



# PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

## Ákvörðun nr. 37/2015

**Beiðni 365 miðla ehf. um breytingu á 2. gr. tíðniheimildar A á 800 MHz tíðnisviðinu.**

### I.

#### **Erindi 365 miðla ehf.**

Póst- og fjarskiptastofnun barst erindi, dags. 10. apríl sl., frá 365 miðlum ehf. þar sem óskað var eftir því að stofnunin gerði breytingar á skilyrðum tíðniheimildar A á 800 MHz tíðnisviðinu (801-806/842-847 MHz), dags. 3. apríl 2013, sem félagið er tíðnirétthafi að, varðandi tímamörk útbreiðslu- og uppbyggingarkrafna 2. gr. tíðniheimildarinnar.

Samkvæmt töflunni hér að neðan fara 365 miðlar ehf. fram á að skilyrðum tíðniheimildarinnar er varðar útbreiðslu til 99,5% lögheimila og 10 Mb/s gagnaflutningshraða verði seinkað um sex ár, en um fjögur ár hvað varðar 30 Mb/s gagnaflutningshraða. Óskar félagið eftir að 2. gr. tíðniheimildarinnar verði breytt og orðist svo:

*Tíðnirétthafi skuldbindur sig til að tryggja að 97% lögheimila og vinnustaða, með heilsárs starfsemi, hvers landssvæðis, sbr. viðauki I, standi til boða 10 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2016, en 99,5% framangreindra lögheimila og vinnustaða standi til boða 10 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2022 og 30 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2026, sbr. eftirfarandi tafla:*

|                   | Útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur |      |           |      |           |      |
|-------------------|-----------------------------------|------|-----------|------|-----------|------|
|                   | 31.des.16                         |      | 31.des.22 |      | 31.des.24 |      |
| Landssvæði        | %                                 | Mb/s | %         | Mb/s | %         | Mb/s |
| Höfuðborgarsvæðið | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Austurland        | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Norðausturland    | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Norðvesturland    | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Suðurland         | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Vesturland        | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Vestfirðir        | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |

365 miðlar ehf. byggja beiðni sína á 1. mgr. 12. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti en þar segir að „[p]egar sérstaklega stendur á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, er Póst- og fjarskiptastofnun heimilt að breyta skilyrðum í almennum heimildum og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda.“ Vísar félagið til tveggja megin ástæðna fyrir beiðni sinni sem, að mati félagsins, hafa breytt umhverfi fjarskiptamarkaðarins það mikið að nauðsynlegt er, og réttlætir, að breytingar séu gerðar á tíðniheimildinni. Uppfylli það skilyrði lagaákvæðisins um að sérstakar aðstæður. Í fyrsta lagi er um að ræða samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf., sbr., ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 14/2014, um samnýtingu tíðniheimilda félaganna, og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 14/2015, um að heimila samstarf félaganna. Í öðru lagi er um að ræða fyrirhugaða uppbyggingu ljósleiðaranets um landið allt á vegum ríkisins, sbr. skýrslu starfshóps innanríkisráðherra, *Ísland ljóstengt*, frá mars 2015 og yfirlýsingar forsætisráðherra frá árinu 2014.

## II.

### Forsaga

Líkt og fram kemur í erindi 365 miðla ehf. þá tók félagið þátt í uppboði sem haldið var á vegum Póst- og fjarskiptastofnunar á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum í ársbyrjun 2013. Félagið bauð í tvær tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu, A og B heimild. Að afloknu uppboði voru umræddar tíðniheimildir gefnar út til handa félaginu, tíðniheimild A (791-801/832-842 MHz) með gildistíma til 25 ára en tíðniheimild B (801-806/842-847 MHz) til 10 ára. Greiddi félagið um 100 milljónir króna fyrir afnot umræddra tíðna.

Framangreindar tíðniheimildir voru boðnar upp í samræmi við skilmála uppboðsins sem birtir voru á heimasíðu stofnunarinnar þann 17. desember 2012. Umræddir skilmálar fóru í gegnum samráðsferli á haustmánuðum 2012 og fylgdi þeim skýrsla verkfræðistofunnar Mannvits þar sem sett var fram mat á umfangi og kostnaði á útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum þeim sem settar voru fram í skilmálunum varðandi tíðniheimild A.

Tíðniheimild A hefur að geyma umtalsverðar útbreiðslu- og uppbyggingarkvaðir, sbr. 2. gr. tíðniheimildarinnar sem eru samhljóða þeim sem settar voru fram í skilmálum uppboðsins. Fyrir aðila sem ekki hafði yfir að ráða tíðniheimildum til að veita UMTS/3G þjónustu voru kröfurnar eftirfarandi:

| Útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur |           |      |           |      |
|-----------------------------------|-----------|------|-----------|------|
| Landssvæði                        | 31.des.16 |      | 31.des.20 |      |
|                                   | %         | Mb/s | %         | Mb/s |
| Höfuðborgarsvæðið                 | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Austurland                        | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Norðausturland                    | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Norðvesturland                    | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Suðurland                         | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Vesturland                        | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| Vestfirðir                        | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |

Þá segir einnig í skilmálum uppboðsins sem og í tíðniheimildinni að „[í] þeim tilvikum sem sendir þjónar fimm lögheimilum eða minna (vinnustaðir þar með taldir) er tíðnirétthafa heimilt að óska eftir því að íbúi/íbúar fyrir sérhvert lögheimili geri bindandi samning við tíðnirétthafa um fjarskiptaþjónustu til 6 mánaða. Sé slíkur bindisamningur ekki samþykktur af a.m.k. einu

*lögheimilanna skal tíðnirétthafi tilkynna PFS ætlun um að undanskilja útbreiðslu á viðkomandi svæði með því setja ekki upp umræddan sendi. Hafi bindisamningi verið hafnað er ávallt hægt að krefjast þess af tíðnirétthafa að setja upp sendi, ef a.m.k. eitt lögheimili er tilbúið að skuldbinda sig til þjónustu síðar, enda eigi tíðnirétthafi þá ennþá eftir að uppfylla markmið um útbreiðslu.“ Þá er í skilmálunum og í tíðniheimild A skýrt kveðið á um að tíðnirétthafi skuli skila inn uppbyggingaráætlunum á þar tilgreindum dagsetningum. Þannig á tíðnirétthafi að skila stofnuninni, fyrir 1. maí 2015, áætlun um hvernig hann hyggst byggja upp útbreiðslu fyrir árið 2015. Fyrir 1. febrúar 2016 skilar tíðnirétthafi tímasettri áætlun vegna útbreiðslu og uppbyggingu fyrir 31. desember 2016 en sú tímaáætlun skal vera nokkuð ítarleg.*

365 miðlar ehf. tóku ekki þátt í samráði stofnunarinnar á skilmálum uppboðsins en sendu inn beiðni um þátttöku í uppboðinu fyrir tilskilinn frest og uppfylltu öll þau skilyrði sem sett voru fyrir slíkri þátttöku í skilmálum uppboðsins. Félagið var eina félagið sem bauð í umræddar tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu en félagið bauð þó einnig í tíðniheimildir á 1800 MHz tíðnisviðinu en hlaut ekki. Félagið gerði ekki tilraunir til að bjóða í fleiri tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu en A og B. Í samræmi við niðurstöður uppboðsins gaf Póst- og fjarskiptastofnun út tíðniheimildir A og B til handa félaginu.

### III.

#### Lagaumhverfi

Póst- og fjarskiptastofnun hefur umsjón með framkvæmd fjarskiptamála hér á landi, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, og felast verkefni hennar m.a. í því að annast framkvæmd laga, nr. 81/2003, um fjarskipti og stuðla að því að markmið þeirra náist, sbr. 1. tl. 3. gr. fyrrgreindu laganna. Þá er það jafnframt hluti af verkefnum stofnunarinnar að stuðla að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu, vinna gegn röskun á henni, hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta, stuðla að nýbreytni og stuðla að þróun upplýsingasamfélagsins með markvissri innleiðingu nýrrar tækni og vinnubragða, sbr. a. og b. liðir 2. tl. og f. lið 3. tl. 3. gr. laganna.

Stofnunin hefur umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og hefur eftirlit með framkvæmd fjarskiptalaga, sbr. 2. mgr. 2. gr. laganna. Póst- og fjarskiptastofnun hefur umsjón með tíðnimálum hér á landi á grundvelli IV. kafla laganna og reglugerð nr. 1047/2011, um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum, og úthlutar réttindum til einstakra fyrirtækja ásamt því að setja skilyrði fyrir notkun tíðnanna, sbr. 10. gr. laganna, þ.m.t. að tryggja að efndar séu skuldbindingar sem gengist er undir við úthlutun tíðniréttindanna og að notkun þeirra sé skilvirk, sbr. a. og f. liði 1. mgr. greinarinnar. Þá getur ráðherra, í ákvörðun sinni um uppboð, tiltekið hvort réttindi skuli bundin skilyrðum sem þjóna eigi samfélagslegum markmiðum, t.d. að ákveðin þjónusta verði boðin á tilteknu útbreiðslusvæði, sbr. 7. mgr. 11. gr. laganna, en Póst- og fjarskiptastofnun annast framkvæmd uppboðs að öllu öðru leyti.

Í 12. gr. fjarskiptalaga er fjallað um breytingar og afturköllun á réttindum. Ákvæðið er svohljóðandi:

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

Réttindi til notkunar tíðna og númera má afturkalla í þágu almannahagsmuna ef mikilvægar forsendur fyrir réttindunum breytast eða breyta, t.d. vegna alþjóðlegra samþykka sem Ísland er aðili að.

Fyrirhugaðar breytingar og afturkallanir skulu kynntar hagsmunaaðilum, þ.m.t. notendum, með hæfilegum fyrirvara sem þó skal ekki vera styttri en mánuður.

Ef gildistími réttinda til notkunar á tíðnum eða númerum er framlengdur er Póst- og fjarskiptastofnun heimilt að gera breytingar á skilyrðum réttindanna eða bæta við skilyrðum.“

Ákvæðið, í framangreindri mynd, var sett inn í fjarskiptalög með lögum, nr. 34/2011, um breytingu á lögum um fjarskipti, nr. 81/2003, með síðari breytingum. Áður hafði ákvæðið verið mun einfaldara í sniðum og kvað á um að þegar sérstaklega stæði á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, væri stofnuninni í undantekningartilvikum heimilt að breyta skilyrðum í almennum heimildum og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda. Þá var kveðið á um að slíkar breytingar skyldu kynntar hagsmunaaðilum með eins mánaðar fyrirvara. Breytingarnar á ákvæðinu árið 2011, fólu því fyrst og fremst í sér heimild til að afturkalla tíðniréttindi sem og að veita stofnuninni skýra heimild til að breyta skilyrðum heimilda eða bæta við þau við framlengingu tíðniheimildar.

Í athugasemdum við frumvarp er varð að lögum nr. 81/2003, um fjarskipti segir um greinina að nauðsynlegt sé að mögulegt sé að breyta skilyrðum sem fylgja úthlutuðum réttindum þegar réttmætar ástæður séu fyrir hendi og í einstaka tilfellum kunni enn fremur að vera nauðsynlegt að endurskoða skilyrði „ ... *vegna verulegra breytinga á forsendum þó að ekki verði gerðar breytingar á lagarammanum.*“ Sem dæmi um breytingar á forsendum er í dæmaskyni nefnt ef nýjar rannsóknir leiða í ljós að auknar kröfur þurfi að gera til að varna rafsegulgeislun, ef breytingar eru gerðar á skipulagi tíðnirófsins eða vegna samruna eða skiptingar fyrirtækja. Þá er sérstaklega tekið fram í athugasemdum við greinina að breytingar á skilyrðum varði atvinnuréttindi fyrirtækja og því verði ekki gerðar íþyngjandi breytingar nema í algerum undantekningartilvikum þegar mjög ríkar ástæður krefjast.

Við lagabreytinguna árið 2011 var ekki gerð efnisleg breyting á ákvæði 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga. Einungis var gerð orðalagsbreyting þar sem tekið var út að stofnuninni væri einungis í *undantekningartilvikum* heimilt að breyta skilyrðum fyrir úthlutun réttinda. Í frumvarpinu er varð að breytingarlögunum segir um greinina að nauðsynlegt sé fyrir stofnunina að geta breytt „ ... *skilyrðum og inntaki réttinda fjarskiptafyrirtækja þegar sérstaklega stendur á.*“ Er í athugasemdunum sérstaklega vísað til breytinga alþjóðlegra samþykka um tíðninotkun, breytinga á alþjóðlegum samningum sem gætu leitt til þess að breytinga sé þörf, svo sem breytingar á tilskipunum Evrópusambandsins þar sem kveðið er á um hvaða skilyrði eiga að gilda um fjarskiptastarfsemi. Þá er jafnframt í frumvarpinu fjallað um að ákvæðið hafi ekki verið mikið notað, að mjög sjaldgæft sé að grípa þurfi til íþyngjandi aðgerða á grundvelli þess og að því skuli aðeins beitt þegar knýgjandi þörf sé fyrir hendi. Með lagabreytingunni kom einnig

inn ný málsgrein þegar kemur að framlengingu réttinda og er stofnuninni veitt skýr heimild til breytinga á skilyrðum sem og setningu viðbótarskilyrða í slíkum tilvikum.

Með ákvæðinu er fyrst og fremst verið að tryggja stofnuninni skýra lagaheimild til að gera íþyngjandi breytingar á ákvæðum tíðniheimilda eða afturkalla þær. Er alveg ljóst að við töku íþyngjandi ákvarðana, sem fela í sér skerðingu á takmörkuðum eignarréttindum aðila, verður stjórnvald að byggja á skýrum heimildum, ákvörðunin verður að falla að markmiðum þeirra laga sem það starfar eftir sem og að falla að meginreglum stjórnsýsluréttarins t.a.m. um meðalhóf. Í athugasemdum við frumvarp það er varð að fjarskiptalögum nr. 81/2003, segir að nauðsynlegt sé fyrir stjórnvöld að geta breytt skilyrðum sem fylgja úthlutuðum réttindum þegar réttmætar ástæður eru fyrir hendi og endurskoða skilyrði þeirra vegna verulegra breytinga á forsendum þeirra, t.a.m. vegna breytinga á tíðnirófi eða samruna eða skiptingar fyrirtækja. Þannig, segir í athugasemdunum, að ekki þurfi ávallt að vera gerðar breytingar á lagarammanum svo íþyngjandi inngrip stjórnvalda séu réttlætunleg.

Með breytingu á ákvæðinu árið 2011 var, líkt og áður segir, gerð minniháttar orðalagsbreyting þar sem orðið *undantekningartilvik* var tekið úr lagatextanum. Þannig var í raun verið að rýmka þau tilvik þar sem stofnuninni er heimilt að gera breytingar á skilyrðum tíðniheimilda. Í athugasemdum við breytingarlagafrumvarpið kemur fram að nauðsynlegt er fyrir stofnunina að geta breytt skilyrðum og inntaki réttinda þegar sérstaklega stendur á. Eru einnig nefnd í dæmaskyni tilvik þegar breytingar eru gerðar á Evróputilskipunum eða alþjóðlegum samþykktum fyrir notkun og skipulagningu tíðnirófsins. Af öllum lögskýringargögnum verður ekki annað lesið en að ákvæðinu sé ætlað að vera nægjanleg stoð og lagagrundvöllur undir töku íþyngjandi stjórnvaldsákvarðana, enda var það sérstakur tilgangur með breytingu á ákvæðinu árið 2011, sér í lagi þegar kemur að afturköllunarheimild stjórnvalda á slíkum heimildum. Er í athugasemdunum sérstaklega vísað til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 6/2008 þar sem segir að þágildandi ákvæði 12. gr. fæli ekki í sér nægjanlega heimild til að afturkalla áður útgefin réttindi.

Þá er sérstaklega fjallað um þetta í nefndaráliti samgöngunefndar sem hafði umrætt frumvarp, til meðferðar, en þar segir, sbr. þskj. 994 – 136. mál:

„Það er mat nefndarinnar að þrátt fyrir að tíðniréttindi teljist til tímabundinna hagnýtingarréttinda og tíðnihafar njóti þannig ákveðins einkaforræðis yfir þeim, þá komi eignaréttarákvæði stjórnarskrárinnar ekki í veg fyrir að Alþingi beiti löggjafarvaldinu þeim til takmörkunar. Alþingi hefur frelsi til að hlutast til um fyrirkomulag slíkra réttinda að því tilskildu að jafnræðis og meðalhófs sé gætt. Nefndin telur óumdeilt að ætlunin með frumvarpinu er að festa í lög heimildir til skerðingar tíðniréttinda þegar slíkt getur talist málefnalegt enda eru stjórnvöld við töku ákvarðana ávallt bundin af lágmarksreglum stjórnsýslulaga og meginreglum stjórnsýsluréttar. Í ljósi þess fordæmis sem fyrir liggur og birtist í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur álitur nefndin að útfærsla frumvarpsins sé ekki í andstöðu við ákvæði stjórnarskrár. Þá áréttar nefndin að sú skylda hvíli á Póst- og fjarskiptastofnun að byggja ákvarðanir sínar á málefnalegum sjónarmiðum.“

Í framangreindu nefndaráli kemur einnig fram að nefndin telji að ákvæði um afturköllun geti ekki talist fara í bága við lögmætisreglu stjórnisýsluréttarins þótt alþjóðlegar samþykktir sem Ísland er aðili að, séu ekki lögfestar með beinum hætti. Markmið fjarskiptalaga sé m.a. að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni. En nefndin telur „ ... að þær kröfur sem lögmætisregla stjórnisýsluréttar gerir til skýrleika lagaheimilda hljóti að taka mið af markmiði þeirra laga sem undir eru hverju sinni. Sé litið til forsendna framangreinds dóms Héraðsdóms Reykjavíkur í máli Mílu ehf. gegn íslenska ríkinu má sjá að dómstóllinn virðist einmitt telja löggjafann hafa ákveðið svigrúm til þess að bregðast við breytingum á tækni þegar þær stafa frá alþjóðlegum samþykktum. Nefndin áréttar á ný að ákvarðanir Póst- og fjarskiptastofnunar verða að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum.“

Póst- og fjarskiptastofnun áréttar að framangreind umfjöllun á við um töku íþyngjandi ákvarðana sem leiða til skerðingar eða varða afturköllun á takmörkuðum eignarréttindum viðkomandi tíðniréttihafa. Ákvæðinu er þannig ætlað að vernda viðkomandi tíðniréttihafa fyrir ómálefnalegum íþyngjandi inngripum stjórnvalda í slík réttindi, slíkt verði að byggja á skýrri lagaheimild og rúmast innan marka lögmætisreglunnar, markmiðs laganna og meginreglna stjórnisýsluréttarins. Verndarhagsmunir ákvæðisins ná því til réttihafa þeirra tíðniheimilda sem umrædd breyting eða afturköllun nær til en ekki annarra. Þannig fellst stofnunin heldur ekki á að við töku *ívilnandi* ákvarðana, og að beiðni tíðniréttihafa, eigi sömu ströngu skilyrði við, þótt slíkar ákvarðanir verði að vera í samræmi við önnur ákvæði þeirra laga sem stofnunin starfar eftir og stuðla að því að markmið þeirra náist. Er slíkt í fullu samræmi við lögmætisreglu stjórnisýsluréttarins og almennar reglur hans.

Í reglugerð, nr. 1047/2011, um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum er kveðið á um málsmeðferð við veitingu réttinda til að nota tíðnir. Markmið hennar er að stuðla að skilvirku skipulagi á skráningu og úthlutun tíðna með það að markmiði að nýting þeirra sé bæði hagkvæm og skynsamleg. En með því er m.a. átt við að tíðnir nýtist í fjarskiptaþjónustu fyrir sem flesta landsmenn og með sem mestri útbreiðslu um landið allt, sbr. 1. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar. Þá er tiltekið í 2. mgr. greinarinnar að skipulag tíðna skuli vera gagnsætt og úthlutun þeirra byggjast á jafnræðissjónarmiðum og vera til þess fallin að örva samkeppni á íslenskum fjarskiptamarkaði.

