

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 1. apríl 2019 í máli nr. E-4453/2014:

Síminn hf.

(Friðrik Árni Friðriksson lögmaður)

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun,

(Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður)

Sýn hf.,

(Snorri Stefánsson lögmaður)

Nova ehf.

(Heimir Örn Herbertsson lögmaður)

og Sendafélaginu ehf.

(Bergur Hauksson lögmaður)

Mál þetta, sem dómtekið var að lokinni aðalmeðferð 4. febrúar sl., er höfðað af Símanum hf., Ármúla 25, Reykjavík, með stefnu birtri 29. september 2014, á hendur Póst- og fjarskiptastofnun, Suðurlandsbraut 4, Reykjavík, Sýn hf., Skútuvogi 2, Reykjavík, og Nova ehf., Lágmúla 9, Reykjavík og með sakaukastefnu, útgefinni og birtri 27. nóvember 2015, á hendur Sendafélaginu ehf., Urðarhvarfi 6, Kópavogi.

Stefnandi krefst þess aðallega að viðurkennt verði með dómi að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 14/2014 sé ógild, en til vara að ákvörðunin verði ógilt með dómi. Þá krefst stefnandi í báðum tilvikum málskostnaðar óskipt úr hendi stefndu.

Stefndu krefjast þess hver um sig að verða sýknaðir af öllum dómkröfum stefnanda í málinu. Þá krefjast stefndu hver um sig málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 8. október 2015 var kröfu stefndu Póst- og fjarskiptastofnunar um frávísun málsins hafnað.

Ágreiningsefni og málsatvik

Ágreiningur málsaðila í máli þessu snýst um lögmati ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar (hér eftir einnig skammstafað „PFS“) frá 2. júlí 2014, númer 14/2014, um það að heimila stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildir fyrir farsíma- og farnetsþjónustu sem stofnunin hafði áður gefið út þeim til handa.

Stefnandi málsins er Síminn hf., en félagið veitir farsíma- og farnetsþjónustu hér á landi í samkeppni við stefndu Sýn hf., áður Fjarskipti hf., og Nova ehf., en farsíma- og farnetsþjónusta sem stefndi Sýn hf. veitir er rekin undir merkjum Vodafone. Stefndi Sendafélagið ehf. var síðan stofnað í maí 2015, en yfirlýstur tilgangur félagsins er rekstur farsímasenda og tengds búnaðar og er það í jafnri eigu Sýnar hf. og Nova ehf.

Farsíma- og farnetsþjónusta, eða þráðlaus fjarskipti, byggjast á rafsegulbylgjum sem sendar eru, í aðra eða báðar áttir samtímis, á milli tveggja eða fleiri staða, fyrir tilstuðlan þar til gerðs sendibúnaðar, sem veitendur farsíma- og farnetsþjónustu þurfa að hafa aðgang að. Rafsegulbylgjunum er deilt upp í tíðniróf eða tíðniheimildir sem stefndi PFS skipuleggur og úthlutar fyrir hönd íslenska ríkisins til rekstraraðila á markaði fyrir farsíma- og farnetsþjónustu samkvæmt fyrirmælum IV. kafla laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Tíðnirófið telst vera takmörkuð auðlind í eigu íslenska ríkisins, enda er aðeins mögulegt að úthluta hverri tíðniheimild til eins aðila hverju sinni. Úthlutun á tíðnum og númerum felur í sér tímabundna heimild til skilyrtra afnota, sem hvorki leiðir til eignarréttar né varanlegs nýtingar- og ráðstöfunarréttar, sbr. 1. mgr. 7. gr. laga nr. 87/2003. Í 2. mgr. sama ákvæðis kemur fram að réttindi samkvæmt því séu bundin við nafn og er framsal þeirra óheimilt. Í 11. gr. laga nr. 81/2003 er fjallað um málsmeðferð við veitingu réttinda til að nota tíðnir og númer. Samkvæmt 7. mgr. þeirrar lagagreinar getur ráðherra ákveðið að úthlutun slíkra réttinda fari fram að loknu uppboði. Stefndi PFS skal ákveða skilmála uppboðs, annast framkvæmd þess og úthlutun réttinda að því loknu. Nánari ákvæði um uppboð á tíðniheimildum er að finna í reglugerð um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum nr. 1047/2011. Í 3. mgr. 23. gr. hennar kemur fram að ef ráðherra ákveður að uppboð skuli haldið skuli PFS auglýsa fyrirhugað uppboð og hafa samráð við hagsmunaaðila varðandi uppboðsskilmála.

Drög að skilmálum uppboðs á tíðniheimildum fyrir farsíma- og farnetsþjónustu á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðum voru birt á heimasíðu PFS þann 29. október 2012. Daginn eftir sendi PFS síðan tölvupóst til hagsmunaaðila, þ.m.t. Símans hf., Sýnar hf. og Nova ehf., þar sem vakin var athygli á skilmáladrögunum og tekið fram að fyrirhugað væri að halda uppboð á grundvelli þeirra í ársbyrjun 2013. Þá var óskað eftir samráði við hagsmunaaðila um drögin, en frestur til þess að senda inn umsagnir, athugasemdir og ábendingar þar að lútandi var til 26. nóvember 2012. Síminn hf., Sýn hf. og Nova ehf. tjáðu sig um efni skilmálanna í bréfum til PFS innan umrædds frests.

PFS gaf út samantekt um umsagnir hagsmunaaðila um drögin og niðurstöður sínar þann 17. desember 2012. Um möguleika hagsmunaaðila til samstarfs og

samnýtingar tíðna var þá tekið fram að skilmálarnir fælu ekki í sér að uppfylla mætti útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur með reikisamningum. Er horft væri til hugsanlegra tækniframfara er leiddu til hagkvæmni í sameiginlegum rekstri kerfa og jafnvel samnýtingar á tíðnum teldi stefndi PFS eðlilegt að reyna að koma til móts við hugsanlegar óskir aðila um samvinnu. Þá teldi PFS rétt að slík samnýting yrði ávallt háð samþykki PFS, en breytingar hefðu verið gerðar á uppboðsskilmálum þessa efnis.

Endanlegir skilmálar uppboðsins voru gefnir út sama dag af hálfu PFS. Boðnar yrðu upp tíðniheimildir á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum, alls tíu tíðniheimildir, eða fimm á hvoru tíðnisviði um sig. Tíðniheimildir á 1800 MHz tíðnisviðinu yrðu tæknilega hlutlausar, en tíðniheimildirnar á 800 MHz tíðnisviðinu heimiluðu notkun á tíðnum fyrir farsíma- og farnetsþjónustu og yrðu bundnar ákveðnum lágmarkskröfum um útbreiðslu og uppbyggingu háhraðafarnetsþjónustu.

Í skilmálum útboðsins frá 17. desember 2012 var að finna nýtt ákvæði, í grein 3.4.2 um samnýtingu tíðnisviða og samstarf aðila, sem ekki var í þeim drögum sem kynnt voru hagsmunaaðilum 30. október 2012. Þar kom fram að heimildirnar tækju til uppsetningar og starfrækslu radióstöðva, skiptistöðva og annars nauðsynlegs búnaðar í þeim tilgangi að veita tilgreinda þjónustu. Þá væri rétthöfum tíðniheimilda sem boðnar yrðu heimilt að uppfylla kröfur um útbreiðslu og uppbyggingu með nýtingu annarra tíðna sem þeir kynnu að vera rétthafar að, en þó með fáeinum undantekningum. Tíðnirétthöfum væri heimilt að hafa samstarf við að ná útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum samkvæmt skilmálum hlutaðeigandi tíðniheimilda. Aðilar gætu sótt um það til PFS að fá að samnýta tíðnir eða eiga annars konar samstarf um tíðnir sem þeir kynnu að hafa nýtingarrétt að, en slíkt samstarf mætti þó aðeins ná til fjarskiptavirkja og -neta. Kæmi til slíkrar samnýtingar gæti það leitt til skerðingar á tíðnisviði rétthafa sem þá væri ekki lengur nýtt vegna samnýtingar. Þá var tekið fram að slíkt samstarf yrði þá háð samþykki Samkeppniseftirlitsins (hér eftir stundum einnig skammstafað „SE“) til samræmis við ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005.

Uppboðinu á grundvelli skilmálanna frá 17. desember 2012 lauk síðan þann 13. mars 2013. Í bréfi stefnda PFS til innanríkisráðuneytisins, dags. 14. mars 2013, var að finna samantekt um framkvæmd uppboðsins og niðurstöðu þess. Fram kom þar að fjórir aðilar hefðu tekið þátt í uppboðinu, þ. á. m. stefnandi Síminn hf. og stefndu Sýn hf. og Nova ehf. Stefnandi átti hæsta boð í þrjár tíðniheimildir og fékk úthlutað 2x15 MHz á 1800 MHz tíðnisviðinu á grundvelli uppboðsins. Stefnandi Sýn hf. átti hæsta boð í þrjár af þeim tíðniheimildum sem boðnar voru upp og fékk úthlutað 2x10 MHz á 800 MHz tíðnisviðinu og 2x5 MHz á 1800 MHz tíðnisviðinu. Stefnandi Nova ehf. átti sömuleiðis hæsta boð í tvær tíðniheimildir og fékk úthlutað

2x5 MHz á 800 MHz tíðnisviðinu og 2x5 MHz á 1800 MHz tíðnisviðinu á grundvelli uppboðsins.

Í bréfi til stefnda PFS, dags. 19. nóvember 2013, kynntu stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að undirbúningsvinna væri hafin vegna samstarfsverkefnis félaganna um uppbyggingu sameiginlegs dreifikerfis fyrir farsíma- og farnetsþjónustu. Þar kom og fram að Sýn hf. og Nova ehf. hefðu sama dag sent erindi til SE þar sem formlega hefði verið leitað eftir því að veitt yrði undanþága, sbr. 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, frá starfrækslu sérstaks félags um hinn sameiginlega rekstur. Fengist sú undanþága samþykkt af SE yrði stofnað félag í jafnri eigu stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. sem hefði með höndum eignarhald, uppbyggingu og þróun dreifikerfis fyrir alla almenna farsímaþjónustu félaganna. Í erindi Sýnar hf. og Nova ehf. til SE sama dag var síðan óskað eftir undanþágu, sbr. 15. gr. samkeppnislaga, vegna samstarfsverkefnis þeirra.

Í bréfi stefnda PFS til stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., dags. 13. janúar 2014, var tilkynnt að stofnunin myndi taka erindi þeirra frá 19. nóvember 2013 til formlegrar málsmeðferðar. Vísað var til þess að í skilmálunum frá 17. desember 2012 hefði verið fjallað um möguleika á samnýtingu tíðna, eða á annars konar samstarfi handhafa tíðniheimilda samkvæmt skilmálunum, en að sækja þyrfti um slíkt til stofnunarinnar. Þar af leiðandi var óskað eftir því að stefndu Sýn hf. og Nova ehf. myndu senda inn formlega umsókn um samnýtingu tíðniheimilda vegna fyrirhugaðs samstarfsverkefnis.

Slík umsókn stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. barst stefnda PFS 18. febrúar 2014. Þar var óskað eftir því að PFS heimilaði félögunum að samnýta allt það tíðnisvið sem þeim hafði þá verið úthlutað til farsíma- og farnetsþjónustu á 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz tíðnisviðunum. Í erindinu kom einnig fram að ein forsenda samstarfsins væri tækni framfarir sem hefðu orðið á undanförunum árum, og byggðust á „SingleRan“-tækni og MOCN-tækni, en hvor tveggja byggðist á 3GPP-stöðlum. Hin nýja tækni gerði félögunum kleift að dreifa með einum sendi 2G/GSM-, 3G/UMTS- og 4G/LTE-þjónustu fyrir tvo rekstraraðila á sama tíma, sem þá gætu samnýtt tíðnirófið. Tæknin setti í raun upp nokkurs konar sýndarrás fyrir hvort fyrirtæki um sig, en notendur félaganna tveggja sæju allar þjónustuleiðir sem sitt eigið heimanet um leið og full samnýting á búnaði og tíðnum ætti sér stað. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. bentu á mikilvægi samnýtingar tæknibúnaðar og tíðni þegar kæmi að hagræðingu og hagkvæmni í nýtingu á tíðnum. Með slíkum samrekstri á einu dreifikerfi í stað tveggja næðist veruleg hagræðing og möguleikar til umtalsvert meiri þekjunar dreifikerfisins en aðilum væri annars mögulegt. Dreifikerfishluti Sýnar hf. og Nova ehf. yrði þannig rekinn af nýju sameiginlegu rekstrarfélagi, í jafnri eigu beggja, sem gerði þeim kleift að

veita viðskiptavininum sínum farsíma- og farnetsþjónustu. Fyrirhugaður samrekstur á dreifikerfinu næði hins vegar ekki til kjarnanets þeirra, sem væri sá hluti fjarskiptakerfis sem veitti virðisaukandi þjónustu og ýmsa nauðsynlega grunnþjónustu. Kjarnanet skrái einnig upplýsingar um notkun viðskiptavina, t.d. einingafjölda, mínútur, gerð símtala, áskrifta og margvíslegar þjónustuskilgreiningar.

Stefndi PFS sendi frá sér bréf, dags. 4. mars 2014, sem bar yfirskriftina: „Samráð um fyrirhugaða ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar um heimild til samnýtingar tíðniheimilda Fjarskipta hf. og Nova ehf.“. Þar var óskað eftir sjónarmiðum þeirra aðila sem teldu sig hafa hagsmuni af niðurstöðu ákvörðunar PFS í tilefni af umsókn stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. frá 18. febrúar 2014. Í bréfinu kom meðal annars fram afstaða stefnda PFS og var vísað til heimildar í fyrrgreindu ákvæði 3.4.2 í skilmálum uppboðsins frá 17. desember 2012 og markmiða þar að baki. Hvernig samnýtingu samkvæmt ákvæðinu yrði háttáð væri háð samþykki PFS vegna fyrirmæla 2. mgr. 7. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 um bann við framsali tíðniheimilda. PFS taldi sig ekki geta séð að sú samnýting á tíðnum sem boðuð væri í samstarfsverkefni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. fæli slíkt framsal í sér. Stefndi PFS lýsti því síðan að umrædd samnýting væri sambærileg reikiþjónustu þar sem félög nýttu tíðnir hvert annars til að veita viðskiptavinum sínum þjónustu. Áskrifendur nú Sýnar hf., og Nova ehf. yrðu þó ekki varir við samnýtingu tíðna, enda myndu þeir ávallt upplifa allar þjónustuleiðirnar, 2G, 3G og 4G, sem sitt heimanet, óháð því hvaða tíðniband viðkomandi tæki færi inn á. Stefndi PFS tók auk þess fram að samráðið sem óskað væri eftir tæki eingöngu til þess hluta samstarfsins sem lyti að umræddri samnýtingu tíðniheimilda stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., en ekki að þeim samkeppnislegu áhrifum sem fyrirhugað samstarf hefði á fjarskiptamarkaðinn, en slíkt væri á valdsviði SE. Stefndi PFS boðaði einnig að stofnunin myndi að óbreyttu samþykkja þá samnýtingu á tíðnum sem óskað væri eftir í erindum stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. til stofnunarinnar þann 18. febrúar 2014 og 19. nóvember 2013, á þeim grundvelli sem þar birtist.

Í bréfi stefnanda Símans hf. frá 28. mars 2014 kom fram umsögn hans um boðaða afstöðu stefnda PFS. Stefnandi gerði þar grein fyrir því að hann væri mótfallinn því að slíku samstarfi yrði komið á laggirnar. Í bréfinu komu þannig m.a. fram sjónarmið stefnanda um fyrirhugaða samnýtingu stefndu Sýnar ehf. og Nova ehf. á úthlutuðum tíðniheimildum og um neikvæða þýðingu þess fyrir stefnanda og aðra í samkeppni við stefndu Sýn hf. og Nova ehf. Reifað var að slíkt samstarf hefði í för með sér að hið sameinaða dreifikerfi myndi að lágmarki standa undir 60% markaðarins, sama hvort litið væri til símtala, sms-skeyta eða

gagnanotkunar. Eins var þar bent á hættu á því að þau jákvæðu markmið sem stefnt væri að með sameinuðu dreifikerfi yrðu að engu og í staðinn yrði til fyrirtæki sem hefði burði og getu til þess að útiloka keppinauta frá því að geta veitt samkeppnislegt aðhald. Þá skoraði stefnandi á stefnda PFS að rannsaka málið frekar í ljósi áhrifa fyrirhugaðrar afstöðu PFS á samkeppni á markaðinum. Þá var bent á þau skilyrði sem stefnandi teldi að setja þyrfti að lágmarki fyrir fyrirhuguðu samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. með tilliti til samkeppnissjónarmiða.

Í rökstuddum niðurstöðum samráðs PFS við hagsmunaaðila frá 2. júlí 2014 var tekin rökstudd afstaða til sjónarmiða stefnanda Símans hf. er komu fram í bréfi hans, dags. 28. mars 2014, og til sjónarmiða er borist höfðu frá öðrum hagsmunaaðilum. Þar kom fram sá rökstuðningur að PFS bæri lögum samkvæmt að ýta undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra gæða, hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta, stuðla að nýbreytni og vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengdist og fjarskipta- þjónustu. PFS færi með stjórn og nýtingu þeirra takmörkuðu og verðmætu auðlinda ríkisins sem fjarskiptatíðnir væru og yrði við úthlutun að gæta að sanngirnis- og jafnræðissjónarmiðum. Þá þyrfti úthlutun að þjóna almannahagsmunum með tilliti til útbreiðslu og aðgengis að fjarskiptaþjónustu um land allt. Þótt PFS féllist á að gæta þyrfti að samkeppnissjónarmiðum við ákvarðanatöku þá yrði hún jafnframt að líta til sjónarmiða á borð við hagnýtingu tíðnirófsins, fjárfestingar og áhættu tengda þeim í fjarskiptainnviðum, til þróunar fjarskiptaþjónustu og til hagsmuna neytenda. Þannig gæti PFS ekki litið fram hjá þeim ávinningi sem falist gæti í uppbyggingu og rekstri sameiginlegs dreifikerfis sem næði til landsins alls eingöngu á grundvelli þess að tímabundinn aðstöðumunur gæti mögulega skapast með slíku samstarfi á markaði fyrir farsíma- og farnetsþjónustu, enda væru til leiðir með setningu skilyrða til að koma í veg fyrir neikvæð áhrif, en ekkert hefði komið fram í athugasemdum hagsmunaaðila sem hefði áhrif á þær forsendur sem PFS hefði byggt boðaða ákvörðun sína á.

Stefndi PFS tók svo samdægurs hina umstefndu ákvörðun sína nr. 14/2014, vegna beiðni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. frá 18. febrúar 2014 og 19. nóvember 2013. Í forsendum kom fram sú niðurstaða PFS að umbeðin samnýting tíðniheimilda Sýnar hf. og Nova ehf. til veitingar farsíma- og farnetsþjónustu teldist ekki vera framsal í skilningi 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. Þá væri það niðurstaða PFS að hvorki önnur ákvæði laganna né undirliggjandi tíðniheimildir kæmu í veg fyrir að til samnýtingar tíðniheimilda gæti komið og takmörkuðu þannig ráðstöfunarrétt félaganna sem réttthafa tíðniheimildanna, sbr. 1. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. Í ákvörðunarorðinu segir síðan m.a. eftirfarandi: „Póst- og fjarskiptastofnun heimilar Fjarskiptum hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildir

sem stofnunin hefur gefið út þeim til handa, og tilgreindar eru í kafla 4.3.1 í ákvörðun þessari, til veitingar 2G/GSM, 3G/UMTS og 4G/LTE farsíma- og farnetsþjónustu á 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz tíðnisviðunum að því tilskildu að fyrirhuguð samnýting gangi ekki gegn ákvæðum laga, nr. 81/2003, um fjarskipti og skilyrðum undirliggjandi tíðniheimilda.“ Stefnandi telur umrædda ákvörðun PFS frá 2. júlí 2014, nr. 14/2014, ranga og hefur nú höfðað mál þetta, aðallega til viðurkenningar á ógildi hennar, en til vara til ógildingar á henni.

Um atvik eftir að mál þetta var höfðað er það að segja að þann 18. febrúar 2015 heimilaði SE samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. um rekstur dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu, að uppfylltum tilteknum skilyrðum, á grundvelli beiðni félaganna frá 19. nóvember 2013. Sú heimild birtist í ákvörðun SE frá 22. maí 2015, nr. 14/2015. Þar kemur fram að SE fallist á beiðni Nova ehf. og Sýnar hf. um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, vegna samstarfs um rekstur dreifikerfis. Undanþágan var þó sögð bundin tilteknum skilyrðum, sem félögin höfðu sæst á að hlíta, en þannig væri gætt skilyrða a.–d-liða 1. mgr. 15. gr. laganna. Í ákvörðuninni kemur fram að þeim skilyrðum sé ætlað að vinna gegn því að samstarfsverkefni Sýnar hf. og Nova ehf. raski samkeppni á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu á bæði heildsölu- og smásölustigi. Meðal annars sé það gert með því að tryggja að félögin starfi áfram sem sjálfstæðir og óháðir keppinautar á heild sölu- og smásölumörkuðum fyrir farsímaþjónustu, þannig að þau hvorki hindri né hamli viðskiptum við önnur fjarskiptafyrirtæki með ómálefnalegum hætti. Með skilyrðunum væri stefnt að því að tryggja virka samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum þannig að samstarfið leiddi til fleiri valkosta í framboði á farsímaþjónustu, en með því ætti að stuðla að enn frekari samkeppni. Í ákvörðun SE var einnig sérstök umfjöllun um samnýtingu tíðniheimilda og rökstudd afstaða tekin til sjónarmiða hagsmunaaðila, þar á meðal þess sjónarmiðs stefnanda að setja ætti samstarfinu skilyrði um breytingar á tíðniúthlutun félaganna. Niðurstaða SE var sú að óbreytt úthlutun á tíðnum veitti stefndu Sýn hf. og Nova ehf. ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni um verulegan hluta þeirrar þjónustu sem um væri að tefla, sbr. d-lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Því væri ekki ástæða til að áskilja að félögin tvö seldu eða létu með öðrum hætti frá sér úthlutaðar tíðniheimildir.

Með kæru þann 16. júní 2015 skaut stefnandi umræddri ákvörðun SE nr. 14/2015 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með úrskurði þann 14. september 2015 í máli nr. 7/2015 staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákvörðunina. Áfrýjunarnefndin taldi ekki ástæðu til að setja samnýtingu tíðniheimilda Nova ehf. og Sýnar hf. frekari skilyrði eða takmarkanir en gert hafði verið í ákvörðun SE. Þá taldi áfrýjunarnefndin að SE hefði aflað fullnægjandi upplýsinga áður en stofnunin tók umrædda ákvörðun og að ekki hefði verið farið á svig við meðalhöfssjónarmið

við ákvörðunina.

Undir rekstri málsins aflaði stefnandi, í því skyni að renna frekari stoðum undir dómkröfur sínar, matsgerðar tveggja dómkvaddra matsmanna, Katrínar Ólafsdóttur hagfræðings og Kristins Haukssonar rafeindateknifræðings. Lagðar voru tvær spurningar fyrir matsmenn, en í forsendum matsgerðarinnar var tekið fram að hún miðaðist við aðstæður þann 26. nóvember 2015. Fyrri matsspurningin laut að því hver væru áhrif eða líkleg áhrif samnýtingar tíðniheimilda stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á vettvangi stefnda Sendafélagsins ehf. á mörkuðum fyrir fjarskiptabjónustu, þ.e. 2G-, 3G- og 4G-, þ.m.t. LTE Advanced 4G-bjónustu. Í því sambandi var spurt um áhrif eða líkleg áhrif samnýtingar tíðniheimilda á samskipti á fjarskiptamarkaði héraðs, þ.m.t. áhrif eða líkleg áhrif hennar á samkeppnisstöðu og samkeppnishæfni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. hvað varðaði bjónustugæði, t.d. gagnaflutningshraða, hámarks- og meðalhraða svo og á bjónustuframboð í farnetsbjónustu. Síðari matsspurningin laut að því hvert samhengi væri á milli tíðniheimilda annars vegar og mögulegs gagnaflutningshraða hins vegar, þ.e. hámarks- og meðalhraða, í farnetsbjónustu, t.d. af tegundinni 2G, 3G og 4G, þ.m.t. LTE Advanced 4G-bjónustu. Í því sambandi var spurt hversu miklar tíðniheimildir fjarskiptafyrirtæki þyrfti til þess að geta boðið 4G-farnetsbjónustu af bestu mögulegu gæðum/gagnaflutningshraða, þ.e. hámarks- og meðalhraða, ef miðað væri við fullkornustu 4G-tækni, þ.e. LTE Advanced.

Í fyrirliggjandi matsgerð dómkvaddra matsmanna, dags. 18. desember 2017, er meðal annars fjallað um tíðniheimildir og hvaða þýðingu samnýting þeirra kunni að hafa. Kom þar fram að samnýting tíðnibanda eða tíðniheimilda væri mikilvægur kostur á tímum vaxandi kröfu um aukinn gagnaflutningshraða. Þá sagði þar að helsti kostur við samnýtingu tíðniheimilda væri sá að hægt væri að bjóða upp á meiri hraða í samskiptum þar sem að jafnaði væri í boði meiri bandvidd. Aðrir kostir samnýtingar tíðnisviða liggja helst í minni fjárfestingarútgjöldum, þar sem hægt sé að samnýta fjárfestingu í búnaði, auk betri nýtingar tækjabúnaðar og betra framboðs á bjónustu.

Í svari við fyrri matsspurningu kom fram að samnýting tíðniheimilda fæli ekki í sér beina hagræðingu fyrir stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að öðru leyti en væntanlega lægri stofnkostnað til framtíðar. Aftur á móti gerði hún þeim kleift að bjóða betri bjónustu en ella, t.d. með meiri hraða, ekki síst þar sem þarfir viðskiptavina þeirra væru ólíkar og álagstímar væntanlega á mismunandi tímum dags. Samnýtingin breytti því ekki tekjumöguleikum félaganna, sem gætu boðið fleiri og dýrari bjónustuleiðir á kerfum sínum en þeir keppinautar gætu sem hefðu yfir minni tíðniheimildum að ráða. Samnýting tíðna hefði nánast engin áhrif á 2G-bjónustu, einhver á 3G- og 4G/LTE-, en langmest á LTE-Advanced- og LTE-A pro-

kerfin. Þetta stafaði aðallega af því að með nýrri og betri tækni hefði skapast sá möguleiki að samtengja mismunandi tíðnibönd og ná þannig meiri bandbreidd og þar með meiri hraða. LTE-A-kerfin væru félögin þegar byrjuð að byggja upp á Íslandi. Með samnýtingu tíðna hefði Sendafélagið ehf. yfir að ráða meira en 50% tíðniheimilda á öllum tíðniböndum. Búast mætti við að þetta eflði samkeppnisstöðu Sýnar hf. og Nova ehf. á markaði og væru ekki sett nægjanleg skilyrði sem tryggðu áframhaldandi samkeppni milli þeirra væri mögulegt að þau næðu sameiginlega markaðsráðandi stöðu.

Í svari matsmanna við síðari matsspurningunni kom síðan fram að samhengið á milli gagnaflutningshraða og tíðniheimilda birtist í neðangreindri töflu um hámarkshraða niðurbands og bandbreidd farsímakerfa:

3GPP-staðall	Kynslóð	Ár	Hámarkshraði Mb/s	Bandbreidd MHz
GPRS	2G	1998	0,04	0,2
EDGE	2.5G	2002	0,3384	0,2
HSPA	3G	2005	14	5
HSPA+	3.5G	2009	42	5
LTE	4G	2010	300	20
LTE- Advanced	4.5G	2014	1000	5x20
LTE-A-Pro	4.9G	2018	>3000	32x20

Taflan sýndi hámarkshraða sem viðkomandi tegund farnetsþjónustu gæti gefið, en meðalhraði væri mælikvarði raunhraða sem viðkomandi farsímanotandi gæti fengið. Meðalhraðinn væri háður mörgum utanaðkomandi þáttum, svo sem fjarlægð frá sendistað, fjölda samtímanotenda á sendi, veðri, o.fl. Erfitt væri því að fastsetja hver meðalhraðinn væri, þar sem hann væri háður mörgum og breytilegum þáttum. Aftur á móti yrði meðalhraði við bestu aðstæður aldrei meiri en hámarkshraði, þannig að beint samband væri þar á milli. Meiri hámarkshraði gæfi þannig meiri meðalhraða. Beint samhengi væri á milli bandbreiddar, m.ö.o. tíðniúthlutunar, og gagnaflutningshraðans þótt með nýrri tækni hefði tekist að auka hraðann á 2G-, 3G- og 4G-kerfunum án þess að auka bandbreidd að sama skapi á móti. Frá og með 4.5G LTE-Advanced-tækninni væri boðið upp á samnýtingu tíðnibanda, og t.d. byði TLE-A upp á að samnýta allt að fimm tíðnibönd með 20MHz bandbreidd hvert eða allt að 100MHz bandbreidd.

Með beiðni dags. 12. júní 2018, í kjölfar athugasemda stefndu Sýnar hf., Nova ehf. og PFS við niðurstöðu matsgerðarinnar frá 18. desember 2017, óskaði

stefnandi Síminn hf. eftir því að matsmenn endurskoðuðu svar sitt við fyrstu matsspurningunni. Þess var nánar tiltekið óskað í fyrsta lagi að þeir svöruðu því hvort það breytti einhverju um svar þeirra í matsgerðinni, og þá hverju, þótt svarið væri miðað við það tímamark þegar umstefnd ákvörðun stefnda PFS nr. 14/2014 var tekin, eða 2. júlí 2014, í stað þess að svarið væri miðað við 26. nóvember 2015. Í öðru lagi var þess óskað að matsmenn svöruðu því hvort það breytti einhverju um svarið, og þá hverju, þótt svarið væri miðað við 18. febrúar 2015, þegar ákvörðun SE í máli nr. 14/2015 var tekin, í stað þess að miða við 26. nóvember 2015. Svör matsmanna við endurskoðunarbeiðni stefnanda eru frá 25. september 2018. Niðurstaða þeirra var sú að framangreindar breytingar á viðmiðunardagsetningum samkvæmt beiðni stefnanda um endurskoðun, dags. 12. júní 2018, hefðu engin áhrif á niðurstöður matsgerðarinnar. Litlar breytingar hefðu átt sér stað á markaðshlutdeild félaganna þriggja, þ.e. Símans hf., Sýnar hf. og Nova ehf., frá 2014 til 2015. Þá hefði PFS ekki boðið út frekari tíðniheimildir á þessum tíma og í ljósi þess hefði hlutdeild félaganna í veittum tíðniheimildum heldur ekki breyst. Ekki hefðu heldur verið gerðar breytingar á leyfilegri notkun tíðnisviðanna á þessum tíma, t.d. með tæknilegu hlutleysi þeirra, se heimilaði nýtingu þeirra fyrir 2G-, 3G- og 4G-þjónustur að eigin vali.

Aðalmeðferð máls þessa fór fram þann 4. febrúar 2019. Fyrir dóminn komu þá dómkvaddir matsmenn, þau Katrín Ólafsdóttir hagfræðingur og Kristinn Hauksson rafeindatæknifræðingur, og gáfu skýrslu og staðfestu þau niðurstöður matsgerðarinnar. Fyrir dóminn komu auk þess vitnin Kjartan Briem, starfsmaður stefnda Sýnar hf., og Jóakim Hlynur Reynisson rafmagnsverkfræðingur, fyrrum starfsmaður stefnda Nova ehf. og núverandi sjálfstæður ráðgjafi, og veittu þar upplýsingar um Sendafélagið ehf., og verður framburður þeirra reifaður eins og þurfa þykir í niðurstöðukafla dómsins.

Málsástæður og lagarök stefnanda Símans hf.

Stefnandi krefst aðallega viðurkenningar á ógildi en til vara ógildingar á ákvörðun stefnda PFS nr. 14/2014 frá 2. júlí 2014. Forsenda fyrir rekstri farsímakerfa og þar með farsímaþjónustu sé sú að netrekandi hafi yfir að ráða fullnægjandi tíðniheimildum til að geta veitt notendum þjónustu. Tíðnir séu takmörkuð auðlind undir stjórn ríkisins samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. PFS beri ábyrgð á tíðniúthlutunum til félaga er reki eða noti fjarskiptanet, sbr. 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. Markmið laganna sé m.a. að tryggja hagkvæm fjarskipti og efla virka samkeppni. Úthlutun og afnot tíðna eins fyrirtækis hafi því áhrif á markaðsstöðu annars. Fáí eitt fyrirtæki auknar tíðniheimildir umfram önnur gæti það skert samkeppnisstöðu fyrirtækja sem væru fyrir á markaði auk þess að

skapa aðgangshindranir ef ekki væri nægilegt magn af lausum tíðnum til að mæta þjónustugæðum og hraða þjónustunnar. Tíðnisviðin, 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz séu notuð fyrir farsímaþjónustu á Íslandi en allt 2600 MHz tíðnisviðið sé notað fyrir sjónvarpsþjónustu Sýnar hf. Erlendis sé það tíðnisvið almennt notað fyrir farsímaþjónustu.

Kröfum sínum til stuðnings vísi stefnandi m.a. til álits sem hann hafi aflað hjá Analysys Mason, dags. 19. september 2014, sem liggur fyrir í málinu og ber yfirskriftina: „Rökstutt álit um samnýtingu Nova og Vodafone á dreifikerfum og fyrirhugaða samnýtingu þeirra á tíðniheimildum“. Samkvæmt skýrslunni séu áhrif ákvörðunar stefnda PFS nr. 14/2014 þau að stefndu Nova ehf. og Sýn hf. fari með umtalsverðan hluta af úthlutuðum tíðniheimildum hér á landi, eða samanlagt alls 56%. Samkvæmt tölfræðiskýrslu stefnda PFS vegna ársins 2013 komi sömuleiðis fram að stefndu Nova ehf. og Sýn hf. hafi þá farið sameiginlega með tæplega 60% markaðshlutdeild miðað við heildarfjöldað áskrifta að farsímaneti, en stefnandi 36,5%.

Ákvörðun stefnda PFS hafi það einnig í för með sér að samkeppnisaðilar stefnanda á markaði farsíma- og farnetsþjónustu, stefndu Nova ehf. og Sýn hf., geti á grundvelli hennar veitt hraðari og betri farnetsþjónustu en stefnandi. Stefnandi geti ekki brugðist við þessari stöðu Nova ehf. og Sýnar hf. enda séu tíðniheimildir takmörkuð auðlind og úthlutunin á forræði PFS. Ákvörðunin hafi því veruleg áhrif á stöðu stefnanda á markaði sem hafi því lögvarða hagsmuni af úrlausn sakarefnisins.

Sérstaklega hafi ákvörðun stefnda PFS áhrif á uppbyggingu á 4G-þjónustu, en þar geti 40MHz tíðni gefið 150Mb/s hámarkshraða, en 80MHz gefið 300Mb/s hámarkshraða. Með heimild til samnýtingar hafi stefndu Nova ehf. og Sýn hf. gefist kostur á að ná umræddum markmiðum, en það sé ekki mögulegt fyrir stefnanda þar sem ekki séu fyrir hendi nægilega margar lausar tíðniheimildir til úthlutunar til að jafna þá stöðu sem skapast hafi í kjölfar ákvörðunar stefnda PFS. Hafi þetta augljóslega verið til þess fallið að hafa áhrif á samkeppnisstöðu Símanns hf. gagnvart stefndu, Nova ehf. og Sýn hf., enda þjónustugeta stefnanda að þessu leyti skert. Þessi sjónarmið séu einnig til stuðnings málsástæðum fyrir ógildingu ákvörðunarinnar.

Fyrirtæki á borð við stefnanda Símann hf. geti verið aðili að dómsmáli hafi það beina, sérstaka, verulega og lögvarða hagsmuni af úrlausn máls. Aðildarhugtakið beri einnig að skýra rúmt þannig að sá sem hafi óbeina hagsmuni af úrlausn máls geti átt aðild að því fyrir stjórnslunni og þar með einnig fyrir dómstólum. Um aðild málsins vísist til réttarfarsnaúðsynjar eða réttarfarshagræðis, sbr. 18. gr. og 1. mgr. 19. gr. laga nr. 91/1991. Eðlilegt sé að þeir aðilar sem ákvörðun beinist að eða

hafa hagsmuni af úrlausn ágreinings um hana teljist hafa lögvarða hagsmuni af henni. Þá hafi stefndi PFS lögvarða hagsmuni af úrlausn sakarefnisins sem stjórnarsýsluaðili á umræddu sviði.

Stefnandi krefjist þess aðallega að viðurkennt verði með dómi að ákvörðun PFS nr. 14/2014 frá 2. júlí 2014 sé ógild. Í ákvörðunarorðum hennar sé kveðið á um heimild stefndu, þá Fjarskipta hf. og Nova ehf., til samnýtingar tíðniheimilda „að því tilskyldu að fyrirhuguð samnýting gangi ekki gegn ákvæðum laga, nr. 81/2003, um fjarskipti, og skilyrðum undirliggjandi tíðniheimilda“. Í þessu felist að PFS bindi eigin ákvörðun því skilyrði að hún sé lögmæt. Fyrir slíkum stjórnarsýsluháttum bresti heimild og sé ákvörðunin þegar af þeim ástæðum markleysa og lögleysa og þar með ógild.

Til vara sé þess svo krafist að ákvörðun nr. 14/2014 verði af sömu ástæðum ógilt með dómi. Enn fremur leiði eftirfarandi annmarkar á ákvörðuninni, hver um sig og saman, til þess að fallast beri á varakröfu stefnanda um ógildingu ákvörðunarinnar.

Samkvæmt 2. málslíð 1. mgr. 7. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 felist í tíðniheimild tímabundin skilyrt afnot tíðna, sem hvorki leiði til eignarréttar né varanlegs nýtingar- eða ráðstöfunarréttar. Í ákvörðun stefnda PFS sé fjallað um það hvort „samnýting tíðniheimilda“ samrýmist 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003, þar sem mælt sé fyrir um bann við framsali slíkra heimilda. En í ákvörðun PFS segi m.a. að framsal sé lögfræðilegt hugtak sem teljist vera „löggeringur sem miðar að aðilaskiptum að kröfuréttindum og felur í sér að eigandi ákveðinna réttinda getur framselt öðrum þau réttindi sín, þ.e. hann selur þau eða gefur og framsalshafi öðlast þá yfirráðarétt umræddra réttinda“. Rakið sé í ákvörðuninni að í 8. gr. laga nr. 81/2003 sé að finna undantekningarreglu frá framsalsbanninu þegar um samruna eða skiptingu fjarskiptafyrirtækis sé að ræða. Komi slík staða uppi beri að tilkynna um samruna eða skiptingu og hafi stofnunin þá heimild til þess að fella réttindi úr gildi að fullu eða hluta eða breyta skilyrðum tíðniheimildarinnar. Segi í ákvörðuninni að túlka verði 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 í ljósi þessa ákvæðis, en markmið ákvæðanna sé það að koma í veg fyrir að tíðniheimildir safnist á hendur fárra aðila og að samkeppni og hagkvæmri nýtingu tíðnisviða verði ekki hamlað. Í framhaldi af þessari umfjöllun komist stefndi PFS þó að þeirri niðurstöðu að samnýting tíðna geti ekki „sjálfkrafa“ talist vera framsal á réttindum til notkunar tíðna, enda feli hún ekki í sér að ráðstöfunarréttur eða einkaforræði tíðniréttshafans sé skert. Hafi stofnunin því fallist á það að heimila stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að samnýta umræddar tíðniheimildir.

Framangreind lögskýring stefnda PFS sé röng og því sé ákvörðunin ógildanleg. Í erindi Sýnar hf. og Nova ehf. til PFS hafi verið óskað eftir heimild

til að stofna félag í jafnri eigu þeirra tveggja sem hefði með höndum „eignarhald, uppbyggingu og þróun dreifikerfis“ fyrir alla almenna farsímaþjónustu félaganna. Í erindinu sé nánar tilgreint að hið nýja dreifikerfi myndi byggja á tækni sem fæli í sér fulla samnýtingu á búnaði og tíðniheimildum. Þegar ákvörðun PFS hafi verið tekin hafi verið ljóst að stefndu Sýn hf. og Nova ehf. ætluðu sér að stofna nýtt félag í sameiginlegri eigu beggja og láta þann lögaðila nýta tíðniheimildir sem stefndu höfðu fengið úthlutað. Það hafi því legið fyrir að tíðniheimildir þeirra myndu renna til hins nýja lögaðila. Ákvæði 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 leggi hins vegar bann við slíku framsali, enda séu réttindi samkvæmt ákvæðinu bundin við tiltekinn nafngreindan lögaðila. Með því að heimila öðrum lögaðila afnot af tíðniheimildum sé brotið í bága við fyrirmæli ákvæðisins. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi lagt til grundvallar að nýja félagið myndi eignast fjarskiptabúnað sem tengdist dreifikerfum þeirra. Ljóst hafi verið að hvorugu félaginu yrði kleift að nýta tíðniheimildirnar heldur yrðu þær einvörðungu notaðar í nýja félaginu og þar af leiðandi væri notkun þeirra stýrt af hinum nýja lögaðila.

Framsal í lagalegri merkingu felist í því að yfirfæra réttindi og skyldur með löggerningi frá einum aðila til annars. Réttindi samkvæmt tíðniheimildum feli í sér rétt til þess að nota viðkomandi tíðnisvið í fjarskiptum. Nýting nýs lögaðila á tíðniheimildum, sem úthlutað hafi verið að jöfnu til tveggja nafngreindra félaga, Sýnar hf. og Nova ehf., feli í sér ráðstöfun á réttindum sem fylgi tíðniheimildum og þar af leiðandi framsal réttindanna. Slíkt sé hins vegar óheimilt samkvæmt skýlausu orðalagi 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. Um framsal hafi verið að ræða enda hafi ráðstöfunarréttur og einkaforræði tíðniréttihafa ekki verið skert. Þegar tíðniheimild hafi verið látin í hendur sjálfstæðs lögaðila, sem hvort hinna stefndu félaga átti aðeins helmingshlut í, þá sé bersýnilegt að „einkaforræði“ þeirra hafi verið skert. Öll notkun tíðniheimildanna hafi þá verið komin í hendur annars lögaðila, Sendafélagsins ehf., og rekstrarfélagið komið með ráðstöfunarrétt yfir þeim. Brjótí nálgun stefnda PFS í þessu tilliti gegn grunnsjónarmiðum félagaréttar, þ.á m. um sjálfstæði félaga.

Innbyrðis ósamræmis hafi enn fremur gætt að þessu leyti í forsendum ákvörðunar stefnda PFS, sem í ákvörðun sinni fallist eftir atvikum á að um einhvers konar framsal á réttindum hafi verið að ræða, en að framsalið sé þó lögmætt allt að einu þar sem nýi lögaðilinn geti ekki hagnast á því. Endurgjald sé hins vegar ekki hugtaksskilyrði framsals, hvorki í eignarréttarlegum né kröfuréttarlegum skilningi. Stefndi PFS hafi lagt til grundvallar að framsalsbann 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 fæli í sér bann við framsali að hluta eða öllu leyti, m.a. í skilmálum þeirra tíðniheimilda sem ákvörðun stofnunarinnar lúti að. Í öllu falli hafi því verið um að ræða óheimilt framsal að hluta sem valdi því að hina umþrættu ákvörðun beri að

fella úr gildi.

Sú lagaskylda hvíli á PFS að gæta þess við ákvarðanatöku að ákvarðanir séu hagfelldar fyrir neytendur og samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 2. mgr. 1. gr., 2. tölulið 4. mgr. 2. gr., og 9. gr. laga nr. 81/2003 og til hliðsjónar 9. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu. PFS hafi borið skylda til þess við töku umþrættrar ákvörðunar að tryggja að hún hamlaði ekki samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 81/2003. PFS beri ávallt að taka afstöðu til þessa við ákvarðanatöku, sbr. 2. mgr. 8. gr., og þá sérstaklega ef grunur leikur á því að samkeppnislegur samruni kunni að eiga sér stað. PFS hafi enda heimild til að fella niður réttindi fjarskiptafyrirtækis til tíðninothunar, að hluta eða í heild, og til að breyta skilyrðum ef hætta er talin á að samkeppni verði hamlað með þátttöku fyrirtækis í samruna, sbr. 31. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003.

Sú skylda hafi hvílt á stefnda PFS að gæta að samkeppnislegum sjónarmiðum þegar ákvörðun nr. 14/2014 hafi verið tekin. Röskun hafi orðið á samkeppnismarkaði vegna ákvörðunarinnar og því sé hún ógildanleg. Ákvörðunin hafi haft áhrif á uppbyggingu á 4G-þjónustu, þar sem 40MHz tíðni geti gefið 150Mb/s hámarkshraða en 80MHz 300Mb/s hámarkshraða. Það hafi verulega þýðingu fyrir þjónustugetu og þar með samkeppnishæfni á markaðinum. Með heimild til samnýtingar muni Nova ehf. og Sýn hf. geta náð þessum markmiðum, en það geti stefnandi ekki, enda hafi í kjölfarið ekki verið fyrir hendi nægilega margar lausar tíðniheimildir til úthlutunar til að jafna þá stöðu sem ákvörðunin hafi skapað. Sé þetta a.m.k. til þess fallið, að skapa stefndu Nova ehf. og Sýn hf. yfirburðastöðu á hlutaðeigandi markaði.

Til frekari stuðnings vísist til skýrslu frá Analysys sem leiði í ljós að með því að samnýta tíðniheimildir hafi Sýn hf. og Nova ehf. verið gert kleift að bjóða upp á verulega hraðari og ódýrari tengingar en stefnanda. Það hafi raskað samkeppnisstöðu stefnanda á markaði. Með því að heimila samnýtingu allra tíðniheimilda fyrirtækjanna tveggja hafi jafnframt átt sér stað samþjöppun á markaði, sem leitt hafi til þess að „samstarfsverkefnið“ fengi markaðsráðandi stöðu. Hvergi annars staðar í Evrópu hafi samnýting tíðniheimilda verið heimiluð þegar um aðila í jafn sterkri markaðsstöðu hafi verið að ræða. Raunar hafi aðeins í fjórum tilvikum verið til skoðunar að heimila samnýtingu tíðniheimilda annars staðar í Evrópu og í öllum tilvikum hafi slíkar heimildir verið bundnar við tilteknar tíðniheimildir, staðsetningu eða aðrar ítarlega útlistaðar kvaðir. Í engu tilviki hafi verið gengið jafn langt í samþjöppun tíðniheimilda og með þessari ákvörðun. Þegar svo náíð samstarf eigi sér stað á milli samkeppnis- aðila sé einnig hætta á að upplýsingar leki milli aðila og þar með dragi úr samkeppni á milli þeirra á öðrum

sviðum. Þá sé það í andstöðu við skilmála útboðs stefnda PFS að takmarka í uppboði fjölda tíðniheimilda sem úthluta megi hverjum og einum lögaðila og tengdum aðilum, en svo í framhaldinu heimila aðilum sem yrðu með þeirri aðgerð tengdir að samnýta tíðniheimildirnar í samkeppni við aðra aðila. Samkvæmt þessu sé ljóst að ákvörðun stefnda PFS brjóti í bága við lög nr. 81/2003 og lög nr. 44/2005.

Í ljósi þess að ráðstöfunin sé í andstöðu við útboðsskilmála PFS sé hún þegar af þeirri ástæðu ógildanleg. Um þetta vísist einnig til meginreglna útboðsréttar sem gilt hafi um útboð á grundvelli laga nr. 81/2003, sbr. lög nr. 65/1993, um framkvæmd útboða. Í 29. gr. reglugerðar nr. 1047/2011, um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum sé kveðið á um heimild til þess að breyta skilyrðum tíðniheimilda, svo sem vegna breytinga á hagfræðilegum eða tæknilegum forsendum fyrir rekstri fyrirtækis á fjarskiptamarkaði, vegna innkomu nýs fyrirtækis á fjarskiptamarkað eða annarra sambærilegra atvika sem kalla á að notkun á tíðnirófinu sé endurskipulögð. Umrædd samnýting hafi breytt markaðsaðstæðum þannig að stefndu Nova ehf. og Sýn hf. hafi öðlast tæplega 60% markaðshlutdeild og þannig orðið ráðandi á markaði fyrir notkun tíðna í aðgangsneti farsímaneta og farneta. Jafnframt hafi þessi tilhögun fært stefndu Nova ehf. og Sýn hf. tæknilega og markaðslega yfirburði enda hafi stefnandi ekki haft möguleika á að bjóða viðskiptavinum sínum viðlíka gagnaflutningshraða. Hafi því verið full ástæða fyrir PFS að breyta skilyrðum tíðniheimildanna sjálfra og gefa út uppfærð skilyrði vegna breyttra markaðsaðstæðna. Með því að hrófla í engu við skilyrðum tíðniheimildanna hafi stefndi PFS vikið frá því lögbundna markmiði að gæta að samkeppnisstöðu á markaði og ákvörðunin sé af þessum ástæðum ógildanleg.

Allt framangreint leiði og í ljós að ákvörðunin brjóti í bága við meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar, sbr. 12. gr. laga nr. 37/1993. Augljóst sé að hægt hefði verið að ná þeim markmiðum sem að hafi verið stefnt með minna íþyngjandi hætti fyrir stefnanda.

Málsástæður og lagarök stefnda Póst- og fjarskiptastofnunar

Stefndi PFS vísar til þess að samkvæmt IV. kafla laga nr. 81/2003 um fjarskipti fari stofnunin fyrir hönd ríkisins með úthlutun á fjarskiptatíðnum innan íslensks yfirráðasvæðis. Markmið laga nr. 81/2003 sé samkvæmt 1. gr. að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hérlandis og efla virka samkeppni. Þá sé lögð áhersla á það að öllum landsmönnum bjóðist aðgangur að fjarskiptaþjónustu. Túlka beri ákvæði laganna við mat á því hvort stefndi hafi beitt málefnalegum sjónarmiðum í þeirri embættisfærslu sem mál þetta varði í ljósi þessara markmiða laganna. Til þess beri

einnig að líta að á meðal verkefna PFS, samkvæmt 2. tölulið 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003, sé að ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra gæða. Skýrt hafi komið fram í ákvörðun PFS nr. 14/2014 á hvaða sjónarmiðum hafi verið byggt er ættu sér öll stoð í lögum nr. 81/2003 og yrðu því ekki talin ómálefnaleg.

Ákvörðun nr. 14/2014 sé ekki markleysa, svo sem aðalkrafa stefnanda Símans hf. byggist á, sökum þess að vísað hafi verið til þess þar að samnýting stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á tíðniheimildum yrði að vera innan marka laga. Það geri ákvörðunina ekki óskýrari eða skilorðsbundna þótt þar sé áréttað að nýting réttinda þurfi ávallt að uppfylla skilmála laga og þeirrar heimildar sem hafi verið veitt. Um hafi verið að ræða atriði sem aðeins yrðu uppfyllt í kjölfar þess að heimildin hefði verið veitt, t.d. varðandi notkun tíðna, uppbyggingarkröfur, þjónustutegund, o.fl. Umrætt orðalag hafi enga þýðingu fyrir réttindi og skyldur og gangi hvorki gegn efni ákvörðunarinnar né geri hana óskýra. Þá hafi ákvörðunin beinst að aðilum sem enga athugasemd hafi gert við efni hennar, en málsástæðan eigi sér þá enga stoð í lögum eða réttarframkvæmd.

Hið nýja rekstrarfélag, stefndi Sendafélagið ehf., geti ekki nýtt tíðniheimildirnar sem stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi fengið að samnýta að uppfylltum skilyrðum. Ekkert framsal hafi því átt sér stað í skilningi 7. gr. laga nr. 81/2003 með hinni umþrættu ákvörðun. Fyrirkomulag á samnýtingunni, þ.e. að stofna sérstakt rekstrarfélag um hana, hafi verið tekið til skoðunar í hinni umdeildu ákvörðun. Ekkert óheimilt framsal í framangreindum skilningi hafi átt sér stað með því fyrirkomulagi, enda hafi rekstrarfélagið ekki eignast þau réttindi sem Sýn hf. og Nova ehf. hafi fengið úthlutað, heldur hafi það aðeins átt að annast vísu starfrækslu á grundvelli samnings við eigendur sína. Þetta sjáist af gögnum máls, sem beri með sér að Sýn hf. og Nova ehf. séu áfram eigendur réttindanna, beri ábyrgð á nýtingu þeirra gagnvart stefnda, greiði árgjöld af tíðniheimildunum og leggi einnig rekstrarfélaginu, Sendafélaginu ehf., til fé til að sinna því er annars færi fram innan félaganna tveggja. Með þessu móti sé þeim tilgangi náð að fá fram hagræðingu og hámarksnýtingu fjármuna.

Samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. taki auk þess einungis til svokallaðs RAN-dreifikerfis. Stefndi Sendafélagið ehf. hafi ekki aðgang að kjarnabúnaði Sýnar hf. og Nova ehf., sem sé sá hluti fjarskiptakerfis félaganna sem tengi þjónustu þeirra við viðskiptavinum, bæði vegna smásölu og heildsölu. Stefndi Sendafélagið ehf. geti því t.d. ekki nýtt umræddar tíðniheimildir til þess að veita neytendum 4G/LTE-þjónustu. Þetta fyrirkomulag sé forsenda þess að áfram verði um tvo aðskilda aðila á smásölu- og heildsölumarkaði að ræða. Rekstur kjarnanetsins sé áfram í höndum tíðniréttshafa, það er stefndu Sýnar hf. og Nova

ehf., og geti þeir einir nýtt tíðnirnar í viðskiptalegum tilgangi. Þá gætu félögin, Sýn hf. og Nova ehf., hvort í sínu lagi byggt upp dreifikerfi, óháð þessu samstarfi og hinu sameiginlega dreifikerfi, og þannig nýtt tíðniheimildir sem þau hafi fengið úthlutað hvort í sínu lagi. Ekki hafi gætt innbyrðis ósamræmis í forsendum ákvörðunar PFS, svo sem stefnandi byggi á. Forsendur ákvörðunarinnar feli í sér að hið nýja rekstrarfélag, stefndi Sendafélagið ehf., hafi ekki eiginlegan afnotarétt af tíðniheimildunum sem ákvörðunin taki til, og það sé í samræmi við skilmála þeirra, þ.e. það býður ekki viðskiptavinum þjónustu, heldur sé slíkt eingöngu á færi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. fyrir milligöngu Sendafélagsins ehf.

Ákvæði 7. gr. laga nr. 81/2003 leggi bann við því að rétthafar tíðniheimilda eigi í viðskiptum með þær eftir að hafa fengið þeim úthlutað. Geti rétthafar því ekki vikist undan persónubundnum skyldum sem úthlutun fylgi með framsali á tíðniheimildunum. Að öðru leyti gildi síðan almennar lagareglur og hvergi sé þar að finna bann við því að undirverktakar nýti slíkar heimildir á grundvelli samninga eða að dótturfélög sjái um einstök framkvæmdaatriði. Þvert á móti leiði markmið laganna um hagkvæmni til þess að slíkt sé heimilt. Dótturfélagið, Sendafélagið ehf., veiti í þessu tilviki eingöngu eigendum sínum, Sýn hf. og Nova ehf., þjónustu og eigi ekki í viðskiptum við neytendur, sem kaupir smásölu- og heildsöluþjónustu beint af Sýn hf. og Nova ehf. Ábyrgð eigendanna á nýtingu tíðniheimildanna og réttarstaðan gagnvart stefnda PFS, er heimildina hafi veitt, sé óbreytt. Niðurstaðan sé því sú að engum réttindum til hagnýtingar, tekjuöflunar eða til annars sem jafnan fylgdi eignarráðum sé ráðstafað, né heldur skyldum gagnvart viðsemjendum eða yfirvöldum. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. starfi áfram á eigin forsendum gagnvart yfirvöldum og neytendum.

Almenn lagaleg merking hugtaksins „framsal“ sé tengd varanlegu afsali eignarréttinda, hvort heldur beinna eða takmarkaðra. Ekki felist framsal í því að fela öðrum með samningi að aðstoða við nýtingu réttinda eða að leyfa öðrum að nota réttindi með sér. Í þessu tilviki séu réttindi fólgin í því að nýta tíðnir ljósvakans. Réttindin séu óumdeilanlega enn hjá Sýn hf. og Nova ehf. og þjónustusamningar þeirra við Sendafélagið ehf. feli ekki í sér framsal í almennri lögfræðilegri merkingu. Í því sambandi sé einnig mikilvægt að hafa í huga að Sýn hf. og Nova ehf. hafi hvorki selt né gefið Sendafélaginu ehf. réttindin sem þeir hafi átt hæstu boð í við uppboð PFS. Samkvæmt almennum lögskýringarreglum sé ekki hægt að ganga lengra við takmörkun á meðferð slíkra réttinda en lagaákvæði beinlínis kveði á um.

Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi fengið úthlutað tíðniheimildum á grundvelli útboðsins sem lokið hafi 13. mars 2013. Með hinni umstefndu ákvörðun nr. 14/2014 hafi félögunum verið heimilað að samnýta tilteknar tíðniheimildir á 800

MHz, 900 MHz, 1800 Mhz og 2100 Mhz tíðnisviðunum, að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Í niðurstöðum samráðsskjals, dags 4. mars 2014, hafi komið fram að verulegur ávinningur myndi nást með betri og hagkvæmari hagnýtingu tíðnirófsins til hagsbóta fyrir neytendur. Koma mætti í veg fyrir óæskileg samkeppnisleg áhrif vegna samþjöppunar með því að setja slíku samstarfi skilyrði. Í ákvörðun nr. 14/2014 sé þetta rakið og vísað til skilmála uppboðsins frá 17. desember 2012. Þá sé þar rakið að ákvæði tíðniheimilda stangist ekki á. Ekki hafi því verið sýnt hér fram á annað en það að skilmálar útboðsins hafi verið uppfylltir með úthlutuninni til Sýnar hf. og Nova ehf.

Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi beint erindi til SE, þann 19. nóvember 2013, um það að heimild yrði veitt fyrir samstarfi þeirra með hinu nýja rekstrarfélagi. Könnun á samkeppnislegum atriðum hafi verið í höndum SE, m.a. um það hvort stofnast hefði markaðsráðandi staða eða samkomulag um nýtingu hennar á skaðvænlegan hátt fyrir neytendur. SE hafi svo heimilað áform meðstefndu með ákvörðun 22. maí 2015. Sama mat á samkeppnisáhrifum þurfi ekki að fara fram hjá tveimur eftirlitsstjórnvöldum. Ávallt hafi verið lagt upp með það, allt frá gerð skilmála uppboðsins sem lokið hafi þann 13. mars 2013, að mat á áhrifum hugsanlegrar samnýtingar á samkeppni yrði í höndum SE. Tekið hafi verið fram í útboðsskilmálunum að mögulegt samstarf yrði að hljóta samþykki SE. Þar sem SE sé sérstakt sérfræðistjórnvald á sviði samkeppnismála hljóti lokamat á áhrifum samstarfsins á samkeppni á markaði að vera í höndum þess.

Í ljósi þess að ekki hafi verið um samruna tveggja aðila að ræða, sbr. niðurstöður SE frá 22. maí 2015, hafi PFS ekki borist tilkynning þar um, sbr. 2. mgr. 8. gr. laga nr. 81/2003. Þá hafi stefnanda ekki tekist að sýna fram á að ljóst hafi verið að samnýting Sýnar hf. og Nova ehf. myndi raska samkeppni. Breytingar á stöðu aðila á markaði feli ekki sjálfkrafa í sér neikvæða röskun á samkeppni. Skipting þeirrar auðlindar sem tíðnisviðin séu geti haft áhrif á aðstöðu markaðsaðila, en um hana geti aðilar keppt á jafnræðisgrunni. Ákvörðun PFS hafi verið byggð á 7. gr. laga nr. 81/2003, en hin samkeppnisréttarlega hlið hafi verið til meðferðar, rannsóknar og ákvörðunar hjá SE.

Málsástæður og lagarök stefnda Sýnar hf.

Stefndi Sýn hf. byggir sýknukröfu sína á því að umrædd ákvörðun stefnda PFS sé efnislega rétt og ekki sé ástæða til ógildingar hennar. Veigamiklir hagsmunir Sýnar hf. og Nova ehf. leiði og til þess að ómögulegt sé að ógilda ákvörðun PFS. Stefndi Sýn hf. taki þá til viðbótar undir málsástæður og lagarök er stefndi PFS tefli fram í málinu.

Ákvörðunarorð ákvörðunar stefnda PFS nr. 14/2014 verði ekki skilin öðruvísi en svo að heimildin sem PFS hafi veitt stefndu Sýn hf. og Nova ehf. væri bundin því skilyrði að þeir færu að lögum er um samnýtinguna giltu. Í ákvörðunarorðunum felist því ekki fyrirvari um lögmæti samnýtingar heldur skilyrði um að ekki megi brjóta gegn ákvæðum fjarskiptalaga við hagnýtinguna. Endanleg útfærsla samnýtingar hafi enda ekki legið fyrir á þeim tíma sem ákvörðun nr. 14/2004 hafi verið tekin. Hafi því verið eðlilegt af PFS að binda ákvörðunina því skilyrði að farið yrði að fjarskipta- lögum. Engin rök séu færð fram fyrir þeirri afstöðu stefnanda að ákvörðun nr. 14/2014 sé ólögmæt af umræddri ástæðu og verði slík regla ekki leidd af stjórnslurétti.

Ekkert framsal tíðniheimilda hafi átt sér stað með samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. um hagnýtingu tíðna og brjóti það því ekki gegn 2. mgr. 7. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 um bann við framsali tíðniheimilda. Tíðniheimild samkvæmt ákvæðinu feli í sér skilyrt afnot tíðna, er hvorki leiði til eignarréttar né varanlegs nýtingarréttar eða ráðstöfunarréttar. Þessi skýring sé einnig í samræmi við 9. gr. rammatilskipunar ESB nr. 2002/21/EB sem innleidd hafi verið hérlendis með lögum nr. 81/2003.

PFS sé heimilt að setja skilyrði um notkun tíðniheimilda við úthlutun þeirra, eitt eða fleiri af þeim er talin séu upp í staflíðum í 10. gr. laga nr. 81/2003. Í skilmálum uppboðsins, sem lokið hafi þann 13. mars 2013, á tíðniheimildum á 800 MHz og 1800 MHz hafi verið opnað fyrir samnýtingu tíðniheimilda, sbr. grein 3.4.2 í skilmálum frá 17. desember 2012. Því hafi legið fyrir að rétthafar tíðniheimilda gætu sótt um til stefnda PFS að fá að samnýta tíðnir eða eiga annars konar samstarf um tíðnir sem þeir kynnu að hafa nýtingarrétt að. Samnýting þar sem tíðnirétthafi haldi áfram hinum tímabundna yferráðarétti yfir tíðniheimildum sínum, greiði af þeim gjöld og beri skyldur samkvæmt uppboðsskilmálum tíðniheimildanna og lögum nr. 81/2003 feli ekki í sér framsal í skilningi 2. mgr. 7. gr. laganna. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. séu, þrátt fyrir samnýtinguna, rétthafar tíðniheimildanna. Yferráð yfir undirliggjandi tíðniheimildum hafi ekki flust yfir til annars lögaðila sem hafi öðlast hagnýtingar- eða einkaforræði á tíðniheimildinni. Í ákvörðun stefnda PFS komi fram að ekki sé um að ræða framsal í formi afnotaréttar er stefndi Sendafélagið ehf. hagnist á, enda geti það félag ekki nýtt sér tíðnirnar með sjálfbærum hætti, þ.e. veitt fjarskiptaþjónustu á grundvelli þeirra, þar sem það hafi ekki aðgang að kjarnanetum Sýnar hf. og Nova ehf. Tilgangur þessa félags sé eingöngu sá að koma á mögulegri samnýtingu tíðnanna.

Samstarfsverkefni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. og skipulag við samnýtingu tíðniheimildanna tryggi það að skilyrði fjarskiptalaga séu uppfyllt. Þessir stefndu veiti hvor öðrum aðgang að dreifikerfi sínu með gagnkvæmum samningi en þriðja

aðila, félagi í þeirra eigu, Sendafélaginu ehf., sé falinn daglegur rekstur á dreifikerfinu í samræmi við samning Sýnar hf. og Nova ehf. Réttindi samkvæmt 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 séu bundin við nafn og framsal óheimilt. Tilgangur framsalsbannsins sé sá að tryggja að tíðniheimildir séu notaðar á hagkvæman hátt og að samkeppni sé ekki hamlað. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga nr. 31/2008 sé markmið laganna að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Í 1. gr. reglugerðar um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum nr. 1047/2011 komi fram að reglugerðinni sé ætlað að stuðla að skilvirkri skipulagi á skráningu og úthlutun tíðna með það að markmiði að nýting tíðna sé bæði hagkvæm og skynsamleg. Með því sé meðal annars átt við það að tíðnir nýtist í fjarskiptaþjónustu fyrir sem flesta landsmenn og með sem mestri útbreiðslu um land allt. Samkvæmt c-lið 2. töluliðar 3. gr. laga nr. 69/2003 skuli stefndi PFS meðal annars ýta undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra. Þá sé það einnig eitt af verkefnum stefnda PFS að hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta, sbr. b-lið 3. gr. laganna.

Samrekstrarfélagið Sendafélagið ehf. verði ekki sjálfstæður aðili á markaði heldur starfræki eingöngu tæknibúnað og geti ekki látið þriðju aðilum í té þá afkastagetu sem til verði í dreifikerfinu. Slík þjónusta sé algerlega bundin við tíðniréttahafana, Sýn hf. og Nova ehf. Orsakist þetta af því að Sendafélagið ehf. hafi ekki aðgang að kjarnakerfi sem geri því kleift að selja afkastagetuna áfram, t.d. sýndarnetsaðilum eða neytendum. Sendafélagið ehf. gæti því aldrei, eitt og sér, hagnýtt tíðniheimildir Sýnar hf. og Nova ehf. Aukinheldur sé því ekki ætlað að skila hagnaði heldur láti það þjónustu sína í té á kostnaðargrundvelli. Samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. í Sendafélaginu ehf. sé því í samræmi við þá meginreglu laga nr. 81/2003 að stuðla að skilvirkri nýtingu tíðnirófsins, sbr. c-lið 2. töluliðar 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 og markmið laga nr. 81/2003, sbr. 2. mgr. 1. gr. þeirra. Líklegt hafi þótt að þessi samnýting Sýnar hf. og Nova ehf. myndi stuðla enn frekar að því að útbreiðslukröfum tíðniheimilda yrði náð.

Stefndi PFS hafi opnað fyrir möguleika á slíkri samnýtingu tíðna með gr. 3.4.2 í skilmálum frá 17. desember 2012, fyrir uppboð á tíðniréttindum á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum, í því skyni að stuðla að uppbyggingu á 4G/LTE-farnetsþjónstu. Þegar leitað hafi verið samráðs við hagsmunaaðila vegna uppboðsins á þeim sama degi hafi komið fram að PFS liti svo á að ákvæði skilmálanna fælu í sér að þeir aðilar sem byðu í tíðniheimildir á grundvelli uppboðsins gætu nýtt nógildandi tíðniheimildir sínar til að uppfylla útbreiðslu- og uppbyggingarkröfur. Um hagkvæmni í sameiginlegum rekstri dreifikerfa hafi einnig komið fram að litið yrði til hugsanlegra tækniframfara sem leiddu til hagkvæmni, sameiginlegs reksturs kerfa og jafnvel samnýtingar á tíðnum. Þá hafi

PFS talið eðlilegt að reyna að koma til móts við hugsanlegar óskir aðila um samvinnu, enda væri það eitt af hlutverkum PFS að stuðla að hagnýtri notkun tíðna og hvetja til þróunar fjarskiptaneta og gagnvirkrar þjónustu, sbr. 3. gr. laga nr. 69/2003. Þá hafi stefndi PFS talið rétt að slík samnýting yrði ávallt háð samþykki stofnunarinnar og gerðar hafi verið breytingar á skilmálum uppboðsins þess efnis frá upphaflegri útgáfu frá 29. október 2012. Því sé samnýting tíðniheimilda stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. beinlínis í samræmi við skilmála útboðsins um notkun tíðniréttinda á 800 MHz og 1800 MHz tíðnisviðunum og jafnframt sé þeim heimilt að nota aðrar tíðniheimildir til að uppfylla útbreiðslukröfur sínar.

Stefndi PFS hafi víðtækar heimildir til að breyta skilmálum tíðniheimilda þegar um ívilnandi breytingu sé að ræða. Í 12. gr. laga nr. 81/2003 sé kveðið á um að þegar sérstaklega standi á, svo sem vegna breytinga á löggjöf, sé stefnda PFS heimilt að breyta skilyrðum í almennum heimildum og skilyrðum fyrir úthlutun réttinda. Í þessu samhengi sé rétt að líta til 29. gr. reglugerðar um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum nr. 1047/2011 þar sem mælt sé fyrir um heimild til að breyta skilyrðum tíðniheimildar gerist þess þörf vegna breytinga á tæknilegum eða hagfræðilegum forsendum. Hafi tækniþróun undanfarinna ára og breyting á markaðsaðstæðum gert það að verkum ná megi fram aukinni hagkvæmni með samnýtingu tíðna. Hafi það einnig verið niðurstaða SE í ákvörðun þess nr. 14/2015 að samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. væri til þess fallið að auka skilvirkni og hagkvæmni, sem gæti skilað sér til flestra ef ekki allra viðskiptavina félaganna á markaði fyrir farsímaþjónustu. Gæti þetta samstarf jafnframt verið til þess fallið að auðvelda nýjum rekstraraðilum og þjónustuveitendum að komast inn á farsíma markaðinn og fjölgað þannig valkostum neytenda. Væri þetta þetta því ótvírætt til þess fallið að bæta hag neytenda og tryggja hlutdeild þeirra í nýrri og bættri tækni. Með sama hætti gæti starfsemi rekstrarfélagsins stuðlað að og flýtt fyrir aukinni samkeppni á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum. Þá gæti samstarfið leitt til þess að útbreiðslusvæði stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. stækkaði og gæði þjónustu þeirra ykjast. Ætti hið sama við um þjónustu rekstraraðila er mögulega í framtíðinni keyptu aðgang að farsímakerfum þeirra á heildsölustigi. Í ljósi þessa hafi þetta samstarf Sýnar hf. og Nova ehf. verið talið að fullu samþýðanlegt markmiðum laga nr. 81/2003.

Ekki væri hér heldur um að ræða nokkurs konar ígildi framsals, svo sem stefnandi Síminn hf. virtist byggja málalíbúnað sinn á, enda væri félagi á vegum Sýnar hf. og Nova ehf. aðeins falin tæknileg umsýsla vegna tíðniheimilda félaganna. En jafnvel þó að svo væri talið þá yrði ekki séð að af því leiddi að heimild stefndu til samstarfs bæri að takmarka. Einkaforræði Sýnar hf. og Nova ehf. á tíðniheimildunum væri ekki á nokkurn hátt rýrt með samstarfinu, né væri

brotið gegn grunnsjónarmiðum félagaréttar um sjálfstæði félaga. Stefnda Sendafélagið ehf. myndi þannig ekki hafa neinar af þeim heimildum sem almennt myndu fylgja við framsal. Gæti það þannig ekki afturkallað, ógilt eða breytt réttindunum með neinum hætti. Til þess þyrfti ávallt aðkomu Sýnar hf. og Nova ehf. og endurspeglaði það hina raunverulegu stöðu tíðniheimildanna.

Af öllu framangreindu hafi leitt að ekkert framsal í trássi við 2. mgr. 7. gr. hafi átt sér stað og öll hagnýting tíðniheimilda Sýnar hf. og Nova ehf. og samstarf í Sendafélaginu ehf. sé í samræmi við lög og vísist hér til málátilbúnaðar PFS um þetta.

Ekki hafi verið farið gegn samkeppnissjónarmiðum með ákvörðun PFS um það að heimila samrekstur Sýnar hf. og Nova ehf. á tilteknum tíðniheimildum. Við mat á því hvort samkeppni hafi verið raskað á tilteknum markaði beri að líta til allra aðstæðna á þeim markaði. Stefnandi hafi um langt skeið verið talinn markaðsráðandi á ýmsum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar og hafi samkeppnisyfirvöld ítrekað haft afskipti af háttsemi hans á fjarskiptamarkaði. Sé mikilvægt að hafa þá staðreynd í huga þegar metin sé hugsanleg samkeppnisröskun vegna annarra aðila á fjarskiptamarkaði. SE hafi haft til athugunar þá þætti sem varði samstarf Sýnar hf. og Nova ehf. og komist að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 14/2015 að heimila bæri samstarf félaganna þar sem það fullnægði skilyrðum sem sett væru fyrir veitingu undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga við ólögsmætu samráði. Í niðurstöðu ákvörðunarinnar komi fram að SE taki undir það að samstarf eins og það sem felist nú í rekstri Sendafélagsins ehf. geti stuðlað að aukinni skilvirkni, öryggi, hagræði og auknum gæðum fyrir starfsemi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. sem gæti skilað sér til flestra ef ekki allra viðskiptavina félaganna á markaði fyrir farsímabjónustu. Samstarfið geti með sama hætti verið til þess fallið að auðvelda nýjum rekstraraðilum og þjónustuveitendum að komast inn á farsímamarkaðinn og fjölgað valkostum neytenda. Sé það því ótvírætt til þess fallið að bæta hag neytenda og tryggja hlutdeild þeirra í nýrri og bættri tækni. Með sama hætti geti starfsemi rekstrarfélagsins stuðlað að og flýtt fyrir aukinni samkeppni á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum. Þá geti hún leitt til þess að útbreiðslusvæði Sýnar hf. og Nova ehf. stækki og að gæði þjónustu þeirra aukist. Hið sama eigi við um þjónustu þeirra rekstraraðila sem mögulega eigi í framtíðinni eftir að kaupa aðgang að farsímakerfum þeirra á heildsölustigi.

SE hafi talið að með setningu tiltekinna skilyrða væri skilyrðum a–c-liða 15. gr. samkeppnislaga fyrir veitingu undanþágu frá 10. gr. laganna fullnægt. Af því leiddi að SE teldi samstarfið stuðla að aukinni hagkvæmni, sbr. framangreindan rökstuðning fyrir niðurstöðu ákvörðunar nr. 14/2015. Verði ekki ætlað að framlögð

skýrsla ráðgjafarfyrirtækisins Analysys Mason, er stefnandi hafi byggt á, haggi við þessu mati, en þar sé bent á viss vandkvæði sem stefndi Sýn hf. byggi á að hafi ekki þýðingu hér. SE hafi gert sátt við Sýn hf. og Nova ehf. þar sem félögin hafi tekið á sig töluverðar skyldur til að draga úr óæskilegum áhrifum samstarfsins. Hafi sáttinni verið ætlað að tryggja samkeppni á markaði. Ekkert tillit hafi verið tekið til þessara skilyrða í framangreindri skýrslu og hafi hún meðal annars af þeirri ástæðu enga þýðingu hér.

Ekki verði litið svo á að ráðstöfun stefndu PFS hafi verið í andstöðu við meginreglur útboðsréttar og útboðsskilmála. Ákvæði laga nr. 81/2003 mæli sérstaklega fyrir um úthlutun tíðniheimilda með útboðum sem gangi framur almennum reglum útboðsréttar, enda sérreglur um úthlutun réttinda til að nota tíðnir og númer.

Málsástæða stefnanda um 60% markaðshlutdeild Sýnar hf. og Nova ehf. á markaði fyrir notkun tíðna í aðgangsneti farsíma og farneta í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 14/2014 sé vanreifuð. Ekki sé ljóst til hvaða markaðar sé þar vísað eða hvaða áhrif meint markaðshlutdeild eigi að hafa á þeim markaði. Allir samningar Sýnar hf. og Nova ehf. um samnýtingu tíðna hafi gert ráð fyrir því að félögin myndu halda áfram að keppa á markaði, þrátt fyrir stofnun samrekstrarfélags. Séu engin rök til að leggja saman markaðshlutdeild félaganna og komi það skýrt fram í ákvörðun SE nr. 14/2015.

PFS hafi ekki brotið rannsóknarreglu stjórnvölduráttar við töku ákvörðunar nr. 14/2014. PFS hafi ekki borið að rannsaka málið með öðrum hætti en gert hafi verið. Legið hafi fyrir þegar ákvörðun PFS hafi verið tekin að SE færi með rannsókn á samstarfi Sýnar hf. og Nova ehf., sem undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga, og hafi því ekki verið ástæða til frekari rannsóknar á þeim þætti. Þá sé rökstuðningur PFS í forsendum fyrir niðurstöðu ákvörðunar nr. 14/2014 fullnægjandi og skýr um alla meginþætti. Á stjórnvöldum hvíli almennt ekki skylda til að tilgreina öll sjónarmið og rök er mál kunnir að varða í rökstuðningi sínum, auk þess sem þau atriði sem stefnandi tilgreini málatilbúnaði sínum til stuðnings varði fyrst og fremst lagatúlkánir. Litið hafi verið til allra atriða sem máli hafi skipt við rannsóknina, öll megin sjónarmið sem ráðið hafi niðurstöðunni verið dregin fram og málsmeðferðinni hvergi verið ábótavant.

En jafnvel þó fallist yrði á að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglunni með þeim hætti sem stefnandi byggi á leiði það samt ekki til ógildingar á ákvörðun PFS nr. 14/2014. Stefnandi Síminn hf. hafi verið aðili að útboði tíðniheimilda sem lokið hafi 13. mars 2013 og hafi hann þar fengið tíðniheimildir sem hann fari enn með yfirráð yfir og hið sama gildi um stefndu Sýn hf. og Nova ehf. Samkvæmt útboðsskilmálum hafi legið fyrir að til samnýtingar á tíðnum gæti komið. Stefnanda

hafi verið í lófa lagið að gera athugasemdir við útboðsskilmála eða niðurstöðu útboðsins. Það hafi hann ekki gert og verði því að una því að skilmálar útboðsins og niðurstaða þess gildi, þ.m.t. um samnýtingu á tíðniheimildum. Verði fallist á að ákvörðunin sé haldin annmörkum þá byggji stefndi Sýn hf. á því að ekki sé þó um að ræða ógildingarannmarka. Ekki hafi verið brotið gegn meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar með ákvörðun PFS nr. 14/2014. Sé ekki ljóst hvernig ná hefði mátt þeim markmiðum sem að hafi verið stefnt með minna íþyngjandi hætti. Hið sama sé að segja um rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins, en yrði hér fallist á það að hún hafi verið brotin með ákvörðuninni þá séu slíkir annmarkar þó ekki þess eðlis að myndu valda ógildanleika ákvörðunar stefnda PFS.

Málsástæður og lagarök stefnda Nova ehf.

Stefndi, Nova ehf., mótmælir öllum sjónarmiðum stefnanda, Símans hf., um ógildingarannmarka á ákvörðun stefnda, PFS, nr. 14/2014. Stefnandi Síminn hf. byggji hér á því að ákvörðun stefnda PFS hafi skapað stefndu Sýn hf. og Nova ehf. möguleika á því að veita betri og hraðari farnetsþjónustu en nokkurt annað fyrirtæki á sama markaði gæti. Stefnandi komist að þessari niðurstöðu með því að leggja saman hversu miklar úthlutaðar tíðniheimildir stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. hafi samanlagt verið, samanborið við úthlutaðar tíðniheimildir til stefnanda. Fjarskiptafyrirtæki nýti úthlutaðar tíðniheimildir sínar sem burðarbylgju fyrir afköst sín í þjónustu við viðskiptavinum. Viðskiptavinir stefnda Nova ehf., eins og annarra fjarskiptafyrirtækja, nýti burðarbylgjur félagsins fyrir símtöl, skilaboð og gagnasendingar. Hinum meinta samkeppnislega ójöfnuði sé lýst svo af hálfu stefnanda að hámarkshraði til notenda stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. sé mun meiri en hámarkshraði til notenda stefnanda þar sem stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hafi yfir mun fleiri tíðniheimildum að ráða.

Í þessu samhengi þurfi hins vegar að gera ráð fyrir fjölda notenda sem nýti þau afköst sem Sýn hf. og Nova ehf. hafi yfir að ráða vegna samnýtingar á tíðniheimildum þeirra. Fullyrðingar stefnanda um þann hraðamun sem yrði á kerfum aðila gangi allar út frá því viðmiði að aðeins væri um einn notanda að ræða. Það sé ekki í samræmi við raunveruleikann, en staðreyndin sé sú að stefndu Sýn hf. og Nova ehf. þurfi að anna þörf mun fleiri viðskiptavina en stefnandi þurfi. Samkvæmt tölfræðiskýrslu stefnda PFS fyrir árið 2014 hafi heildarfjöldi áskrifenda í farsímaneti stefnanda verið 148.477. Samanlagður heildarfjöldi áskrifenda hjá Sýn hf. og Nova ehf. hafi á sama tíma verið 250.525. Væri fullyrðing stefnanda um að hámarkshraði í 4G-þjónustu stefndu sé 300 Mb/s lögð til grundvallar og höfð hliðsjón af þeim fjölda notenda sem nýttu þau fræðilegu hámarksafköst fengist hraðastuðullinn 0,0011974 sem gildi fyrir stefndu Sýn hf. og Nova ehf. Með sömu

aðferðafræði og stefnandi noti lægi fyrir að hámarksafköst sem hann gæti skilað væru 225 Mb/s. Að teknu tilliti til fjölda áskrifta fengist hraðastuðullinn 0,0015153 fyrir stefnanda Símann hf., sem sé mun hærri en sá sem stefndu Sýn hf. og Nova ehf. gætu þannig náð samanlagt.

Hluta tíðniheimilda sinna hafi stefnandi og stefndu Sýn hf. og Nova ehf. fengið úthlutað frá PFS að undangengnu útboði. Stefnandi hafi tekið þátt í útboðum og ákveðið sjálfur hvaða tíðniheimildir hann hafi boðið í og hverjar ekki og sama hafi gilt um Sýn hf. og Nova ehf. Í útboðsgögnum PFS hafi beinlínis verið gert ráð fyrir því að aðilar sem fengju úthlutað tíðnum gætu haft samstarf um það að uppfylla skilyrði tíðnileyfa, svo sem fram komi í ákvörðun PFS nr. 14/2014. Stefnandi hafi því mátt búast við því að samkeppnisáðilar á borð við Sýn hf. og Nova ehf. myndu óska eftir slíku samstarfi þegar stefnandi hafi tekið þátt í útboðinu 13. mars 2013. Eins hafi stefnandi sjálfur tekið ákvörðun um það hvaða tíðniheimildum hann skyldi leitast við að afla sér í því útboði, en ekki gert tilboð í allar þær heimildir sem þar hafi verið mögulegt að gera tilboð í.

Stefndi Nova ehf. byggi á því að samnýting stefndu á tíðnum raski ekki samkeppni. Mat á samkeppnislegum áhrifum samstarfs af þessu tagi eigi fyrst og síðast undir SE og af þeim sökum hafi erindi verið beint til SE vegna málsins 19. nóvember 2013. Undir málsmeðferð SE hafi stefnanda gefist tækifæri til þess að gera athugasemdir. Það hafi stefnandi nýtt sér, eins og ákvörðun SE nr. 14/2015 beri með sér. Þá hafi SE einnig leitað sjónarmiða annarra fyrirtækja á markaðinum og sjónarmiða stefnda PFS. Ekki fáist annað séð en að stefnandi hafi teft fram öllum sömu sjónarmiðum varðandi samkeppnisþátt málsins gagnvart SE og hann hafi gert í stefnu, og meira til. Í ákvörðun SE nr. 14/2015 hafi verið tekin rökstudd afstaða til samkeppnislegra áhrifa samstarfs stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. Hafi SE þar komist að þeirri niðurstöðu að samstarfið fæli hvorki í sér samræmda né sameiginlega verðlagningu né skiptingu markaða eða viðskiptavina, heldur varðaði aðallega tæknilegar lausnir. Það byndi því ekki hendur Sýnar hf. og Nova ehf. eða takmarkaði sjálfstæða þróun og útfærslu þjónustulausna og markaðssetningu gagnvart neytendum eða aðilum sem hygðust kaupa þjónustu af félögunum í heildsölu. Á heildina litið myndi samstarfið geta haft margvísleg jákvæð áhrif á samkeppni. Í því skyni að fyrirbyggja það að til tilgreindra neikvæðra áhrifa á samkeppni gæti komið hafi SE og stefndu Sýn hf. og Nova ehf. sammælst um tiltekin skilyrði sem gilt hafi um samstarf þetta og komi þau fram í ákvörðun SE nr. 14/2015.

Stefndi Nova ehf. mótmæli því að skýrsla Analysys Mason, sem stefnandi byggi málatalilbúnað sinn m.a. á, hafi sönnunargildi í málinu. Um sé að ræða skýrslu sem hafi verið aflað einhliða af stefnanda og unnin sérstaklega fyrir hann. Þeim

sjónarmiðum sem þar sé teft fram um meint skaðleg áhrif samstarfs og eða samnýtingar stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á samkeppni hafi öllum verið svarað í ákvörðun SE nr. 14/2015 og geri stefndi Nova ehf. þau rök hér með að sínum rökstuðningi einnig.

Með ákvörðun SE nr. 14/2015 hafi verið tekin rökstudd afstaða til allra sjónarmiða stefnanda Símans hf. um meint skaðleg áhrif samstarfs stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. og eða samnýtingar þeirra á tíðnum og þeim verið hafnað. Þar af leiðandi geti sömu sjónarmið ekki leitt til ógildingar á ákvörðun stefnda PFS nr. 14/2014. Stefndi Nova ehf. mótmæli því að ákvörðun PFS nr. 14/2014 sé í andstöðu við útboðsskilmála PFS frá 17. desember 2012 og eins að ákvæði 29. gr. reglugerðar nr. 1047/2011 hafi nokkra þýðingu við úrlausn málsins. Umrætt reglugerðarákvæði veiti stefnda PFS heimild til þess að gera tilteknar breytingar á tíðniheimildum sem þegar hafi verið úthlutað en leggi hins vegar ekki samsvarandi skyldu á herðar PFS.

Málsástæður og lagarök stefnda Sendafélagsins ehf.

Stefndi Sendafélagið ehf. krefjist sýknu af kröfum stefnanda í málinu. Þær kröfur sínar styðji stefndi með því að taka alfarið undir málsástæður og lagarök meðstefndu, Póst- og fjarskiptastofnunar, Nova ehf. og Sýnar hf., sem hann geri hér að sínum.

Niðurstaða

Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 teljast fjarskiptatíðnir innan íslensks yfirráðasvæðis vera auðlindir undir stjórn íslenska ríkisins. Þráðlaus fjarskipti, sem farsímaþjónusta og gagnaflutningur með farsímum telst til, byggjast á rafsegulbylgjum sem sendar eru samtímis, í aðra eða báðar áttir, á milli tveggja eða fleiri staða. Þessum rafsegulbylgjum er deilt upp í róf fjarskiptatíðna, sem Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) skipuleggur og úthlutar fyrir hönd íslenska ríkisins í formi tíðniheimilda, tímabundið samkvæmt fyrirmælum IV. kafla umræddra laga nr. 81/2003. Þeir rekstraraðilar á markaði fyrir farsíma- og farnetsþjónustu sem eru handhafar tíðniheimilda geta boðið farsímaþjónustu og gagnaflutning með farsímum búi þeir yfir sendibúnaði eða dreifikerfi sem hefur getu til að dreifa fjarskiptatíðnum.

Í máli þessu krefst stefnandi, Síminn hf., aðallega viðurkenningar á því að ákvörðun stefnda, PFS, nr. 14/2014, dags. 2. júlí 2014, sé ógild, en til vara að umrædd ákvörðun PFS verði hér ógilt með dómi. Ákvörðun þessi heimilaði stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildir sem stefndi PFS hafði úthlutað þeim til veitingar 2G/GSM-, 3G/UMTS- og 4G/LTE-farsíma- og farnetsþjónustu á

800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz og 2100 MHz tíðnisviðunum, að því tilskyldu að sú samnýting gengi ekki gegn ákvæðum laga nr. 81/2003 og skilyrðum undirliggjandi tíðniheimilda.

Fyrsta málsástæða stefnanda Símans hf., til stuðnings dómkröfum hans, lýtur að því að viðurkenna beri að hin umdeilda ákvörðun sé ógild enda sé hún skilyrt og þar af leiðandi markleysa og jafnvel lögleysa. Þessu til skýringar vísar stefnandi til þess að í ákvörðunarorðinu komi fram að samnýting tíðniheimilda sem ákvörðunin heimilar megi ekki ganga gegn ákvæðum laga nr. 81/2003, sem og skilyrðum tíðniheimildanna.

Í þessu samhengi ber til þess að líta að aðeins í undantekningartilvikum getur stjórnvaldsákvörðun talist vera markleysa, þannig að mönnum sé rétt að virða hana að vettugi. Af dómaframkvæmd má auk þess ráða að það sé aðeins við þær aðstæður að ákvörðun sé haldin afdrifaríkum annmarka að líta megi á hana sem markleysu, þá einkum ef um augljósa valdþurrð er að ræða hjá því stjórnvaldi sem ákvörðunina tók.

Fallast verður á það með stefndu í málinu að í ákvörðunarorði PFS í ákvörðun nr. 14/2014 sé aðeins um að ræða áréttingu þess efnis að sú samnýting á tíðniheimildum sem hin umdeilda ákvörðun heimilar verði að vera innan marka laga og reglna sem um tíðniheimildirnar gilda. Sú áréttung, þótt henni sé ofaukið í textanum, er að mati dómsins þó ekki til þess fallin að gera ákvörðunina sem slíka óskýra og enn síður svo að valdi ógildi hennar. Stefnandi hefur engin frekari rök fært fram til stuðnings þessari málsástæðu og slík niðurstaða verður við svo búið heldur ekki leið af meginreglum stjórnsluréttar. Verða stefndu því þegar af þeirri ástæðu sýknaðir af aðalkröfu stefnanda um viðurkenningu á ógildi ákvörðunar stefnda PFS nr. 14/2014.

Verður þá því næst vikið að þeirri málsástæðu stefnanda að ákvörðun stefnda PFS nr. 14/2014 brjóti í bága við óumdeild fyrirmæli í 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 um bann við framsali tíðniheimilda. Í því ákvæði er fjallað um fyrirkomulag við úthlutun tíðna og númera af hálfu stefnda PFS, en í lokamálslið ákvæðisins segir síðan að réttindi samkvæmt ákvæðinu séu bundin við nafn og að framsal þeirra sé óheimilt.

Svo sem áður greinir þá teljast fjarskiptatíðnir innan íslensks yfirráðasvæðis vera auðlindir undir stjórn íslenska ríkisins, sbr. 1. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. Eins kemur þar fram að úthlutun tíðna felur í sér tímabundna heimild til skilyrtra afnota, sem hvorki leiða til eignarréttar né varanlegs nýtingar- og ráðstöfunarréttar. Af orðalagi ákvæðisins leiðir að handhafi tíðniheimilda öðlast við úthlutun þeirra ákveðin takmörkuð og óbein eignarréttindi, sem felast í tímabundnum hagnýtingarrétti og einkaforræði yfir viðkomandi fjarskiptatíðnum. Í skjóli þeirra

tímabundnu réttinda getur handhafi tíðniheimilda ráðstafað þeim og nýtt þær eftir þörfum, svo fremi sem sú hagnýting samræmist markmiðum laga nr. 81/2003 og fer ekki í bága við ákvæði laganna eða þá skilmála sem gilda um hlutaðeigandi tíðnir. Í 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 er síðan að finna takmörkun á ráðstöfunarrétti handhafa tíðniheimilda þess efnis að framsal þeirra sé óheimilt. Ákvæðið setur þannig skorður þeim takmörkuðu og óbeinu eignarréttindum sem tíðniheimildum fylgja í framangreindum skilningi. En þrátt fyrir að orðalag 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 megi virðast nokkuð ótvírætt, þá þarf að skilgreina hvað felst í því banni við framsali sem ákvæðið mælir fyrir um, vegna eðlis réttindanna er fylgja handhöfn þeirra tíðniheimilda er PFS hefur úthlutað.

Engar leiðbeiningar er þó að finna í lögskýringargögnum um það hvað felist í hugtakinu framsal í skilningi 2. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003. Í hefðbundnum skilningi eignarréttar merkir hugtakið framsal aftur á móti það þegar ákveðin réttindi og skyldur eru yfirfærðar með bindandi löggerningi, frá einum aðila til annars, sem þá hlýtur formlega samsvarandi yfirráð yfir viðkomandi réttindum sem um ræðir. Að framan- greindu virtu verður þannig við úrlausn þessa máls að leysa úr því hvort sú samnýting á tíðniheimildum sem ákvörðun PFS í máli nr. 14/2014 heimilaði hafi í reynd falið í sér heimild fyrir stefndu Sýn hf. og Nova ehf. til að flytja ráðstöfunar- og nýtingarrétt á tíðniheimildunum, sem ákvörðunin fjallar um, með endanlegum og bindandi hætti til annars lögaðila. Það væri þá lögaðili sem færi í kjölfar framsals alfarið með þau takmörkuðu og óbeinu eignarréttindi sem í 1. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 er, að mati dómsins, gert ráð fyrir að rétthafar tíðniheimilda fari tímabundið með.

Fyrir liggur að hin umdeilda ákvörðun stefnda PFS byggðist á sameiginlegri beiðni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. frá 18. febrúar 2014 og á erindi félaganna frá 19. nóvember 2013, um leyfi til samstarfs um rekstur dreifikerfis fyrir farsíma- og farnetsþjónustu. Í beiðninni er fyrirhugað samstarf kynnt svo að Sýn hf. og Nova ehf. muni, að fengnu samþykki frá Samkeppniseftirlitinu (SE), stofna nýtt félag í sameiginlegri og jafnri eigu beggja sem muni hafa með höndum eignarhald, uppbyggingu og þróun dreifikerfis fyrir alla almenna farsímaþjónustu félaganna. Félögin muni veita öðru aðgang að dreifikerfi hvors annars með gagnkvæmum samningi, en þriðja aðila, félagi í eigu tíðnirétthafanna yrði síðan falinn daglegur rekstur á sendibúnaði dreifikerfisins. Notað yrði nýtt dreifikerfi sem hin stefndu félög myndu sameiginlega standa straum af uppbyggingu á í hinu nýja félagi, byggt á nýrri tækni sem gerði þeim kleift að samnýta tíðniheimildir sínar að fullu. Stefndu Sýn hf. og Nova ehf. myndu þannig samnýta tilteknar tíðnir sem þeim hefði verið úthlutað en kjarnakerfi félaganna tveggja yrðu þó áfram aðskilin og afkastageta fyrirtækjanna þannig áfram seld sín í hvoru lagi á heildsölu- og

smásölustigi fjarskiptamarkaðar. Með slíkum samrekstri næðist veruleg hagræðing og auknir möguleikar á því að ná fram frekari dreifingu á farsímaþjónustu um land allt borið saman við það ef þessir tveir aðilar á markaði myndu byggja upp dreifikerfi hvor í sínu lagi til að geta veitt farsímaþjónustu með þeim tíðniheimildum sem þeir hefðu hvor um sig yfir að ráða.

Í forsendum fyrir niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 14/2014 kemur fram sú afstaða að umbeðin samnýting tíðniheimilda teljist ekki vera framsal í skilningi 2. mgr. 7. gr. fjarskiptalaga. Sú afstaða grundvallast meðal annars á því að félögin tvö verði áfram réttthafar tíðniheimilda sem ákvörðunin taki til og beri réttindi og skyldur á grundvelli þeirra, t.d. til greiðslu tíðnigjalda og þess að útbreiðslu-, uppbyggingar- og gæðaviðmiðum verði náð. Í ákvörðuninni er einnig miðað við það að rekstrarfélagið muni ekki öðlast hagnýtingar- eða einkaforræði á tíðniheimildum Sýnar hf. og Nova ehf. Þannig gæti það t.d. ekki tekið ákvörðun um samnýtingu tíðnanna með þriðja aðila. Slík ákvörðun væri alltaf í höndum tíðniréttthafanna, Sýnar hf. og Nova ehf. Þá væri ekki heldur um að ræða framsal á afnotarétti sem rekstrarfélagið gæti hagnast á. Rekstrarfélagið gæti þannig ekki nýtt sér tíðnirnar með sjálfbærum hætti, það er veitt fjarskiptaþjónustu á grundvelli þeirra, enda hefði það ekki aðgang að kjarnanetum fjarskiptakerfa Sýnar hf. og Nova ehf., sem gerir fjarskiptafyrirtækjum kleift að veita virðisaukandi þjónustu til notenda farsíma- og farnetsþjónustu. Rekstrarfélagið hefði aðeins þann tilgang að koma á mögulegri samnýtingu tíðnanna sem ákvörðunin tæki til með rekstri RAN-dreifikerfishluta þeirra. Að þeim tæknibúnaði myndu Sýn hf. og Nova ehf. kaupa aðgang að til að nýta tíðniheimildir sínar í því skyni að veita fjarskiptaþjónustu.

Þá ber til þess að líta að ákvörðun stefnda PFS nr. 14/2014 er á því byggð að ekki sé nauðsynlegt að samhengi sé á milli eignarhalds á tæknibúnaði til þess að dreifa fjarskiptatíðnum og þess að fara með tíðniheimildir. Stofnunin hafi enda ekkert um eignarhald á slíkum tækjabúnaði að segja, til þess skorti hana valdheimildir. Að mati PFS varði það hvar eignarhald sendi- og tækjabúnaðar liggur ekki með beinum hætti nýtingu þeirra tíðna sem úthlutað hefur verið, heldur séu það fyrst og fremst eiginleikar búnaðarins til nýtingar sem ráði því hvort nýtingin teljist vera hagkvæm og skilvirk. Gæti tíðniréttthafi, án þess að til afskipta PFS kæmi, t.d. leigt allan þann búnað sem hann þyrfti til að nýta sér það tíðnisvið sem tíðniheimildin næði til. Það sem skipti máli út frá lögbundnu hlutverki PFS sé að handhafi tíðniheimilda hafi aðgang að slíkum tækjabúnaði og geti þannig nýtt fjarskiptatíðnir í samræmi við markmið og tilgang laga nr. 81/2003 og skilyrði undirliggjandi fjarskiptatíðna.

Það fyrirheit að stofna nýtt félag utan um samrekstur stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. á dreifikerfi varð að veruleika með stofnun stefnda Sendafélagsins ehf.,

þegar fyrir lá undanþáguheimild SE frá 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 fyrir samstarfi félaganna. Tæknin sem dreifikerfið sem stefnda Sendafélagið ehf. er rekið utan um fyrir eigendur sína, stefndu Sýn hf. og Nova ehf., býður upp á þann möguleika að dreifa GSM-, 3G- og 4G/LTE-tækniþjónustu frá einum og sama sendiskáp og um sömu loftnet fyrir tvo rekstraraðila á sama tíma. Tæknin setur upp sýndarrás fyrir eigendur Sendafélagsins ehf., þ.e. Sýn hf. annars vegar og Nova ehf. hins vegar, og viðskiptavinir hvors félags um sig sjá allar tækniþjónustur sem þeir nýta sem sitt eigið heimanet á sama tíma, þrátt fyrir að full samnýting á búnaði og tíðnum eigi sér stað. Sendafélagið ehf. hefur þannig umráð yfir dreifikerfishluta farsímaþjónustunnar sem eigendur félagsins reka hvor um sig, en ekki yfir kjarnaneti fjarskiptakerfa þeirra.

Í framburði vitnisins Kjartans Briem, starfsmanns stefnda Sýnar hf., kom fram að samstarfsverkefni stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. snúist um það að auka hagkvæmni í fjárfestingum. Samstarfið, sem fari fram á vettvangi stefnda Sendafélagsins ehf. taki til dreifikerfis fyrir farsímaþjónustu og tilgangurinn með samnýtingunni sé að ná fram hagkvæmni í rekstri. Sparnaður náist í uppbyggingu dreifikerfisins því að með samnýtingu tíðna þurfi að fjárfesta í færri sendum. Frá upphafi samstarfsins, eftir tilkomu Sendafélagsins ehf., hafi ný tækni verið innleidd, MOCN-tæknin, og sendum þá verið fækkað um 100 án þess að það hafi komið niður á gæðum þjónustunnar til viðskiptavina stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. Þessari hagkvæmni væri einkum unnt að ná fram þar sem ekki væri mikið álag á dreifikerfinu vegna fámennis, og þá einkum á landsbyggðinni. MOCN-tæknin væri nýtt við samnýtinguna, en með henni upplifðu viðskiptavinir að þeir væru á kerfi síns þjónustuaðila en ekki þess aðila sem þeir væru að nýta tíðnina hjá. Í þéttbýli væri ekki unnt að ná fram sömu gæðum í þjónustunni með samnýtingu tíðna beggja félaganna vegna fjölda notenda þar. Við þær aðstæður væru félögin tvö með tvöfaldan búnað í sendum og sendu þaðan tíðnir á forræði hvors aðila um sig og til viðskiptavina sem tilheyrðu hvoru félaginu um sig. Aðspurður um það hvort einhverjar eignir hefðu verið færðar yfir til stefnda Sendafélagsins ehf. frá stefndu Sýn hf. eða Nova ehf. eftir að fyrstnefnda félagið hefði verið stofnað svaraði Kjartan því til að svo hefði ekki verið að neinu ráði og enginn búnaður væri í eigu stefnda Sendafélagsins ehf. Samstarf Sýnar hf. og Nova ehf. með Sendafélaginu ehf. væri útfært þannig að hvort félagið um sig leigði stefnda Sendafélaginu ehf. þann búnað sem viðkomandi félag ætti. Sendafélagið ehf. annaðist svo rekstur dreifibúnaðar og leigði hann aftur til eigenda sinna á kostnaðarverði. Þannig væri búnaður hvors stefnda um sig, Sýnar hf. og Nova ehf., samnýttur. Ef ætlunin væri síðan að ráðast í frekari uppbyggingu dreifikerfisins, t.d. vegna tilurðar nýrrar byggðar, yrði fyrst að ákveða hvort félagið myndi ráðast í fjárfestinguna sem fælist

í því að kaupa nýjan sendibúnað til þess að leigja Sendafélaginu ehf.

Í framburði vitnisins Jóakims Hlyns Reynissonar rafmagnsverkfræðings, sem áður starfaði fyrir stefnda Nova ehf., en kveðst nú sinna ráðgjafarþjónustu fyrir fyrirtækið á eigin vegum, kom fram að dreifikerfi farsímaþjónustu væri samsett úr víðfeðmu neti sendistöðva, sem fengi tíðnir til að vinna með og nýtti þær til að senda frá sendistöð og í farsíma notanda. Farsímar mynduðu í raun aflbrautir sem töluðu við dreifikerfið á tíðniböndum. Dreifikerfið þyrfti því á tíðnum að halda til þess að geta veitt þjónustu. Markmiðið með samstarfi Nova ehf. við Sýn hf. hefði verið að reka og fjárfesta í mun færri sendistöðvum sem myndu hver um sig anna hlutverki fyrir báða aðila. Það hefði orðið tæknilega mögulegt með tilkomu nýs búnaðar sem gerði aðilum kleift að samnýta tíðnir og ná þannig fram fjárhagslegum sparnaði. Hins vegar hafi þó aldrei komið til þess að samstarfið yrði jafn mikið og upphaflega hafi verið væntingar um. Álag á dreifikerfið væri þannig það mikið í þéttbýli að fjárhagslegur ávinningur af samnýtingu tíðna væri ekki nógu mikill þar til þess að vega upp á móti ánægju viðskiptavina af hraðari og betri þjónustu. Markmið með samstarfinu hafi verið það að auka gæði, ekki rýra þau, og samnýtingin ætti því í reynd aðeins við á einu tíðnibandi, bandi 20/800 MHz, sem væri aðeins notað þar sem afar fáir notendur væru.

Að mati dómsins hefur því ekki verið sýnt fram á að stefndi Sendafélagið ehf., sem samkvæmt framangreindu fer aðeins með rekstur dreifikerfis sem eigendur félagsins samnýta, þ.e. Sýn hf. og Nova ehf., fari nú í eigin nafni með forráð yfir þeim takmörkuðu eignarréttindum sem felast í tíðniheimildum þeim sem stefndu Sýn hf. og Nova ehf. fengu úthlutað samkvæmt 1. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003 og ákvörðun stefnda PFS nr. 14/2014 tók til. Þvert á móti hefur að mati dómsins verið sýnt fram á það að stefndi Sendafélagið ehf. sjái eingöngu um að starfrækja tæknibúnað sem nýtist til að gera eigendum félagsins, Sýn hf. og Nova ehf., kleift að veita viðskiptavinum sínum farsímaþjónustu. Sú þjónusta verður aðeins veitt með því að tíðniheimildum sé ráðstafað, eða úthlutað á þann búnað sem Sendafélagið ehf. annast rekstur og viðhald á og leigir aftur til móðurfélaga sinna. Sú ráðstöfun tíðniheimilda fer alfarið fram á vegum stefndu Sýnar hf. og Nova ehf., þótt dreifibúnaður á vegum Sendafélagsins ehf. nýtist til að senda út þær tíðniheimildir sem eru notaðar í þjónustustarfsemi Sýnar hf. og Nova ehf. Í þessu samhengi ber að hafa í huga að réttthafi tíðniheimilda hefur heimild til þess að ráðstafa þeim að vild svo fremi sem sú ráðstöfun samræmist lögum, sbr. fyrirmæli í 1. mgr. 7. gr. laga nr. 81/2003.

Að mati dómsins rennir allt framangreint nægum stoðum undir það sem fram kemur í forsendum fyrir ákvörðun PFS nr. 14/2014, að sú samnýting sem ákvörðunin heimilar feli ekki í sér framsal sem fari í bága við fyrirmæli 2. mgr. 7.

gr. laga nr. 81/2003, eins og það hugtak hefur verið skilgreint vegna úrlausnarefnis máls þessa og verður ákvörðun PFS nr. 14/2014 því að mati dómsins ekki ógilt á þessum grundvelli.

Stefnandi Síminn hf. byggir enn fremur á því að ógilda beri ákvörðun stefnda PFS í máli nr. 14/2014 þar sem hún hafi jafnframt brotið gegn lögum nr. 81/2003 og samkeppnislögum nr. 44/2005. Ákvörðunin hafi í för með sér samkeppnishamlandi aðgerð, sem falist hafi í því að heimila stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildirnar í samkeppni við aðra aðila, og með því yrðu þeir tengdir aðilar. Af sömu ástæðu brjóti ákvörðunin í bága við meginreglur útboðsréttar og útboðsskilmála tíðniheimildanna sem Sýn hf. og Nova ehf. var úthlutað í útboðinu frá 13. mars 2013.

Dómurinn telur að ekki verði litið svo á að ákvörðun 14/2014 hafi sjálfkrafa haft för með sér samkeppnishamlandi aðgerð. En við mat á því, með tilliti til lögmætis ákvörðunar nr. 14/2014, er nauðsynlegt að líta til lögbundins hlutverks PFS, sbr. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 um PFS. Þar kemur meðal annars fram að PFS beri að framfylgja lögum nr. 81/2003 um fjarskipti og stuðla að því að markmið þeirra náist. Þau markmið eru meðal annars fólgin í því að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 1. gr. laga nr. 81/2003. Í töluliðum 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 greinir svo frá því hvernig PFS beri að leitast við að uppfylla þær lögbundnu skyldur. Segir þar til að mynda í b-lið 2. töluliðar ákvæðisins að stuðla megi að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu með því að hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta og stuðla að nýbreytni og í c-lið að ýta skuli undir hagnýta notkun tíðna og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra gæða. Þá segir í 3. tölulið sömu mgr. að PFS beri að taka þátt í þróun markaðar fyrir fjarskiptaþjónustu og upplýsingatækni með því m.a. að vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist og fjarskiptaþjónustu og hvetja til uppsetningar og þróunar fjarskiptaneta. Þá beri stofnuninni að gæta hagsmuna almennings með því m.a. að vinna að því að allir landsmenn eigi aðgang að alþjónustu og að tryggja hag notenda sem best að því er varðar val, verð og gæði fjarskiptaþjónustu, sbr. 4. tölulið 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003.

Af reglum PFS og Samkeppnisstofnunar, fyrirrennara SE, um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála nr. 265/2001 má ráða að það sé verkefni samkeppnisyfirvalda að meðhöndla samkeppnisréttarlega hlið fjarskiptamála af þeim toga er hér um ræðir, sbr. 5. og 7. gr. reglnanna, sem eiga sér stoð í 2. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 um PFS. Leiðir þetta til þess að rannsókn á því hvort samstarf stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. gæti haft í för með sér neikvæð áhrif á samkeppni á

markaði falli undir lögbundið hlutverk SE. Hin stefndu félög leituðu enda, svo sem áður greinir, vegna hugsanlegra samkeppnisáhrifa af samstarfinu, eftir lögbundinni undanþágu SE fyrir því, og var hún veitt með ákvörðun þess nr. 14/2015. Sú ákvörðun var bundin tilteknum skilyrðum sem ætlað var að takmarka áhrif samstarfsins á samkeppni. Umrædd ákvörðun SE var síðan staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2015.

Óhjákvæmilega ber hér að taka mið af því samráði við hagsmunaaðila á markaði sem stefndi PFS stóð fyrir í aðdraganda ákvörðunar sinnar nr. 14/2014. En þar gafst hagsmunaaðilum, þ.m.t. stefnanda Símanum hf., færi á því að koma á framfæri athugasemdum við fyrirhugaða ákvörðun um að heimila stefndu Sýn hf. og Nova ehf. umbeðna samnýtingu tíðniheimilda. Stefnandi og aðrir hagsmunaaðilar komu þar á framfæri, svo sem að framan greinir, athugasemdum sínum við fyrirhugaða ákvörðun út frá samkeppnisréttarlegum sjónarmiðum. Í niðurstöðu samráðsins þann 2. júlí 2014 tók stefndi PFS rökstudda afstöðu til athugasemda stefnanda, Símans hf., en taldi þær ekki breyta áður boðaðri ákvörðun um að heimila umrætt samstarf.

Í forsendum fyrir niðurstöðu samráðsins kom fram sú afstaða PFS að stofnuninni bæri lögum samkvæmt að ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera, viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra gæða, hvetja til skilvirkra fjárfestinga í innviðum fjarskipta, stuðla að nýbreytni og vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengdist og fjarskipta- og pósthjónustu. PFS færi einnig með stjórn og nýtingu þeirra takmörkuðu og verðmætu auðlinda ríkisins sem fjarskiptatíðnir væru og yrði við úthlutun þeirra að gæta að sanngirnis- og jafnræðissjónarmiðum. Þá þyrfti úthlutun að þjóna almannahagsmunum með tilliti til útbreiðslu og aðgengis að fjarskiptaþjónustu um land allt. Þótt PFS féllist á það að gæta þyrfti að samkeppnislegum sjónarmiðum við ákvarðanatökuna þá yrði hún einnig að líta til annarra sjónarmiða á borð við hagnýtingu tíðnirófsins, fjárfestingar í fjarskiptainnviðum og áhættu af þeim, þróun fjarskiptaþjónustu og til hagsmuna neytenda. Þannig gæti PFS ekki litið fram hjá þeim ávinningi er falist gæti í uppbyggingu og rekstri sameiginlegs dreifikerfis sem tæki til landsins alls, eingöngu á grundvelli þess að tímabundinn aðstöðumunur gæti mögulega skapast með slíku samstarfi, enda væru til leiðir með setningu skilyrða til að koma í veg fyrir neikvæð áhrif þess. PFS gerði einnig grein fyrir því að boðuð ákvörðun byggðist einkum á því að ekkert í lögum nr. 81/2003 stæði í vegi fyrir umræddri samnýtingu tíðniheimilda enda fælist ekki í henni framsal á ráðstöfunar- og nýtingarrétti þeirra tíðna sem umræddar tíðniheimildir heimiluðu nýtingu á. Þá væri ekkert í tíðniheimildunum sem kæmi í veg fyrir það að samnýting gæti átt sér stað.

Í ljósi þess sem að framan er rakið telur dómurinn vera einsýnt að stefndi PFS hafi, með hliðsjón af valdmörkum gagnvart SE, tekið tilhlýðilegt tillit til stöðu samkeppni á markaði fyrir farsíma- og farnetsþjónustu við meðferð málsins hjá stofnuninni, sem lauk með ákvörðun nr. 14/2014, svo sem PFS bar að gera með tilliti til lögbundins hlutverks stofnunarinnar. Af forsendum stofnunarinnar leiðir hins vegar að hugsanlegur ávinningur af samstarfi stefndu Sýnar hf. og Nova ehf. var látinn vega þyngra við úrlausn málsins en hugsanleg áhrif samstarfsins, sem ákvörðun nr. 14/2014 fjallaði um, á samkeppni á þeim markaði þar sem stefnandi Síminn hf. og stefndu Sýn hf. og Nova ehf. veita farsíma- og farnetsþjónustu. Undir rekstri málsins leitaðist stefnandi Síminn hf. við að styðja málatilbúnað sinn, m.a. að þessu leyti, með öflun matsgerðar dómkvaddra matsmanna, svo sem nánar er lýst hér að framan um málavexti. Ekkert sem þar kemur fram né annað í málatilbúnaði stefnanda hróflar þó að mati dómsins við síðastgreindu hagsmunamati PFS. Stefnandi byggir umrædda málsástæðu jafnframt á skýrslu sem unnin var af breska ráðgjafarfyrirtækinu Analysys Mason og ber yfirskriftina: „Rökstutt álit um samnýtingu Nova og Vodafone á dreifikerfum og fyrirhugaða samnýtingu þeirra á tíðniheimilum“. Stefnandi aflaði þeirrar skýrslu einhliða í tilefni af ágreiningi málsaðila og felur hún ein og sér ekki í sér fullnægjandi sönnunarfærslu um samkeppnisréttarleg áhrif ákvörðunar PFS á fjarskiptamarkaðinn hér á landi þannig að lagt verði til grundvallar annarri niðurstöðu.

Að öllu framangreindu virtu verður ákvörðun stefnda PFS því ekki talin vera haldin nokkrum annmarka, m.t.t. samkeppnisréttarlegra sjónarmiða sem fram koma í lögum nr. 81/2003 og 44/2005, svo sem stefnandi byggir hér á, sem valdið gæti ógildi hennar. Ber þá einnig til þess að líta að lög nr. 81/2003, einkum ákvæði IV. kafla laganna um úthlutun tíðna og númera, teljast vera sérlög gagnvart ákvæðum laga á sviði útboðsréttar. Þá hefur stefnandi ekki gert reka að því að renna stöðum undir þá málsástæðu að ákvörðunin hafi brotið í bága við útboðsskilmála og skuli því ógilt.

Loks er á því byggt af hálfu stefnanda að ákvörðun stefnda PFS í máli nr. 14/2014 brjóti í bága við meðalhóf, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Í þessu samhengi vísar stefnandi m.a. einnig til 29. gr. reglugerðar nr. 1047/2011 um skipulag og úthlutun tíðna í fjarskiptum, enda hafi PFS ekki breytt skilyrðum tíðniheimildanna sem ákvörðunin taki til með það að markmiði að gæta að samkeppnisstöðu á markaði.

Að mati dómsins verður hér að meta heildstætt málsmeðferð stefnda PFS vegna fyrrgreindrar ákvörðunar hennar. Í því ljósi verður að líta sérstaklega til þess að hvaða markmiðum umræddri stofnun bar að vinna við töku ákvörðunarinnar

lögum samkvæmt. Markmið laga nr. 81/2003 er það að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hérlandis og efla virka samkeppni, sbr. 1. gr. laganna. Lögð er áhersla á það í lögnum að öllum landsmönnum bjóðist aðgangur að fjarskiptaþjónustu. Á meðal verkefna stefnda PFS er að ýta undir hagnýta notkun tíðna og númera og viðhafa skilvirka stjórn á notkun þeirra gæða, sbr. 2. tölulið 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003. Þær tilgreindu forsendur sem ákvörðun stefnda PFS í máli nr. 14/2014 byggðist á eiga að mati dómsins skýra stoð í lögum nr. 81/2003. Þá verður ekki séð að 29. gr. reglugerðar nr. 1047/2011, sem kveður á um heimild stefnda PFS til þess að breyta tilteknum skilmálum úthlutaðra tíðniheimilda, leggi samsvarandi skyldur á herðar stofnuninni. Þessi tiltekna málsástæða stefnanda byggist í raun á forsendum sem tekin var afstaða til í ákvörðun stefnda PFS og dómurinn telur ekki vera sannanlega háða annmörkum, hvorki hvað varðar form eða efni. Að því virtu, og með hliðsjón af þeim skyldum sem hvíla á PFS að lögum, þá telur dómurinn ekkert það vera komið fram í málinu sem styður staðhæfingar stefnanda um það að ná hefði mátt fram þeim samfélagslegu markmiðum sem að var stefnt með ákvörðun stefndu PFS í máli nr. 14/2014 með minna íþyngjandi hætti en gert var, en fyrir því ber stefnandi sönnunarbyrði. Verður umrædd ákvörðun því ekki ógilt með vísan til meðalhófsreglu 12. gr. laga nr. 37/1993.

Með hliðsjón af öllu hér framangreindu verður að mati dómsins ekki talið að aðrar fram komnar röksemdir eða málsástæður hafi við svo búið sérstaka þýðingu í málinu eða geti leitt til annarrar niðurstöðu, sbr. e-lið 1. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991.

Samkvæmt öllu því er nú hefur verið rakið er það því álit dómsins að meðferð Póst- og fjarskiptastofnunar á máli því sem lauk með ákvörðun hennar 2. júlí 2014 nr. 14/2014, um það að heimila stefndu Sýn hf. og Nova ehf. að samnýta tíðniheimildir, sé ekki haldin neinum þeim annmörkum sem valdi ógildi eða geti leitt til ógildingar ákvörðunarinnar og verða stefndu því hér sýknaðir af öllum dómkröfum stefnanda.

Samkvæmt þeirri niðurstöðu, og sbr. 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, ber stefnanda að greiða stefndu hæfilegan málskostnað. Með hliðsjón af umfangi málsins sem og atvikum öllum skal stefnandi því greiða stefndu Póst- og fjarskiptastofnun 2.000.000 króna í málskostnað, en stefndu Sýn hf. og Nova ehf. hvorum um sig 2.480.000 krónur í málskostnað, og hefur þá verið tekið tillit til virðisaukaskatts.

Ekki verður séð að stefndi Sendafélagið ehf. hafi haldið fram sérstakri kröfu um málskostnað sér til handa við aðalmeðferð og verður hún því ekki tekin hér til greina.

Mál þetta fluttu Friðrik Árni Friðriksson lögmaður fyrir stefnanda Símann hf., Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður fyrir stefnda Póst- og fjarskiptastofnun, Snorri Stefánsson lögmaður fyrir stefnda Sýn hf., Heimir Örn Herbertsson lögmaður fyrir stefnda Nova ehf. og Bergur Hauksson lögmaður fyrir stefnda Sendafélagið ehf., en við aðalmeðferð komu lögmenn Sýnar hf. og Nova hf. þó fram fyrir Sendafélagið ehf.

Mál þetta dæma Pétur Dam Leifsson héraðsdómari, sem dómsformaður, ásamt Guðjóni St. Marteinssyni héraðsdómara og Guðjóni Kárasyni verkfræðingi.

Geta ber þess að dómsuppsaga í málinu hefur dregist vegna umfangs málsins og embættisanna dómsformanns, en gætt var ákvæða 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991.

D ó m s o r ð:

Stefndu, Póst- og fjarskiptastofnun, Sýn hf., Nova ehf. og Sendafélagið ehf., eru sýknaðir af dómkröfum stefnanda, Símanns hf., í máli þessu.

Stefnandi, Síminn hf., greiði stefnda Póst- og fjarskiptastofnun 2.000.000 króna, og stefndu Sýn hf. og Nova ehf., hvorum um sig, 2.480.000 krónur, í málskostnað.

Pétur Dam Leifsson (sign.)

Guðjón St. Marteinsson (sign.)

Guðjón Kárasyn (sign.)