

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
um frestun réttaráhrifa í máli nr. 2/2017

Kæra á ákvörðun PFS, nr. 19/2016, um álagningu dagsekta á 365 miðla ehf.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 12. janúar 2017, hafa 365 miðlar ehf., (kærandi), kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), nr. 19/2016, um álagningu dagsekta á 365 miðla ehf.

Í hinni kærðu ákvörðun var það niðurstaða PFS að kærandi hefði vanefnt a.-lið í 1. gr. viðauka II. um breytingar á tíðniheimild A á 800 MHz tíðnisviðinu, upphaflega gefin þann 3. apríl 2013, með því að byggja ekki upp háhraða farnet, með 10Mb/s gagnaflutningshraða, sem nær til 70% landsmanna fyrir þann 1. október 2016. Þá var það niðurstaða PFS að hinn 16. janúar 2017 yrðu lagðar á kæranda dagsektir að fjárhæð kr. 100.000 fyrir hvern dag sem líði þar til byggt hafi verið háhraða farnet, með 10Mb/s gagnaflutningshraða, sem nær til 70% landsmanna. Kom einnig fram í hinni kærðu ákvörðun að uppsöfnuð sektarfjárhæð yrði innheimt á 14 daga fresti þar til skyldunni hefði verið fullnægt.

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

PFS gerir á þessu stigi þá kröfu að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa verði hafnað.

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

II. Helstu málsatvik

Upphaf máls þessa má rekja til þess að í byrjun árs 2013 efndi PFS til uppboðs á tíðniheimildum fyrir háhraða farnetsþjónustu. Um var að ræða fimm tíðniheimildir á 800 MHz tíðnisviðinu. Gerðar voru mismunandi uppbyggingarkröfur eftir því hvaða tíðniheimild var um að ræða. Lauk uppboðinu á þann veg að kærandi bauð í A og B tíðniheimildir á 800MHz tíðnisviðinu og hreppti þær báðar, án þess að aðrir bjóðendur byðu í þær. Tíðniheimild á 800 MHz tíðnisviðinu var bundin uppbyggingar- og útbreiðslukröfum, sem fólust í því að tíðniréttthafi skuldbatt sig til þess m.a. að tryggja að 99,5% lögheimila og vinnustaða með heilsárs starfsemi, hvers landssvæðis, sem tilgreind voru á viðauka I, stæðu til boða 10 Mb/s gagnaflutningshraði fyrir 31. desember 2016.

Hinn 10. apríl 2015 barst PFS erindi frá kæranda þar sem óskað var eftir því að gerðar yrðu breytingar á skilmálum tíðniheimildar A á 800 MHz tíðnisviðinu í þeim tilgangi að veita ákveðnar tilslakanir á útbreiðslu- og uppbyggingarkröfum sem hvíldu á félaginu.

Þessu til stuðnings vísaði kærandi til þess að ákveðinn forsendubrestur hefði orðið frá því að félagið undirgekkst kröfurnar með þátttöku í uppboðinu frá því í febrúar/mars 2013. PFS gat ekki fallist á að algjör forsendubrestur hefði orðið, varðandi skuldbindingargildi krafanna, en tók undir að önnur af þeim tveimur ástæðum sem kærandi vísaði til hefði falið í sér tilteknar forsendubreytingar sem sanngjarnt væri að taka tillit til. Með ákvörðun PFS frá 30. desember 2015, nr. 37/2015, samþykkti PFS tilteknar breytingar á útbreiðslu og uppbyggingarkröfum sem kærandi lagði til. Samhliða breytingum á uppbyggingar- og útbreiðslukröfum voru gerðar breytingar á skilmálum tíðniheimildarinnar um dagsektir ef til vanefnda skyldi koma, þrátt fyrir þær tilslakanir sem PFS hafði fallist á að veita kæranda vegna forsendubreytinga. Kærandi gekkst undir hina breyttu skilmála tíðniheimildar A á 800 MHz tíðnisviðinu hinn 1. mars 2016.

