

Ár 2001, mánudaginn 16. júlí kom úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman í Kringlunni 7, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 3/2001

Lína.Net hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun.

I

Nefndinni barst kæra frá Lína.Net hf., dags. 9. maí 2001, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 17. apríl 2001, um að Lína.Net hf. hafi ekki formlega heimild til notkunar á tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz. Að félaginu væri þó heimilt að nota umræddar tíðnir, þar til úthlutanir á þeim til almennra fjarskiptaneta á örbylgjusviði að undangenginni auglýsingu, hafa átt sér stað.

II

Af hálfu Lína.Net hf. eru gerðar þessar kröfur:

Aðallega:

Að Póst- og fjarskiptastofnun hafi tekið bindandi ákvörðun um að veita Gagnaveitunni ehf. annars vegar leyfi fyrir rekstri almenns fjarskiptanets á örbylgjusviði og hins vegar um að úthluta til félagsins tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz og verði gert skylt að gefa út leyfisbréf þar að lútandi.

Að Lína.Net hf. teljist formlega réttur handhafi leyfa og úthlutanna Póst- og fjarskiptastofnunar til Gagnaveitunnar ehf. á grundvelli samruna Gagnaveitunnar ehf. við Lína.Net hf.

Til vara:

Að Póst- og fjarskiptastofnun verði gert skylt að úthluta Línu.Net hf. með formlegum hætti leyfi til reksturs almenns fjarskiptanets á örbylgjusviði og tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz, án undangenginnar auglýsingar.

Nefndinni barst greinargerð frá Póst- og fjarskiptastofnun dags. 31. maí 2001. Af hálfu stofnunarinnar eru gerðar þessar kröfur:

Að öllum kröfum Línu.Net hf. verði hafnað og að staðfest verði ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, sem tilkynnt var kæranda með bréfi dags. 17. apríl 2001, þess efnis að kærandi hefði ekki heimild til notkunar á tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz og að óheimilt sé að gefa út tíðniheimild án undangenginnar auglýsingar þegar fjöldi leyfishafa er takmarkaður, sbr. 2. mgr. 10. gr. 1. um fjarskipti nr. 107/1999.

III

Þann 13. júlí 2001 fór fram munnlegur málflutningur í málinu að Kringlunni 7 í Reykjavík. Af hálfu Línu.Net hf. mætti Hróbjartur Jónatansson hrl. en af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar Sigurjón Ingvason lögfræðingur. Gerðu aðilar grein fyrir kröfum sínum og sjónarmiðum auk þess sem þeir svöruðu spurningum nefndarmanna.

Reyndar voru sættir en án árangurs.

Að loknum málflutningi var málið tekið til úrskurðar.

IV

Málavextir eru þessir:

Þann 26. febrúar 1999 sendi Jóhann Sigurþórsson framkvæmdastjóri IceCom ehf. til Póst- og fjarskiptastofnunar beiðni fyrir hönd Háás ehf. um leyfi til reksturs almenns

fjarskiptanets á örbylgjusviði. Þann 15. mars 1999 sendi Póst- og fjarskiptastofnun IceCom ehf. drög að rekstrarleyfi. Í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar sem fylgdi drögnum var óskað eftir athugasemdum ef einhverjar væru, en annars var þar gert ráð fyrir staðfestingu frá IceCom ehf. á staðlað form frá Póst- og fjarskiptastofnun, sem fylgdi bréfinu. Drögin voru samþykkt af hálfu Gagnaveitunnar ehf. með bréfi þann 7. október 1999 en þá hafði orðið nafnabreyting á fyrirtækinu úr Háás ehf. í Gagnaveitan ehf. Var það tilkynnt samhliða.

Í millitíðinni höfðu farið fram viðræður um tíðniúthlutanir til Hááss ehf. Með bréfi dags. 3. mars 1999 óskaði IceCom ehf. fyrir hönd Hááss ehf. eftir leyfi til að starfrækja örbylgjusamband á tíðnisviðinu 3.600-3.700-3.736 GHz. Með bréfi frá Icecom ehf. dags. 29. apríl 1999 var fyrri beiðni um tíðniúthlutun leiðrétt og var nú óskað eftir tíðnisviðinu 3.425-3.450/3.525-3.550 GHz. Í bréfi frá Póst- og fjarskiptastofnun dags. 5. maí var upplýst að ákveðið sé að heimila það tíðnisvið., sennilega til 5 ára eins og það er orðað og jafnframt er gerður fyrirvari um prófun á búnaði.

Með bréfi dags. 10. september 1999 frá IceCom ehf. vegna Hááss ehf. var óskað eftir viðbótar bandvidd, 3.400-3.45/3.500-3.55 GHz. Póst- og fjarskiptastofnun svaraði þessum erindi 24. nóvember 1999, þar sem sagði m.a “ Vísað er í umsókn IceCom ehf., dags. 10.9. 1999, þar sem óskað er eftir því f.h. Hááss ehf. að Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) úthluti 2x25 MHz á 3.4-3.6 GHz tíðnisviðinu fyrir gagnaflutningakerfi á höfuðborgarsvæðinu. PFS úthlutar hér með Háás ehf., kt. 571297-3299, tíðnisviðinu 3.425-3.450 GHz / 3.525-3.550 GHz fyrir ofangreint kerfi. Leyfið gildir til 01.12. 2004....”

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunnar dags. 14. desember 1999 voru Gagnaveitunni ehf. enn send ný drög að rekstrarleyfi og sú skýring gefin að í fylgigögnum um starfssemi Gagnaveitunnar ehf., sem fylgdu samþykkinu frá 7. október 1999, hafi komið fram að fyrirtækið hyggðist nú bjóða upp á talsímabjónustu en það hafi ekki komið fram í umsókninni frá 26. febrúar 1999. Meðfylgjandi drög væru nú í samræmi við þá tegund bjónustu, sem fyrirtækið hyggðist veita. Óskað var eftir álitum Gagnaveitunnar ehf. á drögnum og svars eigi síðar en 24. desember 1999. Gagnaveitan ehf. sendi Póst- og fjarskiptastofnun bréf dags. 17. desember 2000 (en þar átti að standa 17. janúar 2000) (Ath hvort skiptir máli), þar sem drögin frá 14. desember 1999 voru samþykkt.

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunnar dags. 21. janúar 2000 til Gagnaveitunnar ehf. er spurt hvort fyrirtækið hyggðist reka í eigin nafni þá starfssemi, sem sótt hafi verið um leyfi fyrir en tilefni þessarar fyrirspurnar væri frétt um kaup Íslandssíma hf. á Gagnaveitunni ehf. Þar sagði einnig að ef engin breyting væri fyrirhuguð yrði rekstrarleyfi til Gagnaveitunnar ehf. gefið út þegar svar hefði borist. Þá voru send ný drög, efnislega samhljóða drögunum frá 14. desember 1999, nema að lagatiltvunum var breytt með tilkomu nýrra fjarskiptalaga. Þá var einnig tekið fram í bréfinu að leyfið yrði gefið út til bráðabirgða vegna endurskoðunar og samræmingar á öllum rekstrarleyfum með hliðsjón af nýrri löggjöf.

Þann 15. febrúar 2000 ítrekaði Póst- og fjarskiptastofnun bréf sitt frá 21. janúar, þar sem tekið var fram að hefði svar ekki borist fyrir 25. febrúar 2000 yrði litið svo á að Gagnaveitan ehf. hefði fallið frá umsókninni. Þann 26. apríl 2000 ítrekaði Póst- og fjarskiptastofnun fyrri bréf og óskaði jafnframt eftir svari fyrir 5. maí 2000. Þann 16. maí 2000 sendi Gagnaveitan ehf. Póst- og fjarskiptastofnum svarbréf, þar sem upplýst var að Lína.Net hf. myndi reka þá starfssemi, sem hefði verið í höndum Gagnaveitunnar ehf. Jafnframt var óskað eftir leyfi til að nota tíðnir Gagnaveitunnar ehf. og spurt hvernig staðið skyldi að umsókn á þeim. Póst- og fjarskiptastofnun svaraði bréfi þessu þann 17. maí 2000, þar sem upplýst var að ekki væri gert ráð fyrir neinu sérstöku formi í þessum efnum og jafnframt tekið fram að Gagnaveitan ehf. yrði að afsala sér skriflega þeim leyfum, sem úthlutað var til Hááss ehf. á sínum tíma.

Þann 23. maí 2000 upplýsti Póst- og fjarskiptastofnun Gagnaveituna ehf. í bréfi um þær tíðnir, sem úthlutað hafði verið til Hááss ehf. (fastasambönd) og einnig þær tíðnir sem Póst- og fjarskiptastofnun úthlutaði þann 24.11. 1999 til bráðabirgða.

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunnar til Línu.Net hf. þann 8. febrúar 2001 vegna kaupa fyrirtækisins á Gagnaveitunni ehf. var ítrekað það sjónarmið stofnunarinnar að Gagnaveitan ehf. væri ekki með rekstrarleyfi þrátt fyrir að fyrirtækið hefði byrjað rekstur fjarskiptanets. Að Póst- og fjarskiptastofnun væri meðvituð um að netið hefðu verið starfrækt á tíðnisviðinu 3.425-3.450/3.525-3.550 GHz enda þótt hvorki Gagnaveitunni ehf. né Línu.Net hf. hefði verið úthlutað tíðnum til notkunar í rekstri almenna örbylgjukerfisins. Þar sem tíðnisvið væru takmörkuð hefði stofnunin komist að þeirri niðurstöðu að henni væri skylt að auglýsa eftir umsóknum um þau.

Með bréfi Hróbjartar Jónatanssonar hrl., dags. 27. febrúar 2001, var framangreindum skilningi Póst- og fjarskiptastofnunnar á rekstrarleyfi og rétti til tíðnisviða mótmælt og því

einnig að tíðnisviðin yrðu auglýst með endurúthlutun í huga, þannig að í bága færi við hagsmuni umbj. hans.

Þann 12. júní 2001 auglýsti Póst- og fjarskiptastofnun eftir umsóknum um leyfi til reksturs þráðlausra notendakerfa á örbylgju á tíðnisviði 3.4-3.6 GHz og 10.15-10.3 GHz.

V

Málsástæður og lagarök aðila:

Lína.Net hf. byggir kröfur sínar á eftirfarandi málsástæðum og lagarökum:

Við samruna Gagnaveitunnar ehf. við Línu.Net hf. þann 17. apríl 2001 hafi öll réttindi Gagnaveitunnar ehf., þ.m.t. fjarskiptaleyfi og tíðniúthlutanir frá PFS til Gagnaveitunnar ehf., runnið til Línu.Net hf, sbr. 102. gr. 1. nr. 138/1994.

Því er sérstaklega mótmælt að 2. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga komi í veg fyrir þetta, þar sem samruni sé ekki framsal í skilningi laganna.

Að stjórnvaldsákvörðun, sem hafi verið birt aðila, verði þar með bindandi fyrir stjórnvald, sbr. 20. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Með samþykki Gagnaveitunnar ehf. á drögnum frá 15. mars 1999 hafi komist á leyfissamningur á milli Póst- og fjarskiptastofnunar og Gagnaveitunnar ehf, sem Póst- og fjarskiptastofnun hafi verið óheimilt að afturkalla eða breyta.

Að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar um að veita ekki leyfið heldur senda ný drög til samþykktar hafi verið ólögmat af ýmsum ástæðum. Póst- og fjarskiptastofnun hafi verið óheimilt að gera kynningargögn um Gagnaveituna ehf. að grundvelli fyrir afturköllun eða breytingu á fyrri ákvörðun sinni. Í kynningarriti Gagnaveitunnar ehf. hafi komið fram “tal yfir tölvunet” en með slíkri þjónustu væri ekki um að ræða talsímabjónustu fyrir almenning heldur lokað tölvunet.

Samkvæmt grunnreglu um meðalhóf hafi Póst- og fjarskiptastofnun borið að afgreiða umsóknina og jafnframt vekja á því athygli, ef stofnunin taldi umsóknina ekki vera í

samræmi við rekstraráætlanir fyrirtækisins. Drögin frá 14. desember hafi því verið viðbótarleyfi að því leyti sem skilmálarnir þeirra hafi verið rýmri en í upphaflega leyfinu.

Að ágreiningur um tíðniúthlutun snúist eingöngu um hvort að úthlutun á tíðnisviðinu 3.4-3.6 GHz hafi verið til bráðabirgða eða tímabundin til 1. desember 2004. Ótvírætt sé að með tölvuskeyti Póst- og fjarskiptastofnunar til Gagnaveitunnar ehf. frá 24. nóvember 1999 hafi komist á bindandi stjórnvaldsákvörðun. Tíðnisviðið hafi verið skýrt og enginn fyrirvari gerður af hálfu Póst- og fjarskiptastofnuna um úthlutunina. Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar um úthlutun á tíðnum til bráðabirgða, þar sem rekstrarleyfi hafi ekki verið fyrir hendi, eftir að skilyrðislaus úthlutun hafði átt sér stað standist ekki, sbr. t.d. 20. gr. stjórnssýslulaga og gagnályktun frá 45. gr. 3. mgr. fjarskiptalaga.

Að engin efnisleg rök séu fyrir því hjá Póst- og fjarskiptastofnun að ákvarða takmörkun á umræddu tíðnisviði skv. 10. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 og auglýsa þar með eftir umsóknum. Til þess að svo megi vera þurfi það að vera nauðsynlegt og jafnframt áður birt með forsendum. Svo hafi ekki verið gert. Línu.Net hf. sé ekki kunnugt um að aðrir séu með fjarskiptastarfssemi á téðu tíðnisviði. Í dag sé aðeins u.þ.b. einnfjórði hluti þess notaður.

Málsástæður og lagarök Póst- og fjarskiptastofnunar:

Að tíðniheimild skuli vera bundin við nafn og framsal óheimilt, sbr. skýrt orðalag 2. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Eigi það einnig við þegar um samruna sé að ræða. Helstu ástæður fyrir setningu lagaákvæðisins væru þessar: Að markmið fjarskiptalaga sé m.a. að stuðla að samkeppni. Framsalsbann komi í veg fyrir að fjarskiptafyrirtæki kaupí upp tíðniheimildir af hugsanlegum keppinautum. Að baki því sé sú ætlan löggjafans að koma í veg fyrir að tíðniheimildir verði að söluvöru. Í mörgum tilvikum sé tíðnunum úthlutað að undangenginni auglýsingu, þar sem fyrirtæki séu þá valin á grundvelli ýmissa fyrirfram gefinna atriða, s.s. reynslu, tæknilegrar getu, kunnáttu starfsmanna, fjárhagsstöðu og fl. Þessar forsendu væru brostnar ef tíðniheimild væri framseld til annars fyrirtækis. Rekstrarleyfi sé því ávallt bundið því skilyrði að það tilheyri þeim sem fær því úthlutað og framsal því óheimilt skv. skýru orðalagi ákvæðisins.

Heimild til að gefa leyfi liggi hjá Póst- og fjarskiptastofnun og að aðili sem fengið hafi leyfi öðlist ekki þar með leyfi til að veita einhverjum öðrum aðila leyfið.

Að það sé ljóst skv. ákvæðum fjarskiptalaga að útgáfa rekstrarleyfis sé formbundin. Öll samskipti Póst- og fjarskiptastofnunar við Háás ehf./Gagnaveituna ehf. hafi aðeins verið nauðsynlegar undirbúningsaðgerðir fyrir útgáfu leyfisbréfs en málið hafi aldrei komist á það stig að hægt væri að gefa út leyfi.

Svar Línu.Net hf.við drögunum 15. mars 1999 hafi borist sjö mánuðum eftir að þau hafi verið send. Tilboðsgjafi megi ætla að svar berist innan þess tíma sem gera megi ráð fyrir að móttakandi þurfi til að svara. Því hafi svarið borist of seint. Einnig hafi fylgt svari Línu.Net hf. upplýsingar um talsímaþjónustu sem gert hafi það að verkum að forsendur brustu fyrir útgáfu leyfisins í óbreyttri mynd, þar sem ekki hafi verið gert ráð fyrir slíkri þjónustu í upphaflegu umsókninni

Þá hafi verið um að ræða “drög” sem telja verði sömu merkingar og “án skuldbindingar” og því beri að líta á þau sem uppkast en ekki tilboð. Með því að senda drögin til Línu.Net hf. hafi Póst- og fjarskiptastofnun verið að gefa fyrirtækinu kost á að gæta andmælaréttar síns, sbr. 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Póst- og fjarskiptastofnun vísar því alfarið á bug að um brot á meðalhófsreglunni hafi verið að ræða, þegar stofnunin kaus að endurskoða drög að rekstrarleyfi í ljósi nýrra upplýsinga. Það hefði verið ótrúlegur öfugsnúningur að gefa út leyfi, sem vitað var að náði ekki yfir starfssemi umsækjanda og gera síðan athugasemdir og leiðréttingar eftir á. Markmiðið hafi verið að gefa út leyfi sem hæfði þeirri starfssemi, sem umsækjandi ætlaði að reka. Í meðalhófsreglunni felist að efni ákvörðunar sé til þess fallið að ná því markmiði sem stefnt sé að.

Þá hafi Póst- og fjarskiptastofnun borið að fara eftir rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga og sjá þannig til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun sé tekin. Það hafi því beinlínis verið skylda stofnunarinnar að óska eftir skýringum og endurskoða grundvöll málsins áður en endanleg ákvörðun hafi verið tekin.

Jafnframt að drög þau, sem send voru til Gagnaveitunnar ehf. 14. desember hafi ekki verið samþykkt fyrir en frestur var liðinn. Þegar svar sækjanda hefði fyrst borist höfðu ný fjarskiptalög tekið gildi og leyfið því verið markleysa ef það hefði verið gefið út með tilvísun til laga sem voru ekki lengur í gildi.

Áskilnaður Póst- og fjarskiptastofnunar um bráðabirgðaleyfi, sbr. leyfisdrög frá 21. janúar 2000, hafi verið fyrirvari af hálfu stofnunarinnar til þess að tryggja heimild til að samræma leyfisskilmála umsækjanda við skilmála annarra, sem taka átti til endurskoðunnar. Aldrei hafi annað staðið til en að umsækjandi fengi leyfi til sama tíma og gert var ráð fyrir í upphaflegu drögnum.

Póst- og fjarskiptastofnun beri að fylgjast með samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Eitt af þeim atriðum sem líta þurfi til í því sambandi sé eignatengsl á milli fyrirtækja. Samkvæmt 9. gr. fjarskiptalaga geti Póst- og fjarskiptastofnun krafist þess af umsækjanda um rekstrarleyfi að hann leggi fram fullnægjandi upplýsingar um eignaraðild, fjárhagsstöðu, starfssemi og aðrar upplýsingar sem nauðsynlegar séu til þess að leggja mat á umsókn. Þessa heimild hafi Póst- og fjarskiptastofnun nýtt sér, þegar óskað var eftir upplýsingum um eignaraðild og ekkert sé athugavert við það.

Það sé það alger forsenda fyrir starfrækslu þráðlauss fjarskiptanets að stofnuninni sé kunnugt um hver beri ábyrgð á rekstri nets.

Aldrei hafi borist svar við leyfisdrögum frá 21. janúar 2000. Eftir margítrekaðar fyrirspurnir um eignaraðild hafi fyrst fengist svar frá Línu.Net hf þann 16. maí 2000 um að starfssemi Gagnaveitunnar ehf. yrði yfirtekin af fyrirtækinu. Þetta verði ekki skilið öðruvísi en að ekki hefði verið óskað eftir útgáfu leyfis í nafni Gagnaveitunnar ehf.

Aldrei hafi komið neinar athugasemdir um málsmeðferðarhraðann enda tafir á afgreiðslu málsins að mestu umsækjanda um að kenna. Ef vilji þeirra hefði verið að fá leyfið útgefið þegar í stað hefðu þeir þurft að lýsa þeirri afstöðu sinni og krefjast útgáfu leyfisins, jafnframt því að greiða leyfisgjöld. Tómlæti og að fallið hefði verið frá umsókn, sbr. bréf Gagnaveitunnar ehf. dags. 16. maí 2000, geri það að verkum að umsækjandi eigi enga kröfu á Póst- og fjarskiptastofnun um útgáfu fjarskiptaleyfis.

Þá hafi Gagnaveitunni ehf. aldrei verið úthlutað umbeðnum tíðnum en slík úthlutun sé formbundin. Samskipti Harðar R. Harðarsonar starfsmanns Póst- og fjarskiptastofnunar og Jóhanns Sigþórssonar starfsmanns IceCom ehf. hafi miðað að því að finna heppilegusta tíðnisviðið til notkunar í örbylgjukerfinu, kæmi til úthlutunar. Bréf Harðar frá 5. maí 1999 verði ekki skilið sem úthlutun á tíðniheimild enda segi þar ekkert um hverjum eigi að úthluta, hvenær, til hvaða tíma eða með hvaða skilyrðum. Tölvupósti Harðar til Jóhanns frá 24. nóvember 1999 hafi einungis verið ætlað að upplýsa fulltrúa umsækjanda um að málið væri tilbúið til afgreiðslu af hálfu tæknideildar Póst- og fjarskiptastofnunar þegar umsækjandi fullnægði því skilyrði að hafa gilt rekstrarleyfi.

Umsækjanda hefði ekki getað dulist að forsenda fyrir tíðnúthlutun væri að hann fengi fyrst útgefið rekstrarleyfi. Hann hafi því aldrei mátt ætla að vinnuþlög með uppkasti að tíðniúthlutun hefðu bindandi áhrif.

Því hafi aldrei verið gefin út tíðniheimild til umsækjanda, hvorki til bráðabirgða né tímabundið, en hins vegar hafi stofnunin látið óátalið að Gagnaveitan ehf. og síðan Lína.Net hf. notuðu tíðnirnar, þar til endanleg niðurstaða fengist um leyfisveitingar og tíðniheimild.

Þá sé það staðreynd að tíðnisvið það sem um ræðir, 3.4-3.6 MHz, sé takmarkað. Það tíðnisvið, sem nú sé notað af Línu.Net hf. sé fjórðungur þessa sviðs. Það þýði að einungis fjórir rekstraraðilar komist þar fyrir og jafnvel færri. Því blasi við að fjöldi rekstrarleyfishafa sé takmarkaður og því skylt að auglýsa eftir umsóknum skv. 10. gr. fjarskiptalaga. Póst- og fjarskiptastofnun beri að stuðla að aukinni samkeppni og því æskilegt að fleirum sé gefinn kostur á að koma inn á markaðinn. Því hafi verið tekin ákvörðun um að nauðsynlegt væri að auglýsa eftir umsóknum og að Póst- og fjarskiptastofnun væri ekki skylt að verða við umsóknum meðan á vinnu við undirbúning auglýsingar stæði.

VI

Niðurstaða:

Í máli þessu snýst ágreiningurinn um það, hvort Háás ehf./Gagnaveitan ehf. hafi fengið úthlutað frá Póst- og fjarskiptastofnun leyfi til reksturs almenns fjarskiptanets á örbylgjusviði og jafnframt tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz.

Einnig hvort fyrirtækið Lína.Net hf. hafi orðið réttthafi ofangreindra leyfa við samruna Gagnaveitunnar ehf. við Línu.Net hf. þann 17. apríl 2001.

Eins og að framan getur sendi Háás ehf. þann 26. febrúar 1999 Póst- og fjarskiptastofnun umsókn um rekstrarleyfi til starfrækslu á almennu fjarskiptaneti. Því svaraði Póst- og fjarskiptastofnun með því að senda fyrirtækinu bréf dags. 15. mars 1999 ásamt drögum að rekstrarleyfi, þar sem gert var ráð fyrir að Háás ehf. væri veitt umbeðið leyfi og var

jafnframt óskað eftir staðfestingu fyrirtækisins á þeim. Þessi drög samþykkti Gagnaveitan ehf. 7. október 1999 en nafnabreyting hafði orðið á fyrirtækinu Háás ehf. í Gagnaveitan ehf. í millitíðinni. Verður ekki séð að Póst- og fjarskiptastofnun hafi gert athugasemdir við það. Póst- og fjarskiptastofnun sendi síðan önnur drög til Gagnaveitunnar ehf. þann 14. desember 1999, þar sem gert var ráð fyrir að fyrirtækið fengi rekstrarleyfi til starfrækslu á almennu fjarskiptaneti og var þá talþjónustu bætt við fyrri drög en að öðru leyti voru þau óbreytt. Beðið var álits á drögnum og svars jafnframt óskað fyrir 24. desember 1999. Gagnaveitan ehf. samþykkti drögin þann 17. janúar 2000 í bréfi til Póst- og fjarskiptastofnunar.

Viðbrögð Póst- og fjarskiptastofnunar við leyfisbeiðninni frá 26. febrúar 1999 og önnur samskipti á milli aðila tengd henni, sbr. t.d. bréf um tíðniúthlutanir 5. maí 1999 og 24. nóvember s.á., verða ekki skilin á annan veg en að með samþykki á drögnum yrði samhljóða rekstrarleyfi formlega gefið út til umsækjanda í kjölfarið. Póst- og fjarskiptastofnun hefði borið að upplýsa umsækjanda skilmerkilega og tafarlaust um annað, hafi samþykki ekki átt að hafa þá réttarverkun, en upplýst er að umrætt tíðnisvið var notað af Gagnaveitunni ehf. með vitund Póst- og fjarskiptastofnunar.

Það er mat nefndarinnar að með samþykki Gagnaveitunnar ehf. á drögum þeim um fjarskiptaleyfi, sem Póst- og fjarskiptastofnun sendi fyrst Háás ehf. og síðan Gagnaveitunni ehf. og samþykkt voru af Gagnaveitunni ehf. þann 7. október 1999 og 17. janúar 2000, hafi Póst- og fjarskiptastofnun orðið skylt að veita Gagnaveitunni ehf. leyfi til almenns fjarskiptasnets á örbylgjusviði. Á þar engu að breyta, þótt eigendaskipti hafi orðið á hlutabréfum í fyrirtækinu í millitíðinni. Meintur dráttur á því að samþykkja drögin getur að mati nefndarinnar ekki leitt til þess að allur réttur sem þau ætla umsækjanda falli niður. Af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar voru slík réttaráhrif ekki gefin tvímælalaust til kynna.

Með vísan til ofangreindra samskipta á milli aðila og bréfaskrifta um tíðniúthlutanir telur nefndin einnig að í bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar frá 24. nóvember 1999, þar sem sagði að Háás ehf væri úthlutað tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz, hafi falist leyfisveiting á því tíðnisviði til fyrirtækisins.

Með vísan til þessa telur nefndin að Gagnaveitan ehf. hafi fengið rétt til úthlutunar á leyfi fyrir rekstri almenns fjarskiptanets á örbylgjusviði. Jafnframt að fyrirtækið hafi orðið rétthafi að tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz.

Af hálfu Línu.Nets hf. er gerð sú krafa að fyrirtækið hafi orðið réttur handhafi ofangreindra leyfisveitinga á grundvelli samruna Gagnaveitunnar ehf. við Línu.Net hf.

Í 2. mgr. 45. gr. 1. nr. 107/1999 um fjarskipti segir að heimild til tíðninotkunar skuli bundin við nafn og framsal sé óheimilt. Í 21. gr. draga að rekstrarleyfi er tekið fram að leyfið sé ekki framseljanlegt, hvorki að hluta né í heild.

Hér kemur því það álitamál til skoðunar hvort að réttur, sem annars er óframseljanlegur og bundinn við nafn, geti gengið á milli lögpersóna við samruna.

Póst- og fjarskiptastofnun hefur að lögum allan ákvörðunarrétt um veitingu rekstrarleyfa og úthlutun tíðniheimilda. Eðli málsins samkvæmt hljóta slíkar ákvarðanir að vera teknar miðað við forsendur, sem tengjast leyfisbeiðanda einum. Því er lagt bann við framsali slíkra réttinda enda væri forræði stofnunarinnar í þessum málun verulega skert ef þau gætu gengið á milli lögpersóna við samruna.

Í 1. mgr. 102. gr. 1. nr. 138/1994 um einkahlutafélög segir m.a. að við samruna teljist yfirteknu félagi slitið og að skyldur þess og réttindi renni í heild sinni til yfirtökufélags. Enda þótt yfirfærsla réttinda við samruna félaga teljist ekki framsal í eiginlegum skilningi er þó engu að síður um að ræða tilfærslu réttinda, sem jafna má við framsal, þ.e. framsalsígildi. Nefndin telur að túlka verði 102. gr. 1. um einkahlutafélög með þeim takmörkunum sem fram koma í 2. mgr. 45. gr. 1. nr. 107/1999 og 21. gr. skilmála að rekstrarleyfi. Gagnvart því máli sem hér er til umfjöllunar er um að ræða réttindi, sem eru bundin við lögpersónu og mega því ekki yfirfærast á annan lögaðila hvorki með framsali eða á annan hátt.

Því er það niðurstaða nefndarinnar að rekstrarleyfi Gagnaveitunnar ehf. og tíðniheimildir hafi ekki verið yfirteknar af Línu.Net hf. við samrunann.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 17. apríl 2001 um að Gagnaveitan ehf. hafi ekki fengið leyfi til reksturs almenns fjarskiptanets á örbylgjusviði né verið úthlutað tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz er felld úr gildi.

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar um að Lína.Net hf. hafi ekki formlega heimild til notkunar á tíðnisviðinu 3.425-3.450 / 3.525-3.550 GHz er staðfest.

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

Í úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Ólafur Axelsson hrl., formaður,

Heimir Haraldsson framkvæmdatjóri,

Guðjón Kárason vekfræðingur.