

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þriðjudaginn 23. nóvember árið 2004 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 6/2004.

**Núll-níu ehf.**

**gegn**

### **Póst- og fjarskiptastofnun**

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Núll-níu ehf. (Nn) dags. 30. september 2004, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 15. september 2004, en með henni hafnaði PFS kröfu kæranda um úthlutun á 2 x 0,5 MHz í 900 eða 1800 MHz tíðnisviðinu.

Af hálfu kæranda er þess krafist að úrskurðarnefndin ógildi hina kærðu ákvörðun og að PFS verði gert að úthluta kæranda umbeðinni tíðni.

Af hálfu PFS er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 15. september sl.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttað þannig að Nn verði sóknaraðili en PFS varnaraðili.

Þann 11. nóvember s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd Nn, Lárus Jónsson framkvæmdastjóri og Andri Óttarsson hdl. og fyrir hönd PFS, Sigurjón Ingvason forstöðumaður lögfræðideildar. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum, rökstuddu þær og svöruðu spurningum nefndarmanna. Að loknum málflutningi var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

### **1.0 Málavextir.**

Málavextir eru þeir helstir að með leyfisbréfi, dags. 12. mars 2002, veitti PFS Nn leyfi til að veita farsímaþjónustu og tók leyfið til upsetningar og starfrækslu skiptistöðva fyrir farsíma, útgáfu SIM korta og umsjónar með þeim, rafrænnar skrár yfir staðsetningu farsíma og notkun númerakóða sem úthlutað er. Leyfið fól ekki í sér heimild til tíðninotkunar eða starfrækslu farsímanets sbr. ákvæði 2. greinar í leyfinu sjálfu og gildi í 10 ár frá útgáfudegi þess.

Með bréfi dags. 15. júlí 2004 sótti kærandi um úthlutun á GSM farsímatíðni í samræmi við IV. kafla laga um fjarskipti nr. 81/2003. Lýsti kærandi því yfir að í leyfinu frá 12. mars 2002 væri fyrir hendi heimild til útgáfu SIM korta sem er forsenda fyrir starfsemi kæranda.

Alþjóðleg samtök farsímarekenda hafi hins vegar lýst því yfir að úthlutun farsímatíðna sé nauðsynleg áður en SIM kort kæranda geti hlotið viðurkenningu samtakanna.

Póst og fjarskiptastofnun hafnaði beiðni kæranda með ákvörðun þann 15. september 2004 með vísan til þess að skýrt hefði komið fram í 2. mgr. 2. grein í leyfinu frá 12. mars 2002 að það fæli ekki í sér heimild til tíðninotkunar eða starfrækslu farsímanets. Ekki væri því hægt að byggja á leyfinu við ákvörðun um afgreiðslu fyrirbyggjandi umsóknar. Lýsti stofnunin sig reiðubúna til að standa fyrir útboði á heimildum til notkunar á umræddum tíðnisviðum ef þess væri óskað.

Nn kærði ákvörðun PFS með kæru þann 30. september 2004. Sú kæra er hér til umfjöllunar.

## **2.0. Málsástæður kæranda.**

Í kæru kæranda dags. 30. september 2004 er þess krafist að úrskurðarnefnd ógildi ákvörðun PFS frá 15. september 2004 og geri PFS að úthluta Nn umbeðinni tíðni. Í kærinni komu m.a. fram eftirfarandi málsástæður og lagarök:

*Póst- og fjarskiptastofnun veitti umsækjanda 12. mars 2002 leyfi til að veita farsímaþjónustu, þ.e. áður en núverandi lög um fjarskipti tóku gildi. Í leyfinu er m.a. veitt heimild til útgáfu SIM korta sem er forsenda fyrir starfsemi umsækjanda. Útgáfa SIM-korta krefst hins vegar IMSI númeraseríu og kóða sem eru gefin út af Alþjóðasamtökum farsímarekenda (GSM Association). Nú ber svo við að Alþjóðasamtök farsímarekenda úthluta eingöngu slíkum númeraseríum og kóðum til fullgildra meðlima í samtökunum. Til þess að verða fullgildur meðlimur þarf umsækjandi hins vegar að hafa GSM leyfi frá réttum stjórnvöldum síns heimalands og þarf leyfið að innihalda tíðnisvið. Úthlutun farsímatíðni er þess vegna nauðsynleg til að kærandi geti orðið fullgildur meðlimur í samtökunum og gefið út SIM kort í samræmi við leyfi Póst- og fjarskiptastofnunar frá 2002.*

*Það er því algjör forsenda þess að fyrirtækið geti starfað samkvæmt leyfi Póst- og fjarskiptastofnunar að hafa farsímatíðni. Ef fyrirtækið fær ekki úthlutað tíðni er leyfið í raun og veru gagnslaust. Samkvæmt meginreglum stjórnisýsluréttarins er stjórnvaldi óheimilt að taka ákvarðanir sem ná ekki því markmiði sem að er stefnt. Í þessu máli og skv. leyfinu lá alltaf fyrir hvers konar starfsemi fyrirtækið ætlaði að stunda. Samþykkti Póst- og Fjarskiptastofnun þær áætlanir og hefur leyfið ekki verið afturkallað. Það er ljóst að ákvörðun um heimild til útgáfu SIM-korta án þess að öðrum skilyrðum væri fullnægt náði ekki þeim markmiðum sem voru öllum kunn. Það er almennt viðurkennt í stjórnisýslurétti að í meðalhófsreglunni felist að þegar kemur í ljós að ákvörðun stjórnvalds sé augljóslega ekki til þess fallinn að ná því markmiði sem að var stefnt, hefur stjórnvald heimild til að endurupptaka málið og breyta ákvörðuninni. Á þeim grunni fór kærandi fram á að fá tíðni en leyfið er gagnslaust fyrir hann án tíðni.*

*Í synjun Póst- og fjarskiptastofnunar kemur fram að skv. 9. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 sé þeim heimilt að takmarka fjölda réttinda til að nota ákveðnar tíðnir þegar það er nauðsynlegt til að tryggja skilvirka notkun tíðna. Þar kemur einnig fram að stjórnvöld hafi frá upphafi takmarkað fjölda GSM leyfa og hefur þeim eingöngu verið úthlutað að undangenginni auglýsingu eða útboði.*

*Kærandi bendir á að einungis sé um heimild en ekki skyldu að ræða til að halda útboð. Það er mat hans að við þær sérstöku kringumstæður sem nú eru uppi, og er lýst hér að ofan, sé Póst- og fjarskiptastofnun ekki aðeins heimilt heldur skylt að úthluta honum tíðni.*

*Í umræddri synjun frá Póst- og fjarskiptastofnun kemur einnig fram að tíðnum hafi verið ráðstafað í nægilega stórum skömmtum til að reka heildstæð fjarskiptanet á þeim landssvæðum sem skilgreind hafa verið í útboðslýsingu og tilboðum leyfishafa. Einnig að samkvæmt 14. gr. laga um fjarskipti sé það hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar að skipuleggja notkun tíðnirófsins og stuðla að sem hagkvæmastri nýtingu þess. Stofnunin telji að það samrýmist ekki ákvæði 14. gr. að skipta því tíðnisviði sem tekið hefur verið frá fyrir GSM þjónustu upp í litlar einingar sem ekki gefa kost á rekstri heildstæðs GSM nets. Jafnframt að samkvæmt umsókn Núll níu ehf. hafi fyrirtækið ekki áform um að byggja upp heildstætt farsímanet.*

*Í dag eru tvö stór net á markaðnum. Reynsla síðustu ára hefur sýnt að markaðurinn virðist ekki rúma fleiri en tvö fjarskiptafyrirtæki þannig að heildstætt fjarskiptanet er varla raunhæfur möguleiki fyrir nýja aðila á markaðnum.*

*Það er mat kæranda að það sé ekki í anda laganna að setja sér vinnureglur sem tryggi að einungis þeir tveir aðilar sem séu þegar á markaðnum hafi möguleika á því að fá úthlutun á tíðnum. Einnig verður að benda á að í lögunum er kveðið skýrt á um að stjórnvöld eigi að hafa samkeppnissjónarmið í huga við úthlutanir. Það stenst varla að Póst- og fjarskiptastofnun sé að stuðla að hagkvæmri notkun á tíðnisviðinu eða samkeppni á markaðnum með því að úthluta engum tíðnum.*

*Af gefnu tilefni þá neyðist umsækjandi að lokum til að hafna alfarið fullyrðingum Póst- og fjarskiptastofnunar í synjuninni um að leyfið frá 12. mars 2002 hafi verið vegna sýndarstarfsemi (MVNO).*

*Það liggur fyrir í málinu að ekki hefði þurft að sækja um slíkt leyfi til Póst- og fjarskiptastofnunar heldur nægjanlegt að gera slíka samninga við Símann, TAL eða Íslandssíma. Það liggur jafnframt fyrir að útgáfa SIM-korta, (sem kallar á að viðkomandi hafi IMSI númeraseríu og fleiri kóða), umsjónar með SIM-kortum, starfræksla rafrænnar skrár yfir staðsetningu farsíma og notkun númerakóða (sem telur með Network code) er almennt ekki hluti af sýndarstarfsemi.*

*Það er ljóst að Íslenskur farsímamarkaður er að mestu fullnýttur og tækifæri Íslenskra fjarskiptafyrirtækja til vakstar í framtíðinni er bundinn við útrásarverkefni. Þetta sést m.a. af fjárfestingarstefnu Símans, sem beinist nú að erlendum verkefnum á fjarkiptasviði, og fjölmiðlarekstri innanlands.*

*Starfsemi Núll-nú var frá upphafi miðuð við útrásarverkefni þar sem verður boðið upp á alþjóðlega reikiþjónustu og var rekstrarleyfi félagsins sniðið að því. Fyrirtækið er með tryggt fjármagn sem nemur yfir einni milljón evra og er einn af hluthöfum fyrirtækisins þriðja stærsta símafyirtækið í Hollandi og Belgíu. Nú þegar er tryggt að um fjögur hundruð þúsund viðskiptavinir erlendis geta notið þjónustunnar auk þess sem Íslendingum mun bjóðast þjónusta sem er mun umfangsmeiri og frá fleiri löndum en nú er í boði á markaðnum hér.*

*Hér er því bæði um að ræða þjónustu við Íslendinga jafnt sem áskrifendur í öðrum löndum og ljóst að innfluttar tekjur geta orðið verulegar fyrir íslenskt þjóf félag sem og Póst- og fjarskiptastofnun auk þess sem þetta er atvinnuskapandi.*

### **3.0 Málástæður PFS.**

Í greinargerð PFS, dags. 25. október 2004, er þess krafist að kröfum kæranda verði hafnað og að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 15. september 2004. Í greinargerð sinni rekur stofnunin forsögu málsins auk þess sem hún færir eftirfarandi málástæður og lagarök fyrir kröfum sínum:

#### ***3.1. Leyfi Núll-nú frá 12. mars 2002.***

*Það var sameiginlegur skilningur PFS og Núll-nú við útgáfu rekstrarleyfis til félagsins 2002 að því fylgdi ekki tíðneyfi. Það kemur skýrt fram í ákvæðum leyfisbréfsins og einnig í tölvupósti frá Lárusi Jónssyni, dags. 10. mars 2002,<sup>1</sup> þar sem hann samþykkir leyfis-skilmála og tekur sérstaklega fram að farsímanet og tíðninotkun séu undanskilin. Póst- og fjarskiptastofnun hafði áður hafnað beiðni fyrirsvarsmanna félagsins um að halda tíðneyfi Mint GSM án þess að byggja upp farsímanet. Fyrirsvarsmönnum Núll-nú var því fullkunnugt um þá stefnu PFS að úthluta ekki GSM tíðnum til fyrirtækja sem ekki ætluðu að byggja upp eigið net. Þeir tóku þá ákvörðun að sækja um leyfi án tíðniheimildar og freista þess að ná samningum um alþjóðlegt reiki með slíkt leyfi í höndunum. Póst- og fjarskiptastofnun lagði ekkert mat á það hversu líklegt væri að fyrirtækið næði slíkum samningum og stofnunin tók ekki á sig neina ábyrgð á því að fyrirtækið fengi inngöngu í GSM Association og var það alfarið á ábyrgð fyrirtækisins að sækja um aðild. Nú virðist fyrirtækið hafa gefist upp á því að fá inngöngu í samtökin á grundvelli leyfisins frá 2002. Það gefur fyrirtækinu ekki rétt til þess að krefjast tíðniheimildar sem PFS hafði frá upphafi hafnað að veita.*

*Póst- og fjarskiptastofnun heimilar aðeins starfsemi hér á landi. Stofnunin hefur ekkert umbod til þess að heimila starfsemi utan lögsögu íslenska ríkisins. Öll hugsanleg starfsemi Núll-nú erlendis er alfarið á ábyrgð fyrirtækisins og um hana þarf fyrirtækið að semja við yfirvöld, samtök og fjarskiptafyrirtæki í viðkomandi ríkjum, án þátttöku PFS.*

PFS hefur veitt Núll-nú leyfi til þess að veita GSM þjónustu á Íslandi. Sú heimild stendur enn og fyrirtækinu stendur einnig til boða að taka þátt í útboði til þess að afla sér heimildar til rekturs farsímanets. PFS hefur gefið Núll-nú færi á að starfa á íslenska markaðnum og getur stofnunin ekki gengið lengra í þeim efnum að tryggja Núll-nú aðgang að fjarskiptamörkuðum.

Því er haldið fram í kærnu Núll-nú að leyfið frá 12. mars 2002 hafi ekki verið vegna sýndarstarfsemi (MVNO). Því einnig er haldið fram að ekki hefði þurft að sækja um leyfi fyrir slíkri starfsemi og að útgáfa SIM korta sé almennt ekki hluti af sýndarstarfsemi. Samkvæmt lögum um fjarskipti nr. 107/1999 var öll sala á símaþjónustu leyfis skyld og þurfti því að sækja um leyfi fyrir sýndarnetsstarfsemi eins og annarri símaþjónustu. Starfsemi sem lýst var í leyfisbréfinu frá 2002 er hins vegar ekki leyfis skyld samkvæmt núgildandi lögum, sbr. 4. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, og felur leyfisbréfið því ekki lengur í sér nein sérstök réttindi.

Hugtakið farsímasýndarnetsrekandi (Mobile Virtual Network Operator eða MVNO) er notað um aðila sem veita farsímaþjónustu í gegnum net annars aðila. Ekki er til samræmd skilgreining á þessu fyrirbæri og skilningur á því er nokkuð mismunandi milli ríkja. Allar skilgreiningar eiga það þó sameiginlegt að um er að ræða fyrirtæki sem ekki rekur sjálft þráðlausa blutann af netinu. Í frumvarpi til laga um fjarskipti nr. 81/2003<sup>2</sup> segir í athugasemdum um b-lið 2. mgr. 28. gr.:

“Á síðustu árum hefur áhugi á því að reka sýndarfarsímanet aukist. Ekki ríkir alls staðar samræmi í skilgreiningu á sýndarfarsímanetum en sameiginlegt þeim er að sýndarnet innihalda ekki þráðlausar móðurstöðvar. Þjónustuveitandi sem rekur sýndarnet þarf þess vegna alltaf að fá aðgang að móður stöðvum í farsímaneti annars aðila og oftast en ekki að miðlagri símstöð hans.”

Samkvæmt þessu er fyrirtæki sem ekki á eigið radiónet sýndarnetrekandi, hvort sem það rekur eigin skiptistöð eða ekki. Það er tekið skýrt fram í leyfinu frá 2002 að það nærði ekki til rekturs farsímanets og fæli ekki í sér tíðniheimild. Það er því útilokað fyrir Núll-nú að byggja nokkuð tilkall til tíðniheimildar á leyfinu, burt séð frá því hvaða skilning fyrirtækið leggur í hugtakið sýndarnetsstarfsemi.

### **3.2. Umsókn Núll-nú, 15. júlí sl.**

#### **3.2.1. Skipulag tíðnirófsins.**

Samkvæmt IV. kafla laga um fjarskipti nr. 81/2003 er það blutverk PFS að skipuleggja tíðnirófið, ákvarða hvaða þjónusta megi vera á hverjum hluta þess og taka ákvarðanir um tíðninotkun einstakra fyrirtækja. Um skipulagningu tíðnirófsins almennt er fjallað í 14. gr. og skv. a-lið 1. mgr. 10. gr. getur PFS sett það skilyrði að útblutun tíðna taki aðeins til ákveðinnar þjónustu eða tegundar nets. Í samræmi við alþjóðlegar samþykktir hefur PFS skilgreint 900 og 1800 MHz sviðin sem tíðnisvið fyrir almenn GSM farsímanet. Almenn farsímanet eru í edli sínu fjarskiptanet sem eru opin almenningi og gera notendum kleift að framkvæma símtöl hvar sem þeir eru staddir. Þjónustan sem Núll-nú lýsir í umsókn sinni er eins konar innanbússímstöð fyrir fyrirtæki, en ekki almenn farsímaþjónusta.

Þessi þjónusta er ekki sú sem tíðnisviðið var ætlað fyrir og hún myndi ekki keppa á sama markaði og þau farsímafyrirtæki sem fyrir eru hér á landi. Auk þessa er lýsing í umsókninni á uppbyggingu þessarar þjónustu algerlega ófullnægjandi og í raun er engin grein gerð fyrir kerfisbyggingu umsækjanda eða fjármögnun, nema að því leyti sem snýr að alþjóðlegu reiki, enda virðist það í rauninni vera eini tilgangurinn með umsókninni að komast inn á erlenda markaði. Umsóknin er því aðeins til málamynda.

Í tilskipun 87/372/EEC<sup>3</sup> um GSM 900 tíðnisviðið segir í 1. gr.:

“Aðildarríkin skulu sjá til þess að 905–914 og 950–959 MHz tíðnisviðin eða jafngildir hlutar tíðnisviðanna, sem um getur í 2. mgr., séu tekin frá og eingöngu ætluð (1) fyrir almenna Evrópuþjónustu ekki síðar en 1. janúar 1991.

Aðildarríkin skulu sjá til þess að nauðsynlegar áætlanir séu gerðar til þess að hægt sé að nýta allt 890–915 og 935–960 MHz tíðnisviðið svo fljótt sem verða má fyrir almennu Evrópuþjónustuna í samræmi við kerfur markaðarins.”

Það er alveg ljóst að þjónusta sem veitt er innan athafnasvæða einstakra fyrirtækja er ekki almenn Evrópuþjónusta (e. public pan-European cellular digital mobile communicationas service).

Ef Núll-nú stefnir í raun og veru á það að veita fyrirtækjum þráðlausu símaþjónustu innan athafnasvæða þeirra, þá eru allmörg tíðnisvið sem koma til greina. T.d. má nefna Dect tíðnisviðið 1880-1900 MHz<sup>4</sup>, ýmis SDR (Short range devices) tíðnisvið<sup>5</sup> og Tetra civil tíðnisviðið.<sup>6</sup>

### **3.2.2. Takmörkun á fjölda réttihafa.**

Samkvæmt 9. gr. laga um fjarskipti getur PFS takmarkað fjölda úthlutana á réttindum til að nota ákveðnar tíðir, þegar það er nauðsynlegt til þess að tryggja skilvirka notkun. Um þetta ákvæði segir í athugasemdum með frumvarpi:

“Samkvæmt alþjóðasamþykktum er tíðnirófinu skipt í tíðnisvið sem hvert fyrir sig er ætlað fyrir tiltekna fjarskiptaþjónustu. Ef skipta þarf viðkomandi tíðnisviði í margar smáar einingar vegna fjölda fjarskiptafyrirtækja sem vilja veita þjónustu verður notkun viðkomandi tíðnisviðs óskilvirk og getur farið svo að hlutur hvers fyrirtækis verði of lítill til þess að það geti rekið þjónustuna. Til þess að koma í veg fyrir slíkt er Póst- og fjarskiptastofnun veitt heimild til þess að takmarka fjölda úthlutana í ákveðnu tíðnisviði.”

Þegar fjöldi réttinda er takmarkaður er að lágmarki skylt að auglýsa eftir umsóknum sbr. 9. gr. og heimilt er að viðbafa útboð sbr. 11. gr. Póst- og fjarskiptastofnun telur að ástæða sé til þess að efna til útboðs áður en GSM tíðniréttindum er ráðstafað og ákveða lágmarksútbreiðslusvæði til þess að leyfðveitingin stuðli að samkeppni hér innanlands og komi notendum að einhverju gagni.

Stjórnvöld hafa frá upphafi takmarkað fjölda GSM leyfa og hefur þeim eingöngu verið úthlutað að undangenginni aughýsingu eða útboði. Tíðnum hefur verið ráðstafað í nægilega stórum skömmtum til að reka heildstæð fjarskiptanet á þeim landsvæðum sem skilgreind hafa verið í útboðshýsingu og tilboðum leyfishafa. Á meðan fjöldi réttinda er takmarkaður er óheimilt að úthluta tíðnum án aughýsingar eða útboðs. Upphaflega var Símanum einum heimilt að starfrækja GSM 900 þjónustu hér á landi. Árið 1997 var efnt til útboðs á einu leyfi til viðbótar og hlaut fyrirtækið Tal leyfið. Síðar sama ár voru boðin út GSM 1800 leyfi og fengu Síminn og Tal leyfi á því tíðnisviði. Árið 2000 voru gefin út fjögur ný leyfi á 1800 tíðnisviðinu í kjölfar útboðs og síðar sama ár var þriðja GSM 900 leyfið boðið út og hlaut Íslandssími það leyfi. Allmörg leyfi hafa fallið úr gildi og í dag eru aðeins tveir leyfishafar og mögulegt er að gefa út fleiri leyfi. PFS telur hins vegar að rétt sé að viðhalda þeirri stýringu sem viðhöfð hefur verið varðandi aðgang að þessum tíðnisviðum og úthluta þeim ekki án undangengins útboðs. Ekki kemur til greina að aflétta fjöldatakmörkunum og fara að afgreiða tíðnir eftir pöntun. PFS telur slíkt geta komið í vegar fyrir hagkvæma nýtingu og í öllu falli yrði slíkt ákvörðun ekki tekin án þess að viðhafa viðtækt samráð við hagsmunaaðila, sbr. 6. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003.

### 3.2.3. Hagnýt notkun tíðnisviðsins.

PFS sér fram á að hafa megi hagkvæmari not af GSM tíðnisviðinu, heldur en þau að ráðstafa því til fyrirtækja sem ætla sér lítil eða engin not af því hér á landi.

Í fyrsta lagi getur komið til þess að nýr aðili vilji byggja upp farsímanet. Árið 2000 var mikill ábugi á að byggja upp fleiri GSM net og voru leyfishafar á tímabili 6 talsins. Á árunum eftir 2000 tók við mikil lægð í fjárfestingum í fjarskiptum og upphýsingatækni og því varð ekkert úr áformum flestra leyfishafanna. Atvinnugreinin hefur hins vegar verið að komast á réttan kjöl á allra síðustu árum og ekki er útséð um að nýr aðili vilji fjárfesta í farsímakerfi á Íslandi.

Í öðru lagi er hugsanlegt að þau fyrirtæki sem hafa GSM leyfi í dag vilji auka við tíðnisvið sitt. Með auknum notendafjölda og auknum gagnaflutningi eykst þörf fyrir fjölda GSM rása. Þegar notkun á gagnaflutningsleiðum, s.s. GPRS og EDGE, eykst er bætt við því að fyrirtækin þurfi á auknum tíðniheimildum að halda.

Í þriðja lagi getur skapast þörf til þess að nota tíðnirnar fyrir þriðju kynslóð farsíma. Fyrir Alþingi liggur nú frumvarp um úthlutun leyfa fyrir þessa þjónustu.<sup>7</sup> Þriðja kynslóð farsíma, 3G, er þráðlaust farsímakerfi sem býður upp á breiðbands- og margmiðlunarþjónustu með meiri hraða en fyrsta og önnur kynslóð farsímaneta. Í þriðju kynslóðar netum verður þörf fyrir mun fleiri rásir en áður hefur þekkest vegna hinnar miklu gagnaflutningsumferðar sem gert er ráð fyrir. Í byrjun verður ákveðnum tíðnisviðum úthlutað, en önnur tíðnisvið hafa verið tekin frá svo bæta megi við tíðniheimildir þegar fram í sækir. Meðal þessara tíðnisviða eru þau sem notuð eru fyrir GSM þjónustu í dag. Í athugasemdum með frumvarpinu segir m.a.:

“Á alheimstíðniráðstefnunni 2000 var ákveðið að taka frá eftirfarandi viðbótartíðnisvið fyrir þriðju kynslóð farsíma: 806–960 MHz, 1710–1885 MHz og 2500–2690 MHz. Þessi tíðnisvið eru í annarri notkun í dag og því er það langtímamarkmið að nota þau fyrir þriðju kynslóð farsíma.”

*Víðtækt tíðnisvið gerir fyrirtækjum kleift að byggja upp farsímanet á hagkvæmari hátt. Tíðniþörf eykst eftir því sem notendum fjölgar og meiri gagnaflutningar fara fram í gegnum farsímanet. Það er því hagkvæmara til lengri tíma lítið að halda til hags tíðnum til þess að geta veitt núverandi rekrutaraðilum viðbótarheimildir og til þess að geta veitt ríflegar heimildir fyrir ný GSM farsímanet eða 3G, heldur en að ráðstafa tíðnisviðinu til fyrirtækja sem ætla sér lítil eða engin not af því.*

*Núll-níu hefur ekki sýnt fram á neinar raunbæfar áætlanir um not af tíðnunum hér á landi. Fyrirtækið hyggur ekki á starfsemi á þeim markaði sem núverandi tíðniréttihafar á Íslandi starfa á. Það stuðlar því ekki á neinn hátt að samkeppni hér á landi að veita Núll-níu umbeðna tíðniheimild.*

### **3.2.4. Afleiðingar úthlutunar til Núll-níu.**

*Þegar skoðað er hvort verða eigi við kröfu Núll-níu dugar ekki að líta á umsókn fyrirtækisins eina og sér. Skoðað verður hvaða afleiðingar það hefur fyrir hagnýta notkun GSM tíðnisviðsins almennt ef fjöldatakmerkunum verður aflétt og umsóknir afgreiddar eftir pöntun.*

*Margar umsóknir og fyrirspurnir um “málamyndatíðnileyfi” hafa borist PFS. Meðal annars frá Bretlandi, Líbanon, Sviss, Svíþjóð og Þýskalandi. Þeim hefur öllum verið hafnað, en reglulega berast nýjar fyrirspurnir. Það er því greinilegt að vel er fylgst með því hvort Ísland muni opna bakdyraleið inn í GSM samtökin. Ef Núll-níu verður úthlutað 2 x 0,5 MHz þá leiðir jafnræðisreglan til þess að samþykking verður allar aðrar umsóknir um slíkar úthlutanir. Miðað við þann áboga sem virðist vera fyrir hendi og það tíðnisvið sem er til umræða gæti Ísland orðið skráningarstaður yfir hundrad fyrirtækja sem vildu freista þess að komast inn í GSM samtökin með litlum tilkostnaði. Það þarf ekki að fara mörgum orðum um hvað slík gengisfelling á íslenskum tíðnileyfum myndi hafa í för með sér varðandi traust til íslenskra fjarskiptafyrirtækja og stjórnvalda.*

*Ef úthlutað yrði með þessum hætti myndi tíðnisviðið fljótt ganga til þurrðar. Með því væri útilokað að koma til móts við þarfir aðila sem vildu veita farsímafyrirtækjum raunverulega samkeppni og fyrirtækja sem þyrftu á auknum tíðniheimildum að halda. Þetta gæti leitt til algerrar stöðnunar í farsímaþjónustu á Íslandi.*

*Fyrirtæki sem fengju tíðniheimild með þeim skilmálum sem Núll-níu óskar eftir þyrftu í raun ekki að hafa nokkra starfsemi hér á landi. Engin trygging er fyrir því að þessi fyrirtæki myndu skila einhverjum verðmætum í þjóðarþíð, enda þyrftu þau hvorki að hafa íslenskt starfsfólk á sínum snærum né heldur að vera með skattalega heimilisfesti á Íslandi.*

*Fjöldi tíðniréttihafa sem skráðir væru hér á landi myndi einnig hafa alvarlegar afleiðingar fyrir skipulag símanúmera. Þessi fyrirtæki myndu þurfa á íslenskum símanúmerum og netkóðum að halda. Þetta gæti leitt til skorts á símanúmerum og sérstaklega á netkóðum sem sumir hverjir eru mjög af skornum skammti. Þetta myndi valda fyrirtækjum sem vilja stunda raunverulega starfsemi á Íslandi erfiðleikum og hindra aðgengi þeirra að markaðnum.*



*Auk þeirra raka sem koma fram hér að ofan vísar PFS til rökstuðnings sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun og útrekar kröfu sína um að hin kærða ákvörðun PFS verði staðfest.*

#### 4.0 Niðurstaða.

Kærandi krefst þess í kæru sinni frá 30. september 2004 að úrskurðarnefndin ógildi ákvörðun PFS frá 15. september s.l. og geri PFS að úthluta Nn umbeðinni tíðni. Hann færir einkum þau rök fyrir kæru sinni að í leyfi Nn frá 12. mars 2002 sé m.a. veitt heimild til útgáfu SIM korta sem sé forsenda fyrir starfsemi kæranda. Útgáfa slíkra korta krefjist hins vegar IMSI númeraseríu og kóða sem eru gefin út af Alþjóðasamtökum farsímarekenda (GSM Association). Þau samtök úthluti hins vegar eingöngu slíkum númeraseríum og kóðum til fullgildra meðlima í samtökunum. Til þess að verða fullgildur meðlimur þarf umsækjandi að hafa GSM leyfi frá réttum stjórnvöldum síns heimalands og þarf leyfið að innihalda tíðnisvið. Úthlutun farsímatíðni sé því nauðsynleg til að kærandi geti orðið fullgildur meðlimur í áður nefndum samtökum og gefið út SIM kort í samræmi við leyfi Póst- og fjarskiptastofnunar frá 2002. Vísar kærandi m.a. til meginreglna stjórnisýsluréttarins kröfu sinni til stuðnings.

Úrskurðarnefnd hefur farið ítarlega yfir forsendur PFS fyrir hinni kærðu ákvörðun frá 15. september 2004 sem og greinargerð PFS. Ekkert í umsóknarferlinum frá árinu 2002 né í leyfinu sjálfu frá 12. mars 2002 gefur kæranda tilefni til að ætla að hann fengi úthlutað tíðni þótt síðar yrði. Þvert á móti er skýrlega tekið fram í leyfinu 2. mgr. 2. grein að leyfið feli ekki í sér heimild til tíðninotkunar eða starfrækslu farsímanets.

Lagt var fram í málinu af hálfu PFS rafpóstur frá forsvarsmanni Nn, Lárusi Jónssyni, dags. 10. mars 2002 og hafa ekki verið bornar brigður á tilvist hans né innihald. Í póstinum kemur fram að Lárus hefur lesið yfir væntanlegt leyfi og telur það fullnægjandi. Síðan segir “aðalatriðið er að það sé skilningur beggja að 2. gr. taki yfir allan þann GSM búnað sem nauðsynlegur kann að verða til að reka þjónustuna, meðal annars voicemail, sms o.s.frv. **og það sé fyrst og fremst radió netið (farsímanetið ásamt tíðnisnotkun) sem sé undanskilið**”. Þessi rafpóstur staðfestir skilning kæranda á leyfinu á þeim tíma er til þess var stofnað og hvaða réttindi væru í því fólgin. Ekki eru bornar brigður á það að Alþjóðasamtök farsímarekenda úthluti eingöngu IMSI númeraseríum og kóða til fullgildra meðlima sem hafa GSM leyfi með tíðnisviði frá réttum stjórnvöldum síns heimalands. Í leyfi PFS frá 12. mars 2002 fólst hins vegar engin ábyrgð á því að kærandi fengi inngöngu í alþjóðasamtök né trygging fyrir því að stofnunin myndi breyta leyfinu ef það tækist ekki.

PFS getur skv. 9. gr. laga um fjarskipti takmarkað fjölda úthlutana á réttindum til að nota ákveðnar tíðnir þegar það er nauðsynlegt til að tryggja skilvirka notkun. Þegar fjöldi réttinda er takmarkaður á þennan hátt er stofnuninni skylt að auglýsa eftir umsóknum. Einnig er heimild til útboðs skv. 11. grein. Í greinargerð PFS kemur fram að stofnunin telur ástæðu til að efna til útboðs áður en GSM tíðniréttindum er ráðstafað og ákveða lágmarksútbreiðslusvæði til þess að leyfisveitingin stuðli að samkeppni og komi neytendum að gagni. Ekki hafa verið færð haldbær rök af hálfu kæranda sem hnekkja þessari skoðun PFS.

Að ofangreindu virtu er kröfu kæranda um að ákvörðun PFS frá 15. september 2004 verði ógild og stofnuninni gert að úthluta kæranda umbeðinni tíðni hafnað.

## **5.0 Úrskurðarorð**

Kröfu Núll-nú ehf. þess efnis að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 15. september 2004 verði ógild og stofnuninni verði gert að úthluta fyrirtækinu umbeðinni tíðni er hafnað.

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

Reykjavík, 23. nóvember 2004

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.