Í V. kafla reglugerðarinnar er fjallað um uppboð á tíðnum. Segir þar í 23. gr. að ráðherra ákveði, að fenginni tillögu Póst- og fjarskiptastofnunar, hvort uppboð verði haldið á tilteknum tíðniheimildum, sbr. 1. mgr. sem og að í slíkri ákvörðun skuli koma fram hvort umræddar tíðniheimildir verði bundnar skilyrðum sem þjóna eiga samfélagslegum markmiðum, sbr. 2. mgr. Er í kaflanum að finna ítarlega lýsingu á framkvæmd uppboðs, setningu skilmála þess, samráð við hagsmunaaðila og tímafresti.

Þá er í VI. kafla reglugerðarinnar sérstaklega fjallað um breytingu, lok og endurnýjun tíðniréttinda. Segir þar í 29. gr. varðandi breytingu á skilyrðum tíðniheimilda:

„Póst- og fjarskiptastofnun er, þegar sérstaklega stendur á, heimilt á gildistíma tíðniheimildar að breyta skilyrðum hennar án samþykkis tíðniréttshafa, ef það er nauðsynlegt vegna breytinga á skilgreindu tíðniskipulagi, breytinga á lögum eð reglum um tíðnir eða vegna alþjóðlegra skuldbindinga, eða ef það er réttlæt看legt til að fyrirbyggja eða koma í veg fyrir truflanir fjarskipta. Auk þess má breyta skilyrðum tíðniheimildar ef þess gerist brýn nauðsyn vegna breytinga á hagfræðilegum eða tæknilegum forsendum rekstrargrundvallar fjarskiptafyrirtækis á fjarskiptamarkaði, eða vegna innkomu nýs fjarskiptafyrirtækis á fjarskiptamarkað eða annarrar sambærilegrar þarfar fyrir að endurskipuleggja notkun á tíðnirófinu vegna breytinga á markaðsaðstæðum.“

Þá er jafnframt í 3. mgr. 32. gr. reglugerðarinnar, þar sem fjallað er um endurnýjun tíðniheimildar, tilgreint að við endurnýjun á tíðniheimild skuli Póst- og fjarskiptastofnun endurmeta þau skilyrði sem heimildin hefur verið bundin við. Getur stofnunin afnumið, bætt við eða breytt skilyrðum, m.a. til að ná fram markmiðum um aukna samkeppni, skilvirka nýtingu tíðnirófsins, öryggiskröfur, gæði og útbreiðslu þjónustu.

Í tíðniheimild A, sem mál þetta fjallar um, er einnig fjallað um breytingar á skilmálum hennar. Í 14. gr. tíðniheimildarinnar kemur fram að Póst- og fjarskiptastofnun skuli vera heimilt að breyta ákvæðum heimildarinnar, sbr. 12. gr. fjarskiptalaga, þegar sérstaklega stendur á. Er einnig tiltekið að ekki skuli taka nýtt gjald við slíka breytingu og að þótt breyting leiði til skerðinga á réttindum tíðniréttshafa skapi það ekki skaðabótaskyldu af hálfu ríkisins.

Þetta ákvæði tíðniheimildarinnar er í samræmi við ákvæði 9.1 í skilmálum uppboðs tíðniheimilda á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðinu, en þar sagði að stofnuninni væri heimilt, þegar sérstaklega stendur á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, heimilt að breyta skilyrðum fyrir úthlutun réttinda. Þá getur stofnunin afturkallað réttindi til notkunar tíðna í þágu almannahagsmuna ef mikilvægar forsendur fyrir réttindunum breytast eða bresta, t.d., en ekki eingöngu, vegna alþjóðlegra samþykka sem Ísland er aðili að.

## IV.

### Rökstuðningur 365 miðla ehf.

#### 4.1 Almenn

Í erindi 365 miðla ehf., dags. 10. apríl sl., vísar félagið til tveggja meginforsendna fyrir beiðni sinni um breytingu á útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum tíðniheimildar A, sem félagið telur að fullnægi skilyrðum 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalag um sérstakar aðstæður fyrir breytingu á tíðniheimildinni. Í fyrsta lagi vísar félagið til heimildar Fjarskipta hf. og Nova ehf. til samnýtingar á tíðniheimildum félaganna, sbr. ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 14/2014, og í öðru lagi heimild sömu aðila til sameiginlegrar uppbyggingar dreifikerfis fyrir farsíma- og farnetsþjónustu, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015. Í öðru lagi vísa 365 miðlar ehf. til fyrirætlunar stjórnvalda um lagningu ljósleiðara á landsbyggðinni, sbr. hátíðaræður forsætisráðherra dags. 17. júní og 31. desember 2014, sem og skýrslu starfshóps

innanríkisráðherra um landsátak í uppbyggingu fjarskiptainnviða – *Ísland ljóstengt* frá mars 2015.

Að mati 365 miðla ehf. hafa framangreind atriði haft veruleg áhrif á umhverfið á fjarskiptamarkaðinum frá því að uppboð á tíðniheimildunum fór fram í ársbyrjun 2013. Telur félagið því mikilvægt að því verði veitt rýmri tímamörk til að uppfylla útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur sem gerðar eru í tíðniheimild A.

#### 4.2 Lagaleg skilyrði

Líkt og áður segir vísa 365 miðlar ehf. til 1. mgr. 12. gr. sem lagagrundvallar fyrir beiðni sinni. Segir í erindinu að þar sé að finna almenna heimild fyrir stofnunina til þess að gera breytingar á skilyrðum tíðniheimilda og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda. Sé stofnuninni falið mat á því hvenær sérstaklega standi á þannig að tilefni sé til að gera breytingar á úthlutuðum réttindum og sé það ekki eingöngu þegar um lagabreytingar að ræða. Enn fremur er það mat félagsins að þegar um ívilnandi breytingar sé að ræða beri að beita vægara mati á mikilvægi aðstæðna en þegar um er að ræða íþyngjandi breytingar. Í erindinu segir:

„Í athugasemdum með ákvæðinu er vísað til örra breytinga, bæði á löggjöf sem við kemur fjarskiptum, sem og örra breytinga á fjarskiptamörkuðum og tækni. Vegna hinna skjótu breytinga kunni „*að vera nauðsynlegt að breyta skilyrðum sem fylgja almennum heimildum og úthlutuðum réttindum þegar svo ber undir og réttmætar ástæður eru fyrir hendi.*“ Jafnframt segir þar að í einstaka tilvikum kunni að vera „*nauðsynlegt að endurskoða skilyrði vegna verulegra breytinga á forsendum, enda þótt ekki verði gerðar breytingar á lögum.*“ Sem dæmi um slíkar breytingar séu m.a. nefndar breytingar á skipulagi tíðnirófsins og samruni eða skipting fyrirtekja.

Mögulegar ástæður þess að breytingar kunni að vera gerðar á skilyrðum eru því ekki tæmandi taldar í athugasemdunum.

Í athugasemdunum segir jafnframt að þegar um er að ræða breytingar sem eru íþyngjandi, komi þær aðeins til greina í algjörum undantekningartilfellum og þegar mjög ríkar ástæður krefjast. Telur löggjafinn þannig að beita beri vægara mati á mikilvægi aðstæðna þegar um er að ræða ívilnandi breytingar, en þegar um er að ræða íþyngjandi breytingar. Í því samhengi skal bent á að 365 fer hér fram á ívilnandi breytingar á skilyrðunum.“

Að mati félagsins er ljóst að Póst- og fjarskiptastofnun hefur skýra heimild til að gera breytingar á skilyrðum tíðniheimilda þegar sérstaklega stendur á og bendir félagið á að sú heimild var til staðar í lögum þegar uppboð á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum fór fram. Því var það forsenda sem allir aðilar máttu vita, að skilyrðum tíðniheimildarinnar kynni að verða breytt síðar meir, ef slíkar aðstæður sköpuðust, enda er um að ræða lögfestan fyrirvara við allar tíðniúthlutanir.



Telja 365 miðlar ehf. að draga megi þá ályktun af orðalagi 12. gr. fjarskiptalaga og lögskýringagagna að Póst- og fjarskiptastofnun sé heimilt að ákveða upp á sitt einsdæmi að breyta skilyrðum vegna úthlutaðra tíðna, telji stofnunin að aðstæður séu fyrir hendi sem réttlæti slíkar breytingar.

Félagið vísar enn fremur til almennra reglna stjórnarsýsluréttarins og reglna um valdheimildir stjórnvalda við töku matskenndra stjórnvaldsákvæðana þar sem nægjanlegt er að taka slíkra ákvæðana byggi á málefnalegum ástæðum. Slíkar ástæður séu „ ... *jafnan þær ástæður sem stjórnvaldið telur vera til þess fallnar að ná markmiðum þeirra laga sem þau starfa eftir.*“ Benda 365 miðlar ehf. í því samhengi á markmiðsákvæði fjarskiptalaga, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna, sem og 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Þá vísar félagið í þessu samhengi einnig til 2. gr. rammatilskipunar Evrópusambandsins á sviði fjarskipta nr. 2002/21/EB. Að mati félagsins er nauðsynlegt að ákvörðun um það hvort skilyrðum tíðniheimildar verði breytt á grundvelli 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga verði tekin með þessi markmið í huga.

#### 4.3 Breyttar aðstæður

Í erindi sínu ítreka 365 miðlar ehf. að félagið standi nú frammi fyrir gjörbreyttu landslagi á fjarskiptamarkaðinum miðað við hver staðan var þegar félagið greiddi 100 milljónir króna fyrir tíðniheimildir sínar. En að mati félagsins var það með verulega sérstöðu á markaðinum eftir að hafa fengi úthlutað umræddu tíðnisviði þrátt fyrir umtalsverðar útbreiðslukröfur umfram samkeppnisaðila sína. Auk þess taldi félagið sig með þá sérstöðu að geta sinnt þörfum viðskiptavina á landsbyggðinni fyrir háhraða nettengingar með þráðlausum hætti án þess að um mikla samkeppni væri að ræða á viðkomandi stöðum. Að mati félagsins „[v]ar uppbygging farsímadreifikerfis auk þess eina raunhæfa leiðin á þeim tíma til að þess að koma á háhraða nettengingum á fámennustu og strjálbýlustu stöðum landsins.“ Enda, þegar útboðið fór fram „ ... stóð það ekki til af hálfu neins aðila að auka háhraðanettengingar á landsbyggðinni, umfram það sem þótti fýsilegt fjárhagslega. Þaðan af síður var það í kortunum að ríkið annaðist það að leggja ljósleiðara um landa allt og það jafnvel á fámennustu staði landsins.“

##### 4.3.1 Samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf.

Í erindi sínu rekja 365 miðlar ehf. í stuttu máli hvaða áhrif samrekstur Fjarskipta hf. og Nova ehf. á dreifikerfi félaganna hefur á forsendur félagsins til uppbyggingar. Á sama tíma og 365 miðlum ehf. var úthlutað 2x15 MHz á 800 tíðnisviðinu hafi Fjarskiptum hf. og Nova ehf. verið úthlutað jafnmiklu tíðnisviði með mun vægari útbreiðsluskilyrðum og greitt mun lægra verð fyrir.

Þá segir að félögin, sem í sameiningu ráða yfir um 58,7% af íslenska farsímamarkaðinum, hafi fengið undanþágu frá bannákvæðum samkeppnislaga sem, að sögn félaganna sjálfra, færi þeim lægri uppbyggingar- og rekstrarkostnað dreifikerfa sinna, lægri fjármagnskostnað, aukna stærðarhagkvæmni og samlegðaráhrif sem eykur skilvirkni og arðsemi í rekstri. Þá muni samnýting RAN-kerfis, með eða án samnýtingar á tíðniheimildum, gera þeim að uppfylla skilyrði tíðniheimildanna. Sökum þessa munu 365 miðlar ehf. eiga erfiðara með að bjóða samkeppnishæf verð í starfsemi sinni sem einnig mun leiða til þess að fjármögnun

uppbyggingar dreifikerfisins verður mun erfiðari og óvíst hvenær hún muni skila hagnaði fyrir félagið.

Í erindinu segir að „[o]fangreindar breytingar hafa því augljóslega haft þau áhrif að verðmæti tíðniheimildar 365 hefur minnkað verulega frá tíðniútboðinu, enda hefur sú sérstaða sem 365 tryggðu sér upphaflega með tíðnisviðinu nú horfið með öllu í kjölfar sameiningarinnar.“ Þannig er aðstöðumunurinn mikill enda hvíla enn ríkar skyldur á 365 miðlum ehf. til uppbyggingar á meðan samkeppnisaðilar lækka rekstrarkostnað.

Að mati 365 miðla ehf. er það ekki vafa undirorpið að samstarf félaganna muni hafa mikil áhrif á landslag fjarskiptamarkaðarins hér á landi sem og hag allra samkeppnisaðila þeirra. Er það mat félagsins að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 14/2014 sé fordæmalaus og hafi komið keppinautum félaganna í opna skjöldu. Vísar félagið til málaferla Símans hf. þessu álitinu til stuðnings. Eins er það mat félagsins að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi komið aðilum á óvart. Félagið hafnar því með öllu „ ... að 365 hafi getað séð fyrir þá þróun sem nú hefur átt sér stað á markaðinum þegar sótt var um úthlutun tíðnisviðsins, en engin tákni voru á lofti um hana á þeim tíma. Þá var ekki hægt að ráða það af fyrirbyggjandi stjórnvaldsákvörðunum PFS eða Samkeppniseftirlitsins, að slík samvinna yrði nokkurn tímann heimilud. Er því um verulega breytingu á forsendum 365 að ræða, frá þeim tíma er félagið fékk tíðnisviðið úthlutað og gekkst undir skilyrði tíðniheimildarinnar.“

Þá kemur fram í bréfi 365 miðla ehf. að nú þegar hafi samstarfsfélögin uppfyllt kröfur tíðniheimildanna og þurfi ekki að leggjast í fjárfestingarkostnað en á sama tíma þurfa 365 miðlar ehf., sem hafa minna en 5% markaðshlutdeild á farsímamarkaði, að uppfylla kvaðir sem að óbreyttu hlaupa á milljörðum. Að mati félagsins verður Póst- og fjarskiptastofnun, í málsmeðferð sinni, að taka mið af framangreindum aðstöðumun og hafa að markmiði að jafna aðstöðumuninn. Vísar félagið á ný til markmiða fjarskiptalaga um að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði og vinna gegn röskun og takmörkunum á henni ásamt því að ýta undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra. Að mati félagsins er vandséð hvernig þessum markmiðum verði ná að öllu óbreyttu.

#### 4.3.2 Uppbygging á ljósleiðaraneti

Í erindi 365 miðla ehf. vísar félagið til skýrslu starfshóps innanríkisráðherra um landsátak í uppbyggingu fjarskiptainnviða. En um hana segir félagið að skýrslan marki stefnu ríkisins í ljósleiðaravæðingu hér á landi og þar komi fram umfangsmikil áform um að auka gagnaflutningahraða á landsbyggðinni með lagningu ljósleiðaranets. Jafnframt vísar félagið í hátíðarræður forsætisráðherra frá 17. júní 2014 og 31. desember 2014, þar sem greint var frá að innan skamms yrði ráðist í átak í lagningu ljósleiðaranets á strjálbýlum svæðum. Augljóst sé, að mati félagsins, að áætlanir ríkisstjórnarinnar um að leggja ljósleiðara á fámennustu staði landsins munu skarast á við uppbyggingaráætlanir 365 miðla ehf. fyrir þráðlaust háhraðanet á sömu stöðum. Um sé að ræða staði þar sem einnig eru fæstir notendur og þjónustan óarðbær og því muni áætlanir stjórnvalda hafa ótvíræð áhrif á arðsemi uppbyggingar félagsins enda ljóst að eftirspurn eftir þjónustu þess muni minnka með tilkomu ljósleiðara.

Í erindinu segir enn fremur:

„Fyrirætlanir ríkisstjórnarinnar eru óvenjulegar, svo ekki sé fastar að orði kveðið, í upphafi árs 2013, er 365 tók þátt í útboðinu vegna tíðniheimildarinnar, gat félagið ekki með nokkru móti búist við því að stjórnvöld, sami aðili og úthlutaði honum títtnefndu tíðnisviði ásamt kvöðum um uppbyggingu háhraðanets sem ná skyldi til 99,5% allra heimila landsins, myndu sjálf ráðast í uppbyggingu háhraðanets á sömu svæðum. Augljóst er að þær aðstæður sem komnar eru upp eru sérstakar í skilningi ákvæðis 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga og réttlæta fyllilega beitingu ákvæðisins við breytingu á uppbyggingarskilyrðum í tíðniheimildinni.“

Félagið fagnar þó áformum ríkisstjórnarinnar og hefur á sama tíma mikinn áhuga á að taka þátt í að veita fjarskiptaþjónustu víðsvegar um landið og vekur athygli stofnunarinnar á því að fyrirhugaðar aðgerðir ríkisins geti nýst félaginu, sem og öðrum, verulega við uppbyggingu dreifikerfisins og gert uppbygginguna hagkvæmari. Aftur á móti kemur fram að „ ... *slik hagræðing við uppbyggingu dreifikerfisins* [sé] *þó alfarið háð því að 365 verði veittur lengri tími til að byggja upp dreifikerfið, sem og til þess að samræma uppbyggingu þess við áform stjórnvalda um lagningu ljósleiðara.*“

Þá er áréttað í erindinu mikilvægi þess að sendistaðir séu vel tengdir, við uppbyggingu á farsímakerfum, og að enginn einn aðili ráði yfir tengingum á þá sendistaði. Að mati félagsins er ljósleiðari lykilþáttur við tengingu sendistaða, bæði innanbæjar og í dreifbýli. Þannig þyrfti félagið, að óbreyttu, við uppbyggingu sína að leggja út í töluverðar fjárhæðir til að nettengja sendistaði, svo sem með dýrum örbylgjusamböndum og endurvarpi. Myndi félagið þurfa að kaupa dýran búnað sem ekki myndi nýtast þegar ljósleiðaravæðing ríkisins hefur átt sér stað. Aftur á móti yrði tenging sendanna mun einfaldari og ódýrari en ella væri ljósleiðari til staðar, sem og að hægt væri að nota ódýrari senda. Þannig mundi ljósleiðari einfalda verulega uppbyggingu dreifikerfisins með smásendum (e. Mobile Small Cells), sem er búnaður sem staðsettur er inni á heimili eða utan á lágrestum byggingum og getur dregið allt að 1,5 km.

Þá segir í erindinu að augljóst sé að félagið sem og neytendur allir muni njóta góðs af því ef kostnaði við uppbyggingu dreifikerfisins sé haldið niðri. Því sé ákaflega mikilvægt að uppbyggingaráætlanir félagsins geti tekið mið af ljósleiðaravæðingu ríkisstjórnarinnar um allt land. Aftur á móti, ef 365 miðlar ehf. þurfa að ná uppbyggingarkröfum tíðniheimildarinnar fyrir 31. desember 2016, er ljóst að samnýting uppbyggingarinnar með uppbyggingu ljósleiðaranets verður ómöguleg, enda verður lagningu ljósleiðarnetsins ekki lokið. Af þessum sökum þarf félagið að fá rýmri tímafrest og svigrúm til að ná megi fram hagræðingu við uppbyggingu kerfisins.

Að mati félagsins næst ekki hagkvæmni í fjarskiptum hér á landi ef fjarskiptafélög neyðast til að greiða mun hærra verð fyrir innviði og tækjabúnað til uppbyggingar dreifikerfis en nauðsynlegt er. Enda muni samvirkni ljósleiðaraátaks stjórnvalda og smásenda sem 365 miðlar ehf. hyggjast þá koma fyrir, skila gríðarlegri hagræðingu við uppbyggingu dreifikerfisins. Sú

samvirkni er rétt innan seilingar og krefst einungis að 365 miðlum ehf. sé veittur rýmri tímafrestur til að uppfylla útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur tíðniheimildarinnar.

Að lokum vísar félagið á ný til markmiðsákvæða fjarskiptalaga og laga um Póst- og fjarskiptastofnun sem og ákvæðis 2. gr. rammatilskipunar Evrópusambandsins á sviði fjarskipta. Að mati félagsins verður ekki séð „... að þeim markmiðum yrði náð að nokkru leyti, ef 365 myndi byggja upp þráðlaust háhraðanet sem næði til 99,5% allra heimila, skömmu áður en lagður verður ljósleiðari sem nær til allra sömu staða. Aðeins keppinautar 365 myndu njóta góðs af slíkri niðurstöðu, en ekki 365 og allra síst neytendur.“

#### 4.4 Krafa 365 miðla ehf.

365 miðlar ehf. telja, á grundvelli framangreinds, auðséð að uppbygging félagsins á dreifikerfi á landsbyggðinni muni verða mun óarðbærari en unnt var að ráða í við úthlutun tíðnisviðsins. Eins hafi ekki verið hægt, þegar úthlutun fór fram, að sjá fyrir það gjörbreytta landslag sem er á fjarskipamarkaðinum í dag. Fjármögnun uppbyggingarinnar mun einfaldlega taka lengri tíma en upphaflega hafi verið ætlað. Félagið hefur, þrátt fyrir þetta, fullan hug á að veita landsmönnum öllum þráðlausa háhraða farnetsþjónustu en þarf til þess aukinn tíma til að uppfylla útbreiðslukröfurnar. Sá aukni tími muni einnig gera félaginu kleift að byggja dreifikerfið upp á ódýrari hátt með samnýtingu innviða ljósleiðaranetsins.

Í erindi félagsins segir:

„Munu breytingar á skilyrðum því bæði efla samkeppni í fjarskiptum hér á landi, sem og stuðla að hagkvæmum fjarskiptum. Í þessu samhengi skal vakin á því athygli að verulegar aðgangshindranir eru nú þegar til staðar fyrir nýja aðila á fjarskiptamarkaði sem hyggjast byggja upp eigið dreifikerfi. Með fjárfestingu 365, sem fólst í greiðslu 100 milljóna króna fyrir afnot af tíðnisviðinu, steig félagið mjög stór skref í upphafi sóknar sinnar inn á markaðinn. Það blasir hins vegar við að erfiðasti áfanginn við uppbyggingu tíðnisviðsins, með hliðsjón af tekjum og kostnaði, felst nú í uppbygging þess hluta tíðnisviðsins sem mun ná til fæstra notenda. Mikilvægt er að sú uppbygging fari fram á sem hagkvæmastan hátt. Að öðrum kosti mun aðeins hagsmunum keppinauta 365 þjónað, í stað þess að þjóna bæði hagsmunum neytenda og 365.“

Félagið krefst því í erindi sínu, með vísan til ákvæðis 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga að 2. gr. tíðniheimildar A verði breytt og komi til með að orðast svo:

*Tíðniréttthafi skuldbindur sig til að tryggja að 97% lögheimila og vinnustaða, með heilsárs starfsemi, hvers landssvæðis, sbr. viðauki I, standi til boða 10 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2016, en 99,5% framangreindra lögheimila og vinnustaða standi til boða 10 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2022 og 30 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2026<sup>1</sup>, sbr. eftirfarandi tafla:*

<sup>1</sup> Póst- og fjarskiptastofnun telur að hér sé um innsláttarvillu að ræða af hálfu 365 miðla ehf. og hér eigi að standa 2024, sbr. töflu og annan texta skjalsins.

|                          | Útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur |      |           |      |           |      |
|--------------------------|-----------------------------------|------|-----------|------|-----------|------|
|                          | 31.des.16                         |      | 31.des.22 |      | 31.des.24 |      |
|                          | %                                 | Mb/s | %         | Mb/s | %         | Mb/s |
| <i>Landssvæði</i>        |                                   |      |           |      |           |      |
| <i>Höfuðborgarsvæðið</i> | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| <i>Austurland</i>        | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| <i>Norðausturland</i>    | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| <i>Norðvesturland</i>    | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| <i>Suðurland</i>         | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| <i>Vesturland</i>        | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |
| <i>Vestfirðir</i>        | 97%                               | 10   | 99,5%     | 10   | 99,5%     | 30   |

Í erindinu segir að samkvæmt framangreindu sé félagið að fara fram á að kröfum um útbreiðslusvæði verði seinkað um sex ár hvað varðar 10 Mb/s gagnaflutningshraða en 4 ár hvað varðar 30 Mb/s gagnaflutningshraða. Ástæður þessara tímamarka byggja á því að stjórnvöld hyggjast ljúka lagningu ljósleiðara á næstu fimm til sjö árum. Félagið fer einnig fram á að öðrum ákvæðum tíðniheimildarinnar verði breytt, eftir atvikum, til samræmis við nýtt framangreint ákvæði.

#### 4.4 Niðurlag

Að lokum áréttta 365 miðlar ehf. að lagaskilyrði séu að öllu leyti fyrir hendi til þess að unnt sé að verða við beiðni félagsins, enda séu þær aðstæður sem félagið glími við í dag sérstakar ásamt því að forsendur á fjarskiptamarkaði hafi breyst verulega frá því að úthlutun tíðnisviðsins átti sér stað. Þar er ekki um að ræða breytingar sem 365 miðlar ehf. hafi átt aðkomu að eða hægt væri að segja með sanngirni að hafi verið fyrirsjáanlegar þegar uppboð fór fram.

Að mati félagsins myndi ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, þar sem fallist yrði á beiðni þess, leiða til þess að hlúð yrði að markmiðum fjarskiptalaga og unnið yrði að hagsmunum neytenda. Þá bendir félagið á að enginn annar aðili á markaði sóttist eftir að fá umrætt tíðnisvið til afnota, enda hafi þeir yfir nægjanlegu tíðnisviði að ráða. Eins tilgreinir félagið að allir samkeppnisaðilar þess hafi verið meðvitaðir um þann möguleika að skilyrðum tíðniheimildarinnar kynni að verða breytt enda er það úrræði sem stofnuninni er tryggt með lögum. Úrræði sem veitir verulegt svigrúm til mats um hvenær sé rétt að beita.

Þá segir jafnframt að slík ákvörðun væri ívilnandi fyrir 365 miðla ehf. „ ... en myndi ekki með nokkrum hætti skerða réttindi eða hagsmuni samkeppnisaðila 365, enda vandséð að þeir hafi réttmætar ástæður til þess að hindra að 365 verði gert kleift að byggja upp dreifikerfi sitt á sem hagkvæmastan hátt. “

Fara 365 miðlar ehf. því fram á það við Póst- og fjarskiptastofnun að stofnunin kynni hagsmunaaðilum þessa beiðni félagsins og að ákvörðun verði því næst tekin sem allra fyrst.

## V.

### Samráð Póst- og fjarskiptastofnunar

#### 5.1 Almenn

Þann 27. maí sl., kallaði Póst- og fjarskiptastofnun eftir samráði við hagsmunaaðila um erindi 365 miðla ehf. í samræmi við ákvæði 6. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og var frestur til að koma að athugasemdum veittur til og með 29. júní sl.

Alls bárust Póst- og fjarskiptastofnun athugasemdir frá fjórum aðilum, þ.e. Fjarskiptum hf., Gagnaveitu Reykjavíkur ehf., Nova ehf. og Símanum hf.

#### 5.2 Fjarskipti hf.

Póst- og fjarskiptastofnun barst umsögn frá Fjarskiptum hf., dags. 29. júní sl. Í umsögninni var ekki að finna efnislegar athugasemdir við beiðni 365 miðla ehf. og óskaði stofnunin, í tölvupósti, dags. 6. ágúst sl., eftir því að félagið skilað inn efnislegum athugasemdum um beiðni félagsins um breytingu á útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum tíðniheimildar A. Í síðari athugasemdum Fjarskipta hf., dags. 7. ágúst sl., setur félagið fram þá afstöðu sína að hafna beri beiðni 365 miðla ehf.

Að mati Fjarskipta hf. skortir Póst- og fjarskiptastofnun viðhlítandi lagaheimild til að fallast á beiðni 365 miðla ehf. Vísar félagið til orðalags 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga og vitnar með beinum hætti í athugasemdir í frumvarpi er varð að breytingalögum nr. 34/2011, þar sem m.a. er vísað til þess að „[þ]að eru einkum breytingar á alþjóðlegum samningum sem skapað geta þörf fyrir slíkar breytingar.“ Í því felist að um geti verið að ræða breytingar á tilskipunum Evrópusambandsins þar sem kveðið er á um hvaða skilyrði eigi að gilda um fjarskiptastarfsemi á EES-svæðinu sem og ef það leiðir af alþjóðlegum samþykktum um tíðninotkun. Þá er fjallað um í athugasemdunum að sjaldan komi til þess að grípa þurfi til þýngjandi aðgerða á grundvelli þess þótt mál hafi komið upp þar sem gera þurfi breytingar á réttindum fyrirtækja og jafnvel afturkalla þau að hluta eða öllu leyti vegna breytinga á lögum eða alþjóðasamþykktum. Leggja Fjarskipti hf. áherslu á að það sem fram kemur í athugasemdunum um að þó ekki sé verið að gera efnislega breytingu á 1. mgr. heldur einungis lítils háttar orðalagsbreytingu sé „... ennþá gert ráð fyrir að ákvæðinu sé aðeins beitt þegar knýjandi þörf er fyrir hendi, þ.m.t. vegna breytinga á alþjóðlegum skuldbindingum.“

Í athugasemdum Fjarskipta hf. segir um ákvæðið:

„Það er viðurkennd meginregla og lögskýringarsjónarmið að allar undantekningarreglur í lögum ber að skýra þröngt. Á þessi meginregla sér í lagi við þegar löggjafinn hefur áréttað að undantekningin eigi einungis við þegar sérstaklega stendur á. Er einsýnt að vilji löggjafans stendur til þess að heimila breytingar á borð við þær sem 365 fer fram á þegar breytingar hafa verið gerðar á lögum í kjölfar breytinga á alþjóðlegum samningum og þegar knýjandi þörf er fyrir hendi, sbr. orðalag skýringa með lagafrumvarpinu hér að ofan. Hvorugt þessara skilyrða eru uppfyllt í máli þessu. Þegar af þeirri ástæðu ber að hafna beiðninni.“

Að mati Fjarskipta hf. gætir einnig misskilnings í beiðni 365 miðla ehf. þar sem vísað er til þess að ekki einungis breytingar á lögum geta verið forsenda fyrir breytingum á réttindum aðila

heldur geti þær átt stoð sína í örum breytingum á fjarskiptamörkuðum og tækni. Í umsögn Fjarskipta hf. kemur fram að þetta orðalag í skýringum við frumvarpið eigi við 4. mgr. greinarinnar sem fjalli um heimild til breytinga á réttindum í almenna heimild eða heimild til að leyfa framsal eða leigu réttinda með hæfilegum fyrirvara en það á ekki við um beiðni 365 miðla ehf. Af þeim sökum er rökstuðningur félagsins fyrir beiðni sinni, sem byggir á breyttum forsendum á fjarskiptamarkaði vegna samstarfsverkefnis Fjarskipta hf. og Nova ehf. og fyrirhugaðrar ljósleiðarauppbyggingar stjórnvalda, í heild sinni haldlaus að mati félagsins. „[E]ngin lagaheimild sé til staðar í 1. mgr. 12. gr. fyrir umbeðnum breytingum á grundvelli sjónarmiða um breytingar á fjarskiptamörkuðum og tækni, enda eigi slík sjónarmið einungis við þegar kemur að skýringu á 4. mgr. sömu greinar.“ Því eigi, að mati Fjarskipta hf., einnig að hafna erindi 365 miðla ehf.

Fjarskipti hf. telja jafnframt að hafna verði því sjónarmiði 365 miðla ehf. að forsendur hafi breyst sem valdi því að fallast beri á erindi félagsins. Vísa Fjarskipti hf. til þess að heimild til að leyfa samnýtingu tíðna hafi verið til staðar í fjarskiptalöggjöfinni þegar tíðniútboðið fór fram, sem og heimild til undanþágu fyrir samstarfi í ákvæðum samkeppnislaga. Af þeim sökum hafi samstarf félagsins við Nova ehf. ekki átt að koma aðilum í opna skjöldu.

Þá telur Fjarskipti hf. enn síður að áform stjórnvalda um ljósleiðarauppbyggingu og uppbyggingu farneta á landsbyggðinni nýja af nálinni. Vísar félagið til tveggja fjarskiptaáætlana sem Alþingi samþykkti áður en útboðið fór fram, eða þann 29. nóvember 2012. Um er að ræða tólf ára áætlun fyrir 2011-2022 og fjögurra ára áætlun fyrir árin 2011-2014. Vísa Fjarskipti hf. orðrétt til þeirrar fyrrnefndu er kemur að markmiðum um aðgengileg og greið fjarskipti, en þar segir:

- a. „Uppbygging og endurnýjun ljósleiðarastofnnettsins innan lands taki mið af markmiðum stjórnvalda og þörfum notenda fyrir gagnaflutninga á hverjum tíma.
- b. Ljósleiðarahringtenging nái að lágmarki til landsvæða/byggðakjarna með yfir 5.000/ 1.000 íbúa.
- c. Byggðakjarnar með yfir 50 íbúa séu tengdir með ljósleiðara.
- d. Þjóðfélagslega mikilvægir fjarskiptastaðir verði skilgreindir og tengdir raforku- og ljósleiðarastofnneti.
- e. 90% lögheimila og vinnustaða eigi kost á 30 Mb/s árið 2014, 100% árið 2022.
- f. 70% lögheimila og vinnustaða eigi kost á 100 Mb/s árið 2014, 99% árið 2022.
- g. 98% lögheimila og vinnustaða eigi kost á háhraðafarneti árið 2014, 99,9% árið 2022.
- h. 80% af landi og hafsvæði kringum landið eigi kost á háhraðafarneti árið 2018.
- i. Opinberar stofnanir hafi aðgang að nettengingum við hæfi.
- j. Öllum landsmönnum verði tryggð jöfn aðstaða til að tileinka sér möguleika upplýsingatækninnar.
- k. Innanríkisráðuneytið og stofnanir þess stuðli að framþróun og verði í fremstu röð við að nýta tækifæri til hagræðingar og framboðs á rafrænni þjónustu.”

Vísar félagið einnig til fjögurra ára fjarskiptaáætlunar Alþingis þar sem m.a. segir að „[s]amstarfsvettvangur hagsmunaaðila móti tillögur að úrbótum sem greiði fyrir endurnýjun og uppbyggingu ljósleiðarastofn- og aðgangsneta um allt land.“

Í lok umsagnar sinnar telja Fjarskipti hf. nauðsynlegt að benda á að slæmar viðskiptaáætlanir sem felast í greiðslu verulegra fjárhæða fyrir tíðniheimild með víðtækar útbreiðslukröfur getur ekki orðið grundvöllur fyrir umbeðnum breytingum 365 miðla ehf. Vísar félagið sérstaklega til skýrslu Mannvits, frá október 2012, þar sem mat var lagt á umfang 4G tíðniheimildanna og kom þar fram áætlun um verulegan rekstrar- og fjárfestingarkostnað sem af uppbyggingunni myndi leiða.

### 5.3 Gagnaveita Reykjavíkur ehf.

Póst- og fjarskiptastofnun barst umsögn frá Gagnaveitu Reykjavíkur ehf., dags. 29. júní sl. Í umsögninni er tilgreint að félagið sé ekki tíðnileyfishafi og bjóði ekki upp á þráðlausra þjónustu en slík mál varði þó hagsmuni félagsins. Bendir félagið sérstaklega á eftirfarandi atriði varðandi beiðni 365 miðla ehf. á skilmálum tíðniheimildar A:

- „365 miðlar nefna réttilega að forsendur tíðnileyfis hafa breyst vegna opinberra áforma um ljósleiðaravæðingu dreifbýlis. Þar verður til samkeppni þótt af ólíkum toga sé sem ekki var til staðar og var ekki fyrirséð.
- Tveir tíðnileyfishafar hafa ákveðið að sameina dreifikerfi sín sem er að ýmsu leyti jákvæð þróun og getur stuðlað að hagkvæmri samnýtingu kerfa. En jafnframt styrkir það stöðu þessara aðila en veikir á sama tíma stöðu 365 miðla.
- Nú kemur ekki fram í umsókninni hvað 365 miðlar hyggjast gera verði tíðnileyfinu ekki breytt. En leiði það til þess að ekki verði af uppbyggingu kerfis þeirra þá verður í reynd staðan sú að tveir aðilar skipta með sér markaðinum hvað varðar notkun fjarskiptakerfanna.“

Í umsögn sinni tekur Gagnaveita Reykjavíkur ehf. undir þau sjónarmið sem sett eru fram af 365 miðlum ehf. um að ljósleiðaravæðing dreifbýlis breyti mjög tæknilegum forsendum uppbyggingar og högun fjarskiptakerfis þar sem aðgengi að bandbreiðum ljósleiðaratengingum til að tengja senda verður mun betri en nú er. Tilgreinir félagið sérstaklega að það hafi umtalsverða reynslu af því að útvega bandvíðar ljósleiðaratengingar fyrir ýmsar gerðir senda og telur að framboð félagsins á ljósleiðaratengingum hafi flýtt fyrir uppbyggingu háhraða þráðlausra neta.

Þá tekur Gagnaveita Reykjavíkur ehf. það fram í umsögn sinni að við töku ákvörðunar um breytingar á skilmálum tíðniheimilda „... þurfi að gæta þess að stuðla ekki að fákeppni eða einsleitni í framboði á þráðlausri þjónustu.“ Eins þurfi að gæta að því að skilmálar tíðniheimildarinnar verði áfram þannig að í boði verði öflug þráðlaus þjónusta sem fyrst á sem flestum stöðum. Aftur á móti þarf að gæta að, að sú þjónusta verði hagkvæm fyrir bæði kaupanda og seljanda og komi þannig notendum til góða.

Þannig telur félagið einnig að heppilegt kunni að vera, verði skilmálum tíðniheimildarinnar breytt, að tengja þá við uppbyggingu ljósleiðaranets í dreifbýli „... þannig að uppbygging



*Þráðlausrar þjónustu í dreifbýli samkvæmt tíðnileyfinu verði á sama tíma eða strax í kjölfarið. Uppbygging á þéttbýlum svæðum gæti verið fyrr.“*

Að lokum áréttar Gagnaveita Reykjavíkur ehf. að félagið sé því hvorki mótfallið né meðmælt því að umbeðnar breytingar verði gerðar á tíðniheimild 365 miðla ehf.

#### *5.4 Nova ehf.*

Póst- og fjarskiptastofnun bárust athugasemdir frá Nova ehf., dags. 3. júlí sl. Í athugasemdum félagsins er farið yfir forsögu málsins í stuttu máli og því lýst að fjórir aðilar hafi tekið þátt í uppboði stofnunarinnar í ársbyrjun 2013. Um hafi verið að ræða þrjá farnetsrekendur hér á landi auk 365 miðla ehf. sem ekki rak slíkt farnet.

Skilmálar tíðniheimilda, sem kváðu á um mismunandi útbreiðslukröfur, voru öllum aðilum ljósir og var hverju fyrirtæki því í sjálfsvald sett eftir hvaða tíðnisviðum þau sóttust og kepptust um. Vísar Nova ehf. til þess að í tilviki 365 miðla ehf. hafi félagið boðið í tíðniheimild A í síðasta áfanga uppboðsins þegar ljóst var að ekki ríkti samkeppni um þá heimild. Hafi 365 miðlum ehf. verið fulljóst að það hafi verið að undirgangast gríðarlega miklar skyldur um uppbyggingu 4G þjónustu um allt land. Skyldur sem aðrir þátttakendur í uppboðinu höfðu annað hvort ekki áhuga á eða bolmang til að undirgangast. Áréttar félagið að kostnaðarmat hafi verið meðfylgjandi skilmálum uppboðsins sem Mannvit hafi framkvæmt. Þar hafi komið fram að uppbygging yrði afar umfangsmikil og hlypi á milljörðum króna.

Þá vísar Nova ehf. einnig til þess að 365 miðlum ehf. hafi mátt vera ljóst, út frá skilmálum uppboðsins, að tíðnirétt höfum yrði gert mögulegt að hafa samstarf sín á milli um uppbyggingu þjónustunnar.

Að mati Nova ehf. er ljóst að 365 miðlar ehf. höfðu allar nauðsynlegar forsendur til viðmiðunar þegar félagið lagði fram boð sitt í tíðniréttindin. Þá hafi félagið staðið við boð sitt og greitt fyrir umrædd réttindi og þar með staðfest fyrirætlanir sínar um hvort tveggja að vera í forsvari fyrir sem og skuldbundið sig til að koma 4G þjónustu til 99,5% lögheimila og vinnustaða í landinu samkvæmt þeim kröfum, tíma- og gæðaskilyrðum sem uppboðsgögn og úthlutuð tíðniheimild fjalla ítarlega um. Að öðrum kosti myndi það sæta viðurlögum, t.d. íþyngjandi sektum eða afturköllun tíðniheimildar.

Nova ehf. fjallar einnig um afstöðu Póst- og fjarskiptastofnunar um mikilvægi 800 MHz tíðnisviðsins sem fram kom í gögnum og skilmálum tíðniuppboðsins. Að mati félagsins var ljóst að stofnunin taldi tíðnisviðið eitt það mikilvægasta og verðmætasta þegar kemur að farnetsþjónustu og að brýnt vera að það myndi nýtast til að veita nánast öllum landsmönnum og fyrirtækjum háhraða farnetsþjónustu. Á því hafi uppbyggingarkröfur tíðniheimildar A byggt. Aftur á móti komi nú fram, tveimur árum eftir að uppboði lauk og án nokkurrar uppbyggingar af hálfu 365 miðla ehf., beiðni frá félaginu um rýmkun á skilyrðum heimildarinnar. Í fyrsta lagi að hún nái fyrst til 97% lögheimila og vinnustaða eftir landsvæðum og svo ákveðnar tilslakanir varðandi síðari tímaáfanga. Grundvöllur beiðninnar séu tvær, þ.e. í fyrsta lagi samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. og í síðara lagi, skýrsla starfshóps innanríkisráðherra um uppbyggingu ljósleiðara.

Þá kemur fram í umsögn Nova ehf. að félagið geti ekki fallist á sjónarmið 365 miðla ehf. Hvað varðar þá röksemd félagsins um að samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. feli í sér breyttar forsendur bendir Nova ehf. á að „ ... frá árinu 2007 [hafi] legið ljóst fyrir að Nova og Vodafone hafi átt með sér tæknilegt samstarf um aukna hagkvæmni í starfrækslu dreifikerfa farsímaþjónustu, sem hefur falist í aðgangssamningi að GSM og 3G dreifikerfum hvors annars.“ Þá hafi enn fremur verið ljóst að í skilmálum uppboðsins hafi Póst- og fjarskiptastofnun gert „ ... ráð fyrir að þeir tíðniréttihafar sem úthlutað réttindi fengju, gætu átt með sér leyfilegt samstarf sem auðveldaði eða ýtti undir möguleikann á þeirri miklu uppbyggingu sem skilmálar uppboðsins gerðu kröfu um.“

Nova ehf. áréttar að allir aðilar stóðu jafnt að vígi í uppboðinu sjálfu og hefur félagið, sem og vafalaust önnur fjarskiptafyrirtæki, sem öðluðust tíðniréttindi í kjölfar uppboðsins, umgengist skyldur sínar samkvæmt þeim. Þá telur Nova ehf. að út frá þessu öllu megi leiða líkum að því að 365 miðlar ehf. „ ... hafi aldrei ætlað sér að byggja á eigin vegum upp svo viðamikla 4G þjónustu sem A-heimildin gerir skýra kröfu um, heldur ná til sín tíðniréttindunum en leita svo hófana um samstarf við aðra netrekendur.“ Að mati Nova ehf. hafa slíka samningsumleitanir ekki borið árangur m.a. vegna hinna miklu uppbyggingarkrafna og því sé umrædd beiðni félagsins nú komin fram .

Nova ehf. getur heldur ekki fallist á síðari forsendu 365 miðla ehf. þess efnis að skýrsla innanríkisráðuneytisins grafi undan fyrirætlun félagsins um uppbyggingu háhraða farnetsþjónustu. Segir í umsögn Nova ehf. að skýrslan sé „ ... hvorki framkvæmdaáætlun stjórnvalda né fjármögnuð aðgerð um ljósleiðaravæðingu, heldur tillögur um landsátak í uppbyggingu fjarskiptakerfa.“ Komi m.a. fram þar að 4G þjónusta sé ein þeirra tæknilegu leiða til ná þeim markmiðum sem sett séu fram í skýrslunni. Að mati Nova ehf. má einnig telja „ ... að aukin ljósleiðarvæðing á dreifbýlum svæðum landsins stuðli frekar en hitt að því að farnetsrekandi eigi þess kost að byggja víðfeðma 4G þjónustu á hagkvæmari kjörum en ella, sem væri þá til framgangs fyrir viðgang þess verkefnis og þeirra skyldna sem 365 tók sér á hendur með öflun tíðniréttindanna.“

Í umsögn Nova ehf. er jafnframt fjallað um það að starfsmenn félagsins hafi, í lok árs 2014, tilkynnt Póst- og fjarskiptastofnun um þá vitneskju sína að Síminn hf. hafi hafið starfrækslu á umræddu tíðnisviði 365 miðla ehf. Tíðnisviðið hafi þjónustað viðskiptavinum Símans hf. þótt hún hafi verið bundin við einn stað, þ.e. nærsvæði höfuðstöðvar 365 miðla ehf. Að mati Nova ehf. gefur þetta til kynna að samstarf sé mögulega í býgerð milli tilgreindra aðila um uppbyggingu þjónustunnar. Telur Nova ehf. að beiðni 365 miðla ehf. nú sé til þess fallin að auka möguleika félagsins að ná betri samningum við Símann hf., eða aðra netrekendur, um uppbyggingu þjónustunnar.

Þá segir í umsögninni:

„Vegna þessara vanefnda, að ekki skuli enn hafin notkun á því mikilvæga tíðnibandi sem um ræðir, og að ekki sjást þess nokkur merki að félagið hyggist standa við skilmála tíðniréttindanna, telur Nova að PFS hljóti að afturkalla tíðniheimild 365 miðla. Að mati Nova kemur ekki til greina að PFS verði við beiðni 365 um rýmkun heimildarinnar, enda standi hvorki rök 365 miðla til þess, né önnur.“

Ekki síður verður að horfa til þess við hvaða aðstæður tíðniréttindunum var úthlutað, þ.e.a.s. í uppboði þar sem þátttakendur kepptu um heimildir á þeim forsendum sem kynntar voru. Niðurstaða uppboðsins hefði án efa orðið allt önnur ef skilmálar hefðu verið með þeim hætti sem 365 fer nú fram á. Aðeins sú staðreynd ætti að vera nægileg ástæða þess að ekki komi til greina að breyta og rýmka skilmála heimildarinnar. Þá blasir við að verði PFS við beiðni 365 miðla felur það í sér forsendubrest fyrir aðgerðum, fyrirhöfn og kostnaði Nova við að uppfylla skilyrði sinna tíðniheimilda og augljóst brot á jafnræðisreglu stjórnisýsluréttarins gagnvart Nova.“

Að mati Nova ehf. blasir við að 365 miðlar ehf. verði að uppfylla skilyrði tíðniheimildarinnar eða skila þeim aftur til stofnunarinnar. Félagið hafi hvorki vilja né burði, miðað við framangreind málsatvik, til að efna skyldur sínar og því komi ekki til greina að Póst- og fjarskiptastofnun fallist á beiðni félagsins. Að mati Nova ehf. hvílir mikil ábyrgð á stofnuninni gagnvart öðrum netrekendum sem hafa byggt upp kerfi sín hér á landi og þjónusta almenning og fyrirtæki út um allt land.

Ljóst er, að mati Nova ehf., að við hafi blasað að 365 miðlar ehf. myndu ekki efna skilmála tíðniheimildar A enda hafi félagið aldrei starfað við farnetsrekstur. Slíkt sé nú að koma í ljós með skýrum hætti. Það vekur því undrun Nova ehf. að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki nú þegar gripið til ráðstafana vegna skilyrða um nýtingu innan 18 mánaða. Hafi, með úthlutun til 365 miðla ehf., „ ... *eitt mikilvægasta tíðniróf fyrir farnetsþjónustu í raun verið tekið í einhvers konar gíslingu og liggur tíðnibandið ónotað, engum til gagns, samkeppni og hagkvæmum fjarskiptum til tjóns.*“

Er það mat Nova ehf. að best væri ef Póst- og fjarskiptastofnun myndi afturkalla heimild 365 miðla ehf. nú þegar þar sem ljóst sé að félagið mun ekki standa við þær skyldur sem það tók sér á herðar í uppboði tíðniheimildanna.

## *5.5 Síminn hf.*

### 5.5.1 Almennt

Póst- og fjarskiptastofnun barst umsögn frá Cato lögmonnum f.h. Símans hf., dags. 1. júlí sl., þar sem þess er krafist, í fyrsta lagi, að stofnunin hafni beiðni 365 miðla ehf., og í öðru lagi, að ef stofnunin breytir skilmálum tíðniheimildarinnar verði þeim úthlutað að nýju í opnu og gagnsæju uppboðs/útboðsferli.

### 5.5.2 Lagaskilyrði 12. gr. fjarskiptalaga

Í umsögn Símans hf. hafnar félagið því að lagaskilyrði standi til þess að taka kröfu 365 miðla ehf. til greina á grundvelli 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga. Er fjallað um það í umsögninni að umrætt ákvæði hafi verið lögfest með 5. gr. breytingalaga, nr. 34/2011, en 1. mgr. hafi staðið óbreytt frá setningu fjarskiptalaga árið 2003. Eina efnisbreyting hafi falist í heimild stofnunarinnar til að afturkalla tíðniréttindi. Vísar félagið beint til athugasemda við frumvarp breytingalaganna og leggur sérstaka áherslu á það sem fram kemur um nauðsyn þess að „ ... *hægt sé að breyta skilyrðum og inntaki réttinda fjarskiptafyrirtækja þegar sérstaklega stendur á. Það eru einkum breytingar á alþjólegum samningum sem skapað geta þörf fyrir slíkar breytingar. Þar getur t.d. verið um að ræða breytingar á tilskipunum ESB þar sem kveðið er á*

*um hvaða skilyrði eiga að gilda um fjarskiptastarfsemi á EES-svæðinu. Einnig þarf að taka tillit til alþjóðlegra samþykktu um tíðninotkun.*“

Að mati Símans hf. verður að telja ljóst, þegar ákvæðið er lesið með skýringum í athugasemdum við frumvarpið, að tilgangur lögfestingarinnar hafi verið sá að veita Póst- og fjarskiptastofnun heimild til að breyta skilyrðum í tíðniheimildum þegar sérstaklega stendur á. Þá séu einu dæmin sem nefnd eru breytingar á löggjöf, breytingar á tilskipunum sem gilda á EES svæðinu eða vegna alþjóðasamþykktu. Þannig er ákvæðinu fyrst og fremst ætlað að tryggja að stofnunin geti náð markmiðum um skipulag tíðnirófsins og staðið við alþjóðlegar skuldbindingar. Í umsögn Símans hf. segir:

„Með öðrum orðum er lagaákvæðinu ætlað að bregðast við utanaðkomandi aðstæðum til að tryggja markmið fjarskiptalaga um skipulag tíðnimála. Hvergi er hins vegar minnst á það að þessi lagaheimild verði nýtt til að gera ívilnandi breytingar á tíðniheimildum til handa einstökum aðila og bætti þar með stöðu hans gagnvart öðrum keppinautum auk þess að fara í bága við þær forsendur sem lagðar voru til grundvallar við uppboð á tíðniheimildum.“

Þá gengur röksemdafærsla 365 miðla ehf., þess efnis að samkeppnisaðilum félagsins hefði mátt vera ljóst að skilyrðum heimildarinnar kynni að vera breytt þar sem ákvæði 12. gr. væri lögfest regla, ekki rökrænt upp. Myndi þessi ályktun leiða til þess að ekkert yrði að marka útgáfu tíðniheimilda og að skilmálar fyrir nýtingu þeirra væru óþarfir þar sem fyrirtæki gætu gert ráð fyrir því að þeim yrði breytt eftir á, tíðniréttahafanum til hagsbóta. Tilgreinir Síminn hf. sérstaklega að félagið hafi ávallt haft það að leiðarljósi að uppfylla þær kvaðir sem fylgja þeim tíðniheimildum sem félagið er réttihafi að. Segir enn fremur að „[e]f félaginu hefði verið ljóst að mögulegt væri að breyta skilmálum tíðniheimilda hverju sinni með einföldum hætti er ljóst að félagið hefði látið á það reyna og mögulega hagað fjárfestingum sínum með öðrum hætti.“ Að mati Símans hf. gengur slík framkvæmd við úthlutun vart upp.

### 5.5.3 Samnýting Fjarskipta hf. og Nova ehf.

Í umsögn sinni tekur Síminn hf. undir sjónarmið 365 miðla ehf. þess efnis að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 14/2014, feli í sér verulega breytingu á forsendum uppboðs á 800 MHz tíðnisviðinu og raunverulega öllum eldri tíðniúthlutunum. Að mati félagsins er ljóst að komi stofnunin til með að fallast á beiðni 365 miðla ehf. verði hún að endurskoða fyrri tíðniúthlutanir Fjarskipta hf. og Nova ehf. eða jafna stöðu Símans hf. gagnvart sameinuðu dreifikerfi félaganna.

Í umsögninni setur Síminn hf. fram sjónarmið sitt um að almennt séð hafi félagið ekkert að athuga við það að samnýting innviða sé heimilud þegar það er til þess fallið að stuðla að hagkvæmri nýtingu framleiðslupátta þjóðfélagsins. Aftur á móti hafi Póst- og fjarskiptastofnun í ákvörðun sinni gengið of langt í því að skapa aðstöðumun milli Fjarskipta hf. og Nova ehf. annars vegar og annarra fjarskiptafyrirtækja hins vegar. Heimild til samnýtingar allra tíðniheimilda þeirra gerir þeim mögulegt að ná samkeppnisforskoti sem að óbreyttu verði ekki jafnað. Vísar félagið til þess að það hafi höfðað dómsmál til að fá umræddri ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar hnekk og vísar til málatilbúnaðar síns þar, sjónarmiði sínu til frekari rökstuðnings.

Þá er það álit Símans hf. að ekki sé hægt að fallast á, að heimilt sé að breyta tíðniheimild 365 miðla ehf. með vísan til 1. mgr. 12. gr., með þeim rökum að sérstaklega standi á. Telur félagið eðlilegra, séu forsendur fyrir tíðniúthlutuninni verulega breyttar, að úthlutun færi fram að nýju þar sem kveðið væri á um mögulega breytta skilmála fyrir notkun tíðnisviðsins og þannig sætu öll fjarskiptafyrirtæki við sama borð varðandi möguleika á því að fá úthlutaðar tíðnir til notkunar. Yrði þá einnig sérstaklega tekið fram í skilmálum heimildarinnar hvort og að hve miklu leyti fyrirtæki geti vænst að fá breytingar á skilmálum.

#### 5.5.4 Áform ríkisstjórnarinnar um ljósleiðaravæðingu

Síminn hf. hafnar því að fyrirætlanir ríkisstjórnarinnar geti verið teknar til álita við ákvörðun um hvort breyta eigi tíðniheimild 365 miðla ehf. Að mati félagsins er einungis „... um að ræða tillögur starfshóps og mögulegar fyrirætlanir en engar ákvarðanir hafa verið teknar um að hefja ljósleiðarauppbyggingu. Því liggur ekkert fyrir um útfærslu mögulegrar uppbyggingar. Ekki liggur fyrir lagafrumvarp fyrir Alþingi þar sem mælt er fyrir um uppbygginguna og því engin ákvörðun verið tekin á Alþingi sem fer með fjárveitingarvaldið um að verja fjármunum úr ríkissjóði í verkefnið.“ Þá er það mat félagsins að slíkt mögulegt verkefni þyrfti að skoða gaumgæfilega með hliðsjón af ríkisstyrktarreglum EES-réttar.

Telur félagið að þessar mögulegu og óútfærðu fyrirætlanir séu það skammt á veg komnar að þær geti ekki talist breyta í verulegum atriðum þeim forsendum sem lágu fyrir þegar uppboð fór fram í ársbyrjun 2013 með þeim hætti að sérstaklega standi á í skilningi 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga.

#### 5.5.5 Breyting tíðniréttinda

Í umsögn sinni vísar Síminn hf. til þess að meginsjónarmið við úthlutun tíðna eru jafnræði á milli fjarskiptafyrirtækja og gagnsæi og fyrirsjáanleiki þeirra skilyrða sem munu gilda um notkun tíðnanna. Vísar félagið til ákvæða 1. mgr. 7. gr., og IV. kafla fjarskiptalaga, sér í lagi 11. gr. þeirra, og almennt athugasemda II. kafla í athugasemdum við frumvarp er varð að áðurnefndum breytingalögum nr. 34/2011.

Tilgreinir Síminn hf. að skýr skilyrði hafi verið sett fyrir nýtingu tíðnisviðsins í skilmálum uppboðsins á sínum tíma þar sem allir stóðu jafnir. Sett voru verulega íþyngjandi skilyrði í A tíðniheimildinni en á móti var tíðnibandið stærra og gildistíminn lengri en á öðrum tíðniheimildum á 800 MHz tíðnisviðinu. Síminn hf., líkt og önnur starfandi fjarskiptafyrirtæki, buðu ekki í tíðniheimildina. Aftur á móti, hefðu skilmálarnir verið frávikjanlegir eða umsemjanlegir, þá kynni málið að hafa horft öðruvísi við gagnvart Símanum hf. og félagið mögulega boðið í umrædda tíðniheimild. Aftur á móti hafi félagið gengið út frá því að þeir væru ófrávíkjanlegir.

Að mati félagsins, verði beiðni 365 miðla ehf. tekin til greina, verður opnað fyrir það að fyrirtæki bjóði í tíðniheimildir og standi svo ekki við skuldbindingar sínar og verði veittur afsláttur á kröfunum. Að mati Símans hf. gengur slíkt augljóslega gegn framangreindum markmiðum um jafnræði, gagnsæi og fyrirsjáanleika við skipulag tíðnirófsins og úthlutun tíðna. Á þessum grunni verður einnig að hafna beiðni 365 miðla ehf.

### 5.5.6 Niðurlag

Að lokum áréttar Síminn hf. hið lögbundna hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar um að gæta jafnræðis, gagnsæis og fyrirsjáanleika við úthlutun tíðna. Að öðrum kosti er hætt við að samkeppni á markaði verði raskað. Eins gætu, að mati félagsins, breytingar sem þessar leitt til þess að gera úthlutun tíðna almennt tortryggilega og skapi óvissu meðal fjarskiptafyrirtækja á markaði.

Síminn hf. ítrekar því kröfu sína um að Póst- og fjarskiptastofnun hafni beiðni 365 miðla ehf. en að öðrum kosti úthluti tíðnisviðinu að nýju í opnu og gegnsæju ferli í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga.

Þá gerir Síminn hf. almennan áskilnað um framlagningu nýrra gagna eða sjónarmiða ásamt því að tilgreina að umsögn félagsins feli í sér umfjöllun um viðkvæma viðskiptahagsmuni sem leynt eigi að fara skv. ákvæði 2. mgr. 8. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og IV. kafla stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

## VI.

### Boðun Póst- og fjarskiptastofnunar

#### 6.1 Fyrirhuguð synjun

Póst- og fjarskiptastofnun boðaði 365 miðlum ehf. fyrirhugaða ákvörðun sína um að synja beiðni félagsins, með bréfi dags. 29. október sl. Í bréfi stofnunarinnar var óskað eftir athugasemdum félagsins við fyrirhugaða ákvarðanatöku sem og óskað var athugasemda við umsagnir þeirra aðila sem tóku þátt í samráði stofnunarinnar. Var svarfrestur veittur til 16. nóvember sl., en var síðan framlengdur, að beiðni félagsins, til 30. nóvember sl.

Í bréfi stofnunarinnar er boðuð sú afstaða að stofnunin telji „... að ekki séu forsendur fyrir því, miðað við fyrirliggjandi gögn, að verða við beiðni [félagsins] um breytingar á tímamörkum útbreiðslukrafna, sbr. 2. gr. tíðniheimildar A á 800 MHz tíðnisviðinu.“

Í bréfinu segir einnig að stofnunin geri ekki athugasemdir við þann lagagrundvöll sem beiðni félagsins byggir á heldur geti stofnunin ekki fallist á að aðstæður á markaði séu svo breyttar að forsendur útbreiðslukrafna séu brostnar með þeim hætti að ákvæði 2. gr. geti ekki staðið óbreytt. Þá geti stofnunin ekki séð að þær aðstæður sem eru á markaði nú hafi verið með öllu ófyrirséðar þegar uppboðið fór fram.

#### 6.2 Uppbyggingaráætlanir 365 miðla ehf.

Í boðunarbréfinu fór stofnunin yfir forstögu málsins, allt frá beiðni 365 miðla ehf. um þátttöku í uppboðinu, kostnaðaráætlun félagsins við uppbyggingu í samræmi við kröfur A tíðniheimildar sem og annarra tíðniheimilda. Þá fór stofnunin yfir þær uppbyggingaráætlanir sem félagið hefur sent stofnuninni sem og stöðu uppbyggingar í dag.

Er í bréfinu bent á að allar kostnaðarforsendur lágu fyrir uppbyggingarkröfum áður en uppboð á tíðniheimildunum fór fram í ársbyrjun 2013, sbr. skýrslu verkfræðistofunnar Mannvits, sem var fylgiskjal við skilmála uppboðsins. Hafi stofnunin gert ráð fyrir því að þátttakendur hafi

tekið mið af þeim upplýsingum sem og ákvæðum skilmála uppboðsins. Bendir Póst- og fjarskiptastofnun sérstaklega á að 365 miðlar ehf. töldu sig geta uppfyllt útbreiðslu- og uppbyggingakröfur tíðniheimildar A á sama tíma og ljóst var að aðrar tíðniheimildir á tíðnisviðinu höfðu að geyma lægri útbreiðslukröfur enda gerði félagið ekki tilraunir til að bjóða í aðrar tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu, að undanskilinni tíðniheimild B, og ná þar með hagkvæmu tíðnisviði, með vægari útbreiðslu- og uppbyggingakröfum, á lægra verði. Að mati stofnunarinnar var ekki hægt að lesa annað úr því en að félagið hafi talið sig vel í stakk búið að uppfylla kvaðir tíðniheimildar A.

Þá vísar Póst- og fjarskiptastofnun til uppbyggingaráætlunar sem 365 miðlar ehf. skiluðu inn með þátttökubeiðni sinni í uppboðinu. Í bréfi stofnunarinnar segir:

„Þá skilaði félagið inn ítarlegri fjárfestingaráætlun með umsókn sinni til þátttöku í uppboðinu, hvort tveggja fyrir A heimild sem og aðrar heimildir með vægari kröfum í samræmi við ákvæði 2.1.1 í skilmálum uppboðsins. Miðað við þá áætlun nam kostnaður félagsins við að veita 99,5% lögheimilum og vinnustöðum 10 Mb/s gagnahraða fyrir árslok 2016 um [ ... ]<sup>2</sup>. Með aukningu gagnahraða upp í 30 Mb/s fyrir árslok 2020 yrði heildarkostnaður [ ... ]<sup>3</sup>. Áætlun félagsins við að uppfylla skilyrði annarra tíðniheimilda á 800 MHz tíðnisviðinu nam [ ... ]<sup>4</sup> fyrir 10 Mb/s fyrir árslok 2016 og [ ... ]<sup>5</sup> fyrir 30 Mb/s hraða fyrir árslok 2020. Þannig munaði [ ... ]<sup>6</sup> á fjárfestingaráætlunum félagsins eftir því hvort um var að ræða tíðniheimild A eða tíðniheimildir B-E. Í fjárfestingaráætlun félagsins var áætluð uppbygging, sem hlutfall af íbúum, sett fram með eftirfarandi hætti:

[ ... ]<sup>7</sup>

Af framangreindu má sjá að félagið ætlaði, þegar uppboðið fór fram, að byggja upp kerfi sem næði til [ ... ]<sup>8</sup> sem og uppfylla útbreiðslukröfur tíðniheimildar A fyrir árslok 2016. Þessa áætlun setti félagið fram þess vitandi að aðrir aðilar myndu veita þeim samkeppni upp að a.m.k. 93,5% landsmanna, sbr. útbreiðsluskilyrði annarra tíðniheimilda. Þá er eins ljóst að framangreind áætlun félagsins hefur alls ekki gengið eftir.“

Þá er í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar farið yfir þær uppbyggingaráætlanir sem félagið hefur skilað inn til stofnunarinnar í samræmi við 3. gr. og 5. gr. tíðniheimildarinnar. Samkvæmt uppbyggingaráætlun sem félagið sendi stofnuninni í október 2014 kemur fram að félagið hafi sett upp einn sendi sem nýtir 800 MHz tíðnisviðið en tæknilegar prófanir standi einnig yfir. Þá kemur fram að fyrirhugað sé að bæta við sendum. Aftur á móti kemur fram að vegna meintra

---

<sup>2</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>3</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>4</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>5</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>6</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>7</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>8</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

breytinga á fjarskiptamarkaði, sbr. samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf., þyrfti félagið að endurskoða áætlun sína og [ ... ]<sup>9</sup>.

Í bréfinu kemur fram að framangreind áætlun hafi ekki gengið eftir. Í bréf Póst- og fjarskiptastofnunar segir:

„Umrædd áætlun hefur ekki náð fram að ganga og nú á vormánuðum fékk Póst- og fjarskiptastofnun senda nýja uppbyggingaráætlun fyrir árið 2015. Í þeirri áætlun er greint frá því félagið hefur MVNO samning við Símann hf. og þannig fái viðskiptavinir þess farnetsþjónustu um allt land. Í áætluninni er þó [ ... ]<sup>10</sup>. Þannig ætli félagið að lækka kostnaðarverð á farnetsþjónustu sinni og þá aðallega á gagnaflutningum. [ ... ]<sup>11</sup>. Segir að „365 mun leggja áherslu á að samnýta sendistaði og hýsingu eftir fremsta megni og þannig tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla þannig virka samkeppni.“

Með almennum áskilnaði um breytingar á uppbyggingaráætluninni, t.a.m. ef til breytinga á 2. gr. tíðniheimildarinnar kemur, eða aðrir staðir teljast hagkvæmari til uppbyggingar, hyggst félagið ná um [ ... ]<sup>12</sup>. Ekki var að finna dagsetningar fyrir uppbyggingu á einstaka stöðum enda ekki gerð krafa um það við skil á þessari áætlun, sbr. 3. gr. tíðniheimildar A. Slíkri ítarlegri áætlun á þó að skila þann 1. febrúar 2016.“

Þá kemur fram í boðunarbréfi Póst- og fjarskiptastofnunar að stofnunin hafi ekki fengið vísbendingar um að uppbygging samkvæmt hinni nýju uppbyggingaráætlun sé hafin.

### 6.3 Ákvörðun nr. 14/2014

Í bréfi sínu hafnar Póst- og fjarskiptastofnun því sjónarmiði 365 miðla ehf. að ákvörðun stofnunarinnar, nr. 14/2014, um samnýtingu tíðna Fjarskipta hf. og Nova ehf., hafi verið ófyrirséð eða hafi breytt aðstæðum á fjarskiptamarkaði með þeim hætti að breyta ætti skilyrðum tíðniheimildar A. Í bréfi stofnunarinnar segir:

„Allt frá útgáfu skilmála uppboðsins þann 17. desember 2012 var Póst- og fjarskiptastofnun mögulegt að heimila samnýtingu á tíðnum, sbr. ákvæði 3.4.2 í skilmálum uppboðs, þótt slíkt samstarf væri jafnframt háð samþykki Samkeppniseftirlitsins. Þá liggur fyrir að í samráði sem stofnunin hélt vegna skilmálanna komu inn fyrirspurnir aðila varðandi mögulegt samstarf á tíðnum, sbr. niðurstöðuskjal stofnunarinnar frá sömu dagsetningu. Þátttakendum í uppboðinu átti því að vera fulljóst að samnýting tíðna gæti orðið möguleg að afloknu uppboði og ákvörðun stofnunarinnar nr. 14/2014 hefði því ekki átt að koma aðilum á markaði í opna skjöldu. Eins er ljóst að nú hefur hvort tveggja Samkeppniseftirlitið

---

<sup>9</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>10</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>11</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>12</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



og áfrýjunarnefnd samkeppnismála komist að þeirri niðurstöðu að samstarfið, með þeim skilyrðum sem því eru sett, hamli ekki samkeppni á markaði.

Póst- og fjarskiptastofnun telur nauðsynlegt að halda því til haga að tilvísanir í sameiginlega markaðshlutdeild félaganna á farsímamarkaði getur ekki verið lesin sem markaðshlutdeild eins aðila þótt félögin séu í samstarfi. Það er ljóst að samstarfsfélögin tvö munu áfram keppa á smásölumarkaði fyrir farsíma- og farnetsþjónustu. Hefur það ávallt legið fyrir og er samstarfið sett upp með þeim hætti. Kjarnakerfi beggja félaga verða aðskilin og mun hið sameiginlega rekstrarfélag eingöngu stýra tæknilegri samnýtingu og veita eigendum sínum aðgang að þeim gegn gjaldi. Rekstrarfélagið mun ekki geta nýtt heimildirnar með neinum hætti til veitingar þjónustu. Það er því ekki rétt, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, að vísa til markaðshlutdeildar félaganna líkt og um sameiginlega markaðshlutdeild sé að ræða. Félögin munu áfram keppa hvort tveggja á smásölu- sem og heildsölumarkaði, þótt þau muni byggja upp fjarskiptanet sitt með hagkvæmari hætti en ef um tvo aðskilda aðila væri að ræða.“

Þá vísar Póst- og fjarskiptastofnun einnig til þess að samstarf félaganna hafi ekki enn komið að fullu til framkvæmda þótt að félögin hafi nú heimild til þess af hálfu hlutaðeigandi stjórnvalda. Þá er enn fremur ljóst að Síminn hf. hefur höfðað mál fyrir héraðsdómi Reykjavíkur til að fá ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, varðandi samnýtingarheimildina, hnekk. Þannig ríki enn ákveðin óvissa um þá hlið samstarfsins. Bendir stofnunin á það í bréfi sínu að staðan í dag sé því sú að „... örfáum mánuðum áður en 365 miðlar ehf., hugðust [ ... ]<sup>13</sup>, að sú forsenda sem 365 miðlar ehf. byggja beiðni sína um frestun á tímamörkum útbreiðslu á, hefur ekki komið til framkvæmda.“

Póst- og fjarskiptastofnun hafnaði því sjónarmiði 365 miðla ehf. um að samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. leiði til þess að sérstakar aðstæður séu til staðar til beitingar 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga.

#### 6.4 Ljósleiðaravæðing ríkisins

Í bréfi sínu hafnar Póst- og fjarskiptastofnun því sjónarmiði 365 miðla ehf. að áform stjórnvalda um uppbyggingu ljósleiðaranets á landsbyggðinni, sbr. ræður forsætisráðherra og skýrslu starfshóps innanríkisráðherra, leiði til þess að breyta þurfi skilyrðum tíðniheimildar A. Í bréfi stofnunarinnar segir:

„Umrædd skýrsla er skýrsla starfshóps sem skipaður var af innanríkisráðherra þann 5. febrúar 2014. Tilgangur starfshópsins var í fyrsta lagi að gera tillögur að útfærslu á alþjónustukvöðum í fjarskiptum er varðar einkum aðgang að nettengingum og í öðru lagi að vinna tillögur til útbreiðslu á breiðbandi svo þær stuðli sem best að settum markmiðum fjarskiptaáætlunar og ríkisstjórnarinnar. Ljóst er að framangreindur starfshópur var skipaður um einu ári eftir að uppboð á tíðniheimildum fór fram. Þá var skýrslan birt tveimur árum eftir að uppboðinu lauk eða í mars sl. líkt og áður segir.

---

<sup>13</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

Þótt að umrædd skýrsla varpi ljósi á vilja stjórnvalda á þessu sviði þá hefur hvorki verið tekin ákvörðun um nákvæma framkvæmd á tillögum þeim sem settar eru fram í henni, né hefur fjármögnun verið ákveðin eða tryggð. Því síður liggja fyrir uppbyggingaráætlanir eða forgangsröðun á tímasetningu slíkra framkvæmda. Það liggur því ekki frekar fyrir hvort og/eða hvenær stjórnvöld muni hefjast handa við að framkvæma þær hugmyndir sem settar eru fram í skýrslunni ... „

Taldi starfshópurinn þó raunhæft í mars á þessu ári að 99,9% landsmanna skyldu eiga kost á breiðbandi með 2 Mb/s hraða um þráðbundið aðgangsnét fram að árslokum 2020 en frá því tímamarki skuli miða við 100 MB/s Er það sama tímamark og 365 miðlar ehf. skulu hafa lokið uppbyggingu á fjarskiptakerfi sínu og bjóða 99,5% lögheimilum, á skilgreindum landssvæðum, 30 Mb/s gagnaflutningshraða.

Í bréfinu tiltekur Póst- og fjarskiptastofnun einnig að erindi félagsins feli í raun í sér að það fái lengri tímafrest á meðan stjórnvöld leggi ljósleiðara um landið og það sigli svo í kjölfar þess með uppsetningu senda og tengi þá stofnneti ljósleiðarans. Þá er sett fram það sjónarmið stofnunarinnar að vel sé hægt að taka undir sjónarmið félagsins um að slík samhliða uppbygging ríkisgreidds ljósleiðaranets og háhraða farnets geti falið í sér hagræðingu í uppbyggingu félagsins á háhraða farnetsþjónustu. Aftur á móti áréttar stofnunin að með þátttöku í uppboði stofnunarinnar og boði í tíðniheimild A hafi félagið skuldbundið sig til að uppfylla kröfur skilmálanna og tíðniheimildarinnar „ ... *án stuðnings eða kostnaðarþátttöku ríkis eða annarra aðila.*“

Póst- og fjarskiptastofnun gerir einnig athugasemdir við að uppbygging félagsins sjálfs hefur ekki hafist að neinu verulegu leyti, nú rúmur tveimur árum eftir úthlutun tíðniheimildarinnar, og beiðni komi nú fram einnig án frekari uppbyggingaráforma, og án slíkra áforma af hálfu stjórnvalda. Í bréfi stofnunarinnar segir:

„Eingöngu er vísað til þess að félagið hyggist bjóða 97% lögheimila og vinnustaða á hverju landsvæði, 10 Mb/s gagnaflutningshraða fyrir árslok 2016, eða eftir um það bil 1 ár. Miðað við takmarkaðan framgang uppbyggingaráætlunar félagsins verður allt eins að ætla að félagið hyggist ná 97% útbreiðslu með samningi við farnetsrekanda enda einungis rúmt ár þar til þeirri útbreiðslu skuli náð skv. beiðni félagsins. Hvernig nýtingu 2x15 MHz tíðna, sem félagið hefur rétt til að nýta, verður háttáð í slíkum samningi liggur ekki fyrir. Við tekur svo í raun bið í sex ár þar til síðustu 2,5% verði náð. Engin frekari sundurgreining er á þeirri uppbyggingu enda þá háð uppbyggingaráætlun stjórnvalda.“

Þá segir í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar að stofnunin geti ekki fallist á þessa tillögu 365 miðla ehf. Vísar stofnunin til þeirra skyldna sem hvíla á stjórnvöldum þegar kemur að úthlutun tíðniheimilda. Við slík tækifæri hafa stjórnvöld einnig möguleika á því að kveða á um útbreiðslu og uppbyggingu þjónustu í þágu fólksins í landinu. Þá segir einnig að „ ... *markmið þess fyrst og fremst að knýja áfram ákveðna tækniþróun, s.s. að tryggja uppbyggingu 3G/UMTS eða 4G/LTE neta og veitingu slíkrar þjónustu.*“

Umfangsmiklar útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur voru settar í tíðniheimild A, aftur á móti, líkt og segir í bréfi stofnunarinnar, var heimildin samsett með þeim hætti að hún væri sem

verðmætust fyrir þann aðila sem hana hlyti, þ.e. hún var gefin út til 25 ára, staðsetning hennar á 800 MHz tíðnisviðinu er mjög hagkvæm o.fl. Áréttar stofnunin það gagnsæi sem verði að ríkja við úthlutun réttinda sem þessara sem og að aðilar í uppboðinu sátu allir við sama borð og tók hver og einn ákvörðun út frá sínum viðskiptalegu forsendum. Í slíkum áætlunum verða aðilar, að mati stofnunarinnar, að taka mið af því að markaðir geti þróast og tekið breytingum án þess að þær raski viðskiptalegum forsendum þeirra með þeim hætti að algjör forsendubrestur eigi sér stað.

Hafnaði stofnunin því sjónarmiði 365 miðla ehf. um að möguleg ljósleiðaravæðing stjórnvalda, sem ekki hefur verið tryggð fjármögnun fyrir, geti talist nægjanlegt skilyrði svo beita ætti 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga.

## VII.

### Athugasemdir 365 miðla ehf.

#### 7.1 Almenn

Póst- og fjarskiptastofnun bærust athugasemdir 365 miðla ehf. í bréfi, dags. 30. nóvember sl., þar sem gerðar eru alvarlegar athugasemdir við röksemdafærslu stofnunarinnar en félagið telur ekki þörf á að fjalla sérstaklega um þær röksemdir sem aðilar settu fram í samráði stofnunarinnar. Að mati félagsins eru athugasemdir samkeppnisaðila félagsins eingöngu settar fram með hliðsjón af hagsmunum þeirra en ekki á hlutlægum grundvelli. Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar á að vera tekin á sjálfstæðum og óhlutdrægum grundvelli og var stofnunin, að mati félagsins, ekki skylt að afla umsagna um umsókn þess. Hafi stofnuninni einungis þá skyldu að upplýsa þá um fyrirhuga ákvörðun, sbr. 3. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga enda séu engir aðrir en 365 miðlar ehf. aðilar að málinu. Telur félagið það einkar óheppilegt ef umsagnir samkeppnisaðila hafi haft einhver áhrif á afstöðu stofnunarinnar enda sé félagið að reiða sig á að stofnunin „... *beiti hlutlægum sjónarmiðum við mat á nauðsyn, réttmæti og síðast en ekki síst hagkvæmni þess að fallast á beiðni 365 um breytingar á tíðniheimildinni.*“

#### 7.2 Breytingar á umhverfi á fjarskiptamarkaði

Í svarbréfi 365 miðla ehf. setur félagið fram þá skoðun sína að Póst- og fjarskiptastofnun túlki ákvæði 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga með mun þrengri hætti en beri að gera, hvort tveggja með hliðsjón af texta ákvæðisins sem og athugasemdum með frumvarpi laganna. Vísa 365 miðlar ehf. til þess að í erindi félagsins hafi verið raktar þær verulegu breytingar sem átt hafa sér stað frá ársbyrjun 2013, þ.e. samrekstur Fjarskipta hf. og Nova ehf. og fyrirsjáanlegar breytingar á gagnaflutningi á landsbyggðinni, sbr. áætlanir ríkisstjórnarinnar.

#### 7.2.1 Samrekstur Fjarskipta hf. og Nova ehf.

Í svarbréfi 365 miðla ehf. vísar félagið til erindi síns, dags. 10. apríl sl., og telur að þar hafi verið með nokkuð ítarlega rakið með hvaða hætti samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. muni leiða til þess að félögin, i) dragi verulega úr rekstrarkostnaði sínum, ii) auki stærðarhagkvæmni til muna, iii) eigi auðveldara með að uppfylla uppbyggingarkröfur tíðniheimilda, og iv) geti boðið lægri verð til viðskiptavina sinna. Þannig verða 365 miðlar ehf., eðli málsins samkvæmt, í mun lakari samkeppnisstöðu en áður.

Þá vísar félagið einnig til þess að samstarfsfélögin þjóni nú samanlagt um 60% af farsímamarkaðinum og hafa sameiginlegar árstekjur sem nema tæpum 20 milljörðum króna. Þá ráða þau yfir sömu bandbreidd og 365 miðlar ehf. á 800 MHz tíðnisviðinu en með umtalsverðum minni kvöðum.

Hvað varðar umfjöllum Póst- og fjarskiptastofnunar um að þátttakendum í uppboði stofnunarinnar hafi mátt vera fullljóst að samnýting kynni að verða heimiluð segir félagið að samstarf félaganna sé mun víðtækara en einungis samnýting tíðna. Segir í svarbréfinu að „[s]amstarf Nova og Vodafone nær til sameiginlegs reksturs á dreifikerfi, sameiginlegrar uppbyggingar á dreifikerfi, sameiginlegs eignarhalds og sameiginlegrar þróunar á dreifikerfi fyrir alla almenna farsímaþjónustu félaganna – sameiginlegrar uppbyggingar á heilsteyptu, landsdekkandi dreifikerfi fyrir talsíma- og netþjónustu.“

Að mati 365 miðla ehf. gat enginn aðila á markaði gert sér grein fyrir því, þegar uppboðið fór fram, að helstu samkeppnisaðilar félagsins myndu leggjast í jafn náði og umfangsmikið samstarf og raun bar síðar vitni. Er forsendum Póst- og fjarskiptastofnunar hvað þetta snertir því eindregið mótmælt af hálfu félagsins og þær taldar beinlínis rangar.