Aðila máls þessa greinir á um hvort kærandi hafi fullnægt þeim skyldum sem hann hafi gengist undir samkvæmt skilmálum tíðniheimildar. Telur PFS að kærandi hafi vanefnt skyldur sínar en kærandi telur að þeim hafi verið fullnægt og er það hinn efnislegi ágreiningur í málinu. Frestunarkrafa í málinu byggist hins vegar á því að PFS hefur með hinni kærðu ákvörðun lagt á kæranda dagsektir, vegna meintra vanefnda kæranda á a.-lið í 1. gr. viðauka II. um breytingar á tíðniheimild A á 800 MHz tíðnisviðinu, sem var upphaflega gefin þann 3. apríl 2013, með því að byggja ekki upp háhraða farnet, með 10Mb/s gagnaflytningshraða, sem nær til 70% landsmanna fyrir hinn 1. október 2016. Telur kærandi að fresta beri réttaráhrifum þannig að PFS verði ekki unnt að innheimta dagsektir á meðan málið er tekið til efnismeðferðar.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst þess annars vegar að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Hins vegar krefst kærandi þess að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað meðan málið er til meðferðar hjá úrskurðarnefndinni. Líkt og áður greinir verður hér einvörðungu fjallað um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar.

Kærandi byggir einkum á því að PFS hafi ekki haft heimild að lögum, samkvæmt uppboðsskilmálum eða skilmálum tíðniheimildarinnar til að taka hina kærðu ákvörðun. Þá telur kærandi að ákvörðunin byggji á rangri túlkun PFS á framangreindu, auk þess sem ákvörðunin og málsmeðferðin sjálf brjóti gegn meginreglum stjórnisýslulaga, þ.m.t. rannsóknarreglunni. Kærandi vísar einnig til röksemda og málsástæðna sinna eins og þær eru raktar í hinni kærðu ákvörðun.

Hvað varðar kröfu um frestun réttaráhrifa byggir kærandi á því að honum séu ekki færar neinar aðrar leiðir en að kæra ákvörðun PFS til úrskurðarnefndarinnar eða bera hana undir dómstóla, til þess að fá skorið úr um það hvaða leið beri að fara til þess að uppfylla skilyrði tíðniheimildarinnar um lágmarksútbreiðslu. Kæranleg og rökstudd ákvörðun um þetta álitamál hafi ekki legið fyrir fyrr en hin kærða ákvörðun var birt kæranda í síðasta mánuði.

Kærandi telur að ákvörðun PFS um álagningu dagsekta muni kosta um 3 milljónir kr. í mánuði hverjum, uns endurskoðun æðra stjórnvalds á ákvörðuninni liggur fyrir, enda þótt aðför verði vissulega ekki gerð fyrir dagsektunum á meðan leyst sé úr máli þessu. Þá tekur kærandi fram að opinberar sektir sé almennt ekki heimilt að gjaldfæra í efnahagsreikning þess aðila sem þær séu lagðar á. Um verulega íþyngjandi ákvörðun sé því að ræða og það sé kæranda því afar nauðsynlegt að fá úr því skorið af fleiri aðilum en PFS hvernig túlka beri inntak skuldbindinga hans. Í þessu samhengi skuli bent á að ekki hafi reynt á samskonar álitaefni fyrr.

Kærandi telur afstöðu PFS um inntak tíðniheimildarinnar einstaklega íþyngjandi fyrir kæranda, en það sé hins vegar beinlínis óásættanlegt fyrir kæranda að þurfa, auk þess að þola þau áhrif sem ákvörðunin hefur í för með sér, jafnframt að standa straum af greiðslu dagsekta sem numið geti 3 milljónum kr. í hverjum mánuði, til þess eins að fá ákvörðun PFS endurskoðaða af æðra stjórnvaldi. Með öðrum orðum muni kæra ákvörðunarinnar og bið eftir henni kosta kæranda verulegar fjárhæðir, verði ekki fallist á sjónarmið kæranda í endanlegum úrskurði úrskurðarnefndarinnar. Það rímar að mati kæranda illa við þann almenna tilgang stjórnslulaga með kærueheimildum til æðri stjórnvalda, að stuðla að því að ákvarðanir stjórnvalda séu réttar, enda yrði kærufarlið verulega kostnaðarsamt fyrir kæranda, ef dagsektir yrðu lagðar á allan þann tíma sem það tæki að fá efnislega endurskoðun á hinni kærðu ákvörðun.

2.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við PFS að skilað yrði umsögn vegna kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa og var frestur í því skyni veittur til og með 26. janúar 2017. PFS gerir þá kröfu að kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar verði hafnað.

PFS telur að í kæru sé fyrst og fremst færður rökstuðningur fyrir því að álagning dagsekta á kæranda væri fjárhagslega íþyngjandi fyrir félagið þar til málið væri til lykta leitt fyrir æðra settu stjórnvaldi, eftir atvikum fyrir dómstólum. Í því sambandi vísar PFS til þess að í skýringarriti eftir Pál Hreinsson um upplýsingalög sé ekkert vikið að því að frestun réttaráhrifa skuli taka mið af sjónarmiðum um hvort ákvörðun hafi fjárhagslega íþyngjandi áhrif á aðila. Ákvörðun um dagsektir sé í eðli sínu íþyngjandi, enda um að ræða þvingunarráðstöfun sem ekki er farið út í nema að málefnaleg þörf standi til þess. Ef þetta væri gott og gilt sjónarmið mætti ætla að réttaráhrifum dagsektarákvarðana væri almennt frestað en svo sé ekki.

Tekur PFS fram að í kærinni sé í engu vikið að því hvort að þeir hagsmunir sem í húfi séu geti farið forgörðum eða séu með einhverju móti óafturkræfir. Svo hátti nefnilega ekki til í því máli sem hér um ræðir. Kærandi standi frammi fyrir tveimur augljósum valkostum. Annars vegar geti kærandi hafið uppbyggingu á eigin dreifikerfi fyrir farnetsþjónustu hratt og örugglega og þar með efnt skuldbindingar samkvæmt tíðniheimildinni og dregið þannig úr fjárhagslegu tjóni vegna dagsekta. Hins vegar geti kærandi skilað

tíðniheimildunum til PFS og þar með afsalað sér öllum réttindum og skyldum samkvæmt þeim. Væri síðari valkosturinn valinn myndu dagsektir annað hvort ekki koma til framkvæmda eða innheimtu þeirra hætt frá þeim degi sem tíðniheimildunum væri skilað.

Lítur PFS til þess hvaða afleiðingar það hefði fyrir kæranda að skila tíðniheimildunum. Ljóst sé að það myndi hafa engin eða hverfandi áhrif á starfsemi félagsins. Það helgist af því að kærandi sé ekki að nýta tíðniheimildar sínar nema að óverulegu leyti. Hagsmunir kæranda gætu verið fólgnir í því að tíðniheimildunum yrði þá hugsanlega ráðstafað til annarra aðila, áður en efnisleg niðurstaða lægi fyrir um hvort efna megi uppbyggingar- og útbreiðslukröfur með þeim hætti sem kærandi telur sig geta gert.

Þá vísar PFS til úrskurðar úrskurðarnefndar, nr. 7/2016, þar sem einnig þurfti að taka afstöðu til kröfu um frestun réttaráhrifa og þeirri kröfu var hafnað. Að mati stofnunarinnar séu svipaðar aðstæður uppi í þessu máli. Telur PFS með vísan til framangreinds að hafna verði kröfu um frestun réttaráhrifa, á grundvelli þess að almenn skilyrði sem gildi um frestun réttaráhrifa séu ekki fyrir hendi.

Víkur PFS þá að sérstökum sjónarmiðum sem mæli gegn frestun réttaráhrifa. PFS bendir á að með ákvörðun PFS nr. 37/2015, hafi verið gerðar tiltekna tilslakanir á uppbyggingar- og útbreiðslukröfum kæranda. Tilslökunin hafi verið veitt gegn því skilyrði að kærandi samþykkti að undirgangast tiltekna skilmála um útbreiðslu sem bundnir voru heimild til dagsekta.

Í kjölfar þeirra breytinga sem gerðar voru á uppbyggingar- og útbreiðslukröfum með ákvörðun PFS nr. 37/2015 afhenti kærandi nýja uppbyggingaráætlun. Þá hafi verið ljóst að kærandi hygðist ekki byggja upp eigið net, nema að takmörkuðum hluta. PFS hafi þá leiðbeint kæranda um réttar forsendur fyrir slíka uppbyggingaráætlun og lagt fyrir félagið að afhenda endurskoðaða áætlun, en hún hafi borist í júní 2016. Í þeirri endurskoðuðu áætlun og í fylgibréfi sem henni fylgdu hafi forsendum PFS fyrir uppbyggingu- og útbreiðslu verið hafnað.

Að mati PFS sé sú staða uppi að kærandi vilji hvorki byggja upp í samræmi við skilmála tíðniheimildarinnar né skila tíðniheimildinni, þrátt fyrir að allt bendi til að félagið sé að fara að hætta fjarskiptastarfsemi, enda liggi fyrir upplýsingar um að kærandi hygðist selja fjarskiptastarfsemi sína til Vodafone. Að mati PFS er þetta mótsagnakennd og ómálefnaleg afstaða hjá félaginu sem hefur skaðleg áhrif á framþróun fjarskiptamarkaðarins varðandi tíðnimál. Tekur PFS fram að það sé ekki að fullu frá gengið að kaupin verði staðfest af þar til bærum yfirvöldum.

Að áliti PFS er það með öllu óásættanlegt að kærandi geti komist upp með það að sitja á ónotuðum tíðniheimildum sínum á 800 MHz tíðnisviðinu á sama tíma og það er yfirlýstur ásetningur félagsins að byggja ekki upp eigið fjarskiptanet, heldur að selja alla fjarskiptastarfsemi frá sér.

Þá viku umfjöllun PFS að áhrifum þeirrar stöðu sem uppi er á þau áform sem PFS hefur um tíðniuppboð. Bendir PFS á að kærandi leggi á það áherslu að hin kærða ákvörðun snúi eingöngu að félaginu, en ekki öðrum aðilum. PFS telur að önnur fjarskiptafyrirtæki hafi hagsmuni að málinu, s.s. hagsmuni af því að fyrirsjáanleiki ríki um nýtingu tíðniréttinda, framboð þeirra og um tímasetningu úthlutana. PFS geti tekið undir það sem önnur fjarskiptafyrirtæki á markaði hafi bent á, þ.e.a.s. að sú staða sem sé uppi með vannýttar tíðniheimildir kæranda valdi skaðlegri óvissu um framtíðarskipan þessara mála.

IV. Niðurstöður

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

Af málatilbúnaði kæranda verður ráðið að hann byggir einkum á því að hin kærða ákvörðun sé verulega íþyngjandi og það sé kæranda afar nauðsynlegt að fá úr því skorið af fleiri aðilum en PFS hvernig túlka beri inntak skuldbindinga hans. Bendir kærandi á að ekki hafi reynt á samskonar álitæfni fyrr. Kærandi telur það óásættanlegt að hann þurfi að standa straum af greiðslu dagsekta sem numið geti 3 milljónum kr. í hverjum mánuði, til þess eins að fá ákvörðun PFS endurskoðaða af æðra stjórnvaldi. Með öðrum orðum muni kæra ákvörðunarinnar og bið eftir henni kosta kæranda verulegar fjárhæðir, verði ekki fallist á sjónarmið kæranda í endanlegum úrskurði úrskurðarnefndarinnar. Það rímar að mati kæranda illa við þann almenna tilgang stjórnslulaga með kærueimildum til æðri stjórnvalda, að stuðla að því að ákvarðanir stjórnvalda séu réttar.

PFS vísar í greinargerð sinni bæði til almennra og sérstakra sjónarmiða sem mæla gegn frestun réttaráhrifa. Hvað hið fyrrnefnda varðar tekur PFS fram að sú staða sé ekki uppi í málinu að í húfi séu hagsmunir sem geti farið forgörðum eða séu með einhverju móti óafturkræfir. Kærandi hafi þá kosti að hefja uppbyggingu á eigin dreifikerfi fyrir farnetsþjónustu hratt og örugglega og þar með efna skuldbindingar samkvæmt tíðniheimildinni og dregið þannig úr fjárhagslegu tjóni vegna dagsekta.

PFS bendir í umsögn sinni á að kærandi geti skilað tíðniheimildunum til PFS og þar með afsalað sér öllum réttindum og skyldum samkvæmt þeim. Að mati úrskurðarnefndarinnar er PFS að benda á hvernig málinu verði lokið án efnisúrlausnar og telur að slík umfjöllun verði ekki frestun réttaráhrifa.

Að því er varðar sérstök sjónarmið telur PFS m.a. að með ákvörðun PFS, nr. 37/2015, hafi verið gerðar tilteknar tilslakanir á uppbyggingar- og útbreiðslukröfum kæranda. Tilslökunin hafi verið veitt gegn því skilyrði að kærandi samþykkti að undirgangast

tiltekna skilmála um útbreiðslu sem bundnir voru heimild til dagsekta. PFS telur að önnur fjarskiptafyrirtæki hafi hagsmuni að málinu, s.s. hagsmuni af því að fyrirsjáanleiki ríki um nýtingu tíðniréttinda, framboð þeirra og um tímasetningu úthlutana.

Meginregla stjórnisýsluréttar er sú að kæra frestar ekki réttaráhrifum kærðar ákvörðunar. Því verður að líta svo á að regla 2. mgr. 8. gr. reglugerðar, nr. 36/2009, sbr. 2. mgr. 29. gr. stjórnisýslulaga, sé undantekningarregla sem ber að túlka þröngt. Beiting undanþágunnar kemur helst til greina þegar um er að ræða íþyngjandi ákvarðanir og þegar ljóst er að tilteknir hagsmunir myndu skerðast verulega ef réttaráhrifum ákvörðunar væri ekki frestað eða ef ljóst væri að tilteknir hagsmunir kæranda færu forgörðum eða kæruehimild yrði þýðingarlaus. Þá má líta til þess, við mat á því hvort tilefni er til frestunar réttaráhrifa, hversu langt er liðið síðan hin kærða ákvörðun var kynnt kæranda, hversu líklegt er að ákvörðuninni verði breytt og til þess hvort ákvörðunin hafi áhrif á hagsmuni annarra en kæranda.

Líta verður til þess hvort telja verði verulega hættu á því lögvarðir hagsmunir kæranda fari forgörðum með þeim hætti að efnisúrlausn málsins hafi í framhaldinu enga þýðingu, komi hin kærða ákvörðun til framkvæmda. Þau réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar, sem að mati kæranda ber að fresta er sú ákvörðun að kæranda beri að greiða dagsektir sem nema kr. 100.000 á dag fyrir hvern dag sem líður þar til kærandi hefur byggt upp háhraða farnet með 10 Mb/s gagnaflutningshraða, sem nær til 70% landsmanna, á þann hátt sem PFS hefur talið fullnægjandi.

Hin kærða ákvörðun byggir á 8. mgr. 11. gr. fjarskiptalaga, nr. 81/2003, þar sem er að finna heimild fyrir PFS til þess að leggja dagsektir á fjarskiptafyrirtæki sem ekki uppfylla þær skuldbindingar sem réttindin kveða á um og geta þær numið allt að 500.000 kr. á dag.

Lög um fjarskipti fjalla um mikilvæga þjónustu sem veitt er m.a. af fjarskiptafyrirtækjum og er kveðið á um réttindi og skyldur slíkra fyrirtækja, líkt og kæranda. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga er það markmið laganna að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Í ljósi mikilvægis þeirrar starfsemi sem lögin fjalla um hefur löggjafinn m.a. kveðið á um heimild PFS til beitingar dagsekta í vissum tilvikum. Að mati úrskurðarnefndarinnar verður ekki talið að dagsektarákvörðunin feli í sér brot á meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar, þar sem heimildin er eingöngu nýtt að hluta.

Úrskurðarnefndin telur að greiðsla dagsekta á þeim tíma sem kærð ákvörðun er til efnismeðferðar hafi ekki í för með sér að kæruehimild verði þar með þýðingarlaus. Í máli þessu ber því að líta til þeirra áhrifa sem hin kærða ákvörðun hefur á kæranda. Það er ljóst að kærandi hefur þann kost að fara að þeim kröfum sem PFS hefur gert til uppbyggingar háhraða farnets og komast þannig hjá dagsektum á meðan hin kærða ákvörðun er til efnismeðferðar eða greiða dagsektir í þann tíma sem kæran er til meðferðar hjá

úrskurðarnefndinni. Verði hin kærða ákvörðun felld úr gildi er ljóst að kærandi kann að eiga endurkröfurétt vegna greiddra dagsekta.

Að mati úrskurðarnefndarinnar verður jafnframt að líta til þess að hin kærða ákvörðun kann að hafa áhrif á hagsmuni annarra fjarskiptafyrirtækja en kæranda, en það mælir almennt á móti því að réttaráhrifum ákvörðunar sé frestað ef fleiri en einn aðili eiga gagnstæðra hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Er í þessu sambandi ítrekuð fyrri umfjöllun um réttindi og skyldur fjarskiptafyrirtækja að lögum.

Með vísan til framangreinds og eftir athugun nefndarinnar á gögnum málsins og sjónarmiðum aðila telur hún að ekki séu fyrir hendi sérstakar ástæður í máli þessu sem mæli með frestun réttaráhrifa, sbr. 2. mgr. 8. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009, og 2. mgr. 29. gr. stjórnslulaga. Eru því ekki skilyrði fyrir því að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar.

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

Ákvörðun um málskostnað bíður efnisúrlausnar málsins.

V. Úrskurðarorð

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

Reykjavík, 9. febrúar 2017

Þórður Bogason

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring