

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

Kæra SagaNet-Útvarp Saga ehf. á ákvörðun PFS nr. 15/2016 frá 25. október 2016.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 22. nóvember 2016, hefur SagaNet-Útvarp Saga ehf. (kærandi) kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) frá 25. október 2016, synjun á úthlutun á aukatíðni fyrir Útvarp Sögu og stöðvun á notkun tíðninnar 102,1 MHz.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Kærandi krafðist einnig frestunar á réttaráhrifum ákvörðunar PFS meðan kæran væri til meðferðar hjá úrskurðarnefnd. Úrskurður nefndarinnar um frestun réttaráhrifa var kveðinn upp hinn 2. desember 2016 þar sem kröfu kæranda var hafnað.

PFS krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Til vara krefst PFS þess að, verði hin kærða ákvörðun ógilt, verði PFS gefinn kostur á að viðhafa samráð um ráðstöfun lausra FM tíðna og framkvæma almennt opið og gagnsætt úthlutunarferli þar sem öllum útvarpsstöðvum gefst kostur á að sækja um lausar tíðnir.

II. Helstu málsatvik

Samhengisins vegna verður að greina í stuttu máli frá forsögu málsins. Með hinni kærðu ákvörðun var það niðurstaða PFS að kærandi skyldi ekki fá varanlega úthlutað tíðninni 102, 1 MHz nema félagið skilaði inn tíðninni 99,4 MHz. Þá var það einnig niðurstaða PFS að kærandi skyldi hætta notkun á tíðninni 102, 1 MHz, eigi síðar en 25. nóvember 2016. Í kæru gerði kærandi kröfu um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar á meðan kæran væri til meðferðar hjá úrskurðarnefndinni.

Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála hinn 2. desember 2016 var kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar hafnað.

Mál þetta snýst um kröfu kæranda um úthlutun á aukatíðni fyrir dagskrána „Útvarp Saga“. Kærandi hefur heimild til að nota tíðnina 99,4 MHz á höfuðborgarsvæðinu og hefur Útvarpi Sögu verið útvarpað á þeirri tíðni frá árinu 2003. Kærandi sótti um úthlutun á tíðni á FM bandi fyrir dagskrána Útvarp Saga til PFS hinn 8. apríl 2015. Áætlað þjónustusvæði var Kópavogur og nágrenni og var gert ráð fyrir að sendir yrði staðsettur á Vatnsenda. Ástæða umsóknar var sögð sú að mikið hefði borið á óánægju með dreifingu á svæðinu. Hinn 11. maí 2015 upplýsti PFS kæranda um að til stæði að úthluta honum tíðninni 102,1 MHz, en jafnframt að aðeins yrði heimilað að nota tíðnina 99,4 MHz út júlímánuð 2015.

Hinn 29. maí 2015 gaf PFS út leyfisbréf fyrir nýjum sendi, heimild til að nota tíðnina 102,1 MHz og afturköllun á tíðninni 99,4 MHz. Sama dag upplýsti kærandi PFS að um væri að ræða misskilning því félagið þyrfti að láta mæla hlustun á tíðninni 102,1 MHz, áður en ákvörðun yrði tekin um framhaldið. Af samskiptum PFS og kæranda í framhaldinu má ráða að gagnkvæmur skilningur PFS og kæranda hafi verið sá að kærandi sótti um tímabundna heimild fyrir notkun á tíðninni 102, 1 MHz til 31. júlí 2015, til þess að framkvæma prófanir og heimild fyrir útsendingu á tíðninni 99,4 MHz hafi ekki verið afturkölluð. PFS gaf þá út í kjölfarið skammtímaheimild til kæranda fyrir tíðnina 102,1 MHz til þess að félagið gæti gert prófanir á útsendingum með henni og var gildistími heimildarinnar til 31. júlí 2015. Heimildin var framlengd í nokkur skipti, fyrst til 31. júlí 2015, síðar til 30. september 2015 og loks til 30. nóvember 2015. Með bréfi PFS hinn 5. apríl 2016 veitti stofnunin kæranda lokafrest til 18. apríl til að komast að niðurstöðu um hvora tíðnina kærandi kysi að nota. Var þess krafist að notkun tíðninnar 102,1 MHz yrði hætt að þeim tíma liðnum ef niðurstaða lægi ekki fyrir.

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

Með bréfi PFS, dags. 20. júní 2016, var kæranda tilkynnt að stofnunin hefði í hyggju að synja kæranda um varanlega úthlutun á aukatíðni. Í bréfinu var m.a. lýst skipulagi FM tíðnibandsins og gerð grein fyrir því að tíðni á bandinu væri takmörkuð auðlind sem nota yrði á skilvirkan hátt vegna eftirspurnar og ekki væri svigrúm til þess í dag að úthluta fleiri en einni tíðni til hvernar útvarpsstöðvar á sama svæði. Þá benti PFS á nokkrar leiðir til að leysa dreifingarvandamál kæranda, án þess að félagið fengi aukatíðni til umráða og var mælt með lausn sem felst endurnotkun á tíðni, þ.e.a.s. að setja upp annan sendi á sömu tíðni. PFS kvaðst reiðubúin til samstarfs um að kanna möguleika til að bæta nýtingu og auka útbreiðslu á FM rás kæranda. Frestur til andmæla var veittur til 6. júlí 2016. Ekki bárust athugasemdir frá kæranda við framangreindu bréfi PFS og með vísan til þess tók stofnunin í framhaldinu hina kærðu ákvörðun hinn 25. október 2016.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Kærandi krafðist þess einnig að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar yrði frestað meðan kæran væri til meðferðar hjá úrskurðarnefnd. Úrskurður nefndarinnar um frestun réttaráhrifa var kveðinn upp hinn 2. desember 2016 þar sem kröfu kæranda var hafnað.

Kærandi bendir á að hann hafi fengið úthlutað tíðninni 99,4 MHz árið 2004. Fljótlega hafi komið í ljós að efnisdreifingu á einni senditíðninni hafi verið verulega ábótavant á höfuðborgarsvæðinu. Kærandi tekur fram að honum hafi ítrekað borist kvartanir frá hlustendum á höfuðborgarsvæðinu vegna lélegra gæða á útsendingum og telur ljóst að dagskrá kæranda náist ekki á ákveðnum skuggasvæðum. Kærandi tekur fram að hann hafi ítrekað á síðustu 12 árum leitað til PFS og Samkeppniseftirlitsins til þess að fá bætt úr gæðum útsendinga sinna og einnig til þess að fá virkari samkeppni á markaðinn.

Kærandi telur að tvö fyrirtæki á útvarpsmarkaðnum hafi markaðsráðandi stöðu, þ.e.a.s. RÚV ohf. (RÚV) og 365 miðlar ehf. (365 miðlar). Kærandi telur að vegna markaðsráðandi stöðu RÚV og 365 miðla hafi kærandi átt á brattan að sækja er varðar dreifingu á efni og vísar kærandi til laga um fjölmiðla, nr. 38/2011. Kærandi bendir á að samkvæmt lögnum sé ljósvakamiðlum einungis heimilt að afla tekna með sölu auglýsinga og kostunar. Kærandi telur að þess vegna sé útbreiðsla og gæði útsendingartíðni mikilvæg fyrir afkomu útvarpsstöðva hér á landi. Kærandi telur að þeir aðilar sem hafi markaðsráðandi stöðu á útvarpsmarkaði fari þá leið að bæta við sendum og fá úthlutað aukatíðnum til þess að bæta úr annmörkum á útbreiðslu og gæðum útsendingar. Þá tekur kærandi fram að í lögum sé ekki að finna bann við því að PFS verði við slíkum beiðnum heldur geri lög þvert á móti ráð fyrir því að PFS leiti lausna til þess að bæta gæði útsendinga. Því hafi Útvarp Saga brugðið á það ráð að óska eftir því við PFS hinn 20. apríl 2016 að fá varanlega úthlutað aukatíðninni 102,1 MHz, til að bæta gæði útsendinga og tryggja dreifingu líkt og lög mæli fyrir um.

Kærandi vísar til þess að beiðni sinni um úthlutun á aukatíðni hafi ítrekað verið synjað þrátt fyrir að RÚV og Bylgjunn hafi verið úthlutað aukatíðnum. Bendir kærandi á að Bylgjunn hafi verið úthlutað aukatíðni fyrir átján árum og fengið endurúthlutað þeirri aukatíðni á árunum 2014 og 2016 en á sama tíma hafi beiðni kæranda um aukatíðni verið synjað. Kærandi bendir þá einnig á að engum öðrum útvarpsstöðvum hafi verið úthlutað aukatíðnum fyrir utan RÚV og Bylgjuna.

Kærandi telur að þær mælingar sem PFS hafi miðað við í ákvörðun sinni um gæði dreifingar á tíðnunum séu rangar. Kærandi telur að mælingar Radío.is í sérfræðiáliti, sem kærandi lét framkvæma, sýni fram á með ótvíræðum hætti að synjun PFS á úthlutun aukatíðni til sín komi í veg fyrir samkeppni og með henni sé gæðum misskipt.

Þá viku kærandi að þeim lagaákvæðum sem hann telur máli skipta. Kærandi vísar til 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003 og bendir á að verkefni PFS sé að stuðla að samkeppni á sviði póst- og fjarskiptabjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti, m.a. með því að vinna gegn röskun eða takmörkun á samkeppni á mörkuðum fjarskipta- og pósthjónustu. Kærandi bendir einnig á að það sé verkefni PFS að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist. Kærandi telur að í hinni kærðu ákvörðun hafi ekki verið litið til þeirra samkeppnissjónarmiða sem lög um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, kveði á um. Kærandi vísar þá einnig til þess að PFS skuli samkvæmt lögnum gæta jafnræðis við meðhöndlun fjarskiptafyrirtækja og telur að slíkt hafi ekki verið gert með hinni kærðu ákvörðun PFS.