#### 7.2.2 Fyrirætlanir stjórnvalda

Í athugasemdum 365 miðla ehf. er vísað til erindis félagsins þar sem vísað var hvort tveggja til skýrslu starfshóps á vegum innanríkisráðherra frá mars sl. sem og fullyrðinga forsætisráðherra sem tvívegis hafa verið settar fram opinberlega um að ráðist yrði í að leggja ljósleiðara um allt land. En Póst- og fjarskiptastofnun hafi gert lítið úr þessum áformum ríkisstjórnarinnar í bréfi sínu og einungis vísað til títtnefndrar skýrslu innanríkisráðherra en ekki fjallað um fullyrðingar forsætisráðherra. Í áramótaávarpi sínu í desember 2014 hafi forsætisráðherra sagt að „[á] nýju ári verður hafist handa við eitt stærsta framfaramál sem hægt er að ráðast í til að styrkja innviði og byggðir landsins. Hafin verður vinna við átaksverkefni við að ljósleiðaravæða allt landið, hvern einasta bæ, hvern dal og fjörð og tengja þannig landið allt við hraðbraut upplýsinga og samskipta.“

Þá bendir félagið á í bréfi sínu að nú þegar hafi ríkið sett 300 milljónir króna til að hringtengja ljósleiðara á Vestfjörðum.

Að mati 365 miðla ehf. gerir Póst- og fjarskiptastofnun mun minna úr fyrirætlunum ríkisins en tilefni er til og, að mati félagsins, „... til þess eins að styðja niðurstöðu sína um að synja undanþágubeiðni 365.“ Ekki er einungis um að ræða umrædda skýrslu heldur einnig yfirlýstar fyrirætlanir ríkisstjórnarinnar um að ljósleiðaravæða allt landið.

Því telja 365 miðlar ehf. að ekki sé tilefni til þess að líta svo á að „ekki liggi fyrir hvort stjórnvöld muni hefjast handa við að framkvæma“ framangreindar hugmyndir um ljósleiðaravæðingu, líkt og segir í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, þar sem yfirlýsing af hálfu forsætisráðherra liggi fyrir. Að mati félagsins sætir það tíðindum ef stofnunin telur að forsætisráðherra og ríkisstjórn muni ekki standa við fyrirheit sín um uppbyggingu þótt fjárveitingavaldið liggi hjá Alþingi.

Félagið telur því að þessi forsenda stofnunarinnar sé röng og áréttar fyrri athugasemdir sínar hvað þetta atriði varðar. Segir í bréfi þess að umræddar fyrirætlanir stjórnvalda muni hafa veruleg áhrif á arðsemi uppbyggingar félagsins enda telji félagið að eftirspurn eftir þráðlausum háhraðatengingum félagsins muni minnka verulega þar sem ljósleiðaratengingar verða í boði. Að mati félagsins „ ... var vitaskuld ekki unnt að búast við því að stjórnvöld, sami aðili og úthlutaði tíðnisviðinu ásamt kvöðum um uppbyggingu háhraðanets sem ná skyldi til 99,5% allra heimila landsins, myndu sjálf ráðast í uppbyggingu háhraðanets á sömu svæðum. “

Í bréfi 365 miðla ehf. segir jafnframt:

„Í ljósi þess að um aðgerðir sjálfrar ríkisstjórnarinnar er að ræða, er fullkomlega óeðlilegt að krefjast þess af 365 að félagið uppfylli hinar ríku kvaðir stjórnvalda sem er að finna í tíðniheimildinni, án þess að taka á sama tíma nokkurt tillit til yfirvofandi inngríps og uppbyggingar stjórnvalda á fjarskiptamarkaðinum á hinum sömu óarðbæru svæðum. Það er augljóst að uppbygging 365 á dreifikerfinu á fámennustu svæðunum mun nýtast með mun takmarkaðri hætti en ella eftir að ljósleiðari hefur verið lagður þar „í hvern einasta bæ, dal og fjörð“.“

### 7.3 Skilyrði 12. gr. fjarskiptalaga

Að mati 365 miðla ehf. virðist mega ráða af svarbréfi Póst- og fjarskiptastofnunar að stofnunin gangi út frá því að við beitingu 12. gr. fjarskiptalaga þurfi hinar sérstöku aðstæður sem kunna að koma upp „ ... að hafa verið ófyrirsjáanlegar með öllu til þess að heimilt sé að beita ákvæði 12. gr. ... “ Félagið telur að þessi skilningur stofnunarinnar sé rangur og úr lausu lofti gripinn.

Áréttar félagið að það sé eini aðilinn að þessu stjórnsýslumáli og niðurstaða þess er alfarið háð mati Póst- og fjarskiptastofnunar á aðstæðum og lagaskilyrðum enda væri ekki gengið á rétt neins annars. Eina skilyrði tilgreinds ákvæðis er að sérstaklega standi á að mati stofnunarinnar. En að mati félagsins er engin ástæða til að takmarka beitingu ákvæðisins við aðstæður sem voru ófyrirséðar þegar úthlutun á tíðniheimildinni átti sér stað eða á öðrum tíma, þótt ljóst sé að núverandi aðstæður hefði ekki mátt sjá fyrir í ársbyrjun 2013.

Bendir félagið enn fremur á að ekki er um að ræða tæmandi talningu í ákvæðinu á mögulegum aðstæðum sem leitt geta til að breytingar verði gerðar á úthlutuðum réttindum. Í svarbréfinu segir:

„Í athugasemdum með ákvæðinu er vísað til örra breytinga, bæði á löggjöf sem við kemur fjarskiptum, sem og örra breytinga á fjarskiptamörkuðum og tækni. Vegna hinna skjótu breytinga kunni „að vera nauðsynlegt að breyta skilyrðum sem fylgja almennum heimildum og úthlutuðum réttindum þegar svo ber undir og réttmætar ástæður eru fyrir hendi.“ Jafnframt segir þar að í einstaka tilvikum kunni að vera „nauðsynlegt að endurskoða skilyrði vegna verulegra breytinga á forsendum, enda þótt ekki verði gerðar breytingar á lögum“. Sem dæmi um slíkar breytingar eru m.a. nefndar breytingar á skipulagi tíðnirófsins og samruni eða skipting fyrirtækja.

[ ... ]

Ef framangreindar aðstæður teljast ekki „sérstakar“ í skilningi ákvæðis 1. mgr. 12. gr. fjarskiptalaga er ekki að sjá að nokkrar aðrar ástæður geti mögulega talist sérstakar í þeim skilningi. Útilokað er að það hafi verið tilgangur löggjafans með setningu ákvæðisins, að það yrði túlkað svo þröngt að því yrði aldrei beitt. Það skal nefnt að PFS er vitaskuld bundin af almennum jafnræðisreglum stjórnarsýslulaga við beitingu ákvæðisins í framtíðinni, en áskilinn er allur réttur í því samhengi.“

Þá vísa 365 miðlar ehf. til erindis síns, dags. 10. apríl sl., og áréttu að við beitingu ákvæðisins þurfi fyrst og fremst að gæta að því að málefnalegar ástæður séu grundvöllur ákvörðunar þar sem ákvörðun á grundvelli ákvæðisins sé matskennd að nær öllu leyti. Vísar félagið til þess að málefnalegar ástæður séu „ ... *jafnan þær ástæður sem stjórnvaldið telur vera til þess fallnar að ná markmiðum þeirra laga sem þau starfa eftir.*“

Vísar félagið til markmiðsákvæðis fjarskiptalaga í 2. mgr. 1. gr. um að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þannig beri Póst- og fjarskiptastofnun að taka ákvörðun sem stuðlar að því að framangreind markmið náist. Ítrekar félagið það sem áður hefur komið fram um að umræddar breytingar hafi haft veruleg áhrif á samkeppnisumhverfi á fjarskiptamarkaði, sér í lagi á uppbyggingu á farsímadreifikerfum, sem og gagnaflutningsþjónustu á landsbyggðinni. Er, að mati félagsins, „ ... *fráleitt að ætla að stuðlað sé að hagkvæmum fjarskiptum og virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði, með því að tryggja að óbreyttar uppbyggingarkvaðir haldist á herðum 365, óháð grundvallarbreytingum og algjörlega nýjum aðstæðum sem skapast hafa.*“

#### 7.4 Forsendur samkeppnisaðila og jafnræði

Hvað varðar sanngirni við áreiðanleika í úthlutunum tíðniheimilda benda 365 miðlar ehf. á að ákvæði 12. gr. hafi verið í gildi þegar skilmálar uppboðsins og tíðniheimildarinnar voru kynntir enda hafi það komið fram, hvort tveggja í skilálunum sem og tíðniheimildinni sjálfri. Þannig hafi „ ... *öllum aðilum á fjarskiptamarkaði sem áttu einhverra hagsmuna að gæta af úthlutun tíðnisviðsins því vera fyllilega ljóst frá upphafi að ákvæðum heimildarinnar mætti breyta, lögum samkvæmt.*“ Er það mat félagsins að slíkt hefði átt að vera ein af forsendum allra þeirra aðila sem kynntu sér efni skilmálanna ef sérstök skilyrði sköpuðust síðar meir. Því telur félagið það rangt hjá Póst- og fjarskiptastofnun að sanngirni yrði ekki gætt þótt fallist yrði á beiðni félagsins. Þá telur félagið heldur ekki rétt að þótt breyting yrði gerð á skilyrðum tíðniheimildarinnar nú að þá væri verið að opna fyrir aukna möguleika á beitingu ákvæðisins í framtíðinni. Enda séu skilyrði sem nú eru fyrir hendi einstök og munu tæpast koma aftur upp.

#### 7.5 Hagsmunir fyrir borð bornir

Í svarbréfi 365 miðla ehf. segir félagið að „[ó]umdeilanlegt er að uppbygging tíðnisviðsins með þeim hætti sem skilmálar þess bera með sér í dag mun krefjast mun meiri fjármuna ef uppbygging þess yrði seinkað í samræmi við óskir 365.“ Að mati félagsins kemur þetta til af

Því að uppbygging myndi þá fara fram án þess að unnt verði að samnýta fjarskiptainviði sem verða til innan fárra ára, þ.e. ljósleiðaranets.

Þá kemur fram í svarbréfi félagsins að tækni sem nýta má í til uppbyggingar sé í hraðri þróun í nánustu framtíð, t.a.m. smásellutækni sem og tækni sem styðst við tíðnir á opnum tíðnisviðum. Verði ekki gerð breyting á skilyrðum tíðniheimildarinnar „ ... *verður ókleift að nýta slíka tækni við uppbyggingu tíðnisviðsins, enda mun tíminn til þess að efna skilyrðin runninn út þegar það verður unnt. Með öðrum orðum leiðir sá hraði sem nú er fyrirhugaður til þess með beinum hætti að ekki verður unnt að nýta nýja og mun hagkvæmari tækni við uppbygginguna.*“

Verði fallist á beiðni félagsins verður uppbyggingin þá mun ódýrari og hagkvæmari fyrir tíðnihafa innan skamms tíma. Yrði að öðrum kosti gífurlegum fjármunum sóað við uppbyggingu dreifikerfis í samræmi við nýgildandi skilyrði, eða fleiri milljörðum króna. Auk þess munu óbreytt skilyrði leiða til [ ... ]<sup>14</sup>. Að mati félagsins mun núverandi staða ekki styðja betur við „ ... *markmið fjarskiptalaga um hagkvæm fjarskipti, eða markmið samkeppnislaga nr. 44/2005, að stuðla að hagkvæmri nýtingu framleiðsluáætta, sbr. 1. gr. laganna.*“ Þá telur félagið augljóst að landi og þjóð, þ.m.t. neytendum, verði ekki greiði gerður með óbreyttum skilyrðum.

#### 7.6 Uppbygging, tilslökun á kröfum og niðurlag

Í bréfi sínu tiltaka 365 miðlar ehf. að félagið „ ... *hefur fullan hug á því að sinna uppbyggingu dreifikerfisins og tíðnisviðsins af fullum krafti, um leið og óvissu um uppbyggingu dreifikerfis á landsbyggðinni, sem og óvissu um endanleg skilyrði tíðniheimildarinnar, hefur verið eytt.*“

Vísa 365 miðlar ehf. á ný til yfirlýsinga forsætisráðherra um miklar framkvæmdir í uppbyggingu ljósleiðaranets á sömu svæðum og félagið mun þurfa að byggja upp. Segir að af þeim sökum [ ... ]<sup>15</sup>.

Að lokum vekja 365 miðlar ehf. sérstaka athygli Póst- og fjarskiptastofnunar á því að félagið er tilbúið til að gera breytingar á þeim kröfum sem settar voru fram í upphaflegu erindi þess, leiði það til þess að unnt verði að létta að einhverju leyti núverandi kvöðum tíðniheimildarinnar. Tilgreinir félagið að það sé tilbúið að „ ... *endurmeta þörf sína fyrir lengingu á tíma til að uppfylla ákvæði tíðniheimildarinnar og jafnframt til þess að gangast við og samþykkja breytingar á kvöðum sem varða útbreiðslu tíðnisviðsins.*“ Bendir félagið enn fremur á skyldu stofnunarinnar til að gæta meðalshófs við töku stjórnvaldsákvörðunar.

Þá áskilur félagið sér allan rétt til að krefjast endurgreiðslu á því gjaldi sem félagið greiddi fyrir tíðniheimildina ásamt kostnaði sem leitt hefur af uppboðinu, úthlutun og uppbyggingu tíðnisviðsins, fallist Póst- og fjarskiptastofnun ekki á beiðni félagsins. Í bréfinu segir:

---

<sup>14</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>15</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

„Augljóst er að forsendur 365 fyrir greiðslu gjaldsins á sínum tíma hafa brostið, ekki hvað síst vegna framgöngu stjórnvalda við uppbyggingu gagnaflutningsþjónustu á landsbyggðinni, sem og yfirvofandi framtaks þeirra á því sviði. Hér má minna á þá staðreynd að um einn og sama aðila er að ræða – þann sem móttók greiðslu á hundrað milljónum króna fyrir tíðnisviðið á árinu 2013 – sem og þann aðila sem hyggst nú sjálfur fjármagna uppbyggingu gagnaflutningskerfis á sömu markaðssvæðum og 365 hugðist gera.“

Áréttar félagið ríkan vilja sinn til að standa að uppbyggingu tíðnisviðsins með hagkvæmum hætti en ítrekar nauðsyn þess að skilmálum tíðniheimildar A verði breytt. Óskar félagið að lokum eftir fundi með fulltrúum stofnunarinnar til að fylgja athugasemdum sínum eftir.

## VIII.

### Forsendur og niðurstaða

#### 8.1 Almennt

Líkt og að framan hefur verið rakið hefur Póst- og fjarskiptastofnun víðtæku hlutverki að gegna þegar kemur að eftirliti með fjarskiptamarkaði hér á landi. Er stofnuninni ætluð stjórn tíðnimála, sbr. IV. kafla fjarskiptalaga en í kaflanum er m.a. kveðið á um þær aðferðir sem stofnunin skal viðhafa við úthlutun þeirra auðlinda sem felast í tíðnum og er mælt fyrir um heimildir stofnunarinnar til að setja ákveðin skilyrði fyrir nýtingu tíðnanna. Í nýlegri reglugerð um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum, nr. 1047/2011, segir jafnframt í 1. gr. að markmið reglugerðarinnar sé að stuðla að skilvirku skipulagi á skráningu og úthlutun tíðna með það að markmiði að nýting þeirra sé bæði hagkvæm og skynsamleg. En með því er m.a. átt við að tíðnir nýtist í fjarskiptaþjónustu fyrir sem flesta landsmenn og með sem mestri útbreiðslu um landið allt. Þá skal skipulag tíðna vera gagnsætt og úthlutun þeirra byggjast á jafnræðissjónarmiðum og vera til þess fallin að örva samkeppni á íslenskum fjarskiptamarkaði um leið og staðinn er vörður um eðlilegt framboð þeirra.

Póst- og fjarskiptastofnun hefur einnig þau verkefni með höndum, samkvæmt ákvæðum laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, að stuðla að samkeppni með því að vinna gegn röskun eða takmörkun á henni, hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta og ýta undir hagnýta notkun tíðna, sbr. 2. tl. 3. gr. laganna. Þá er stofnuninni ætlað að taka þátt í þróun fjarskiptamarkaðar og upplýsingatækni með því t.a.m. að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu, stuðla að þróun upplýsingasamfélagsins með markvissri innleiðingu nýrrar tækni og vinnubragða, sbr. 3. tl. sömu greinar, sem og að gæta hagsmuna almennings, sbr. 4. tl. greinarinnar.

Það geta því verið mörg sjónarmið sem vegast á og taka þarf tillit til við töku ákvarðanna á grundvelli laganna en ljóst er þó að ávallt verður að horfa til markmiðs þeirra. Verða ákvarðanir stofnunarinnar að vera til þess fallnar að þau náist með sem bestum hætti en jafnframt með sem minnst íþyngjandi hætti fyrir aðila og í samræmi við meginreglur stjórnsýsluréttarins.

Í erindi 365 miðla ehf. fer félagið fram á að ákvæðum tíðniheimildar A á 800 MHz tíðnisviðinu, sem félagið er rétthafi að, verði breytt með þeim hætti að ákveðin tilslökun verði gerð á þeim útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum sem heimildin kveður á um. Byggir félagið beiðni sína á 1.



mgr. 12. gr. fjarskiptalaga þar sem stofnuninni er veitt heimild, þegar sérstaklega stendur á, að gera breytingar á skilyrðum slíkra tíðniheimilda. Að mati félagsins er einkum tvennt sem að leiðir til þess að sérstakar aðstæður séu nú fyrir hendi og að breyting sé því réttlætunleg á grundvelli ákvæðisins. Í fyrsta lagi er um að ræða samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. og í öðru lagi vísar félagið til fyrirhugaðrar uppbyggingar ríkisins á ljósleiðaraneti á landsbyggðinni.

Líkt og að framan hefur verið rakið boðaði Póst- og fjarskiptastofnun fyrirhugaða synjun stofnunarinnar á beiðni félagsins með bréfi, dags. 29. október sl., ásamt því að gefa 365 miðlum ehf. kost á því að gera athugasemdir við þá fyrirhuguðu ákvörðun sem og við þær umsagnir sem borist höfðu í samráði stofnunarinnar.

Í bréfi stofnunarinnar kom fram að stofnunin gerði í raun ekki athugasemdir við þann lagagrundvöll sem félagið vísaði til fyrir beiðni sinni. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar yrði ekki lagður sá skilningur í ákvæðið að það komi í veg fyrir að stofnunin geti breytt skilyrðum tíðniheimilda með ívilnandi hætti þegar hún telur slíkt réttlætunlegt og í samræmi við þau markmið og það hlutverk sem henni er ætlað samkvæmt lögum. Þá var það mat stofnunarinnar, líkt og fram hefur komið, að yrði fallist á forsendur sem lágu til grundvallar við ákvörðun skilyrða tíðniheimilda hafi breyst með þeim hætti að rétt sé að gera breytingar á umræddum skilyrðum, sé 12. gr. fjarskiptalaga fullnægjandi grundvöllur til þess.

Verður því næst að meta hvort forsendur hafi brostið eða breyst verulegu og hvort breyting á skilmálum heimildanna sé til þess fallin að stuðla að því að markmið fjarskiptalaga og laga um Póst- og fjarskiptastofnun náist.

## *8.2 Aðstæður á fjarskiptamarkaði*

Í erindi sínu vísa 365 miðlar ehf. til tveggja atriða sem félagið telur fela í sér svo breyttar aðstæður að breytingar á skilyrðum tíðniheimildarinnar séu réttlætunlegar, þ.e. samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. og fyrirætlanir stjórnvalda í ljósleiðarauppbyggingu.

### 8.2.1 Samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf.

365 miðlar ehf. vísa í fyrsta lagi til þess að heimild Fjarskipta hf. og Nova ehf. til að samnýta tíðniheimildir sínar í gegnum sameiginlegt rekstrarfélag, sbr. ákvarðanir Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppniseftirlitsins, hafi mikil áhrif á samkeppnihæfni 365 miðla ehf. og að samstarf sem þetta hafi verið ófyrirséð þegar uppboðið fór fram.

Líkt og fram kom í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 29. október sl., féllst stofnunin ekki á það sjónarmið 365 miðla ehf. að heimild Fjarskipta hf. og Nova ehf. til að samnýta tíðnir sem félögunum hefur verið úthlutað, sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 14/2014, og heimild félaganna til að stofna sérstakt félag um dreifikerfi sín, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2015, feli í sér forsendubrest eða -breytingu fyrir uppbyggingu félagsins samkvæmt tíðniheimild A.

Líkt og segir í áðurnefndu boðunarbréfi Póst- og fjarskiptastofnunar hefur allt frá útgáfu skilmála uppboðsins þann 17. desember 2012 verið ljóst að stofnunin gat heimilað samnýtingu

á tíðnum, sbr. ákvæði 3.4.2 í skilmálum uppboðsins, þótt slíkt samstarf væri jafnframt háð samþykki Samkeppniseftirlitsins. Þá liggur fyrir að í samráði sem stofnunin hélt vegna skilmálanna komu fram fyrirspurnir aðila varðandi mögulega samnýtingu á tíðnum, sbr. niðurstöðuskjal stofnunarinnar frá sömu dagsetningu. Þátttakendum í uppboðinu mátti því að vera fulljóst að samnýting tíðna gæti orðið möguleg að afloknu uppboði og ákvörðun stofnunarinnar nr. 14/2014 hefði því ekki átt að koma aðilum á markaði í opna skjöldu. Að áliti Póst- og fjarskiptastofnunar á þetta sérstaklega við um samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf., en félögin hafa um margra ára skeið átt með sér samstarf um uppbyggingu og rekstur farnetskerfis, en samnýting tíðna felur í sér viðbót við það samstarf.

Þá er einnig ljóst, sbr. málsmeðferð hjá samkeppnisyfirlöndum, að samstarfið, með þeim skilyrðum sem því eru sett, hamlar ekki samkeppni á markaði. Hefur mat hvað þetta varðar verið staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2015. Þá kom skýrt fram í málarekstri Samkeppniseftirlitsins, sbr. ákvörðun þess og umsögn Póst- og fjarskiptastofnunar til þess, dags. 5. febrúar 2014, að nægjanlegt framboð er á tíðnum fyrir háhraða farnetsþjónustu á næstu árum.

Af þessu er ljóst að þar til bær stjórnvöld hafa sett fram þá niðurstöðu að samstarf félaganna hafi ekki neikvæð áhrif á samkeppnisumhverfi fjarskiptamarkaðarins, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Póst- og fjarskiptastofnun getur því ekki fallist á það sjónarmið 365 miðla ehf. að umrædd samnýting og mögulegt samstarf hafi verið ófyrirséð þegar uppboðið fór fram eða feli í sér forsendubreytingu fyrir félagið sem bregðast þurfi við með þeim hætti sem óskað er eftir. Þá áréttar Póst- og fjarskiptastofnun að umrædd samnýting og samstarf hefur ekki enn komið að fullu til framkvæmda þótt heimildir til þess liggja nú fyrir af hálfu stjórnvalda. Enn ríkir ákveðin óvissa um málið hvað varðar samnýtingarhlutann þar sem Síminn hf. hefur stefnt Póst- og fjarskiptastofnun, ásamt Fjarskiptum hf. og Nova ehf., fyrir héraðsdóm Reykjavíkur til að fá framangreinda ákvörðun stofnunarinnar fellda úr gildi.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar kom ekkert fram í athugasemdum 365 miðla ehf., sbr. bréf félagsins frá 30. nóvember sl., sem breytir fyrri afstöðu stofnunarinnar. Telur stofnunin að ekki séu forsendur til þess að breyta skilyrðum tíðniheimildarinnar á grundvelli þessa. Hefði félagið fylgt þeirri fjárfestingaráætlun sem þátttaka þess í uppboði byggðist á, og var ákveðin forsenda fyrir þátttöku þess í uppboðinu sjálfu, væri félagið nú þegar að bjóða [ ... ]<sup>16</sup> af lögheimilum hvers landshluta umrædda þjónustu. Stofnunin fellst því ekki á sjónarmið 365 miðla ehf. um að samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. feli í sér forsendubrest sem getur verið grundvöllur að breytingu á útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum tíðniheimildar A.

### 8.2.2 Ljósleiðaravæðing stjórnvalda

365 miðlar ehf. vísa í öðru lagi til skýrslu um landsátak í uppbyggingu fjarskiptainnviða frá mars 2015 og telja að sú stefna sem þar er sett fram hafi ótvíræð áhrif á arðsemi félagsins við uppbyggingu á farnetskerfi þess. Að mati félagsins verður ekki ætlast til af stjórnvöldum að félagið uppfylli hinar ríku uppbyggingarkvaðir tíðniheimildarinnar á sama tíma og ríkið sjálft viðhefur ákveðin inngríp í fjarskiptamarkaðinn. Að því sögðu, fagnar félagið áformum ríkistjórnarinnar og lýsir yfir áhuga sínum á að taka þátt í að veita fjarskiptaþjónustu víðsvegar

---

<sup>16</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

um landið. Bendir félagið á hagræðingarmöguleika félagsins, og annarra, við uppbyggingu á kerfi sínu. Það sé þó háð því að félagið fái lengri tíma til að byggja upp kerfi sitt. Vísar félagið sérstaklega til ljósleiðaratengingu sendistaða. Væri ljósleiðari til staðar á þeim stöðum sem félagið þarf að koma sendum fyrir yrði tenging þeirra mun einfaldari og ódýrari.

Líkt og fram kemur í boðunarbréfi stofnunarinnar, dags. 29. október sl., hugðist stofnunin ekki fallast á að framangreindar mögulegar framkvæmdir stjórnvalda fælu í sér forsendubrest eða -breytingu fyrir þeim uppbyggingarkröfum sem á félaginu hvíla, enda ljóst að ekki lá fyrir fjármögnun fyrir verkefnið. Eingöngu var um að ræða skýrslu starfshóps sem skipaður var af innanríkisráðherra þann 5. febrúar 2014 en tilgangur starfshópsins var í fyrsta lagi að gera tillögur að útfærslu á alþjónustukvöðum í fjarskiptum, er varðar einkum aðgang að nettengingum og í öðru lagi að vinna tillögur til útbreiðslu á breiðbandi svo þær stuðli sem best að því að ná settum markmiðum fjarskiptaáætlunar og ríkisstjórnarinnar. Ljóst er að framangreindur starfshópur var skipaður um einu ári eftir að uppboð á tíðniheimildum fór fram. Þá var skýrslan birt tveimur árum eftir að uppboðinu lauk eða í mars sl. líkt og áður segir. Þá var um að ræða tilvísanir í hátíðarræður forsætisráðherra frá 17. júní og 31. desember 2014 þar sem ráðherra lýsir því yfir að stjórnvöld hygðust fara í umtalsverða uppbyggingu ljósleiðaranets á svæðum þar sem markaðsbrestur er.

Starfshópurinn taldi að setja ætti alþjónustumarkmið við 100 Mb/s hraða í nettengingum árið 2020 enda sé algengur hraði í dag um 50 Mb/s. Er þetta sama tímamark og 365 miðlar ehf. eiga að hafa lokið uppbyggingu á fjarskiptakerfi sínu og bjóða 99,5% lögheimilum, á skilgreindum landssvæðum, 30 Mb/s gagnaflutningshraða. Aftur á móti óskar félagið nú eftir, þrátt fyrir skuldbindingu félagsins um uppbyggingu og veitingu þjónustu samkvæmt tíðniheimildinni, að bjóða 97% lögheimila og vinnustaða á hverju landssvæði, 10 Mb/s gagnaflutningshraða fyrir árslok 2016. Við taki svo um sex ára tímabil þar til þar til síðustu 2,5% verði náð. Engin frekari sundurgreining er á þeirri uppbyggingu enda þá háð uppbyggingaráætlun stjórnvalda. Félagið sigli í raun í kjölfar ljósleiðaravæðingarinnar og hyggst ná uppbyggingarkröfum með uppsetningu smásenda á íbúðarhúsnæði notenda.

Þótt Póst- og fjarskiptastofnun hafi tekið undir sjónarmið félagsins um að slík samhliða uppbygging ríkisgreidds ljósleiðaranets og háhraða farnets gæti falið í sér hagræðingu í uppbyggingu á dreifikerfi háhraða farnetsþjónustu hugðist stofnunin ekki fallist á beiðni félagsins. Var slík fyrirhuguð synjum fyrst og fremst byggð á því að ekki lá fyrir fjárveiting eða formleg ákvarðanatataka af hálfu stjórnvalda fyrir verkefninu. Þá vísaði stofnunin einnig til þess að við úthlutun tíðniheimilda hafi stjórnvöld tækifæri til að kveða á um útbreiðslu og uppbyggingu þjónustu neytendum til hagsbóta. Er markmið þess fyrst og fremst að knýja áfram ákveðna tækniþróun, s.s. að tryggja uppbyggingu 3G/UMTS eða 4G/LTE neta og veitingu slíkrar þjónustu. Var ætlunin með þeim kröfum sem settar voru í tíðniheimild A einmitt að knýja á um víðtæka háhraða farnetsþjónustu fyrir ákveðin tímamörk í samræmi við áætlanir stjórnvalda sem birtast í fjarskiptaáætlunum Alþingis, sbr. einnig heimild ráðherra fyrir uppboðinu þar sem fram kom að nýta skyldi tíðniuppboðið í þágu samfélagslegra markmiða.

Líkt og fram kom með skýrum hætti í áðurnefndu boðunarbréfi stofnunarinnar lá hvorki fyrir fjármögnun fyrir framangreint verkefni né frekari skuldbinding af hálfu stjórnvalda hvað það varðar. Þannig lá ekki fyrir hvort og/eða hvenær stjórnvöld myndu hefjast handa við að framkvæma þær hugmyndir sem settar eru fram í skýrslu starfshóps innanríkisráðherra. Hafnaði

stofnunin því sjónarmiði félagsins, að svo stöddu, að möguleg fyrirætlan stjórnvalda hvað þetta varðar, væri forsendubrestur fyrir uppbyggingu félagsins samkvæmt ákvæðum tíðniheimildarinnar.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar var ekkert í athugasemdum 365 miðla ehf. sem hafði áhrif á þetta mat stofnunarinnar. Aftur á móti hafa síðan orðið ákveðnar grundvallarbreytingar er varðar vilja stjórnvalda í þessum efnum, en nú liggur fyrir að Alþingi hefur samþykkt fjárlög fyrir árið 2016 þar sem yfir 500 milljónum króna verður veitt til ljósleiðaravæðingar á landsbyggðinni árið 2016.

Samkvæmt frumvarpi til fjárlaga fyrir árið 2016 átti Fjarskiptasjóður að fá greitt rétt rúmar 300 milljónir króna. Við þinglega meðferð frumvarpsins var samþykkt breytingartillaga meiri hluta fjárlaganefndar um að auka við framlag ríkisins til sjóðsins um 200 milljónir króna til uppbyggingar ljósleiðarakerfa utan markaðssvæða fjarskipta, sbr. þskj. 586 – 1. mál. Í nefndarálitni meiri hlutans, sbr. þskj. 585 – 1. mál, segir:

Tillagan í frumvarpinu núna byggist á vinnu starfshóps innanríkisráðherra um úrbætur í fjarskiptamálum, Ísland ljóstengt, og miðast við að mögulegt verði að ljúka þeim uppbyggingaráformum sem hófust árið 2015.

Staða fjarskipta er á margan hátt góð hér á landi og virk samkeppni tryggir flestum markaðssvæðum valkosti um stöðugt afkastameiri og öruggari þráðbundnar nettengingar. Sú uppbygging nær þó ekki til um 3.300 lögheimila og atvinnuhúsnæðis í dreifðari byggðum landsins. Uppbygging ljósleiðarakerfa í dreifbýli mun að takmörkuðu leyti eiga sér stað á markaðslegum forsendum. Því þarf að leggja slíku verkefni til fjármuni. Fyrir liggur greining á umfangi og kostnaði markmiðs um aðgengi að a.m.k. 100 Mb/s nettengingum sem standi öllum til boða óháð búsetu. Takist það er miklum áfanga náð. Unnið er að nánari útfærslu á framkvæmd og fjármögnun tillagna starfshóps innanríkisráðherra sem innlegg í endurskoðaða fjarskiptaáætlun árána 2016–2026. Samleið með öðrum veituframkvæmdum skilar verulegum ávinningi og dæmi eru um slíkt hafi leitt til þess að kostnaðurinn við tiltekna framkvæmd í lagningu ljósleiðara hafi ekki orðið nema um 30% af upphaflegri áætlun. Leggja verður áherslu á að styðja við verkefni sem nýta þennan möguleika sem best.

Áætlaður heildarkostnaður við að tengja 3.300 lögheimili með ljósleiðara og ná þar með 99,9% útbreiðslu á landsvísu er talinn nema um 5.200 millj. kr. Sá kostnaður félli þó ekki allur á ríkissjóð, heldur yrði samstarfsverkefni markaðsaðila og fleiri. Með auknum fjármunum er því hægt að ráðast í fyrstu áfanga ljósleiðaravæðingar landsins ásamt því að ljúka við verkefni á grundvelli fjarskiptaáætlunar sem felst í tengingu byggðakjarna sem ótengdir eru ljósleiðara. Þegar hefur verið auglýst eftir markaðsáformum um tengingu við Drangnes, Kópasker og Raufarhöfn. Á árinu verður unnið að þeim framkvæmdum og seinni hluta hringtengingar Vestfjarða. Í samræmi við stefnu ríkisstjórnarinnar nást hér áfangar í að ljósleiðaravæða landið.

Aukin og bætt fjarskipti skipta alla landsmenn máli útbreiðsla ljósleiðara er nauðsynleg fyrir uppbyggingu atvinnulífs, farneta og ekki síst til að bæta búsetuskilyrði og efla samkeppnishæfni byggðanna.

Af þessu er ljóst að vilji stjórnvalda hefur raungerst í samþykkt laga frá Alþingi um að veita rúmum hálfum milljarði í umrætt verkefni. Er löggjafarvaldið að taka undir yfirlýsingar forsætisráðherra og skýrslu starfshóps innanríkisráðherra um mikilvægi fyrirhugaðra framkvæmda og tryggja framgang þeirra. Verður við ákvarðanatöku í þessu máli að líta til þessa veigamikla þáttar. Þá lá framangreint ekki fyrir þegar uppboð á tíðniheimildum fór fram árið 2013. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er því ljóst að aðstæður á markaði hafa breyst með þeim hætti að þær hafa áhrif á þær forsendur sem lágu til grundvallar skilyrða tíðniheimilda við útgáfu þeirra. Stofnunin hefði tekið tillit til þessara fyrirætlana hefðu þær legið fyrir við gerð skilmála uppboðsins. Gildir þá einu hver rétthafi tíðniheimildarinnar er.

Hér skiptir ekki eingöngu máli að verulegar breytingar hafi orðið á forsendum eftir útbreiðsluskuldbindingar voru mótaðar og lagðar á í uppboðinu, heldur einnig sú staðreynd að stjórnvöld eiga hér hlut að máli í báðum tilvikum. Þær aðgerðir sem hafa áhrif á forsendur uppboðsskilmála eru að frumkvæði stjórnvalda og getur Póst- og fjarskiptastofnun, sem hluti af opinberri stjórnsýslu, ekki horft framhjá áhrifum aðgerða annarra stjórnvalda. Almennt verður að ætla að opinber stjórnsýsla gæti innbyrðis samræmis þegar teknar eru ákvarðanir sem varða hagsmuni almennings og fyrirtækja. Er því fallist á sjónarmið 365 miðla ehf. hvað þetta varðar, en stofnunin telur að um sé að ræða almennt viðurkennt sjónarmið hvað varðar athafnir hins opinbera.

Verður því næst að meta hvort ívilnandi breyting á skilyrðum tíðniheimildar A geti fallið að öðrum markmiðum fjarskiptalaga, laga um Póst- og fjarskiptastofnun og afleiddra réttarheimilda. Við það mat verður að horfa til þess að framangreindar aðgerðir stjórnvalda fela ekki í sér forsendubrest heldur einungis breytingu á forsendum, auk þess sem 365 miðlar ehf. ættu þegar að hafa lokið töluverðri uppbyggingu áður en forsendur breyttust, eins og að framan er rakið.

### *8.3 Mat á lögmaetum sjónarmiðum*

Líkt og áður segir telur Póst- og fjarskiptastofnun að málefnalegt sé við töku matskenndra ákvarðana, eins og um ræðir í þessu máli, að litið verði til þess hvort aðstæður á markaði hafi breyst með þeim hætti að þær hafi áhrif á þær forsendur sem lágu til grundvallar skilyrða tíðniheimilda við útgáfu þeirra. Telur stofnunin að svo sé í máli þessu líkt og greint hefur verið frá. Því næst verður því að leggja mat á hvort fyrirhuguð breyting á skilmálum heimildarinnar sé til þess fallin að stuðla að því að markmið fjarskiptalaga og laga um Póst- og fjarskiptastofnun náist, eða gangi a.m.k. ekki gegn þeim. Er hér um að ræða markmið líkt og örvun samkeppni, hagkvæmni í uppbyggingu fjarskiptainnviða, útbreiðsla þjónustu, gagnsæi og fyrirsjáanleika við tíðniúthlutanir o.fl.

### 8.3.1 Skilvirkni fjárfestinga

Líkt og fram kom í boðunarbréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 29. október sl., tók stofnunin undir það sjónarmið 365 miðla ehf. að umtalsverð hagræðing geti falist í því að uppbygging ljósleiðaranets og uppbygging háhraða farnets fari fram samhliða. Ljóst er, líkt og kom fram í erindi 365 miðla ehf., að ráðast þarf í umfangsmikla fjárfestingu við að nettengja sendistaði með dýrum örbylgjusamböndum og endurvarpi, enda skiptir það afar miklu máli við uppbyggingu farnetskerfa að sendistaðir séu vel tengdir og ákjósanlegt að enginn einn aðili ráði yfir tengingum á þeim sendistöðum. Þá kemur fram í svarbréfi félagsins, dags. 30. nóvember sl., að fyrirhugð uppbygging stjórnvalda hefur mikil áhrif á fjármögnun verkefnisins þar sem að arðbærni þess hefur veikst með samkeppni við ljósleiðaratengingu. Þá er vísað til hraðrar tækniþróunar á þessu sviði sem einnig hefur jákvæð áhrif á kostnað uppbyggingarinnar. Aftur á móti er það grundvallarforsenda þess að hagræðing náist, að tímamörkum á uppbyggingarkröfum tíðniheimildarinnar verði seinkað.

Póst- og fjarskiptastofnun telur nauðsynlegt að áréttta að staðið hefur á því að uppbygging 365 miðla ehf. hafi farið af stað í samræmi við uppbyggingaráætlun félagsins sem fylgdi þátttökubeiðni þess í uppboðinu. Þá hafa einnig verið brigður á því að þær uppbyggingaráætlanir sem félagið hefur til þessa sent stofnuninni hafi haldist. Aftur á móti hefur félagið tíma til 31. desember 2016 til að uppfylla skilyrði tíðniheiðmildinnar, þ.e. að þjónusta þess nái til 99,5% lögheimila og vinnustaða á hverju skilgreindu landssvæði. Að svo stöddu hefur félagið ekki brotið gegn ákvæði 2. gr. tíðniheimildar A. Að mati stofnunarinnar er því ákveðið svigrúm til staðar til að bregðast við beiðni félagsins á málefnalegum grunni, þótt vissulega megi segja að nýting á tíðnisviðinu sé mjög svo takmörkuð að svo stöddu.

Líkt og áður hefur verið fjallað um í ákvörðun þessari er það eitt af verkefnum Póst- og fjarskiptastofnunar að hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta og stuðla að nýbreytni, sbr. b) liður 2. tl. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003. Póst- og fjarskiptastofnun telur eðlilegt, og er stofnunin í raun bundin af því, að líta til þessa lögmæta markmiðs laganna við ákvarðanatöku í þessu máli. En að mati stofnunarinnar er ljóst að ívilnandi breyting á skilyrðum tíðniheimildar A mun leiða til skilvirkari fjárfestinga í fjarskiptainnviðum í samræmi við framangreint ákvæði.

### 8.3.2 Örvun samkeppni og hagsmunir almennings

Ítrekað hefur komið fram í bréfum 365 miðla ehf. að félagið hafi fullan vilja til að koma að útbreiðslu og uppbyggingu á háhraða farnetsþjónustu á hinum dreifðu byggðum landsins. Aftur á móti muni það leiða til umtalsverðrar hagræðingar, neytendum til hagsbóta, verði skilmálum tíðniheimildarinnar breytt. Þannig muni hagræðing í uppbyggingu á dreifikerfi félagsins fyrir háhraða farnetsþjónustu leiða til lægra verðs fyrir neytendur hlutaðeigandi svæða.

Undir þetta tekur Póst- og fjarskiptastofnun enda verður að telja að sú hagræðing í fjárfestinga- og uppbyggingarkostnaði sem að framan hefur verið lýst eigi að skila sér til neytenda. Er slíkt einnig í samræmi við hin lögbundnu verkefni stofnunarinnar um að gæta að hagsmunum almennings og stuðla að þróun upplýsingasamfélagsins með markvissri innleiðingu nýrrar tækni, sbr. 4. tl. og f) lið 3. tl. 3. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun.

Að óbreyttum skilyrðum tíðniheimildar A er ljóst að neytendum skal standa til boða háhraða farnetsþjónusta með 10 Mb/s gagnaflutningshraða fyrir árslok 2016. Verði gerðar breytingar á tímamörkum tíðniheimildar A, í samræmi við ósk 365 miðla ehf., er ljóst að seinkun verður á að síðustu 2,5% lögheimila og vinnustaða, njóti slíkrar þjónustu. Aftur á móti eru forsendur til þess að þjónustan verða á lægri kjörum en ef ekki verður fallist á umbeðnar breytingar þegar hún býðst. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar mun lægra verð fyrir þjónustuna leiða til aukningar í notkun hennar og skilar sér þannig með beinum hætti inn í þróun upplýsingasamfélagsins sem og notkun nýrrar tækni.

Þá er ljóst, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, að innkoma 365 miðla ehf. á fjarskiptamarkaðinn, með þátttöku þess í tíðniuppboði stofnunarinnar, hefur aukið og kemur til með að auka samkeppni á fjarskiptamarkaði og veita neytendum aukið val á þjónustuveitendum. Taka verður undir með 365 miðlum ehf. að gríðarlega hár fjárfestingakostnaður við uppbyggingu nýs dreifikerfis getur falið í sér ákveðna aðgangshindrun á fjarskiptamarkaðinn. Tekur fjarskiptaregluverkið í raun tillit til þess þar sem eftirlitsstofnanir geta sett aðgangskvaðir á félög sem eru með umtalsverðan markaðsstyrk á hlutaðeigandi markaði. Þá endurspeglast slíkt hið sama í áður nefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 14/2015, um samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. þar sem gert er að skilyrði fyrir samstarfinu að félögin veiti, hvort í sínu lagi, heildsöluaðgang að hinu sameiginlega dreifikerfi. Uppbygging nýs aðila á markaði á nýju dreifkerfi fyrir háhraða farnetsþjónustu, sem einnig mun ná til strjálbýlustu svæða landsins, verður að teljast auka samkeppni og þróa markað fjarskiptaþjónustu í samræmi við a) lið 2. tl. og 3. tl. 3. gr. framangreindra laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

### 8.3.3 Hagnýt notkun tíðnisviðsins

Í erindi 365 miðla ehf. kemur fram að félagið hyggist ná til 97% lögheimila og vinnustaða, hvers skilgreinds landsvæðis, fyrir árslok 2016. Um er því að ræða lækkan á útbreiðsluprósentu um 2,5% frá 99,5%, líkt og áður segir.

Ljóst er að uppbygging félagsins hefur dregist og að núverandi nýting tíðnisviðsins gæti verið umtalsvert meiri hefði uppbygging félagsins farið af stað með fullum hætti. Aftur á móti verður að horfa til þess að félagið hyggist nýta tíðniheimildina til að ná til 97% lögheimila og vinnustaða fyrir lok næsta árs. Sú skerðing sem verður á útbreiðslu getur ekki leitt til þess að nýting tíðnisviðsins teljist ekki skilvirk eða hagnýt. Er vert að benda á að samkvæmt B-E tíðniheimildum á 800 MHz tíðnisviðinu er krafist að 93,5% útbreiðslu á landsvísu sé náð fyrir sama tímamark. Stofnunin hefði ekki sett þá útbreiðslukröfu hefði það ekki talist vera hagnýt notkun tíðnisviðsins.

Það er því mat Póst- og fjarskiptastofnunar að þótt fallist verði á breytingu skilyrða 2. gr. tíðniheimildar A mun tíðnisviðið vera nýtt með skilvirkum og hagnýtum hætti fyrir árslok 2016 enda bjóði félagið þá háhraða farnetsþjónustu á viðkomandi tíðnisviði í samræmi við hin breyttu skilyrði. Þannig sé markmiði laga um að ýta undir hagnýta notkun tíðna, sbr. c) lið 2. tl. 3. gr.

laga um Póst- og fjarskiptastofnun, virt, sbr. einnig 10. gr. fjarskiptalaga og 1. gr. reglugerðar, nr. 1047/2011, um skipulag og úthlutun tíðna.

#### 8.3.4 Gagnsæi við úthlutun tíðniheimilda

Líkt og áður hefur komið fram í ákvörðun þessari skal Póst- og fjarskiptastofnun úthluta tíðnum til fjarskiptanotkunar með gagnsæju ferli og á jafnræðisgrunni, sbr. ákvæði fjarskiptalaga og áðurnefndrar reglugerðar. Framfylgir stofnunin þessari lögbundnu skyldu sinni með því að viðhafa samráð við útboðs- og/eða uppboðsskilmála þar sem settar eru fram kröfur um uppbyggingu o.fl. Þannig eiga aðilar sem hyggjast taka þátt í útboði eða uppboði á tíðnum að hafa allar sömu forsendur til að byggja þátttöku sína og boð sín á. Slíkt gegnsæi og jafnræði getur borið skaða af, að mati stofnunarinnar, sé skilyrðum tíðniheimilda breytt með ómálefnalegum hætti eftir að gefnar hafa verið út tíðniheimildir á grundvelli þeirra forsendna.

Það getur þó ekki komið í veg fyrir að Póst- og fjarskiptastofnun geti brugðist við þegar upp koma tilvik þar sem málefnalegt er, og í samræmi við ákvæði laga, að bregðast við. Enda hafðu þau tilvik breytt umræddum forsendum. Þannig hefðu kröfur skilmála og skilyrði tíðniheimilda einfaldlega verið aðrar ef umrætt tilvik hefði verið til staðar við gerð þeirra. Væri slíkt raunin, að krafa um gegnsæi kæmi í veg fyrir að breytingar yrðu gerðar á útgefnum tíðniheimildum, væri stofnuninni settar of strangar skorður við að sinna verkefnum sínum um skilvirka stjórn og hagnýta notkun tíðnisviðsins, hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum, örvun samkeppni og gæta að hagsmunum almennings. Enn fremur væri í slíkri túlkun laga fólgin mikil áhættutaka fyrir þátttakendur í uppboði ef aldrei kæmi til greina að gera breytingar á skilmálum eftir á þrátt fyrir réttmætar forsendubreytingar. Á slíka túlkun getur stofnunin ekki fallist.

Ljóst er að bæði ákvæði fjarskiptalaga sem og framangreindrar reglugerðar gera ráð fyrir að breytingar geti verið gerðar af hálfu stofnunarinnar á skilyrðum útgefninga tíðniheimilda. Þótt vissulega sé ákvæði fjarskiptalaga lagagrundvöllur fyrir íþyngjandi inngrípum stjórnvalda í takmörkuð eignarréttindi tíðniréttihafa gerir ákvæði 29. gr. reglugerðarinnar einnig ráð fyrir breytingu skilyrða tíðniheimilda sé breytingin nauðsynleg vegna breytinga á hagfræðilegum eða tæknilegum forsendum rekstrargrundvallar fjarskiptafyrirtækis.

Hins vegar verða allar breytingar, hvort sem þær eru íþyngjandi eða ívilnandi, að byggja á málefnalegum sjónarmiðum og vera til þess fallnar að upphefja markmið laganna og verkefni Póst- og fjarskiptastofnunar.

#### *8.4 Meðalhófsregla stjórnsýslulaga.*

Stjórnvöld verða ávallt að fylgja almennum reglum stjórnsýsluréttarins og ákvæðum stjórnsýslulaga nr. 37/1993 við töku stjórnvaldsáskvarðana. Tvær grundvallarreglur ber þar fyrst að nefna, þ.e. *lögmætisregluna* og regluna um *málefnaleg sjónarmið*.

Í einfaldri mynd felur lögmætisreglan í sér að stjórnvöld skulu byggja ákvarðanir sínar á lögum sem og að ákvarðanir skulu vera í samræmi við lög. Þannig getur stjórnvaldið ekki tekið ákvörðun, sem þó byggir á lagaheimild, sem er í eðli sínu andstæð lögum. Reglan um málefnaleg sjónarmið er svo aftur ætlað að gæta þess að stjórnvald gæti málefnalega



sjónarmiða við töku ákvarðana á grundvelli lagaákvæðis sem felur í sér svigrúm til mats. Það eru svo aðrar reglur stjórnsýsluréttarins, svo sem rannsóknarreglan, andmælareglna, jafnræðisreglan, meðalhófsreglan o.fl. sem eiga að leiðbeina stjórnvöldum og tryggja að ákvarðanir þess uppfylli hvort tveggja lögmatísreglu stjórnsýsluréttarins og regluna um hin málefnalegu sjónarmið.

Ákvæði stjórnsýslulaga eiga við um töku allra stjórnvaldsákvæðana og verður stjórnvald að tryggja að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin, að andmælaréttar aðila hafi verið gætt, að jafnræðis sé gætt í úrlausnum stjórnvaldsins og að ekki sé farið strangar í sakirnar við töku íþyngjandi ákvarðana en nauðsynlegt er. Stjórnvaldi er því í raun óheimilt að kveða á um þyngri úrræði en sem nauðsynleg eru til að ná fram lögmetu markmiði, þ.e. stjórnvaldsákvörðun verður að uppfylla kröfuna um meðalhóf, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga. Þannig getur íþyngjandi stjórnsýsluákvörðun sem ekki er til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt verið ólögmet. Í athugasemdum við frumvarp sem varð að stjórnsýslulögum segir um meðalhófsregluna:

„Grundvallarregla þessi felur m.a. í sér að stjórnvöld verða að gæta hófs í meðferð valds síns. Er stjórnvaldi því ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að, heldur ber því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra einstaklinga og lögaðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Ber stjórnvaldi að fara ákveðinn meðalveg á milli þessara andstæðu sjónarmiða.“

Þá er einnig fjallað um það í athugasemdum frumvarpsins að efni íþyngjandi ákvörðunar verður að þjóna lögmetu markmiði, að velja skuli vægasta úrræðið sem völ er á svo umræddu markmiði verði náð og að hóf verði að vera í beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið. Þannig hvílir sú skylda á stjórnvaldi að vega og meta þau andstæðu sjónarmið geta vegist á í hverju máli en þótt slíkt mat geti verið erfitt segir í athugasemdunum að „... löggjöf á einstökum sviðum og meginreglur laga geyma þó oft vísbendingar um vægi hagsmuna“. Þá vegi hagsmunir sem njóta verndar í mannréttindarákvæðum stjórnarskrár þungt í slíku mati.

#### 8.4 Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

Póst- og fjarskiptastofnun hefur farið með ítarlegum hætti yfir erindi 365 miðla ehf., athugasemdir hagsmunaaðila og öll þau mismunandi og mörgu sjónarmið sem vegast á í máli þessu. Um er að ræða mikið hagsmunamál fyrir félagið sem krefst þess að málið sé að fullu upplýst áður en að ákvörðun er endanlega tekin. Telur Póst- og fjarskiptastofnun að þess hafi verið gætt í meðferð málsins.

365 miðlar ehf. tóku þátt í uppboði á tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum sem fram fór í ársbyrjun 2013 og hlaut félagið tíðniheimild A í kjölfar þess. Tíðniheimildin hafði að geyma umtalsverðar útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur, þ.e. að 99,5% lögheimila og vinnustaða á þar til skilgreindum landssvæðum, skyldu hafa aðgang háhraða farnetsþjónustu með 10 Mb/s gagnamagnshraða þann 31. desember 2016. Sá hraði skyldi svo aukinn í 30 Mb/s fyrir árslok 2020. Að þessum skilmálum gekk félagið.

Þegar Póst- og fjarskiptastofnun setti fram framangreindar útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur leitaði stofnunin fanga um vilja og markmið stjórnvalda í fjarskiptaáætlanir Alþingis fyrir árin

2011-2014 og 2011-2022. Þá vann stofnunin eftir hinum lögbundnu verkefnum sínum um framþróun tækni og útbreiðslu þjónustu. Var markmiðið að tryggja sem flestum lögheimilum og vinnustöðum hér á landi háhraða farnetsþjónustu og skyldi það markmið nást fyrir árslok 2020, sbr. skilyrði 2. gr. tíðniheimildarinnar.

Nú hefur komið fram beiðni frá 365 miðlum ehf. um tilslökun á framangreindum skilyrðum í ljósi breytinga á fjarskiptamarkaðinum. Póst- og fjarskiptastofnun verður því að meta hvort tilefni sé til slíkrar ívilnunar og hvort að hún þjóni þeim markmiðum sem upphaflega var stefnt að.

Líkt og áður hefur rakið í ákvörðun þessari fellst Póst- og fjarskiptastofnun ekki á það sjónarmið 365 miðla ehf. að samstarf Fjarskipta hf. og Nova ehf. hafi þau áhrif að forsendur fyrir setningu markmiða útbreiðsluákvæðis séu brostnar eða breyttar. Aftur á móti telur stofnunin að yfirlýsingar stjórnvalda, sem birtast í nýsamþykktum fjárlögum fyrir árið 2016, hafi áhrif hér á. Ljóst er að umræddur vilji þeirra til að ljósleiðaravæða strjálbýl svæði, utan markaðssvæða, kom fram og raungerðist eftir setningu skilyrða 2. gr. tíðniheimildar A. Póst- og fjarskiptastofnun fellst því á að fyrirhuguð ljósleiðaravæðing stjórnvalda, sem löggjafarvaldið hefur nú tryggt fjármögnun fyrir árið 2016, hafi áhrif á þessar forsendur.

Líkt og rakið hefur verið hér að framan eru hin lögmætu markmið sem Póst- og fjarskiptastofnun skal vinna eftir margþætt, en fela í þó öll í sér ákveðna framþróun fjarskiptamarkaðarins, þ.e. skilvirkni í uppbyggingu fjarskiptaneta, aukna samkeppni og aukna tækniþróun almenningi til hagsbóta. Póst- og fjarskiptastofnun telur að öll þau hin sömu markmið og stefnt var að með setningu útbreiðslu- og uppbyggingarskilyrða tíðniheimildarinnar eigi við þótt töf verði á að þau náist að fullu. Þar vegur þungt, í mati stofnunarinnar, sú hagræðing sem mun nást með tilslökun á tímamörkum skilyrðanna. Þá telur Póst- og fjarskiptastofnun það ekki samræmast markmiðum stofnunarinnar um örvun samkeppni þegar aðila á markaði er gert að fara út í óhagkvæmari fjárfestingar en þörf er á, sér í lagi nýjum aðila á markaði. Eins er það mat stofnunarinnar að neytendur og landsmenn muni njóta þess hagræðis sem af samhliða uppbyggingu geta hlotist.

Á móti framangreindum sjónarmiðum vega sjónarmið um gagnsæi og jafnræði við úthlutun tíðniheimilda. En líkt og að framan greinir geta slík sjónarmið, þótt mikilvæg séu, ekki leitt til þess að önnur markmið, sem stofnuninni ber lögum samkvæmt að vinna að, beri skarðan hlut frá borði. Ef slíkt væri raunin væri Póst- og fjarskiptastofnun í raun hindrað að grípa til aðgerða þegar breytingar hafa orðið á forsendum sem lágu til grundvallar setningu skilyrða sem stofnunin sjálf hefur sett fram. Slíkt fæst ekki staðist að mati stofnunarinnar.

Þá ber Póst- og fjarskiptastofnun lögbundna skyldu til þess að gæta meðalhófs við ákvarðanatöku sína. Stofnunin verður því við ákvarðanatöku í máli þessu að taka tillit til þeirra breyttu forsendna sem nú hafa komið fram af hálfu stjórnvalda ásamt því að viðhalda þeim lögmætu markmiðum sem lágu á baki setningu útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum tíðniheimildarinnar. Telur Póst- og fjarskiptastofnun að það náist með því að fallast á að ákveðnar breytingar verði gerðar á útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum 2. gr. tíðniheimildar A.

Póst- og fjarskiptastofnun áréttar þó að stofnunin mun setja fram ný skilyrði hvað varðar tímamörk útbreiðslu og uppbyggingu af hálfu félagsins í sérstökum viðauka við tíðniheimild A. Einföld breyting á ákvæði 2. gr. tíðniheimildarinnar getur ekki talist nægjanleg hvað þetta varðar. Við mótun slíkra skilyrða verður að horfa til þess að 365 miðlar ehf. hefðu samkvæmt sínum eigin áætlunum þegar átt að hafa lokið umtalsverðri uppbyggingu áður en forsendubreytingar áttu sér stað. Þá þarf að gæta að því að uppbygging samkvæmt breyttum forsendum fylgi ljósleiðarvæðingu stjórnvalda. Meðal annars verður að tryggja skýra áfangaskipta uppbyggingu, hvort tveggja í upphafi uppbyggingar félagsins sem og samhliða ljósleiðaravæðingu stjórnvalda, að viðurlögðum sammingsbundnum kvöðum. Þá verður jafnframt að vera skýrt kveðið á um ábyrgð 365 miðla ehf. um að ná þeim skilyrðum sem núverandi 2. gr. tíðniheimildarinnar felur í sér fyrir ákveðin tímamörk, að viðlögðum sektum og mögulegri afturköllun heimildarinnar, sbr. ákvæði fjarskiptalaga. Ný skilyrði verða sett fram af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar fyrir 20. janúar 2016. Forsenda þess að fallist er á beiðni 365 miðla ehf. um frest og tilslökun á uppbyggingarskuldbindingum er að félagið samþykki þau skilyrði sem Póst- og fjarskiptastofnun setur um það.

### *Ákvörðunarorð*

**Póst- og fjarskiptastofnun fellst ekki á að heimild Fjarskipta hf. og Nova ehf., sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 14/2014 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2015, leiði til þess að forsendur fyrir útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum samkvæmt 2. gr. tíðniheimildar A, sem 365 miðlar ehf. eru réttthafar að, séu breyttar.**

**Póst- og fjarskiptastofnun fellst á að fyrirhuguð lagning ljósleiðaranets stjórnvalda, sbr. fjárlög fyrir árið 2016, leiði til þess að forsendur fyrir útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum samkvæmt 2. gr. tíðniheimildar A, sem 365 miðlar ehf. eru réttthafar að, séu breyttar.**

**Póst- og fjarskiptastofnun mun tilkynna 365 miðlum ehf. um viðauka við tíðniheimild A eigi síðar en 20. janúar 2016 þar sem kveðið verður á um ný skilyrði útbreiðslu og uppbyggingu háhraða farnetsþjónustu 365 miðla ehf., áætlanagerð og upplýsingagjöf félagsins, auk úrræða vegna vanefnda, afturköllun o.fl. Breytingarnar öðlast gildi við samþykki 365 miðla ehf. á viðaukanum sem skal liggja fyrir eigi síðar en 1. mars 2016.**

**Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kærán berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar sbr. 13. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og 5. gr. reglugerðar, nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. framangreindrar.**

Reykjavík, 30. desember 2015

---

Hrafnkell V. Gíslason, forstjóri

---

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir