getið að í skýringariti með stjórnisýslulögum þar sem fjallað er um ógildanlegar stjórnvaldsathafnir skv. 25. gr., er sérstaklega tekið fram að mun meira þurfi til þess að ívilnandi ákvörðun verði talin ógildanleg heldur en íþyngjandi ákvörðun. Eina tilfellið sem þar er nefnt sem dæmi er ef aðili hefur veitt rangar eða villandi upplýsingar af ásetningi eða gáleysi.

Brot á rannsóknarreglu þegar fjallað er um beiðni um endurupptöku stjórnisýsluákvörðunar getur aldrei haft í för með sér ógildingu á fyrri ákvörðuninni. Brot á rannsóknarreglu getur aðeins leitt til þess að lagt verði fyrir stjórnvald að rannsaka mál betur og taka nýja ákvörðun um endurupptökubeiðnina.

Um þörf á rannsókn á tíðniþörf aðila vísast til kafla 3.2.2.

### 3.2.2. 10. gr. laga um fjarskipti nr. 107/1999.

Mikils misskilnings gætir í umfjöllun kæranda um 10. gr. laga nr. 107/1999. Ákvæðið hefur engin tengsl við þetta mál. Í fyrsta lagi vegna þess að hér var um tíðni að ræða sem þegar voru í höndum leyfishafans. Þó að tíðniheimild hafi aðeins verið framlengd um eitt ár í senn síðustu árin þá var það aðeins varnagli sem settur var ef ske kynni að tíðnisviðið yrði skipulagt upp á nýtt fyrir sjónvarpsdreifingu. Eins og áður segir var horfið frá því vegna fyrirhugaðrar notkunar þriðju kynslóðar farsíma á tíðnisviðinu.

Í öðru lagi gildi þetta ákvæði ekki um tíðniúthlutanir fyrir sjónvarp. 10. gr. fjallaði um takmarkanir á fjölda rekstrarleyfa í **fjarskiptaþjónustu**. Í skilgreiningu á fjarskiptaþjónustu í 11. tl. 3. gr. sömu laga var sjónvarp sérstaklega undanskilið. Þeir hlutar laganna sem sérstaklega fjölluðu um fjarskiptaþjónustu áttu því ekki við um sjónvarp. Um tíðniúthlutanir til sjónvarpsrekstrar fór eftir almennu ákvæði 45. gr. laganna:



*Póst- og fjarskiptastofnun skal stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu tíðnirófsins í samræmi við alþjóðlegar samþykktir þar að lútandi. Stofnunin skal skipuleggja notkun mismunandi hluta tíðnirófsins, skrá skipulagið og veita upplýsingar um skipulag einstakra tíðnisviða eftir þörfum. Stofnunin heimilar einstaklingum eða lögaðilum notkun einstakra tíðna í samræmi við framangreint skipulag.*

*Heimilt er að áskilja að tíðnir verði teknar í notkun innan hæfilegs tíma ella falli heimildin niður. Heimild fyrir tíðninotkun skal bundin við nafn og framsal vera óheimilt.*

*Póst- og fjarskiptastofnun getur synjað um tíðniúthlutun fyrir almenn fjarskiptakerfi ef umsækjandi hefur ekki aflað nauðsynlegs leyfis til reksturs fjarskiptanets.*

*Heimild til notkunar tíðni má afturkalla ef mikilvægar forsendur fyrir heimildinni breytast eða bresta, t.d. vegna alþjóðlegra samþykpta sem Ísland er aðili að.*

*Samgönguráðherra getur með reglugerð sett nánari reglur um skipulagningu og úthlutun tíðna.*

*Í b. lið 4. mgr. 6. gr. útvarpslaga nr. 53/2000 segir:*

*Póst- og fjarskiptastofnun úthlutar senditíðnum í samræmi við alþjóðasamþykktir til þeirra sem fengið hafa leyfi til útvarps, og skal þá kveðið á um tæknilega eiginleika í samræmi við settar reglur og alþjóðasamþykktir, svo sem um tíðni og útgeislað afl. Viðstöðulaust, óstytt og óbreytt endurvarp heildardagskrár erlendra sjónvarpsstöðva skal einvörðungu heimilað um þráð og/eða þráðlaust um örbylgju.*

*Í þessum ákvæðum segir ekkert um takmörkun fjölda leyfishafa eða auglýsingu tíðna. Sjónvarpstíðnir hafa aldrei verið auglýstar hér á landi, enda var enginn lagarammi til um hvernig haga skyldum úthlutunum. “Fyrstur kemur, fyrstur fær” hafði frá upphafi gilt um úthlutun sjónvarpstíðna. Það hvíldi því engin lagaskylda á Póst- og fjarskiptastofnun um að bregða út af áralangri framkvæmdarvenju í þessu máli.*

*Þó að sýnt hafi verið fram á að 10. gr. laga um fjarskipti nr. 107/1999 hafi enga þýðingu í þessu máli skal þó einnig bent á að ef hún hefði gilt um sjónvarpsþjónustu þá hefði samt sem áður ekki verið ástæða til að beita henni. Það er alveg ljóst að meginregla laganna var sú að ekki ætti að takmarka fjölda leyfishafa. Enda segir í 1. mgr. 10. gr.:*

*Einungis má takmarka fjölda rekstrarleyfa fyrir sérhverja tegund þjónustu og til uppsetningar og/eða starfrækslu fjarskiptaneta að því*

leyti sem nauðsynlegt er til að tryggja hagkvæma nýtingu tíðnirófsins eða tímabundið meðan gerðar eru ráðstafanir til að fjölga númerum.

Þetta ákvæði á fyrst og fremst við um leyfi til farsímarekstrar þar sem aðeins er hægt að nota ákveðin tíðnisvið til þess að ná sambandi við endabúnað notenda. Þar sem hver leyfishafi þarf nokkuð stóra sneið af tíðnisviðinu sem er til umráða til þess að geta rekið farsímanet á hagkvæman hátt er nauðsynlegt að setja takmarkanir á fjölda leyfishafa. Í þeim tilfellum hefur Póst- og fjarskiptastofnun auglýst rekstrarleyfi til umsóknar.

Rekstur sá sem þetta mál snýst um fellst í því að geta selt notendum aðgang að stafrænu sjónvarpi. Eins og áður segir er hægt að flytja sjónvarpsmerkin eftir fjölmörgum leiðum og þjónustan sem birtist á sjónvarpsskjá notandans er óháð því hvaða leið er farin. Það lá ljóst fyrir að fjölmörg tíðnisvið voru til reiðu fyrir þessa þjónustu og gefin höfðu verið út leyfi til notkunar á 12GHz sviðinu, m.a. til Símans. Enginn annar en ÍÚ hafði sýnt áhuga á MMDS tíðnisviðinu. Eina sérstaða þess tíðnisviðs er sú að ÍÚ hefur byggt þar upp dreifikerfi. Það var því engin ástæða til þess að PFS gerði sérstaka rannsókn á áhuga annarra aðila á tíðnisviðinu þar sem þeim stóðu aðrir möguleikar til boða.

Kærendur halda því fram að ákvörðun PFS um að heimila stafrænar útsendingar á MMDS tíðnisviðinu hafi farið gegn markmiði fjarskiptalaga um að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði. Í þessu sambandi skal bent á að um nokkurra ára skeið hefur aðeins eitt fyrirtæki, Síminn, boðið upp á stafræna sjónvarpsdreifingu hér á landi. Fyrirtækið er því einrátt á þessum markaði og hyggst enn færa út kvíarnar með dreifingu á xDSL. Það var því beinlínis nauðsynlegt fyrir samkeppni að gera öðrum fyrirtækjum kleift að komast inn á þennan markað. ÍÚ mat það svo að hagkvæmasti kosturinn væri að nýta dreifikerfi sitt á MMDS í nokkur ár í viðbót og PFS féllst á þá lausn, en önnur fyrirtæki fengu heimild á 12GHz sviðinu.

Kærendur kjósa að bera saman meðferð PFS á MMDS tíðnisviðinu og VHF/UHF tíðnisviðinu. VHF/UHF tíðnisviðið er í notkun fyrir hliðrænar sendingar í dag, en líklegt er að það verði notað fyrir stafrænar sendingar í framtíðinni og þá til frambúðar en ekki bara næstu 5-7 árin. Þetta tíðnisvið hefur komið einna helst til álita við uppbyggingu landsdekkandi dreifikerfis. Stjórnvöld hafa reynt að ná samstöðu með markaðsaðilum um uppbyggingu slíks kerfis og var stefnt að því að hafa tíðniheimildir á þessu sviði til reiðu þegar niðurstaða fengist í það mál. Því hefur rásum á UHF ekki verið úthlutað ennþá. Kærandi heldur því fram að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga með því að heimila ekki núverandi rétthöfum UHF/VHF tíðna að “uppfæra” sínar heimildir og senda út stafrænt. Staðreyndin er hins vegar sú að enginn kærenda hefur óskað þess við PFS að fá slíka “uppfærslu”, hvorki á UHF/VHF sviðinu né heldur á MMDS sviðinu.

Því er haldið fram að ÍÚ hafi verið sköpuð staða “hliðvarðar” með því að heimila stafrænar útsendingar á MMDS. Það er hins vegar bara einn

“hliðvörður” á þessu sviði í dag og það er Síminn. Síminn er eini aðilinn sem býr yfir dreifikerfi fyrir stafrænt sjónvarp. Í dag getur Síminn náð til u.þ.b. helmings þjóðarinnar í gegnum breiðbandið. Síminn hefur einnig símalínu inn á hvert heimili og getur nýtt þær flestar með xDSL tækni. Síminn á því aðeins eftir að fjárfesta í endabúnaði til þess að geta náð til flestra notenda í landinu. ÍÚ á einnig eftir að koma sér upp endabúnaði þ.e.a.s. nýjum sjónvarpssendum og aðgangskerfi og mun ekki ná til alls landsins með MMDS kerfinu. Það er því ekki hægt að sjá að ÍÚ hafi verið skapaðir nokkrir yfirburðir á þessu sviði. Hins vegar var fyrirtækinu skapaður möguleiki á samkeppni við núverandi markaðsráðandi fyrirtæki.

### 3.2.3. 10. gr. reglna nr. 265/2001.

Kærendur halda því fram að það geti leitt til ógildingar ákvörðunar PFS frá 27. júní 2003 að ekki var leitað umsagnar samkeppnisstofnunar. Í kærinni er farið rangt með heiti reglna sem vísað er til. Þær heita: “Leiðbeinandi reglur Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála.”. Það gefur augaleið að leiðbeinandi reglur geta ekki, með þeim hætti sem kærendur halda fram, valdið ógildingu ívilnandi ákvörðunar sem varðar mikilvæga hagsmuni þess sem ívilnun hefur hlotið.

Þess utan þá á 10. gr. þeirra ekki við um þetta atvik. Í fyrsta lagi er tilvitnað ákvæði takmarkað við veitingu fjarskipta- og póstrekarleyfa. Ákvörðun PFS var ekki veiting leyfis til fjarskiptareksturs í skilningi þágildandi laga, heldur heimild til áframhaldandi tíðninkunar til sjónvarpsdreifingar. Í öðru lagi taldi stofnunin og telur enn að ekki séu líkur á að ákvörðunin geti leitt til markaðsráðandi stöðu, sbr. það sem segir hér að framan í kafla 3.2.2.

### 3.2.4. 13. gr. stjórnisýslulaga um andmælarétt.

Kærendur voru ekki aðilar að því máli sem snérist um að heimila ÍÚ að nýta MMDS tíðnisviðið til stafrænna sendinga. Leyfisveitingar stjórnvalda eru í eðli sínu tvíhliða mál þar sem ekki er til að dreifa öðrum aðilum en umsækjanda og stjórnvaldi. Engin dæmi eru um það að einstakar leyfisveitingar eða tíðniúthlutanir hafi verið sendar til umsagnar hjá samkeppnisaðilum. Ef kenning kærenda væri rétt þyrfti að fara með hverja einustu leyfisveitingu í almenna opinbera umsögn því ekki er hægt að slá því föstu fyrirfram hverjir telja sig málið varða. Þeir hagsmunir sem kærendur telja sig hafa að málinu eru hvorki beinir né lögmætir. Eins og rakið er fyrr hafa kærendur ekki sóst eftir þessu tíðnisviði og hafa ekki lýst neinum einstökum hagsmunum öðrum en þeim að þeir telji ekki grundvöll fyrir rekstri fleiri en eins kerfis fyrir stafrænt sjónvarp og að möguleiki ÍÚ til þess að uppfæra kerfi sitt komi sér illa fyrir samkeppnisstöðu kærenda. Kærendur voru því ekki aðilar, né heldur áttu þeir rétt á aðild að málinu og nutu þar með ekki andmælaréttar.

#### 4. Lokaorð

Kærendur gera að umfjöllunarefni í lokaorðum sínum að ákvörðun PFS dags. 12. maí 2003 hafi farið fram stuttu fyrir gildistöku nýrra laga og eru stofnuninni ætluð ákveðin markmið í því sambandi og hún sökuð um sérstaklega ámælisverð vinnubrögð. Slík gífuryrði dæma sig sjálf. PFS lýkur afgreiðslu fjölda mála í hverjum mánuði. Að sjálfsgöðu voru mál afgreidd á síðustu mánuðum fyrir gildistöku nýrra laga eins og aðra mánuði ársins. Oft á tíðum er reynt að afgreiða mál fyrir sumarfrí þeirra starfsmanna sem koma þurfa að meðferð máls og því eru hugsanlega fleiri mál afgreidd í byrjun sumars en endranær. Mál þetta hafði verið til umfjöllunar hjá stofnuninni í rúma fjóra mánuði og ekki var eftir neinu að bíða með afgreiðslu þess. Í öllu falli er það meginregla að erindi sem fram kemur í tíð eldri laga er afgreitt samkvæmt þeim þó að afgreiðsla dragist fram yfir gildistöku nýrra laga, nema kveðið sé sérstaklega á um annað í lagaskilaákvæðum. Það hefði því ekki breytt neinu um niðurstöðu málsins þó að afgreiðsla þess hefði dregist fram á haust. Þar fyrir utan hefðu ný fjarskiptalög, sem fella sjónvarpsdreifingu undir reglur um fjarskiptaþjónustu, ekki hindrað afgreiðslu málsins þar sem ekki er skortur á tíðnum fyrir stafrænt sjónvarp eins og áður hefur verið lýst.

Hér að framan er gerð grein fyrir þeim sjónarmiðum og lagarökum sem lágu að baki umræddum ákvörðunum PFS 27. júní 2003 og 12. maí 2004. Sýnt hefur verið fram á að kærendur hafi ekki lögmetta hagsmuni af því að fá kröfu sína viðurkennda. Þeir ýmist hafa eða stendur til boða stærra tíðnisvið en ÍÚ hefur til umráða og einn kæranda hefur nokkurra ára forskot í framboði stafræns sjónvarps hér á landi.

Auk þeirra raka sem koma fram hér að ofan vísar PFS til rökstuðnings sem fram kemur í hinn kærðu ákvörðun og útrekar kröfu sína um að kærinni verði vísað frá nefndinni eða til vara að hin kærða ákvörðun PFS verði staðfest.

#### 4.0 Málsástæður ÍÚ.

ÍÚ var einnig gefinn kostur á að koma að sjónarmiðum sínum og kröfum við nefndina. Í greinargerð, dags. 5. júlí 2004 krefst fyrirtækið þess í fyrsta lagi að formaður úrskurðarnefndarinnar, Ólafur Garðarsson hrl., víki sæti í kærumáli þessu. Í öðru lagi er gerð sú krafa að málinu verði vísað frá nefndinni og í þriðja lagi að úrskurðarnefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun. Færir ÍÚ eftirfarandi rök fyrir kröfum sínum:

##### I. Krafa um að formaður víki sæti.

Íslenska útvarpsfélagið gerir þá kröfu í fyrsta lagi að formaður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, Ólafur Garðarsson, víki sæti í kærumáli þessu.

*Krafa Íslenska útvarpsfélagsins um að formaður víki sæti byggir á hæfisreglum stjórnarsýsluréttar sbr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sem gilda um starfsemi nefndar þessarar.*

*Íslenska útvarpsfélagið er dótturfélag Norðurljósa. Á árum 2001 til 2003 áttu Norðurljós í verulegum fjarhagsvandræðum. Skuldaði félagið m.a. J.P. Morgan Chase, ABN Amro bank, Staal bank, NIB bank og Landsbanka Íslands 60 milljónir bandaríkja dala samkvæmt lánasamningi frá júlí 1999. Forsvarsmenn Íslenska sjónvarpsfélagsins þeir Gunnar Jóhann Birgisson, sem skrifar undir kærnu í máli þessu fyrir Íslenska sjónvarpsfélagið, og Kristinn Geirsson þáverandi framkvæmdastjóri Íslenska sjónvarpsfélagsins reyndu vorið 2002 með atbeina Búnaðarbanka Íslands að knýja Norðurljós í gjaldþrota. Auk þess áttu fulltrúar Íslenska sjónvarpsfélagsins fund í Lundúnum með fulltrúum áðurgreindra lánveitenda Norðurljósa með það að markmiði að fá keypt lán bankanna til Norðurljósa. Lögmaður Íslenska sjónvarpsfélagsins á fundinum í Lundúnum var formaður úrskurðarnefndarinnar, Ólafur Garðarsson hrl.*

*Formaður úrskurðarnefndarinnar er því vanhæfur til meðferðar kærnumáls þessa sbr. 3. og 6. tl. 1. mgr. 3. gr. laga 37/1993 og ber að víkja sæti.*

## **II. Krafa um að málinu verði vísað frá úrskurðarnefndinni.**

*Íslenska útvarpsfélagið gerir í öðru lagi þá kröfu að úrskurðarnefndin vísi máli þessu frá.*

*Krafa um frávísun byggir á því að kærundur geti ekki átti samaðild að umsókn um úthlutun tíðna fyrir stafrænt sjónvarp á 2,5 GHz tíðnisviðinu og eigi því ekki lögvarða hagsmuni að því að fá hnekk ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 10. maí 2004.*

*Skal í þessu sambandi bent á eftirfarandi:*

*Landssími Íslands hafði að því er best er vitað ekki fengið úthlutað útvarpsleyfi samkvæmt útvarpslögum nr. 53/2000 þegar hann krafðist þess 16. desember 2003 ásamt meðkærendum að Póst- og fjarskiptastofnun endurúthlutaði tíðnisviðum fyrir stafrænar sjónvarpsútsendingar sbr. skjal nr. 9.*

*Eftir breytingu þá sem forsætisráðherra beitti sér fyrir á útvarps- og samkeppnislögum á síðasta þingi sbr. lög nr. 48/2004 er ríkishlutafélagið Landssími Íslands útilokað frá því að geta fengið útvarpsleyfi til sjónvarps í skilningi útvarpslaga. Sú breyting á nefndum lögum sem forsætisráðherra hefur nú boðað breytir engu hér um.*

*Landssími Íslands á og rekur stórt og umfangsmikið grunnnet. Á hluta þessa nets rekur félagið svokallað Breiðvarp. Starfsemi Breiðvarpsins fellst í að dreifa um þráð viðstöðulaust, óstytt og óbreytt heildardagskrám erlendra sjónvarpsstöðva. Til slíkrar starfsemi þarf ekki útvarpsleyfi samkvæmt útvarpslögum. Að sögn forsvarsmanna Landssíma Íslands nær*

Þetta dreifikerfi ríkishlutafélagsins til um 35 þúsund heimila á Reykjavíkursvæðinu. Landssími Íslands hefur auk þess keypt kapalkerfi, sem áður tilheyrði Rafveitu Hafnarfjarðar síðar Hitaveitu Suðurnesja. Á því kerfi dreifði Íslenska útvarpsfélagið öllum sjónvarpsrásum sínum þ.á.m. svokölluðu Fjölvarpi, sem er sams konar starfsemi og fellst í Breiðvarpi Landssíma Íslands. Eftir að Landssími Íslands eignaðist kapalkerfið í Hafnarfirði hefur hann útilokað Íslenska útvarpsfélagið frá því að dreifa Fjölvarpinu um kapalkerfið til að tryggja samkeppnisstöðu Breiðvarpsins. Mál vegna þessa hefur verið til meðferðar hjá samkeppnisyfirdöðum í um tvö ár.

Samkvæmt útvarpslögum má dreifa um örbylgju viðstöðulaust, óstytt og óbreytt heildardagskrám erlendra sjónvarpsstöðva sbr. b-lið 4. mgr. 6. gr. útvarpslaga nr. 53/2000. Á grundvelli þessarar lagaheimildar er Fjölvarpið rekið. Í útvarpslögum er ekki að finna neina skilgreiningu á hugtakinu örbylgja en almennt er þar átt við tíðnisviðið yfir 1 GHz. Á tíðnisviðinu 2,5-2,7 GHz eru í dag í það minnsta 23 rásir. Allt frá árinu 1993 hefur Íslenska útvarpsfélagið verið að byggja upp sjónvarpsdreifikerfi á 16 rásum á þessu tíðnisviði. Sú sjónvarpsstarfsemi felur að hluta í sér, eins og að framan greinir, samskonar starfsemi og Landssími Íslands rekur undir heitinu Breiðvarp, en til viðbótar er dreift Stöð 2, Sýn, Bíórásinni og Rúv.

Landssími Íslands hefur hvorki útvarpsleyfi né heldur hefur ríkishlutafélagið sýnt fram á það að það skorti rásir til Breiðvarps starfsemi sinnar. Landssími Íslands hefur því enga lögvarða hagsmuni af því að hnekkja ákvörðun Póst- og fjarskipastofnunar. Slíkt hlýtur almennt að vera nauðsynlegt í stjórnsýslumálum líkt og dómsmálum.

Þá verður þess jafnframt að geta að Landssími Íslands hefur þegar hafið stafræna dreifingu sjónvarpsmerkja Ríkisútvarpsins og Íslenska sjónvarpsfélagsins (Skjá eins) á Breiðbandi sínu. Forstjóri félagsins hefur jafnframt lýst því yfir opinberlega að félagið muni í nánustu framtíð hefja dreifingu sjónvarpsmerkja með ADSL-tækni um grunnnet sitt og geti með slíkri tækni náð til yfir 90% heimila hér á landi. Sú dreifing á að vera stafræn.

Póst- og fjarskiptastofnun hefur því með ákvörðun sinni ekki sett vinnu við uppbyggingu stafræns sjónvarps hjá Landssíma Íslands í uppnám, eins og segir í áðurgreindu bréfi frá 16. desember 2003. Landssíma Íslands, ríkishlutafélagi, virðist ganga það eitt til að að koma í veg fyrir að Íslenska útvarpsfélagið, útvarpsfyrirtæki í einkaeigu, sem lýtur útvarpslögum, framleiðir og dreifir dagskrám eigin fjölmiðla, geti byggt upp eigið dreifikerfi sem reka má í samkeppni við dreifikerfi Landssíma Íslands, sem að mestu er enn þá bara fyrir endurvarp erlendra sjónvarpsdagskráa.

Taki úrskurðarnefndin undir kröfur Landssíma Íslands væri í raun verið að fá þessu ríkishlutafélagi algjöra yfirburði varðandi uppbyggingu dreifikerfis fyrir sjónvarp og einokun. Slíkt er andstætt þeim hugmyndum sem búa að baki evrópskri fjarskiptalöggjöf sem gildir á Íslandi sbr. nú lög nr. 81/2003.

*(b) Ríkisútvarpið starfar samkvæmt lögum nr. 122/2000. Samkvæmt 4. gr. laganna ber ríkisstofnun þessari að senda út til landsins alls og næstu miða tvær hljóðvarpsdagskrár og minnst eina sjónvarpsdagskrá árið um kring.*

*Engin gögn hafa verið lögð fram um það af hálfu Ríkisútvarpsins að það eigi að hefja stafrænar hljóðvarps- eða sjónvarpsútsendingar. Þvert á móti liggur fyrir að ráðherra fjarskiptamála, sem ekkert hefur þó með málefni útvarps að gera, vill að aðilar á útvarps og fjarskiptamarkaði komi saman að uppbyggingu sameiginlegs dreifikerfis fyrir stafrænt útvarp, sem nái til landsins alls. Ráðherrann gerir sér þó grein fyrir því að á stærri markaðssvæðum geti orðið samkeppni um dreifingu enda annað væntanlega ekki hægt lögum samkvæmt hér á landi.*

*Varðandi landsdekkandi stafrænt sjónvarp hefur samgögnuráðherra fyrst og fremst horft til notkunar á UHF-tíðnisviðinu. Engin skortur er á tíðnum á því sviði hvorki á höfuðborgarsvæðinu né á landsbyggðinni. Ríkisútvarpið hefur því ekki sýnt fram á að það hafi lögvarða hagsmuni af því að hindra uppbyggingu einkarekins útvarps á stafrænu útvarpsdreifikerfi; hljóð- eða sjónvarpsdreifikerfi.*

*(c) Íslenska sjónvarpsfélagið er einkarekin sjónvarpsstöð sem lýtur varðandi starfsemi sína útvarps- og fjarskiptalögum. Félagið hefur nú þegar yfir að ráða einni af þeim 23 rásum sem til staðar eru á 2,5-2,7 GHz tíðnisviðinu. Af hálfu félagsins hefur ekki verið sýnt fram á það að það geti ekki fengið leyfi hjá Póst- og fjarskiptastofnun til að hefja stafrænar sjónvarpsútsendingar á rás þessari eða öðrum lausum rásum í þessu tíðnisviði. Slíkt gæti sjö til áttfalda dagskrárframboð félagsins, ef um eina rás væri að ræða. Þá liggur fyrir að að öllum rásum á þessu tíðnisviði hefur ekki verið úthlutað.*

*Með vísan til þess sem að framan hefur verið rakið er ljóst að Ríkisútvarpið, Landssími Íslands og Íslenska sjónvarpsfélagið eiga enga þá sameiginlegu hagsmuni sem kalla á breytingu á ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar frá 10. maí 2004 og endurúthlutun á 2,5-2,7 GHz tíðnisviðinu svokölluðu MMDS-tíðnisviði.*

*Samstarf þessara aðila, sem miðar að því að hindra Íslenska útvarpsfélagið í því að byggja upp stafrænt sjónvarpsdreifikerfi á Faxaflóasvæðinu, kann þvert á móti að vera andstætt 10. gr. samkeppnislaga sem bannar hvers kyns samninga og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa það að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað. Hið ólögmeða samráð kærenda kemur glöggt fram á bls. 6 í kæru þeirra og fylgiskjali nr. 9.*

*Þar er því m.a. haldið fram að leyfi Póst og fjarskiptastofnunar til Íslenska útvarpsfélagsins til reksturs stafræns sjónvarps sé fordæmalaust. Svo er ekki því stofnunin hafði áður veitt Íslandsmiðli og Íslenska útvarpsfélaginu heimild til uppbyggingar svokallaðrar margmiðlunar þjónustu á tíðnisviðinu 10,7 GHz og þar fyrir ofan án þess að til nokkurs útboðs á þessum rásum*

kæmi. Ekki er að sjá að kærendur hafi talið þá ráðstöfun andstæða sameiginlegum hagsmunum um uppbyggingu stafræns dreifikerfis. Þess má hér geta að Íslenska útvarpsfélagið hefur skilað inn leyfi sínu til reksturs margmiðlunarþjónustu og almenns þráðlauss fjarskiptanets á tíðnisviðinu 10,7-10,9 GHz sbr. fylgiskjal nr. 4 með kærinni.

Stafræn dreifikerfi hér á landi verða væntanlega jafn mörg og hinn frjálsi markaður leyfir og kveður á um, en ekki bara eitt ríkiskerfi, þó ríkið kunnir hins vegar að þurfa að koma að uppbyggingu og rekstri stafræns dreifikerfis í dreifbýlustu svæðum landsins.

Í þessu máli líkt og öðrum sem varða útvarp og fjarskipti verður að hafa það hugfast að Landssími Íslands, ríkishlutafélag, er markaðsráðndi fjarskiptafyrirtæki í skilningi laga um fjarskipti nr. 81/2003 og samkeppnislaga nr. 8/1993 og að Ríkisútvarpið hefur þá sérstöðu að nánast allir eigendur sjónvarps- og hljóðvarpsviðtækja verða að greiða stofnuninni mánaðarlegt útvarpsgjald sem nýtur lögveðréttar. Sé það ekki greitt má svipta eiganda viðtækis umráðum þess til uppboðssölu. Þessi staða fyrirtækjanna útilokar þau frá hvers kyns aðgerðum eða atilögum gegn einkareknum útvarps- eða fjarskiptafyrirtækjum sem eiga í samkeppni við þau og miða sérstaklega að því að draga úr samkeppnishæfi einkafyrirtækjanna við hin ríkisreknu félög/stofnanir. Jafnframt verður að telja að ríkishlutafélögum/stofnunum sé með öllu óheimilt að taka undir sinn verndarvæng lítil einkarekin útvarpsfyrirtæki eins og reyndin er í þessu máli. Slík fyrirtæki verða eins og öll önnur að geta gætt hagsmuna sín sjálf og ættu í raun að eiga samleið með öðrum einkareknum fyrirtækjum í baráttu þeirra gegn ríkisrekstri hvers kyns.

### **III. Krafa um staðfestingu á ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar.**

Íslenska útvarpsfélagið gerir þá kröfu í þriðja lagi að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar verði staðfest.

Íslenska útvarpsfélagið átti enga aðild að máli því sem hin kærða ákvörðun fjallar um og kom því engum athugasemdum að og vissi ekki um tilvist málsins fyrr en því barst afrit af hinni kærðu ákvörðun. Ljóst er hins vegar að málið varðar félagið miklu, þar sem það hefur lagt í mikla vinnu og mikinn kostnað við að byggja upp stafrænt dreifikerfi á 2,5-2,7 GHz-tíðnisviðinu.

Íslenska útvarpsfélagið hefur í rúmlega 10 ár notað mismargar rásir á 2,5-2,7 GHz tíðnisviðum til hliðrænna sjónvarpsdreifinga; síðustu ár hefur félagið haft yfir að ráða 16 rásum af 23. Þann 27. júní 2003 veitti Póst og fjarskiptastofnun Íslenska útvarpsfélaginu leyfi til að hefja stafræna sjónvarpsdreifingu á 2,5-2,7 GHz tíðnisviðinu. Þessi ákvörðun var eða mátti vera kunn öllum aðilum á fjarskipta- og útvapsmarkaði strax og hún lá fyrir. Málsskot vegna ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar var úti fjórum vikum síðar sbr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003. Ákvörðuninni verður því ekki hnekk með því að búa til nýtt mál sem lýtur að



því að krefjast endurúthlutunar á 2,5- 2,7 GHz-tíðnisviðinu í heild sinni eins og kærendur gera kröfu um.

Úthlutun tíðna af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar er ívilnandi stjórnarathöfn eða -ákvörðun. Ívilnandi stjórnarathafnir eða -ákvæðanir verða almennar ekki teknar til baka af hálfu stjórnvalda og alls ekki að kröfu annarra aðila t.d. samkeppnisaðila sbr. að þessu leyti 24. gr. stjórnsýslulaga, sem fjallar um skilyrði fyrir endurupptöku stjórnsýslumála og hins vegar 25. gr. sem fjallar um skilyrði afturköllun stjórnvaldsákvæðana eða stjórnarathafna. Breytir í því sambandi engu hvort þriðji maður telji að einhverjar reglur stjórnsýslulaga hafi verið brotnar af hálfu stjórnvaldsins, eins og byggt er á í kærðu Landssíma Íslands, Ríkisútvarpsins og Íslenska sjónvarpsfélagsins frá 7. júní 2004. Þeir aðilar, sem fá leyfi stjórnvalda til að stunda einhverja tiltekna leyfisbundna atvinnustarfsemi verða að mega treysta því að leyfið gildi þann tíma sem því er markaður með þeim skilmálum sem það geymir. Önnur regla mundi skapa hreinan og kláran glundroða og óþolandi starfsumhverfi fyrir leyfishafa, sem aldrei gæti treyst því að leyfi hans hefði þann gildistíma sem það kvæði á um.

Íslenska útvarpsfélaginu er með öllu ómögulegt að skilja þá fullyrðingu í kæruskjali á bls. 7 að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki gætt rannsóknarreglu 10. gr. stjórnssýslulaga þegar það veitti félaginu heimild til stafrænna útsendinga á tíðnum sem félagi hefur haft til afnota um árabíl. Rétt væri að kærendur upplýstu hvað það var sem stofnunin átti að rannska frekar áður en hún tók þá ákvörðun að heimila Íslenska útvarpsfélaginu stafræna dreifingu á 2,5- 2,7 GHz-tíðnum, sem félagið hefur lengi haft til afnota.

Eins og fram er komið hér að framan fól leyfisveiting Póst- og fjarskiptastofnunar til Íslenska útvarpsfélagsins þann 27. júní 2003 ekki í sér neina takmörkun fjölda rekstrarleyfishafa fyrir stafrænt sjónvarp. Engin skortur er á tíðnum fyrir stafrænt sjónvarp hér á landi. Virðist í raun meira framboð en eftirspurn eftir tíðnum til sjónvarps dreifinga um loftið í íslenskri lögsögu.

Leyfisveiting Póst og fjarskiptastofnunar til Íslenska útvarpsfélagsins fór því ekki í bága við 10. gr. eldri fjarskiptalaga nr. 107/1999, sem ber yfirskriftina „Takmörkun á fjölda rekstrarleyfishafa“, eins og haldið er fram í kæruskjali á bls. 7. Ákvæði þetta geymir þá grunnreglu fjarskiptaréttar að einungis megi takmarka fjölda rekstrarleyfa fyrir sérhverja tegund þjónustu og starfrækslu fjarskiptaneta ef slíkt er nauðsynlegt til að tryggja hagkvæma nýtingu tíðnirófsins. Eins og fyrr er vikið að er engin skortur hér á landi á tíðnu fyrir stafrænt sjónvarp. Ekki hefur verið sýnt fram á það að leyfi Íslenska útvarpsfélagsins feli í sér óhagkvæma nýtingu tíðnirófsins, sem í boði er hjá íslenskum stjórnvöldum. Engra auglýsinga var því þörf af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar þegar hún veitti Íslenska útvarpsfélaginu heimild til að hefja stafrænar útsendingar á 2,5 til 2,7 GHz tíðnum sem félagið hefur lengi haft afnot af. Með því var Póst- og fjarskiptastofnun þvert á móti að tryggja hagkvæma nýtingu tíðnirófsins og örva samkeppni,

sem virðist þyrnir í augum Landssíma Íslands, Ríkisútvarpsins og Íslenska sjónvarpsfélagsins. Kæra þessara aðila og kröfur miða að hinu gagnstæða. Landssími Íslands vill ná undir sig allri dreifingu á sjónvarpi bæði á kapli og um loftið. Forsvarsmenn Landssíma Íslands virðast með málatilbúnaði telja sig vera að ganga erinda stjórnvalda einkum samgögnuráðherra, sem reyndar hefur sett fram þá tillögu að stafrænu sjónvarpi hér á landi skulu dreift um eitt dreifikerfi, nema á stærstu markaðssvæðunum. Þar á að mati ráðherrans að ríkja samkeppni. Slíkt vill Landssími Íslands ekki.

Íslenska útvapsfélagið fær heldur ekki botn í þá fullyrðingu kæranda að brotið hafi verið gegn andmæla- og jafnræðisreglu stjórnsýslulaga við leyfisveitinguna. Eins og fyrr sagði má helst ráða af kærinni að kærundur séu að gæta hagsmuna stjórnvalda sbr. að þessu leyti bls. 9 og 10 í kærinni. Kæran virðist því fela í sér um einhvers konar óbeðinn erindrektur þar sem:

- i) Íslenska sjónvarpsfélagið hefur ekki látið á það reyna hvort það geti fengið að hefja stafrænar útsendingar á rás sinni á 2,5 til 2,7 GHz tíðnisviðinu eða öðrum tíðnum.
- ii) Landssími Íslands hefur ekkert útvapsleyfi og því vandséð hvaða hagsmunum hann hefur af því að fá rásir á 2,5 til 2,7 tíðnisviðinu eða aðrar tíðnir sem ætlaðar eru sjón- eða hljóðvarpi, en ríkishlutafélag þetta er með þær kröfur uppi gagnvart Póst- og fjarskiptastofnun sbr. fylgiskjöl með kærni nr. 5, 7 og 8. Síðasta nefnda bréfið er einhvers konar klögubréf forstjóra Landssíma Íslands til samgögnuráðherra. Samkvæmt tilgreindum bréfum gerir Landssími Íslands kröfu til þess að fá 15 UHF-tíðnir úthlutaðar til að byggja upp margmiðlunarþjónustu og stafræna dreifingu á Faxaflóasvæðinu.
- iii) Starfsemi Ríkisútvarpsins er bundin í lög. Engin kvöð hefur verið lögð á Ríkisútvarpið um frekar útbreiðslu eða stafræna dreifingu á sjónvarpi eða hljóðvarpi.

Þá byggja kærundur á því að Póst- og fjarskiptastofnun hafi brotið gegn 10. gr. reglna nr. 265/2001 með því að hafa ekki samráð við Samkeppnisstofnun. Kærundur gefa sér í þessu sambandi að leyfi Póst- og fjarskiptastofnunar til Íslenska útvapsfélagsins geri það markaðsráðandi fyrirtæki. Fulltrúi Ríkisútvarpsins, sem undir kærana ritar, virðist hér gleyma því að Ríkisútvarpið er markaðsráðndi á hljóðvarps- og sjónvarpsmarkaði, þar sem allir eigendur viðtækja þurfa að greiða útvarspsgjald til þess að viðlögðum viðtækja missi. Breytir í því sambandi engu hvort dreifitæknin er hliðræn eða stafræn. Fulltrúi Landssíma Íslands virðist einnig hafa gleymt því að Landssími Íslands er markaðsráðndi fyrirtæki á fjarskiptamarkaði m.a. þeim sem lýtur að dreifingu sjónvarpsmerkja á Íslandi. Landssími Íslands notar sér einnig eignarhald sitt á kapalkerfum, Breiðbandinu, t.d. í Hafnarfirði og Reykjavík til að útiloka flutning Fjölvarps Íslenska útvapsfélagsins, sem er í beinni samkeppni við Breiðvarp Landssíma Íslands. Vandséð er að Póst- og fjarskiptastofnun þurfi að fá sérstaka staðfestingu á þessu hjá Samkeppnisstofnun.

## 5.0 Niðurstaða

### 5.1 Krafa ÍÚ um að formaður víki sæti

ÍÚ gerir þá kröfu að Ólafur Garðarsson hrl., formaður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, víki sæti við úrlausn máls þessa. Vísar ÍÚ máli sínu til stuðnings til þess að formaður nefndarinnar hafi komið fram sem lögmaður eins kæranda, ÍS, á fundi félagsins í Lundnúnum með nánar tilgreindum lánveitendum ÍÚ, en markmið fundarins hafi verið að fá keypt lán þeirra til Norðurljósa, móðurfélags ÍÚ. Hafi fundurinn verið liður í áætlun ÍS og tilgreinds banka um að knýja Norðurljós í gjaldþrot. Sé formaðurinn því vanhæfur til meðferðar málsins og beri að víkja sæti. Er vísað til 3. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 í þessu sambandi.

Í 3. gr. stjórnsýslulaga segir að starfsmaður eða nefndarmaður sé vanhæfur til meðferðar máls ef fyrir hendi eru tiltekin tengsl við aðila máls sem tilgreind eru í sex töluliðum í ákvæðinu. Ekki verður séð að þau tengsl sem lýst er í greinargerð ÍÚ geti fallið undir annan lið en 6. tl. ákvæðisins, hinnar svonefndu matskenndu hæfisreglu. Þar segir nánar að nefndarmaður sé vanhæfur til meðferðar máls, þrátt fyrir að þau sjónarmið sem rakin eru í töluliðum 1-5 eigi ekki við, ef fyrir hendi eru að öðru leyti aðstæður sem fallnar séu til þess að draga óhlutdrægni hans í efa með réttu.

Í því tilviki sem ÍÚ vísar til í greinargerð sinni leitaði einn málsaðila, ÍS, til formanns úrskurðarnefndarinnar sem sjálfstætt starfandi lögmanns, með tiltekið afmarkað verkefni. Er hér um að ræða eina verkefnið sem formaðurinn hefur tekið að sér fyrir fyrirtækið og átti hann engra hagsmuna að gæta um niðurstöðuna. Ekki verður því séð að þessi störf formannsins fyrir ÍS séu til þess fallin að draga óhlutdrægni hans í efa í kærumáli þessu. Þá kannast formaðurinn ekki við forsendur þær er ÍÚ gefur sér í kröfunni um hugsanlega ætlan ÍS og tilgreinds banka um að knýja Norðurljós í gjaldþrot.

Í þessu sambandi má einnig vísa til álits umboðsmanns Alþingis í málinu nr. 2275/1997 en þar segir m.a.:

*Eins og umboðsmaður Alþingis hefur áður vikið að í álitum sínum frá 26. september 1996 í málinu nr. 1391/1995 (SUA 1996:451), frá 15. mars 1996 í málinu nr. 1310/1994 (SUA 1996:409) og frá 12. júní 1996 í málinu nr. 1508/1995 (SUA 1996:185), verður að ganga út frá þeirri meginreglu að starfsmaður verði almennt ekki vanhæfur til meðferðar máls samkvæmt 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga enda þótt hann hafi kynnst aðila máls í starfi sínu. Það sama gildir þótt starfsmaður hafi unnið að einstökum verkefnum með aðila máls eða starfað með honum í aðalstarfi sínu. Hafi samstarfið verið náð og umfangsmikið og staðið í langan tíma kann öðru máli að gegna.*

Með hliðsjón af framangreindu er kröfu ÍÚ, þess efnis að formaður víki sæti, hafnað.

### 5.2 Frávísunarkrafa:

PFS krefst þess aðallega í greinargerð sinni að kröfu kæranda verði vikið frá nefndinni. Vísar stofnunin til þess að kærendur hafi enga lögæta hagsmuni af því að

fá ákvörðun stofnunarinnar hnekkt, enda hafi þeir aldrei farið fram á eða lýst áhuga sínum á að fá heimild fyrir stafrænum útsendingum á MMDS tíðnisviðinu, enda hafi þeir ýmist heimild til slíkra útsendinga á 12GHz tíðnisviðinu eða standi það til boða. Rökstuðningur kæranda fyrir endurúthlutun þess efnis að ákvörðun PFS setji aðra vinnu við stafrænt sjónvarp í uppnám þar sem vandséð sé að fleiri en eitt kerfi geti þrífist á svo litlum markaði, bendi til þess að tilgangurinn með kærinni sé að takmarka samkeppni á markaðnum fyrir stafrænt sjónvarp en sá tilgangur sé ekki lögmætur. Því beri að vísa kærinni frá.

Úrskurðarnefndin telur varhugavert að ætla að kærundur hafi enga lögmæta hagsmuni af því að fá ákvörðun PFS hnekkt þrátt fyrir að kærundur hafi aldrei farið fram á né lýst áhuga sínum á að fá heimild til stafrænna útsendinga á MMDS tíðnisviðinu. Fellst nefndin því ekki á kröfu PFS um frávísun á þeim grundvelli.

Frávísunarkrafa ÍÚ byggir að sumu leiti á sambærilegum sjónarmiðum og frávísunarkrafa PFS en í greinargerð félagsins kemur fram að kærundur skorti ekki möguleika til útsendingar stafrænnar hljóðvarps- eða sjónvarpsútsendinga. Því eigi þau enga þá sameiginlega lögvarða hagsmuni sem kalla á breytingu á ákvörðun PFS. Varðandi þann hluta frávísunarkröfunnar vísast til þess er segir hér að framan.

Ennfremur byggir ÍÚ á því að kærundur geti ekki átt samaðild að umsókn um úthlutun tíðna fyrir stafrænt sjónvarp á 2,5 GHz tíðnisviðinu.

Úrskurðarnefndin fellst ekki á kröfu ÍÚ um frávísun á ofangreindum grunni. Að jafnaði á aðili máls á neðra stjórnarsýslustigi kærudaðild að sama máli. Ekki virðist heldur vera tilhneiging til þess að setja kærudaðild þröngar skorður. Með hliðsjón af ofangreindu verður að telja að kærundur eigi nægjanlegra hagsmuna að gæta til að þeir geti átt samaðild að máli þessu.

PFS segir í kafla 3.1. í greinargerð að kærundur geti ekki gert kröfu um ógildingu ákvörðunar PFS frá 27. júní 2003 í þessu máli. Kæra hefði átt þá ákvörðun innan fjögurra vikna frá því að kærendum varð kunnugt um ákvörðunina. Sá tími hafi liðið án aðgerða af hálfu kæranda. Krefst PFS þess að ef mál þetta verði tekið til efnislegrar meðferðar þá verði aðeins úrskurðað hvort rétt var staðið að ákvörðun PFS frá 12. maí 2004 en að ekki sé hægt að hrófla við ákvörðun PFS frá 27. júní 2003.

Í 13. grein laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 er fjallað um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Þar segir orðrétt í 1. mgr.:

*“Ákvarðanir Póst- og fjarskiptastofnunar sæta kærnu til sérstakrar nefndar, úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Skal kærnan berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar”.*

Í 4. grein reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála nr. 378/1999 er síðan hnykktt á ofangreindum fresti og bætt við að kærnu sem berst eftir lok fjögurra vikna kærufrests skv. 8. grein laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nú 13. grein, skuli að öllu jöfnu vísa frá nefndinni.

Kæra LÍ, RUV og ÍS er dagsett þann 7. júní 2004. Í kærinni kemur fram að kærendum hafi “**síðla árs 2003** borist fregnir af úthlutun PFS á tíðnum fyrir stafrænt sjónvarp á 2,5 GHz tíðnisviðinu (MMDS), til handa Íslenska útvarpsfélaginu hf. ÍÚ”.

Stutta síðar segir í kærinni: “Til þess að freista þess að leiðrétta þá miklu röskun á samkeppnisstöðu fyrirtækja á sjónvarpsmarkaði, sem þessari ógegnsæu ákvörðun fylgir, fóru kærndur þess á leit, með bréfi dags. **16. desember 2003** að MMDS tíðnisviðinu fyrir starfænar útsendingar yrði endurúthlutað”. Þó að orðalag gefi til kynna að kærendum hafi verið kunnugt um úthlutun PFS nokkru fyrir dagsetningu ofangreinds bréfs er óvarlegt að miða við aðra dagsetningu en 16. desember 2003. Kæran er dagsett **7. júní 2004** eða nær 6 mánuðum síðar. Kærufresturinn er því löngu liðinn. Úrskurðarnefnd um fjarskipta- og póstmál getur því ekki tekið til meðferðar þau atriði sem ákvörðun PFS frá 27. júní 2003 lítur að. Önnur niðurstaða gerði tímafresti laganna og reglugerðarinnar marklausa.

Til skoðunar í þessu máli er því einungis höfnun endurúthlutunar af hálfu PFS sbr. ákvörðun stofnunarinnar frá 10. maí 2004 en kærndur krefjast þess að úrskurðarnefndin felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti á þann veg að krafa sem kærndur beindu til PFS um endurúthlutun MMDS tíðnisviðsins verði tekin til greina.

### 5.3 Krafa kæranda um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar

#### 5.3.1 Rannsóknarreglan

Kærndur krefjast þess að úrskurðarnefnd felli hina kærðu ákvörðun úr gildi og breyti á þann veg að sú krafa sem kærndur beindu til PFS, um endurúthlutun MMDS tíðnisviðsins, verði tekin til greina. Vísa kærndur til þess að í kröfu þeirra um endurúthlutun á MMDS tíðnisviðinu frá 16. desember 2003 hafi eðli málsins skv. falist krafa um afturköllun á ákvörðun PFS frá 27. júní 2003 þar sem tíðniúthlutunin fór fram og krafa um endurúthlutun í framhaldinu. Hafi PFS á grundvelli rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 (ssl.) borið að taka til skoðunar hvort leyfisákvörðunin frá 27. júní 2003 væri haldin einhverjum þeim annmörkum sem valdið gæti ógildingu en það er annað megin skilyrði þess að stjórnvaldi sé heimilt að afturkalla stjórnvaldsákvörðun sbr. 2. tl. 25. gr. ssl. Ekki verði séð að slík rannsókn hafi farið fram enda hefði hún leitt í ljós að ákvörðunin væri ógildanleg þar sem hún stæðist hvorki ákvæði laga þágildandi fjarskiptalaga, ákvæði stjórnisýslulaga né leiðbeinandi reglur PFS og Samkeppnisstofnunar.

Skv. ofangreindu er ljóst að kærndur halda því fram að PFS hefði átt að rannsaka, sbr. 10. gr. ssl., hvort að ákvörðunin frá 27. júní 2003 væri haldin einhverjum þeim annmarka sem réttlætti afturköllun ákvörðunarinnar sbr. 2. tl. 25. gr. Ekki verði séð að slíkt hafi verið gert og því sé ákvörðunin ógildanleg að þeirra mati.

Við mat á því hvort að PFS hafi uppfyllt skilyrði 10. gr. ssl. við könnun á hugsanlegu ógildi ákvörðunarinnar frá 27. júní 2003 og afturköllun hennar verður að hafa eftirfarandi sjónarmið í huga:

- a. Í rannsóknarreglu 10. gr. ssl. kemur fram að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Þegar PFS tók ákvörðun um tíðniúthlutunina taldi hún sig hafa þær upplýsingar sem nægðu til að byggja á. Þessi ákvörðun var ekki kærð af hálfu kæranda, þrátt fyrir að þeim hafi orðið hún kunnug í síðasta lagi þann 16. desember 2003.

- b. Í bréfi kæranda til PFS frá 16. desember 2003, þar sem krafist er endurúthlutunar á MMDS tíðnisviðinu, eru engin rök færð fyrir því að ákvörðunin frá 27. júní sé haldin slíkum annmörkum að ógildingu varði. Reyndar er ekki minnst á það einu orði. Því er einungis lýst að kærendum finnst það “skjóta skökku við ef það er stefna stjórnvalda nú að úhluta aðeins einum aðila svo stóru tíðnisviði.” Þá lýsa kærendur þeirri skoðun sinni “að sá forgangur sem þetta skref hefur í för með sér setji aðra vinnu við stafrænt sjónvarp í uppnám”. Bréf kæranda til PFS er almennt orðað með vísan til MMDS tíðnisviðsins í heild. Þar er ekki fjallað um ákvörðun stofnunarinnar frá 27. júní 2003 og þar kemur ekki fram að kærendur telji ákvörðunina haldna verulegum annmörkum og hún sé þannig ógildanlega að þeirra mati.

Því verður ekki talið að PFS hafi borið að kanna það sérstaklega, hvort að fyrri ákvörðun hennar, sem ekki hafði verið kærð eða komið fram athugasemdir við innan kærufrests, væri ógildanleg, enda engin rök færð fyrir slíkri niðurstöðu.

5.3.2. Brot gegn 10. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 – lögmætisreglan — jafnræðisreglan. Brot gegn 10. gr. reglna nr. 265/2001, brot gegn 13. gr. ssl. um andmælarétt.

Í bréfi kæranda til PFS frá 16. desember 2003, þar sem krafist er endurúthlutunar, eru eins og áður er vikið að engin rök færð fyrir því að ákvörðunin frá 27. júní 2003 hafi verið haldin slíkum annmörkum að ógildi varði. Hvergi er þar minnst á brot gegn 10. gr. fjarskiptalaga, brot gegn lögmætisreglunni, jafnræðisreglunni, brot gegn leiðbeinandi reglum Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 265/2001 eða að andmælaréttur hafi verið brotinn á kærendum. Sömu sjónarmið eiga því við hér og að ofan. Bréf kæranda frá 16. desember 2003 gaf PFS ekki á nokkurn hátt tilefni til þess að kanna sérstaklega hvort ofangreind lög, reglur eða réttindi hafi verið brotin.

Kröfu kæranda um að ákvörðun PFS frá 10. maí 2004 verði felld úr gildi er því hafnað.

## 6.0 Úrskurðarorð

Kröfu Íslenska Útvarpsfélagsins ehf. um að formaður úrskurðarnefndar víki sæti er hafnað.

Frávísunarkröfu Póst- og fjarskiptastofnunar og Íslenska útvarpsfélagsins ehf. er hafnað.

Kröfu Landsíma Íslands hf., Ríkisútvarpsins og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. þess efnis að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 10. maí 2004 verði felld úr gildi er hafnað.

Úrskurð þennan þarf að bera undir dómstóla innan sex mánaða frá því að aðilar fengu vitnesku um hann.

Reykjavík, 7. september 2004

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárasón, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.