Kærandi vísar einnig til þess að í 2. mgr. 3. gr. laganna sé mælt fyrir um að PFS og Samkeppnisstofnun skuli setja sameiginlegar leiðbeinandi reglur um meðferð og úrlausn mála sem gæti bæði fallið innan marka laga um póst- og fjarskiptamál og samkeppislaga. Kærandi vísar því næst til leiðbeinandi reglna Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála, nr. 265/2001, varðandi samstarf þeirra í málum er varða samkeppni í fjarskiptum. Kærandi vísar m.a. til 11. gr. reglnanna um að hvor stofnun skuli tilnefna tvo starfsmenn sem tengiliði og að þeir skuli jafnframt mynda vinnuhóp sem hafa skuli umsjón með samvinnu stofnananna. Kærandi telur að af framangreindu megi leiða að löggjafinn leggi áherslu á að tekið sé mið af samkeppnissjónarmiðum við ákvarðanatöku stjórnvalda á sviði fjarskiptamála. Kærandi telur PFS hafa vanrækt framangreinda lagaskyldu sína með hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi fjallar því næst um að hin kærða ákvörðun sé sérstaklega íþyngjandi fyrir sig, þar sem fyrirtækið standi ekki jafnfætis við RÚV og 365 miðla. Kærandi telur að meðalhófsregla hafi ekki verið virt í því tilliti og því hafi stjórnarsýslulög verið brotin. Kærandi telur að unnt hefði verið að beita vægari úrræðum en að synja kæranda um aukatíðni. Einnig telur kærandi að PFS hefði átt að upplýsa kæranda um að tíðnin 99,4 MHz, fullnægði ekki eðlilegum hlustunarskilyrðum á höfuðborgarsvæðinu.

2.

Úrskurðarnefnd móttók greinargerð PFS vegna kærunnar hinn 13. janúar 2017. PFS krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Til vara krefst PFS þess að ef hin kærða ákvörðun verði talin ógildanleg, þá verði ekki lagt fyrir PFS að úthluta aukatíðni til kæranda, heldur verði PFS gefinn kostur á að viðhafa samráð um ráðstöfun lausra FM tíðna og framkvæma almennt opið og gagnsætt úthlutunarferli þar sem öllum útvarpsstöðvum gefst kostur á að sækja um lausar tíðnir.

PFS gerir athugasemdir við nokkur atriði í kæru. PFS telur ekki rétt að samkeppnisaðilar fari þá leið að fá aukatíðnir til að bæta útsendingu. PFS bendir á að ekki hafi verið í boði á þessari öld að fá aukatíðni á höfuðborgarsvæðinu. Síðasta tilfelli aukaúthlutunar hafi verið

árið 1998 þegar Bylgjan hafi fengið að setja upp sendi í Víðinesi til þess að ná til Mosfellssvæðisins. Bylgjan sé eina einkarekna útvarpsstöðin sem fengið hafi aukatíðni og sú úthlutun hafi átt sér stað við allt aðrar aðstæður en nú ríki, enda hafi ekki verið fyrirséð á þeim tíma að umframeftirspurn gæti skapast. PFS bendir einnig á að enga þýðingu hafi að leyfisbréf Bylgjunnar hafi verið endurnýjað 2012 og 2014 þar sem einungis hafi verið að koma leyfismálum í fastari skorður og samstilla gildistíma tíðniheimilda og útvarpsleyfa. PFS telur að ekki sé hægt að leggja að jöfnu endurnýjun á leyfi fyrir sendi sem settur hafi verið upp fyrir 19 árum og útgáfu nýrrar tíðniheimildar. PFS bendir þá einnig á í því samhengi að enginn af samkeppnisaðilum kæranda hafi fengið aukatíðni síðan kærandi hóf starfsemi.

PFS bendir á að úthlutanir til RÚV þurfi að skoða með hliðsjón af þeim lagaskyldum sem hvíli á RÚV varðandi dreifingu til allra landsmanna og því öryggishlutverki sem RÚV gegni, sbr. lög um ríkisútvarpið, nr. 23/2013. PFS telur umræddar úthlutanir ekki stoð fyrir kröfu kæranda um aukatíðni þar sem sendar RÚV á Skálafelli hafi fyrst og fremst það hlutverk að þjóna landsbyggðinni, enda dekki sendarnir Suðurland og hluta af Austurlandi.

PFS vísar til c-liðar 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, auk 14. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 og reglugerðar, nr. 1047/2011, um að PFS beri að stuðla að skilvirkri og hagkvæmri nýtingu tíðnirófsins. PFS bendir á að FM tíðnisviðið sé takmörkuð auðlind og útvarpað sé um 25 dagskrám á Suðvesturlandi, flestum á höfuðborgarsvæðinu og almennt sé hver dagskrá með eina tíðni fyrir hvert svæði sem geti tryggt viðunandi dreifingu á merkinu. PFS tekur fram að tíðnisviðið sé frá 87,5 til 108,0 MHz og við úthlutun FM rásar/tíðni sé yfirleitt haft 400-500 kHz bil á milli rása þannig að truflanir séu sem minnstar. Miðað við framangreint telur PFS ljóst að FM-tíðnisviðið væri fljótt að fyllast ef orðið væri við óskum aðila um aukatíðnir fyrir sérhverja dagskrá. Bendir PFS einnig á að fyrir hendi þurfi að vera lausar FM-tíðnir fyrir skammtímahljóðvarp auk þess sem svigrúm þurfi að vera fyrir innkomu nýrra aðila á markaðinn. Með tilliti til framangreinds og fjölgunar hljóðvarpsstöðva á höfuðborgarsvæðinu hafi framkvæmd tíðniúthlutana hjá PFS verið með þeim hætti um árabil að eingöngu sé úthlutað einni tíðni fyrir sérhverja dagskrá á sama svæði. PFS vísar til þess að samkvæmt upplýsingum sem stofnunin hafi aflað, sé því almennt háttáð þannig erlendis. Jafnframt sé horft til þess að FM-tíðnir skuli vera tiltækar til að tryggja svigrúm til framþróunar og nýsköpunar í hljóðvarpsþjónustu. PFS bendir á að nokkur fjölgun hafi orðið á hljóðvarpsstöðvum á undanförunum árum, einkum á höfuðborgarsvæðinu og byggi afstaða PFS á þeim aðstæðum sem fyrir hendi eru við nýtingu á FM-tíðnisviðinu í dag og á þeim heimildum sem eru á valdi PFS til að skipuleggja tíðnirófið og stuðla að skilvirkri nýtingu tíðna. PFS telur að afstaða hennar sé almenn og taki til allra aðila á markaði og snúi því ekki að kæranda sérstaklega. Þannig hafi aðrir aðilar, sem starfandi séu á markaðnum og lagt hafi fram samskonar óskir, fengið sömu svör.

PFS telur það rangt sem segir í kærðu, að PFS hafi ekki litið til þeirra samkeppnissjónarmiða sem lög um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, kveði á um við töku hinnar kærðu ákvörðunar. PFS bendir á að það sé meðal annars af samkeppnisástandum sem fjöldi rása á hverja útvarpsstöð sé takmarkaður. PFS telur að ef engin takmörk væru fyrir hendi þá myndu FM tíðnir klárast og markaðurinn lokast fyrir nýjum aðilum. Flestir aðilar á markaðnum hafi aðeins eina tíðni á höfuðborgarsvæðinu og því séu markaðsaðilar almennt að keppa á jafnréttisgrundvelli.

PFS bendir á að stofnunin kannist við það vandamál að viðtæki í bifreiðum framleiddum í Bandaríkjunum geti ekki tekið á móti útsendingum á tíðninni 99,4 MHz þar sem tíðnin endi á sléttri tölu. Í Bandaríkjunum sé einungis úthlutað FM tíðnum sem enda á oddatölu og a.m.k. hluti viðtækja sé hannaður með það í huga en PFS hafi þó ekki upplýsingar um hversu algengt vandamálið sé. PFS bendir á að töluverður fjöldi FM senda hér á landi sendi út á tíðnum sem endi á sléttri tölu og útvarpsstöðvar hafi almennt ekki kvartað yfir þessu vandamáli. PFS telur að hægt væri að leysa umrætt vandamál með því að skipta út tíðninni 99,4 MHz fyrir tíðnina 102,1 MHz og hafi kæranda verið boðið að gera það. Kærandi hafi hins vegar ekki fallist á að skipta út tíðninni. Þá bendir PFS á að engin andmæli hafi borist við bréfi PFS dags. 20. júní 2016, um fyrirhugaða synjun um úthlutun á aukatíðni og engin svör hafi borist varðandi niðurstöðu úr prófunum kæranda fyrr en eftir að hin kærða ákvörðun lá fyrir. Því hafi PFS ekki getað komist að annarri niðurstöðu en að synja umsókn kæranda frá 20. apríl 2016 um varanlega heimild til að nota tíðnina 102,1 MHz.

Þá bendir PFS á að í 10. gr. reglna Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar (nú Samkeppniseftirlitið), nr. 265/2001, um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála, sé fjallað um þau tilvik þar sem PFS ber að hafa samráð við Samkeppniseftirlitið. Samkvæmt ákvæðinu séu þar nefnd tilvik þegar veitt eru leyfi til fjarskipta- og póstrekesturs sem stofnunin telji að leitt geti til markaðsráðandi stöðu leyfishafa og þegar heimiluð er starfsemi eða verðskrá sem stofnunin telji að hugsanlega kunni að ganga gegn 10. eða 11. gr. samkeppnislaga, nr. 8/1993. PFS bendir á að hvergi sé kveðið á um samráð við skipulagningu tíðnirófsins eða afgreiðslu einstakra umsókna um tíðniheimildir. PFS telur að svar Samkeppniseftirlitsins við ábendingu kæranda vegna hinnar kærðu ákvörðunar, með bréfi, dags. 23. nóvember 2016, styðji framangreinda skýringu. Í svari Samkeppniseftirlitsins komi m.a. fram að forræði á úthlutunum tíðna sé hjá PFS og ennfremur að það liggi fyrir að PFS hafi heimild til að takmarka fjölda réttinda eða tíðna í því skyni að stuðla að samkeppni, þ.e.a.s. að tryggja að nýir aðilar komist inn á markaðinn. PFS telur því að hin kærða ákvörðun sé fremur til þess fallin að efla samkeppni en að hamla henni.

PFS bendir á að þegar tekin er ákvörðun um umsókn um tíðni séu einungis tveir möguleikar fyrir hendi. Annaðhvort sé umsókn samþykkt eða henni synjað. Því hafi PFS ekki haft möguleika á að afgreiða umsóknina á annan hátt en þeirri sem valin var með hliðsjón af skyldu stofnunarinnar til þess að tryggja hagkvæma og skilvirka nýtingu

tíðnirófsins. PFS telur að vægari úrræði hafi ekki staðið til boða í máli sem þessu. PFS telur það einnig hafa komið skýrt fram frá upphafi málsins að ekki kæmi til greina að úthluta tveimur tíðnum varanlega til kæranda fyrir sömu dagskrána á sama svæði og hafi félagið því ekki getað haft neinar réttmætar væntingar um það. PFS bendir þá einnig á að dagskrá kæranda hafi verið send út í 12 ár á tíðninni 99,4 MHz án sérstakra vandkvæða, þegar stöðin hafi fengið tímabundna heimild til prófana á 102,1 MHz. PFS bendir því á að þótt notkun tíðninnar 102,1 MHz sé hætt, þá muni útsendingar kæranda ekki stöðvast eða dreifing hennar verða óviðundandi.

PFS tekur fram að þótt stofnunin sé ávallt reiðubúin til þess að miðla þekkingu sinni þá sé það á ábyrgð umsækjanda um tíðni að óska eftir þeirri tíðni sem hann telur að henti sér best með tilliti til netuppbyggingar sinnar. Það hafi því ekki verið á ábyrgð PFS að upplýsa kæranda um eiginleika tíðninnar 99,4 MHz. Einnig bendir PFS á að það liggi ekki fyrir að PFS hafi verið í betri aðstöðu til þess að meta kosti og galla tíðninnar 99,4 MHz í upphafi heldur en kærandi eða þeir sérfræðingar sem voru honum til aðstoðar.

Að lokum tekur PFS fram að sérfræðiálit sem fylgi kæru sé unnið af verktaka sem starfi fyrir kæranda og hafi annast umrædda tíðniúmsókn fyrir hönd kæranda. PFS telur hann því á engan hátt geta talist hlutlaus umsagnaraðili. PFS tekur þó undir með kæranda að tíðnin 99,4 MHz sé ekki eins góð og tíðnin 102,1 MHz. Þrátt fyrir það telur PFS að tíðnin 99,4 MHz bæti litlu við þá dreifingu sem næst með 102,1 MHz. Því telur PFS að kærandi væri vel settur ef hann féllist á tilboð PFS um að skipta um tíðni.

3.

Athugasemdir PFS voru sendar kæranda til upplýsinga og eftir atvikum til frekari athugasemda. Frekari athugasemdir bárust frá kæranda hinn 2. febrúar 2017. Í athugasemdum kæranda kom fram að kærandi mótmæli því að hin kærða ákvörðun um að synja um áframhaldandi notkun á aukatíðninni 102,1 MHz hafi ekki afgerandi áhrif á áframhaldandi rekstur stöðvarinnar. Kærandi telur að rekstrarörðugleika sína, sem leiddu til gjaldþrots kæranda í desember 2014, megi rekja til þess að stöðin hafi ekki verið með næga dreifingu á dagskrá sinni og af þeim gæðum sem nauðsynleg séu á höfuðborgarsvæðinu. Kærandi telur dreifingu á 99,4 MHz hafa verið ígildi skólaútvarps á takmörkuðu svæði og það hafi haft veruleg áhrif á hlustunartölur og þar með sölu auglýsinga. Kærandi bendir á að í kjölfar þess hafi kærandi sótt um aukatíðni og telur að eftir að hann fékk aukatíðnina 102,1 MHz hafi staða þeirra gjörbreyst til hins betra. Hlustunartölur hafi farið upp í 22% á útsendingarvæðinu og hafi haldist stöðugar. Kærandi telur rekstargrundvöll stöðvarinnar þess vegna mjög háðan því að geta sent út á bæði 102,1 MHz og 99,4 MHz.

Kærandi ítrekar þá ennfremur það sem fram kom í kæru er varðar sérfræðiálit Radío.is og telur að mælingar PFS á hlustunarskilyrðum 99,4 MHz séu ófullnægjandi og rangar. Kærandi ítrekar einnig umfjöllun í kæru er varðar markaðsráðandi stöðu RÚV og Bylgjunnar. Þá telur kærandi það hafa sýnt sig og sannað að samsetning 102,1 MHz og

99,4 MHz hafi reynst mjög vel. Kærandi vísar því næst til jafnræðissjónarmiða stjórnarsýslulaga og atvinnufrelsisákvæðis Stjórnarskrár Íslands.

4.

Viðbótarathugasemdir kæranda voru sendar PFS til upplýsinga og eftir atvikum til frekari athugasemda.

Frá PFS bárust úrskurðarnefnd athugasemdir þar sem PFS hafnaði því að rekstrarerfiðleika og gjaldþrot kæranda árið 2014 mætti rekja til þess að stöðin hefði ekki náð að dreifa dagskrá sinni með nægilegum gæðum á tíðninni 99,4 MHz. Þá kom fram að PFS kannaðist ekki við að hafa kynnt mælingar fyrir kæranda í gegnum árin eða hafa fullvissað rekstraraðila kæranda um að dreifing væri fullnægjandi. Stofnunin hefði lagt fram spá um dreifingu í bréfi sínu til kæranda dags. 20. júní 2016 og niðurstaða þeirrar spár hafi verið að dreifingin væri að mestu leyti viðunandi, enda væri dreifing 99,4 MHz svipuð og annarra FM stöðva sem væru með sendi með hliðstæðri staðsetningu. Að öðru leyti voru fyrri sjónarmið PFS ítrekuð í athugasemdunum.

IV. Niðurstöður

1.

Í máli þessu er deilt um hvort hin kærða ákvörðun, um að hafna kæranda um varanlega aukatíðni 102,1 MHz til viðbótar við tíðni 99,4 MHz, hafi verið í samræmi við þau lög og reglur sem gilda við úthlutanir útvarpstíðna

Kærandi byggir málatilbúnað sinn á því að markaðsráðandi staða RÚV og 365 miðla geri það að verkum að kærandi standi ekki jafnfætis samkeppnisaðilum á fjarskiptamarkaðnum. Kærandi telur að framangreindir samkeppnisaðilar hafi fengið úthlutað aukatíðni til þess að bæta dreifingu útsendingar, en kæranda hafi hins vegar verið synjað um hið sama.

Kærandi telur einnig að sérfræðiálit Radíó.is sýni fram á að mælingar PFS á útbreiðslu og gæðum tíðnanna 99,4 MHz og 102,1 MHz séu rangar og að synjun PFS á úthlutun aukatíðni til kæranda komi í veg fyrir samkeppni og að með henni sé gæðum misskipt milli aðila á fjarskiptamarkaði. Kærandi telur jafnframt að með hinni kærðu ákvörðun hafi PFS brotið gegn meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttar og telur PFS hafa átt að beita vægari úrræðum við ákvarðanatöku sína. Þá telur kærandi rekstrarörðugleika megi rekja til ónægrar dreifingar og lélegra gæða á dagskrá kæranda.

PFS byggir á að samkeppnisaðilar kæranda fái almennt ekki aukatíðnir til þess að bæta gæði útsendinga. PFS telur aðstöðu kæranda og RÚV ekki sambærilega og benti í því sambandi á þær lagaskyldur sem hvíli á RÚV. Að því er varðar 365 miðla ehf., þá hafi úthlutun á aukatíðni til Bylgjunnar átt sér stað fyrir 19 árum, þegar aðstæður á fjarskiptamarkaði voru töluvert ólíkar því sem þær eru í dag. PFS benti einnig á að enginn af samkeppnisaðilum kæranda hafi fengið útgefna aukatíðni frá því kærandi hóf starfsemi.

PFS vísar þá til lögboðins verkefnis síns að stuðla að skilvirkri og hagkvæmri nýtingu tíðnirófsins. Einnig benti PFS á að FM tíðnir eru takmörkuð auðlind sem nota verði á skilvirknan hátt vegna eftirspurnar og í dag væri ekki svigrúm til þess að úthluta fleiri en einni tíðni til hverrar útvarpsstöðvar á sama svæði.

PFS tekur einnig fram að reynt hafi verið að vinna að lausn við vandamáli kæranda í samvinnu við hann. PFS hafi margoft gefið kæranda framlengingu á tímabundinni heimild til tíðninnar 102,1 MHz til þess að kæranda gæfist kostur á að prófa hlustunarskilyrði tíðninnar. PFS hafi einnig boðið kæranda að skipta 99,4 MHz út fyrir 102,1 MHz sem PFS telur að myndi bæta útsendingar kæranda til muna.

PFS benti á að einungis hafi komið til greina að samþykkja umsókn kæranda eða synja henni. Einnig tekur stofnunin fram að kæranda hafi verið bent á aðrar lausnir til þess að bæta gæði útsendinga sinna sem standi honum enn til boða, þ.e.a.s. að skipta út eða endurnýta tíðni. Einnig hafi PFS frá upphafi gert kæranda það skýrt að ekki stæði til að kærandi fengi úthlutað tveimur tíðnum svo kærandi hafi ekki átt neinar réttmætar væntingar um slíkt.

Að lokum benti PFS á að sérfræðiálit Radío.is sé ekki gert af hlutlausum aðila. PFS tekur þó fram að stofnunin telji rétt að gæði 102,1 MHz séu betri en gæði 99,4 MHz en þess vegna hafi PFS boðið kæranda að skipta út 99,4 MHz fyrir 102,1 MHz. PFS telur það að hafa báðar tíðnirnar bæti ekki miklu við og því óþarft fyrir kæranda að hafa 99,4 MHz ásamt 102,1 MHz.

2.

Hin kærða ákvörðun felur í sér afstöðu PFS til umsóknar kæranda um varanlega úthlutun á aukatíðni til handa kæranda. Eins og rakið hefur verið byggir kærandi á því að PFS hafi ekki farið að lögum og reglum við töku hinnar kærðu ákvörðunar um að hafna kæranda um varanlega úthlutun á tíðninni 102,1 MHz, til viðbótar við þá tíðni sem kærandi hefur nú þegar fengið úthlutað, 99,4 MHz. Verður því að líta til þeirra lagaheimilda sem gilda um úthlutanir á útvarpstíðnum.

Samkvæmt a- og c-lið 2. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, er það verkefni PFS að stuðla að samkeppni á sviði póst- og fjarskiptaþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti með því m.a. að vinna gegn röskun eða takmörkun samkeppni á mörkuðum fjarskipta- og pósthjónustu ásamt því að ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þessara gæða.

Þá kemur fram í a- og c-lið 3. tölul. 1. mgr. 3. gr. laganna að PFS skuli taka þátt í þróun markaðar fyrir fjarskipta- og pósthjónustu og upplýsingatækni með því m.a. að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist og fjarskipta- og pósthjónustu ásamt því að stuðla að því að gætt sé jafnræðis við meðhöndlun fjarskiptafyrirtækja og póstrekenda sem búi við sömu aðstæður.

Í 2. mgr. 3. gr. sömu laga, segir að PFS og Samkeppnisstofnun (nú Samkeppniseftirlitið), skuli setja sameiginlegar leiðbeinandi reglur um meðferð og úrlausn mála sem geta bæði fallið innan marka laga um póst- og fjarskiptamál og samkeppnislaga. PFS og Samkeppniseftirlitið hafa með heimild í framangreindu ákvæði sett reglur um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála, nr. 265/2001. Í 4. gr. reglnanna segir að mál er víki að leyfisveitingum PFS og túlkun leyfisbréfa skuli að jafnaði meðhöndluð af PFS. Þá segir ennfremur í 10. gr. reglnanna að PFS beri að ráðfæra sig við Samkeppniseftirlitið áður en veitt séu leyfi til fjarskipta- og póstrekesturs sem stofnunin telur að leitt geti til markaðsráðandi stöðu leyfishafa.

Í 7. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 (fjarskiptalög), er fjallað um réttindi til að nota tíðnir og númer. Í 1. mgr. segir að fjarskiptatíðnir innan íslensks yfirráðasvæðis og númer úr íslenska númeraskipulaginu séu auðlindir undir stjórn íslenska ríkisins. Úthlutun á tíðnum og númerum feli í sér tímabundna heimild til skilyrtra afnota sem hvorki leiði til eignarréttar né varanlegs nýtingar- og ráðstöfunarréttar. Í 2. mgr. 7. gr. laganna segir að PFS skuli, að fenginni umsókn úthluta slíkum réttindum til fjarskiptafyrirtækja sem reka eða nota fjarskiptanet eða þjónustu samkvæmt almennt heimild. Einnig megi úthluta réttindum fyrir notkun tíðna til útvarpsstöðva að lokinni opinni og gegnsærri málsmeðferð án mismununar, enda þjóni slík úthlutun markmiðum stjórnvalda.

Í 1. mgr. 14. gr. fjarskiptalaga kemur fram að PFS skuli í samræmi við alþjóðlegar samþykktir þar að lútandi stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu tíðnirófsins og að skaðlegar truflanir á viðtöku þráðlausra merkja verði sem minnstar.

Samkvæmt heimild í 2. mgr. 14. gr. fjarskiptalaga hefur ráðherra sett reglugerð um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum, nr. 1047/2011. Í 1. gr. reglugerðarinnar segir að PFS skuli stuðla að skilvirku skipulagi á skráningu og úthlutun tíðna með það að markmiði að nýting tíðna sé bæði hagkvæm og skynsamleg. Með því sé m.a. átt við að tíðnir nýtist í fjarskiptaþjónustu fyrir sem flesta landsmenn og með sem mestri útbreiðslu um landið allt. Skipulag tíðna skuli vera gagnsætt og úthlutun þeirra byggjast á jafnræðissjónarmiðum og vera til þess fallin að örva samkeppni á íslenskum fjarskiptamarkaði um leið og staðinn sé vörður um eðlilegt framboð tíðna. Með skipulaginu skuli stuðla að sem minnstum truflunum við notkun tíðna.

3.

Í máli þessu reynir á heimild PFS til þess að synja kæranda um úthlutun á aukatíðni fyrir Útvarp Sögu og mæla fyrir um stöðvun á notkun kæranda á tíðninni 102,1 MHz. PFS hefur það lögbundna hlutverk, að úthluta útvarpstíðnum til þeirra sem um það sækja, sbr. IV. kafla fjarskiptalaga. Tekið skal fram að PFS er ekki skylt að leita eftir álit hjá Samkeppniseftirlitinu í því sambandi, sbr. 2. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun og 4. gr. reglna um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála, nr. 265/2001.

Við úthlutun tíðna ber PFS m.a. að líta til samkeppnissjónarmiða, gæta þess að úthlutun ýti undir hagnýta notkun tíðna, auk þess sem gæta þarf jafnræðis, sbr. a. og c. liði 2. og 3. tölul. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

Synjun PFS á úthlutun aukatíðni til kæranda byggist á því að FM-tíðnisviðið sé takmörkuð auðlind. Svigrúm þurfi að vera fyrir innkomu nýrra aðila á markaðinn og einnig þurfi að vera lausar tíðnir fyrir útsendingar skammtímahljóðvarps. Einnig var horft til þess að PFS ber að haga tíðniskipulaginu þannig að það feli í sér skilvirka og hagnýta nýtingu tíðna. Er það mat PFS að því markmiði verði náð með því að einungis sé úthlutað einni tíðni á hverju svæði til hvernar dagskrár. Úrskurðarnefnd telur ekki tilefni til þess að gera athugasemdir við framangreint mat PFS, enda ljóst að FM tíðnir eru takmörkuð auðlind sem PFS ber að úthluta á hagnýtan og skilvirkan hátt, miðað við framboð og eftirspurn á hverjum tíma.

Þá telur úrskurðarnefnd ljóst að jafnræðissjónarmið liggja til grundvallar hinnar kærðu ákvörðun, enda hefur komið fram að PFS muni ekki veita öðrum útvarpsstöðvum aukatíðni á sama svæði og það hafi ekki verið gert um árábil, vegna aukinnar eftirspurnar eftir úthlutun tíðna á tíðnisviðinu. Í því sambandi skal tekið fram að úrskurðarnefnd fellst á það með PFS að úthlutun á aukatíðni til RÚV og 365 miðla, fyrir allöngu síðan, geti ekki leitt til þess að stofnuninni beri nú skylda til þess að verða við beiðnum um úthlutun aukatíðni til annarra aðila. Að mati úrskurðarnefndar er því ljóst, með vísan til framangreinds, að lögmæt og málefnaleg sjónarmið búa að baki niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar.

Úrskurðarnefnd telur einnig að líta verði til þess að PFS hefur leitast við að aðstoða kæranda við að finna lausn á þeim vanda og þeim truflunum sem kærandi telur vera á útsendingum dagskrár sinnar. Var kæranda þannig veitt skammtíma heimild til prófana á tíðninni 102.1 MHz og var sú heimild ítrekað framlengd svo kæranda væri unnt að ljúka við prófanir á tíðninni. Líkt og áður er getið stóð það kæranda til boða að skipta um tíðni, þ.e.a.s. að fá úthlutað tíðninni 102,1 MHz, gegn því að skila tíðninni 99,4 MHz. Þá er ljóst að kærandi gat ekki haft réttmætar væntingar til þess að fá úthlutað báðum tíðnunum, enda gerði PFS kæranda grein fyrir því að stofnunin myndi ekki verða við slíkri beiðni með bréfi hinn 20. júní 2016, en kærandi óskaði eftir úthlutun beggja tíðna hinn 20. apríl 2016. Í ljósi framangreinds telur úrskurðarnefnd ljóst að PFS gætti að meðalhófsreglu stjórnsluréttar við málsmeðferð málsins.

Úrskurðarnefndin telur, með vísan til framangreinds, að PFS hafi farið að þeim lögum og reglum sem gilda um úthlutun tíðna og hafi því verið heimilt að synja kæranda um varanlega heimild til notkunar á tíðninni 102,1 MHz til viðbótar við tíðni 99,4 MHz sem félagið hefur nú þegar heimild til að nota á höfuðborgarsvæðinu.

4.

Í ljósi alls framangreinds er hin kærða ákvörðun staðfest.

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

V. Úrskurðarorð

Ákvörðun PFS frá 25. október 2016, nr. 15/2016, er staðfest.

Málskostnaður að fjárhæð 1.346.450 kr. greiðist af kæranda.

Reykjavík, 1. mars 2017

Þórður Bogason formaður

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring