

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 17. júlí 2006 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 8/2006.

**Síminn hf.**

**gegn**

**Póst- og fjarskiptastofnun**

**og**

**Orkuveitu Reykjavíkur**

Nefndina skipa: Ólafur Garðarsson hrl. formaður og meðnefndarmennirnir Heimir Haraldsson endurskoðandi og Guðjón Kárason verkfræðingur. Aðstoðarmaður nefndarinnar í þessu máli er Garðar Steinn Ólafsson laganemi.

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf., þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 19. apríl 2006, en með henni hafnaði PFS því að Síminn hf. teldist aðili að máli PFS gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur (OR).

Um kærueimild vísast til 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun og reglugerð nr. 378/1999 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Kröfugerð kæranda er að nefndin felli úr gildi hina kærða ákvörðun og mæli fyrir að Síminn hf. teljist aðila að máli PFS gagnvart OR (mál nr. 2003030060) sem lýtur að fjárhagslegum aðskilnaði milli fjarskiptastarfsemi OR og hinnar vernduðu starfsemi félagsins.

Af hálfu PFS er þess krafist að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 19. apríl 2006.

Orkuveita Reykjavíkur krefst þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun PFS verði lätin standa óhöggð.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttað þannig að Síminn hf. verði sóknaraðili en PFS og Orkuveita Reykjavíkur varnaraðilar.

Þann 29. september s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd Símans hf. Hallmundur Albertsson hdl., fyrir hönd PFS Björn Geirsson lögfræðingur og fyrir hönd OR þeir Hjörleifur B. Kvaran hrl. og Arnaldur Hjartarsson laganemi. Gerðu aðilar þar grein fyrir málatilbúnaði sínum og kröfum, fengu tækifæri til þess að koma á framfæri sínum sjónarmiðum varðandi málflutning gagnaðila og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að því loknu var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

## 1.0 Málavextir.

Með þeim lagabreytingum sem urðu þegar núgildandi fjarskiptalög nr. 81/2003 leystu af hólmi eldri lög nr. 107/1999 kom inn 36. gr. sem hefur að geyma ákvæði um skyldu fyrirtækja sem reka almenn fjarskiptanet og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði að halda fjarskiptastarfsemi sinni aðskyldri frá annari starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Samkvæmt 2. mgr. 2.gr. laga nr. 81/2003 hefur PFS eftirlit með framkvæmd þessari.

Síminn hf. sendi PFS bréf þann 15. mars 2003 þar sem óskað var eftir því að stofnunin afhenti félaginu öll bréfaskipti sín við OR og Fjarska ehf. sem vörðuðu slíkan aðskilnað. Einnig var óskað svara við því hvernig stofnunin teldi sig hafa tryggt eða hygðist tryggja að fjarskiptarekstur fyrirtækjanna væri ekki niðurgreiddur af sérleyfisskyldri starfssemi.

PFS hafði í desember 2002 fengið stutta greinargerð frá OR um tilhögun aðskilnaðar. Mat stofnunarinnar var að þessi greinargerð teldist ekki tæmandi og því sendi PFS OR bréf þann 26. mars 2003 þar sem óskað var tiltekinna upplýsinga á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga. Þann 15. september 2003 sendi Síminn hf. PFS síðan bréf þar sem óskað var eftir gögnum málsins gagnvart OR og Fjarska ehf. PFS veitti upplýsingar á grundvelli upplýsingalaga nr. 50/1996 en tók fram að þær upplýsingar sem ekki yrðu veittar væru þær sem samkvæmt 5. gr. sömu laga væri eðlilegt að leynt færi.

Þann 20. janúar 2005 sendi Síminn hf. annað bréf þar sem óskað var eftir öllum gögnum á grundvelli þess að félagið ætti lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Einnig var þess óskað að hraðað væri úrlausn málsins og Símanum hf. tilkynnt um ástæðu tafa. Annað bréf þar sem óskað var skýringa á töfum í málinu og upplýsinga um hvenær vænta mætti niðurstöðu í því fylgdi svo á eftir þann 23. júní 2005.

PFS svaraði bréfunum þann 11. júlí 2005 og taldi Símann hf. ekki eiga kröfu um svör við þessum fyrirspurnum þar sem þeir væru að mati PFS ekki aðili að málinu. Þann 13. janúar 2006 sendi Síminn hf. erindi þar sem rökstudd var krafa þeirra um aðild í málinu og farið var fram á það að ef ætlun PFS væri að halda sig við þá afstöðu tæki stofnunin rökstudda ákvörðun sem kæránleg væri til úrskurðarnefndar í þessu máli. PFS veitti OR tækifæri til þess að koma að sjónarmiðum sínum og tók að því loknu ákvörðun þann 19. apríl 2006 þar sem hafnað var þeirri kröfu Símans hf. að teljast aðili að máli stofnunarinnar gagnvart OR.

Síminn hf. kærði ákvörðun PFS með kæru þann 16. maí 2006. Sú kæra er hér til umfjöllunar.

## 2.0 Málsástæður kæranda.

Síminn hf. rekur málsástæður sínar í stjórnslukæru dagsettri þann 16. maí s.l. Fara hér á eftir þeir kaflar úr erindinu sem eiga við:

### ***Málsástæður og önnur atvik máls***

*Helstu málavextir eru þeir að með fjarskiptalögum nr. 81/2003 var lögfest eftirfarandi ákvæði í 36. gr.:*

„Aðskilnaður sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi.

Fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skulu halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Ákvæði þetta gildir án tillits til markaðsstyrks fyrirtækis.”

*Sá munur sem er á þessu ákvæði og ákvæði því sem var í fjarskiptalögum nr. 107/1999 sem voru leyst að hólmi með gildandi fjarskiptalöggjöf, að í þeim eldri var aðeins um heimild PFS til að skilja á milli fjarskiptastarfsemi og verndaðrar starfsemi en skv. hinu tilvitnaða ákvæði er um skilyrðislausu skyldu að ræða hjá viðkomandi fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæðu.*

*Frá 25. júlí 2003, er gildandi fjarskiptalög tóku gildi, hefur OR því verið skylt að skilja með fjárhagslegum aðskilnaði á milli fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins og þeirrar starfsemi sem nýtur einka- eða sérréttinda, eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. OR hefur ekki ennþá sinnt hinni ótvíræðu lagaskyldu. Þá hefur PFS, þrátt fyrir að tæp þrjú ár séu liðin frá lögfestingu 36. gr. fjarskiptalaga, ekki sinnt eftirlitshlutverki sínu.*

*Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun hefur Síminn frá því í mars 2003 reynt að knýja á um að skilið væri fjárhagslega á milli fjarskiptastarfsemi OR og starfsemi sem nýtur einka- eða sérréttinda, sbr. síðar.*

*Í skýringum í greinargerð með 36. gr. fjarskiptalaga segir m.a. um hugsunina að baki ákvæðinu:*

*„Fjarskiptafyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda á öðrum sviðum en fjarskiptum skulu halda fjarskiptastarfsemi sinni aðskilinni frá annarri starfsemi svo að útiloka megi að tekjur af starfsemi sem nýtur einkaréttar eða verndar verði notaðar til að styrkja fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins og rýra með því samkeppnisaðstöðu annarra fyrirtækja. Gæta skal þess sérstaklega að fjarskiptarekstur í samkeppni verði ekki niðurgreiddur af tekjum af starfsemi sem vernduð er af einkaleyfi eða á annan hátt.”*

*Lögfesting ákvæðisins þjónar þeim tilgangi að koma í veg fyrir þá hættu sem það skapar þegar fyrirtæki sem eru í einokunarstöðu vegna sérréttinda fara út í samkeppnisrekstur.*

*Óumdeilt er að OR nýtur þeirra sérréttinda, að vera aðalsölufyrirtæki á höfuðborgarsvæðinu á sviði hita- og vatnsveitu- og raforku.*

*Ljóst er að hagsmunir Símans af niðurstöðu málsins eru verulegir. Á meðan Síminn þarf að taka fjárfestingarákvarðanir sem einkafjárfestir og gera eðlilega ávöxtunarkröfu á allar sínar fjárfestingar er getur OR notað tekjur sem verða til í hinni vernduðu starfsemi til að fjárfesta í fjarskiptarekstri. Þessi staða er óásættanleg og til þess fallin að valda verulegri röskun á samkeppni, Símanum í óhag. Eins og fram hefur komið er um gífurlega fjármuni að ræða í tilviki Símans. Eins og fram*

hefur komið í fréttum er fjarskiptakerfi Símans sem um ræðir metið á yfir 20 milljarða króna. Fáir OR að halda því áfram sem gert hefur verið hingað til að fjármagna uppbyggingu fjarskiptaneta með tekjum af verndaðri starfsemi er ljóst að afskrifa þarf þá fjárfestingu mun hraðar en ella auk þess sem öll nýffjárfesting verður mun áhættusamari.

Bréfaskipti Símans og PFS eru rakin að mestu í ákvörðun PFS og vísar Síminn um nánari lýsingu á málavöxtum til fyrri bréfa sem stafa frá Símanum og fylgja með kæru þessari.

PFS tók ákvörðun í málinu hinn 19. apríl sl. þar sem stofnunin kemst að þeirri niðurstöðu að Síminn sé ekki aðili að máli nr. 2003030060. Sú ákvörðun er kærð til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 tekur á því álitaefni sem hér er til umfjöllunar og telur Síminn að lestur þess dóms einn og sér ætti að duga til þess að til þess að Símanum yrði veitt aðilastaða í málinu án frekari rökstuðnings.

PFS telur tilvitnaðan dóm Hæstaréttar ekki hafa fordæmisgildi í máli þessu. Síminn fellst ekki á þá afstöðu.

Í fyrsta lagi telur stofnunin, í 3. tl. IV. kafla, að ef OR uppfylli ekki áskilnað 36. gr. fjarskiptalaga um fjárhagslegan aðskilnað milli fjarskiptastarfsemi og annarrar starfsemi raskaði það samkeppni á fjarskiptamarkaði almennt. Væri því um að ræða ólöglegt ástand sem hefði ekki eingöngu áhrif á hagsmuni Símans heldur einnig hagsmuni annarra fjarskiptafyrirtækja. Á þetta verður ekki fallist.

Sá fjarskiptamarkaður sem OR starfar á er uppbygging og rekstur fjarskiptaneta, sérstaklega ljósleiðaraneta á Íslandi. Síminn og OR eru einu fyrirtækin sem starfa á þeim markaði. Ekki er því um að ræða almenna samkeppnishagsmuni eins og haldið er fram í ákvörðun PFS, heldur sértæka hagsmuni Símans.

Í grein dr. juris Páls Hreinssonar, prófessors, „Aðili stjórnslumáls”, á bls. 398-399 í 3. hefti Tímarits lögfræðinga, 55. árgangur, 2005, segir í umfjöllun um dóm Hæstaréttar í tilvísuðu máli nr. 83/2003, að ætla verði að miklu hafi ráðið um niðurstöðuna í málinu að á sumum mörkuðum kepptu einungis þessi tvö skipafélög. Því hlytu meint brot Eimskipafélagsins hf. að hafa sérstök, bein og veruleg áhrif á lögvarða hagsmuni Samskipa hf. Er því vandséð hvernig PFS hefur dregið þá ályktun að dómurinn hafi enga þýðingu í málinu. Þvert á móti er um eðlislik tilvik að ræða. Í máli Símans og OR eru félögin þau einu sem reka fjarskiptanet að einhverju marki hér á landi. Meint brot Eimskipafélagsins hf. var brot á markaðsráðandi stöðu félagsins á tvíkeppnismarkaði. Meint brot OR, sem 36. gr. fjarskiptalaga er ætlað að koma í veg fyrir, ganga hins vegar lengra og felast í því að einokunarstaða er notuð til að fjármagna samkeppnisrekstur, en í því getur falist alvarlegt brot á markaðsráðandi stöðu. Verður því að telja mjög ríkar ástæður til að Síminn hafi aðilastöðu í því máli sem hér er til umfjöllunar.

Í annan stað leggur PFS höfuðáherslu á það í 4. tl. IV. kafla ákvörðunar að Samskip hf. hafi verið málshefjandi í því máli sem var til umfjöllunar en PFS hafi átt frumkvæði í málinu gagnvart OR. Á þetta verður heldur ekki fallist. Af dómi

*Hæstaréttar verður ekki dregin sú ályktun, að þetta atriði hafi átt að ráða úrslitum um aðilastöðu.*

*Eftirfarandi úr Hæstaréttardómi nr. 83/2003 er fróðlegt í þessu samhengi:*

*„Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem hér er fjallað um, gefa lögskýringargögn til kynna að aðildarhugtak í stjórnsýslumálum beri að skýra rúmt, þannig að ekki sé einungis átt við þá, sem eiga beina aðild að máli heldur einnig þá sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta. Ekki er til einhlítur mælikvarði í þessum efnum og líta ber til hvers tilviks fyrir sig. Almenn er sá talinn eiga aðild að máli, sem á einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta.”*

*Samkvæmt þessu er það ekki nauðsynlegt skilyrði aðildar að félag eða fyrirtæki sé málshefjandi. Hæstiréttur tekur skýrt fram að aðildarhugtak í stjórnsýslumálum beri að skýra rúmt og einstaklegir, beinir og lögvarðir hagsmunir leiða almennt til aðilastöðu. Því snýst matið fyrst og fremst um það hvort um slíka hagsmuni sé að ræða en ekki hitt hver á frumkvæði að máli. Við mat á því hvort um aðild sé að ræða eða ekki ber að beita rúmri skýringu á aðildarhugtakinu.*

*Síminn vill hins vegar vekja sérstaka athygli á því að Síminn hefur ítrekað krafist þess að efnt yrði til rannsóknar á því hvort OR bryti gegn áðurgreindum ákvæðum fjarskiptalaga, sbr. t.d. bréf dags. 20. janúar 2005, þar sem Síminn vakti sérstaka athygli á því að félagið hefði lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins. Þá var jafnframt tiltekið að meint brot OR raskaði samkeppni á fjarskiptamarkaði, en við það gæti Síminn ekki unað. Með sama hætti vísaði Síminn til þess í bréfi sínu 23. júní 2005, að félagið hefði afdráttarlausu hagsmuni af því að máli þessu yrði hraðað og vísað til ákvæða stjórnsýslulaga í því sambandi. Af þessu má ráða, að atvik eru að þessu leyti sambærileg við dóm Hæstréttar í máli nr. 83/2003.*

*Síminn getur því ekki fallist á það með PFS að Síminn hafi ekki átt frumkvæði að málinu eða að aðild komi ekki til greina af þeim ástæðum, að kvörtun Símans hafi ekki verið tilefni stjórnsýslumálsins.*

*Rétt er að ítreka að aðild að stjórnsýslumáli byggir ekki á formlegri aðild að máli, s.s. upphafi þess, heldur eingöngu á hinum skilgreindu aðildarskilyrðum stjórnsýsluréttar um einstaklega og verulega hagsmuni, sbr. til hliðsjónar Hrd. 444/2004.*

*Í 5. tl. IV. kafla ákvörðunar PFS er því haldið fram að rekstrarupplýsingar sem óskað er eftir frá OR séu viðskiptaleyndamál sem ekki sé sanngjarnt og eðlilegt að Símanum verði veittur aðgangur að. Mál þetta fjallar eingöngu um mat á því hvort Síminn eigi slíka hagsmuni að félagið beri að telja aðila málsins. PFS blandar hins mati á því hvort Síminn eigi aðgang að gögnum inn í málið. Eins og fram kemur með afdráttarlausum hætti í tilvitnuðum dómi Hæstaréttar í máli nr. 83/2003, kafla II., leiðir aðild að stjórnsýslumáli ekki sjálfkrafa til þess að aðili fá aðgang að öllum gögnum málsins. Þvert á móti er það stjórnvalds að meta hverju sinni hvort gögn séu þess eðlis að veita beri samkeppnisaðila aðgang að þeim. Veitir 17. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 sérstaka vernd í þessu tilliti. Vangaveltur um í hversu ríku mæli Símanum yrði hugsanlega veittur aðgangur að gögnum geta því ekki talist gild rök í málinu. PFS hefur ávallt heimildir til að takmarka aðgang, t.d. ef um mikilsverð*

viðskiptaleyndarmál er að ræða. Í þessu samhengi er merkilegt að bera saman rökstuðning PFS við rökstuðning héraðsdóms sem er nánast samhljóða. Verður það að teljast sérstakt í ljósi þess að Hæstiréttur féllst ekki á röksemdir héraðsdóms en PFS kys samt að notast við þær röksemdir.

Niðurstaða PFS er dregin saman í 6. tl. IV. kafla ákvörðunarinnar. Þar segir:

„Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að Síminn hf. hafi ekki sýnt fram á að hann eigi beinna og sérstakra hagsmuna að gæta í um ræddu máli stofnunarinnar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur. Enn fremur að hagsmunir Orkuveitu Reykjavíkur af því að hafnað verði kröfu Símans hf. vegi þyngra þegar litið er til eðlis þessa máls og þeirra gagna sem það varða. Er því niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar sú að Síminn hf. eigi ekki aðild að framangreindu stjórnslumáli og að um rétt fyrirtækisins til aðgangs að gögnum þess fari samkvæmt almennum ákvæðum upplýsingalaga nr. 50/1996.”

Síminn telur sig hafa sýnt fram á það að hann eigi beinna og sérstakra hagsmuna að gæta vegna fjarskiptastarfsemi OR. Ummæli PFS um að hagsmunir OR af því að hafnað verði kröfu Símans vegi þyngra þegar litið er til eðlis málsins og gagna sem það varða sætir tölvurverðri undrun. Af annarri umfjöllun PFS virðist hér einungis vísað til þeirra hagsmuna OR að Síminn komist ekki yfir viðskiptaleyndarmál OR. Þeir hagsmunir OR eru kyrfilega verndaðir í stjórnslulögum og heldur þessi röksemd PFS því ekki.

#### **Lokaorð**

Eins og rakið er hér að framan hefur OR nú í tæp 3 ár komist hjá þeirri ótvíræðu lagaskyldu að halda fjárhag sínum milli fjarskiptastarfsemi og annarrar starfsemi sundurgreindum með fjárhagslegum aðskilnaði. PFS hefur ekki skýrt hvað valdi þeim verulega drætti á því að halda lagaskyldunni að OR. Síminn hefur beina, einstaklega, verulega og lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins og er það grundvallaratriði að félagið njóti þeirra réttarúrreða sem aðilastaða að stjórnslulögum veitir. Sem dæmi um slík réttindi má nefna kærheimild til æðra stjórnvalds og aðgang að gögnum máls.

Af öllu því sem að framan er rakið telur Síminn að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála komist ekki hjá því að úrskurða á þann veg að Síminn teljist aðili máls Póst- og fjarskiptastofnunar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur, mál nr. 2003030060.

#### **Lagarök**

Síminn vísar til laga nr. 69/2003, fjarskiptalaga, stjórnslulaga, nr. 37/1993, svo og til almennra reglna stjórnsluréttar um aðildarhæfi, hagsmuni o.fl.

Um frekari málsástæður kæranda vísast í skjöl þau er lögð hafa verið fyrir nefndina.

### **3.0 Málsástæður PFS.**

Greinargerð PFS frá 7. júní 2006 útlistar málatilbúnað þeirra og lagarök. Fer sá hluti hennar hér á eftir:

## I.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Póst- og fjarskiptastofnun að þeirri niðurstöðu að Síminn hf. hefði ekki beinna og sérstakra hagsmuna að gæta í því stjórnslumáli sem hér um ræðir. Enn fremur var talið að málið væri þess eðlis, m.a. þegar litið væri til hagsmuna Orkuveitu Reykjavíkur, að ekki væri rétt að veita Símanum hf. aðild að því. Þá var það skoðun Póst- og fjarskiptastofnunar að aðdragandi og kringumstæður þess stjórnslumáls, sem dómur Hæstaréttar fjallar um (nr. 83/2003) og Síminn hf. telur vera fordæmisgefandi í málinu, væru ekki sambærilegar við það mál sem stofnunin hefur til meðferðar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur. Dómurinn hefði því ekki fordæmisgildi um það að veita bæri Símanum hf. aðild að umræddu máli stofnunarinnar.

Í kæru sinni hafnar Síminn hf. rökstuðningi Póst- og fjarskiptastofnunar og telur sig eiga beinna, einstaklegra, verulegra og lögvarða hagsmuni af niðurstöðu umrædds stjórnslumáls. Þá telur Síminn hf. að fyrrnefndur Hæstaréttardómur hafi ótvírætt fordæmisgildi um að veita eigi fyrirtækinu aðild að málinu.

## II.

Telur Póst- og fjarskiptastofnun að málsástæður Símans hf., eins og þær eru raktar í kærinni, séu að mestu þær sömu og stofnunin tók afstöðu til í ákvörðun sinni. Gefur kæran því ekki tilefni til ítarlegra athugasemda af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar. Hins vegar þykir stofnuninni mikilvægt að áréttta eftirfarandi sjónarmið sín.

### 2.1. Skilyrði aðildar að stjórnslumáli

Eins og fram hefur komið eru Síminn hf. og Orkuveita Reykjavíkur um þessar mundir einu tvö fyrirtækin á íslenskum fjarskiptamarkaði sem standa að umtalsverðri uppbyggingu ljósleiðaranets á höfuðborgarsvæðinu. Sú staðreynd leiðir hins vegar ekki ein og sér til þess að Síminn hf. verði talinn eiga aðild að stjórnslumáli sem Póst- og fjarskiptastofnun hóf til athugunar á því hvort uppfyllt væru skilyrði 36. gr. fjarskiptalaga um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi frá sérleyfisbundinni starfsemi í rekstri Orkuveitu Reykjavíkur.

Síminn hf. hefur ekki bent á sérstakar aðgerðir af hálfu Orkuveitu Reykjavíkur sem beinast gegn hagsmunum Símans hf. Leiði athugun stofnunarinnar í ljós að skilyrði 36. gr. laganna séu ekki uppfyllt í tilviki Orkuveitu Reykjavíkur væri um að ræða ólögmeitt ástand sem hefði almennar afleiðingar fyrir samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þannig má gera ráð fyrir því að við slíkar aðstæður geti reynst erfiðara fyrir nýja aðila að hasla sér völl á markaðnum með framboði á háhraðatengingum. Í því sambandi skal þess getið að miðað við þær umsóknir sem Póst- og fjarskiptastofnun bærust nýlega í tengslum við útboð á 3,5 og 10 GHz tíðnisviðinu virðist vera talsverður áhugi hjá tilteknum aðilum að koma á laggirnar þráðlausu háhraða aðgangsneti á örbylgju hér á höfuðborgarsvæðinu. Með sömu rökum og Síminn hf. hefur haldið fram bæri stofnuninni að veita þessum aðilum aðild að umræddu stjórnslumáli gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur.

Þá er rétt að halda því til haga að Fjarski ehf. á og rekur ljósleiðara utan höfuðborgarsvæðisins. Þegar litið er þess að markaðssvæði Orkuveitu Reykjavíkur er farið að teygja sig út fyrir höfuðborgarsvæðið, m.a. til staða sem Fjarski ehf. hefur

*aðstöðu til að veita þjónustu, er síður en svo hægt að slá því föstu að hugsanleg misnotkun Orkuveitu Reykjavíkur á aðstöðu sinni bitni eingöngu á Símanum hf.*

*Samkvæmt framansögðu getur Póst- og fjarskiptastofnun ekki fallist á að uppbygging Símans hf. á ljósleiðaraneti í samkeppni við Orkuveitu Reykjavíkur skapi fyrirtækinu svo sérstaka stöðu að veita eigi því aðild að máli er varðar frumkvæðiseftirlit stofnunarinnar með því að Orkuveita Reykjavíkur fari að ákvæðum fjarskiptalaga. Eins fram kemur í grein dr. Páls Hreinssonar, sem Síminn hf. vísar til í kæru sinni, eru samkeppnishagsmunir almennt ekki taldir leiða til aðilastöðu samkeppnisaðila. Vísar hann reyndar á fyrrnefndan dóm Hæstaréttar (nr. 83/2003) sem undantekningu á þeirri meginreglu. Hins vegar er það mat Póst- og fjarskiptastofnunar að það stjórnslumál sem dómurinn fjallaði um sé ekki sambærilegt við það mál sem stofnunin hefur nú til meðferðar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur, sbr. nánar í hér að neðan.*

## *2.2. Fordæmisgildi Hæstaréttardómsins*

*Stjórnslumálið sem dómur Hæstaréttar fjallar um, þ.e. mál Samkeppnistofnunar gagnvart Eimskipafélagi Íslands hf., hófst með rökstuddu erindi Samskipa hf. þar sem tilgreind voru dæmi um meint brot Eimskipafélagsins hf. á samkeppnislögum. Verður ekki betur séð en að sú staðreynd hafi áhrif á niðurstöðu dómsins, en í honum segir orðrétt:*

*"Samskip hf. hafa í erindi sínu til áfrýjanda talið að stefndi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína í sjóflutningum til og frá Íslandi, sbr. 11. gr. samkeppnislaga, og tilgreint dæmi því til stuðnings. Telur fyrirtækið einnig að hegðan stefnda varði við 17. og 20. gr. laganna. Af erindi fyrirtækisins verður ráðið að það telji ætlað athæfi stefnda hafa verulega skaðleg áhrif á rekstur sinn. Að þessu athuguðu verður fallist á það með áfrýjunarnefnd samkeppnismála að Samskip hf. hafi mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta af úrslitum málsins."*

*Er þessi niðurstaða í samræmi við þá meginreglu að telja skuli þann aðila máls sem leggur fram kvörtun eða erindi, sem leiðir til þess að mál er tekið til meðferðar hjá stjórnvaldi. Í þessu tilviki virðist Hæstiréttur jafnframt telja mikilvægt að Samskip hf. hafi fært rökstuðning fyrir meintri misnotkun Eimskipa hf. á markaðsráðandi stöðu sinni og tilgreint dæmi því stuðnings.*

*Ekki verður horft framhjá því að aðdragandinn að máli Póst- og fjarskiptastofnunar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur var með allt öðru móti. Hóf stofnunin málið að eigin frumkvæði í lok árs 2002 eftir að hún hafði fengið stutta greinargerð frá Orkuveitu Reykjavíkur um fjárhagslegan aðskilnað sem hún taldi ekki vera fullnægjandi. Ekki er hægt að líta svo á, sbr. það sem fram kemur í kærinni, að Síminn hf. hafi borið fram kvörtun eða með einhverju móti átt frumkvæði að málinu með því einu að óska eftir afhendingu á gögnum þess um miðjan mars 2003 eða krefjast aðildar að því í síðari bréfum sínum.*

*Hér er því ekki um að ræða tiltekið kvörtunarmál vegna meintra brota á fjarskiptalögum, heldur mál er lýtur að hefðbundnu og almennu eftirliti stofnunarinnar með því að starfsemi fjarskiptafyrirtækja sé í samræmi við fjarskiptalög. Í slíkum málum hlýtur meginreglan að vera sú að aðild einskorðist við þann einstakling eða lögaðila sem eftirlitið beinist að.*



*Samkvæmt framansögðu telur Póst- og fjarskiptastofnun að grundvallar eðlismunur sé á umræddum tveimur stjórnáslumálum sem leiðir til þess að áðurnefndur dómur Hæstaréttar (nr. 83/2003) hafi ekki fordæmisgildi við úrlausn þessa máls. Reyndar telur stofnunin að mikið þurfi að koma til svo að fyrirtæki verði talið eiga aðild að máli samkeppnisaðila síns sem er til meðferðar hjá eftirlitsstjórnvaldi og hófst að frumkvæði þess. Eins og áður hefur komið fram er það mat stofnunarinnar að slík skilyrði séu ekki til staðar að því er varðar kröfu Símans hf. um aðild að umræddu máli. “*

Að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og annarra gagna er lögð hafa verið fyrir nefndina.

#### **4.0 Málsástæður Orkuveitu Reykjavíkur**

OR skilaði þann 1. júní 2006 inn eftirfarandi greinargerð í máli þessu:

##### **I.**

*Bréf þetta er ritað til að koma á framfæri athugasemdum og sjónarmiðum OR í málinu, auk þess sem nauðsynlegt er að leiðrétta rangfærslur af Símans hálfu. Jafnframt eru þau sjónarmið sem OR kom á framfæri við PFS með bréfi 13. febrúar sl. ítrekuð.*

*Færð verða rök fyrir því að Síminn eigi ekki lögvarinna hagsmuna að gæta og geti ekki talist aðili málsins.*

##### **II.**

*Eins og fram hefur komið snýst deiluefni málsins m.a. um aðild. Eftirfarandi umfjöllun er sett fram til þess að skýra aðilahugtak stjórnásluréttar.*

*Hugtakið aðili máls er ekki skilgreint í stjórnáslulögum nr. 37 frá 1993, enda um mjög matskennt atriði að ræða. Páll Hreinsson bendir á eftirfarandi í riti sínu, Stjórnáslulögin – skýringarrit, frá 1994:*

*„Ekki er gerlegt að gefa ítarlegar leiðbeiningar um það hvenær maður telst aðili máls og hvenær ekki heldur fer það eftir málsatvikum hverju sinni. Úrslitum ræður hvort maður telst eiga lögvarinna hagsmuna að ræða en það fer m.a. eftir því um hvað svið stjórnáslunnar er að ræða.“<sup>1</sup>*

*Síðari málsgreinina er einkar áhugavert að skoða í tengslum við það mál sem hér er til úrlausnar. Hið sérstaka svið stjórnáslu sem hér um ræðir, lögbundið eftirlit, leiðir til þess að Síminn geti ekki talist aðili málsins. Því til frekari rökstuðnings má benda á þá meginreglu að kvörtun ein og sér leiðir ekki til sjálfkrafa til aðilastöðu við meðferð stjórnáslumála hjá eftirlitsstofnunum, en þetta kemur fram á bls. 398 í grein Páls Hreinssonar „Aðili máls“ í 3. hefti, 55. árgangi Tímarits Lögfræðinga.*

*Til að varpa frekara ljósi á aðilahugtakið er við hæfi að skoða umfjöllun Páls Hreinssonar í doktorsritgerð hans, Hæfisreglur stjórnáslulaga, sem gefin var út árið 2005. Á bls. 314 bendir hann orðréttt á eftirfarandi:*

---

<sup>1</sup> Undirstrikun höfundar.

„...hugtakið „aðili máls“ hefur að geyma fremur fastmótaðan kjarna, þannig telst aðili máls sá sem ákvörðun er beint að.“

Í kjölfarið bendir Páll á vafatilvik sem komið geta upp við mat á því hvern telja beri aðila máls. Lausn hans er:

„Úr þeim vafa er leyst með svipuðum hætti og um matskennda reglu væri að ræða, þ.e.a.s. fram fer heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds einstaklings við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða og ályktun síðan dregin um það, hvort telja beri hann aðila þess.“

Að mati OR er augljóst að í stjórnyslumáli sem þessu, þegar PFS gætir lögbundinnar eftirlitsskyldu, geti ekki komið til aðildar samkeppnisaðilans, Símans. Það eina sem Síminn hefur haft fram að færa í samskiptum sínum við PFS eru órökstuddar ásakanir í garð OR settar fram í formi fullyrðinga.

Ekkert í málinu bendir til þess að Síminn hafi notið stöðu aðila í málinu, og tjóir þeim ekki að bera því við að með afhendingu hluta gagna hafi þeir orðið aðilar málsins, enda kom skýrt fram af hálfu PFS að aðgangur væri veittur að hluta gagna á grundvelli upplýsingalaga og að jafnframt yrði aðgangur að öðrum gögnum ekki veittur með vísan til sömu laga.

Í kærú sinni segir Síminn m.a. að ekki sé fallist á með PFS að Síminn hafi ekki átt frumkvæði að málinu. Þetta er áhugavert að skoða í ljósi þess að Síminn sendi ekki bréf sitt fyrr en mörgum mánuðum eftir að PFS hafði hafið rannsókn sína. Nánar tiltekið hafði PFS samband við OR í mars 2003 en bréf Símans til PFS er dagsett þann 15. september 2003. Það að utanaðkomandi lögaðili reyni að blanda sér inn í mál löngu eftir að það er hafið, eins og í þessu tilviki, gerir hann ekki sjálfkrafa að aðila málsins.

Síminn rökstyður fræðilegar skoðanir sínar um aðild með vísan til **Hrd. nr. 444 frá 2004**. Við lestur dómsins má sjá að í málinu sló Landssíminn fram þessum kenningum án rökstuðnings og hvorki héraðsdómur né Hæstiréttur fjölluðu efnislega um þessi rök. Þetta verður því að teljast harla rýr rökstuðningur af hálfu Símans.

Í 1. gr. fjarskiptalaga kemur fram markmið þeirra, sem er m.a. að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Til að ná fram þessum tilgangi er hlutlausu stjórnvaldi falið ákveðið eftirlitshlutverk. Sérstök lög um stjórnvaldið, nr. 69 frá 2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, fela í sér sérreglur sem gilda um starfsemi stofnunarinnar. Þar er að finna ákvæði sem kveða á um stranga þagnarskyldu PFS. Í 2. mgr. 8. gr. laganna segir einfaldlega:

„Með gögn og aðrar upplýsingar, t.d. að því er varðar viðskiptahagsmuni sem stofnunin aflar við eftirlit eða af öðrum ástæðum, skal fara sem trúnaðarmál.“

Ljóst er að þessi regla takmarkar aðgang annarra en PFS og OR að þessu máli. Tilgangurinn liggur í augum uppi. Þegar stjórnvaldi er falið eftirlit sem beinist að bókhalds- og rekstrargögnum fyrirtækis geta aðrir en PFS og OR eðli máls samkvæmt ekki átt aðild að málinu. Lögin ná ekki tilgangi sínum ef samkeppnisaðilar fá að

*misnota almennar stjórnarsýslureglur til að þröngva sér inn í mál. Hér verður að benda á 1. ml. 2. mgr. 2. gr. stjórnarsýslulaga þar sem fram kemur að:*

*„Ákvæði annarra laga, sem hafa að geyma strangari málsmeðferðarreglur en lög þessi mæla fyrir um, halda gildi sínu.“*

*Þetta leiðir til þess að stjórnarsýslulögin vikja fyrir sérreglu, eins og þeirri sem vitnað er í hér að ofan, og er að auki yngri en stjórnarsýslulögin, sbr. lex posterior sjónarmið.*

### **III.**

*Um fjöllum um meinta lögvarða hagsmuni og **Hrd. nr. 83 frá 2003** er fyrirferðamikil í kærnu Símans. Ástæða er til að benda á nokkur atriði þessu tengd.*

*Allar tilvísanir Símans til **Hrd. nr. 83 frá 2003** eru haldlausar enda atvik málanna með öllu ólík. Í fyrsta lagi má benda á að í framangreindu dómsmáli hófst stjórnarsýsluferlið með kvörtun Samskipa hf. til samkeppnisstofnunar. Þetta er ekki sambærilegt við lögbindið eftirlit PFS sem var löngu hafið þegar Síminn fór fram á aðgang að gögnum. Símanum verður því ekki líkt við kæranda eins og hefðbindið er að ræða um sem aðila stjórnarsýslumáls. Í öðru lagi lá fyrir sérstök reglugerð, nr. 922 frá 2001 á sviði samkeppnismála, sem mælti fyrir um lögvarða hagsmuni sem skilyrði aðildar að stjórnarsýslumáli fyrir samkeppnisyfirvöldum. Í stjórnarsýslumálinu sem fyrir liggur nýtur ekki við neinna slíkra sérreglna sem skilgreina hverjir eigi aðild að málum sem þessum. Þvert á móti eiga hér við sérstök sjónarmið sem leiða til þröngri viðmiða um aðild en ella, sbr. rökstuðning hér á eftir.*

*Páll Hreinsson fjallar um **Hrd. nr. 83 frá 2003** í áður nefndri doktorsritgerð sinni, Hæfisreglur stjórnarsýslulaga. Þar segir hann orðrétt á bls. 520:*

*„Í dóminum var áréttað að ekki væri til einhlítur mælikvarði við mat á aðild og bæri að líta til hvers tilviks fyrir sig. Almenn tæki væri sá talinn aðili að máli, sem ætti einstaklega, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þannig væru þeir, sem bæru fram kærur og kvartanir yfirleitt taldir aðilar að stjórnarsýslumáli, enda ættu þeir slíkra hagsmuna að gæta við úrlausn þess.*

*Síminn vitnar orðrétt í kærnu sinni til hluta dómstextans. Rétt þykir að birta þann texta og næstu málsgreinar á eftir, svo að fullt samhengi fái:*

*„Samkvæmt 9. gr. reglna nr. 922/2001 eiga þeir, sem lögvarinna hagsmuna hafa að gæta, aðild að málum fyrir samkeppnisyfirvöldum. Hvorki er í samkeppnislögum nr. 8/1993 né stjórnarsýslulögum skilgreint hver skuli vera skilyrði aðildar að málum samkvæmt þeim lögum. Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnis-mála, sem hér er fjallað um, gefa lögskýringargögn til kynna að aðildarhugtak í stjórnarsýslumálum beri að skýra rúmt, þannig að ekki sé einungis átt við þá, sem eiga beina aðild að máli heldur einnig þá sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta. Ekki er til einhlítur mælikvarði í þessum efnum og líta ber til hvers tilviks fyrir sig. Almenn tæki er sá talinn aðili að máli, sem á einstaklega, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þannig eru þeir, sem bera fram kærur eða kvartanir yfirleitt taldir aðilar að stjórnarsýslumáli, enda eigi þeir slíkra hagsmuna að gæta við úrlausn þess.*

*Þegar þetta er metið er og óhjákvæmilegt að lítið sé til hagsmuna annarra, sem að málinu koma.“*

Af lestri dómsins sést að sérreglur á sviði samkeppnisréttar lágu fyrir sem heimiluðu þeim sem lögvarða hagsmuni ættu, aðild að máli fyrir samkeppnisyfirvöldum. Þetta er vissulega ólíkt málavöxtum í stjórnslukærinni sem hér er til úrskurðar. Í tilvitnaða textanum er að auki bent á að óhjákvæmilegt sé að taka tillit til annarra sem að málinu koma. Þar myndi í okkar tilviki vera átt við OR sem ótvírætt nýtur aðilastöðu í málinu. Það tillit hlýtur að snúa að mikilvægum hagsmunum OR varðandi það að samkeppnisaðili fái ekki að þröngva sér inn í málið eða fá í hendurnar mikilvæg rekstrar- og bókhaldsgögn OR, enda eru augljóslega engir rannsóknar-hagsmunir bundnir við aðild Símans að málinu. Fræðimenn eru á þessari skoðun sbr. umfjöllun hér á eftir um grein Páls Hreinssonar, „Aðili máls“, í Tímariti lögfræðinga.

Staðreyndin er sú að ýmsar stofnanir fara með eftirlit til að framfylgja lögum allt árið um kring og ef farið er fram á upplýsingar í tengslum við slíkt þá fer almennt um slíkar upplýsingar eftir upplýsingalögum nr. 50 frá 1996. Skýrt hefur komið fram í atvikalýsingu hér að framan að PFS hafnaði beiðni Símans um aðgang að öðrum gögnum réttilega með vísan til 5. gr. upplýsingalaga, enda um mikilvæga fjárhags- og viðskiptahagsmuni að ræða.

Það væri fjarstæðukennt ef fyrirtæki gætu misnotað stjórnslulög og talist aðilar að málum þegar samkeppnisaðilar þeirra sættu almennu lögbundnu eftirliti stjórnvalda. Fyrir slíku er engin lagastöð.

Þrátt fyrir að Síminn slái því fram í kæru sinni að hann eigi „beinna og sérstakra hagsmuna að gæta“ er ekki sjálfgefið að svo sé. Rökstyðja þarf slíka fullyrðingu en það er ekki gert á viðunandi hátt í kæru Símans. Einnig slær Síminn því fram að hagsmunir fyrirtækisins séu „verulegir“. Í áðurnefndri grein „Aðili máls“ ræðir Páll Hreinsson um mat á því hvort hagsmunir teljist verulegir. Orðrétt segir hann:

„Ekki er þó hægt að gefa eitt algilt viðmið um það hversu verulega hagsmuni þurfi til því þetta sjónarmið er afstætt og ræðst það af eðli og tegund stjórnslumála hverju sinni hversu ríkar kröfur eru gerðar.“

Páll bendir einnig á í grein sinni að í vafatilvikum þegar hagsmunir eru metnir geti eftirtalin skýringarviðhorf átt við:

„Á hinn bóginn verður að taka tillit til réttmætra hagsmuna þess eða þeirra, sem í þröngum skilningi teljast aðilar málsins. Hagsmunir þeirra geta falist í því að óviðkomandi og það jafnvel aðalsamkeppnisaðili þeirra fái ekki aðild að viðkvæmum upplýsingum um viðskipta- og samkeppnishagsmuni.“

Máli sínu til stuðnings reifar Páll í kjölfarið títtnefndan **Hrd. nr. 83 frá 2003**, sem Síminn virðist telja að eigi að heimila sér, sem samkeppnisaðila Orkuveitunnar, að þvinga fram málsaðild sér til handa. Tilvitnaður texti Páls gefur til kynna að aðild Símans komi ekki til greina í þessu sérstæða stjórnslumáli.

Af öllu framangreindu má ráða að þegar ákvörðun er tekin um aðild að máli þarf að skoða hið sérstaka eðli stjórnvaldsákvörðunarinnar sem fyrir liggur að mögulega verði tekin. Hér er ekki um að ræða t.d. ákveðin gæði sem tveir aðilar sækjast eftir og einungis einn getur fengið. Heldur er um að ræða hlutlæga rannsókn sérfróðs stjórnvalds á bókhalds- og rekstrargögnum OR sem á engan hátt varða hagsmuni Símans, þrátt fyrir brennandi áhuga fyrirtækisins á framangreindu eftirliti.

Hæstiréttur hefur margsinnis staðfest að slíkur áhugi nægi ekki til aðildar að stjórnslumáli. Því til rökstuðnings má benda á **Hrd. nr. 173 frá 2001 (Hverfell/Hverfjall)** og **Hrd. nr. 20 frá 2005 (Alcoa)**.

Miðað við rökstuðning Símans virðast menn þar á bæ telja sig hafa lögvarða hagsmuni af öllum málum sem samkeppnisaðilar þeirra koma að innan stjórnslunnar. Eitt er að telja sig hafa fjárhagslega hagsmuni af máli en það felur engan veginn í sér að þeir séu lögvarðir. Slíkt verður að meta í hverju tilviki fyrir sig og er ekki hægt að jafna öllum sviðum stjórnslu saman, sbr. tilvitnuð skrif Páls Hreinssonar hér að framan. Þetta er ein af ástæðum þess að gjalda ber varhug við fordæmisgildi **Hrd. nr. 83 frá 2003** í þessu tilviki. Einnig má vísa til rökstuðnings PFS í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar. Þar eru sterk rök færð fyrir því að þetta stjórnslumál sé ólíkt **Hrd. nr. 83 frá 2003** vegna þess að í því máli stóðu rannsóknarhagsmunir til þess að veita Samskipum hf. aðild en þeir eru ekki til staðar í þessu máli þar sem Síminn hefur, eins og fram er komið, einungis haft fram að færa örökstuddar ásakanir í garð OR settar fram í formi fullyrðinga.

OR telur samkvæmt þessu að Síminn hafi ekki lögvarinna hagsmuna að gæta í málinu.

#### IV.

Með bréfi dagsettu 10. janúar sl. tilkynnti PFS OR um fyrirhugaða ákvörðun varðandi tilhögun fjárhagslegs aðskilnaðar fjarskiptastarfsemi OR. Með bréfinu fylgdi skýrsla PFS dagsett 9. janúar sl. og fleiri gögn. PFS óskaði margvíslegra fjárhagsupplýsinga frá OR sem jafnframt var gefinn kostur á að gera athugasemdir við fyrirhugaða ákvörðun. Á sama tíma og OR undirbjó svör við fyrirspurnum PFS var óskað umsagnar um kröfu Símans um aðgang að öllum gögnum sem færu á milli OR og PFS. OR tilkynnti því PFS að nauðsynlegt væri að erindi Símans yrði afgreitt og kæruleiðir tæmdar áður en OR sendi frá sér fjárhagslegar upplýsingar. OR hefur því ekki sent svör sín við þeim fyrirspurnum sem fram koma í bréfi PFS frá 10. janúar sl. og treystir sér ekki til að láta af hendi viðkvæmar fjárhagsupplýsingar fyrr en mál þetta hefur verið til lykta leitt, en svörin verða með öðrum hætti ef stjórnvöld taka ákvörðun um að afhenda þau samkeppnisaðilum OR.

#### V.

Minna má á að Síminn rekur kærsmål gegn OR, vegna fjarskiptarekstrar fyrirtækisins, fyrir samkeppniseftirlitinu. Virðist Síminn því reyna að reka sama málið fyrir tveimur mismunandi stjórnvaldaaðilum en slíkt stangast á við meginreglu réttarfars, enda getur þetta haft þau áhrif að mismunandi niðurstöður fengjust sem um leið yrði ómögulegt að framfylgja og leiddu til óþolandi réttaróvissu. Rennir þetta stöðum undir það sjónarmið OR að hafna beri kröfum Símans um aðild að málinu.

#### VI.

Hér að framan hafa verið færð rök fyrir því að Síminn hafi ekki lögvarinna hagsmuna að gæta í máli þessu og geti ekki talist aðili málsins. Með vísan til alls framangreinds fer Orkuveita Reykjavíkur hér með fram á að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar verði staðfest.

Visast um málatilbúnað þeirra að öðru leyti til þeirra gagna er lögð hafa verið fyrir nefndina.

## 5.0 Niðurstaða.

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur kynnt sér gögn málsins; athugað lög, reglugerðir, fordæmi og aðrar réttarheimildir; rannsakað ýmis lögskýringagögn og fundað um ágreiningsefnið. Að lokinni rannsókn hefur nefndin komist að niðurstöðu.

Hugtakið aðili máls er hvergi skilgreint í íslenskum stjórnslulögum. Í greinargerð með lögnum er að finna umfjöllun um hugtakið en þar segir orðrétt:

*“Hugtakið „aðili máls“ kemur fyrir á nokkrum stöðum í frumvarpinu og ber að skýra það rúmt þannig að ekki sé einungis átt við þá sem eiga beina aðild að máli, svo sem umsækjendur um byggingarleyfi eða opinbert starf, heldur geti einnig fallið undir það þeir sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta, svo sem nágrannar eða meðumsækjendur um starf. Ómögulegt er hins vegar að gefa ítarlegar leiðbeiningar um það hvenær maður telst aðili máls og hvenær ekki, heldur ræðst það af málsatvikum hverju sinni. Það sem ræður úrslitum í því efni er það hvort maður teljist hafa lögvarinna hagsmuna að gæta, en það ræðst m.a. af því um hvaða svið stjórnslunnar er að ræða.”*

Almennt er sá talinn aðili máls sem á verulega, lögvarinna og sértækra hagsmuna að gæta. Dr. Páll Hreinsson prófessor telur að leysa skuli úr vafaatriðum á svipaðan hátt og að um matskennda stjórnvaldsákvörðun sé um að ræða, þ.e. að fram fari heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds lögaðila við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða og ákvörðun síðan tekin um það hvort telja skuli hann aðila þess. Eins og fram kemur í greinargerð með stjórnslulögum ber að skýra hugtakið rúmt svo ekki sé einungis um að ræða þá sem beina aðild eiga að máli heldur geti einnig fallið undir það þeir sem eiga óbeinna hagsmuna að gæta.

Að mati Páls leiða samkeppnishagsmunir ekki einir sér til þess að fyrirtæki séu aðilar máls er varðar samkeppnisaðila þeirra en á þeirri meginreglu geta verið undantekningar. Helsta dæmið um slíka undantekningu er Hrd. 83/2003 þar sem virðist vera sem samkeppnishagsmunir á *fákeppnismarkaði* geti nægt til þess að lögaðili sé talinn aðili máls. Páll ætlar að miklu hafi ráðið í niðurstöðu Hrd. 83/2003 að á sumum mörkuðum eru einungis tveir samkeppnisaðilar, Eimskipafélag Íslands hf. og Samskip hf.

Dómur þessi féll í máli Samkeppnisstofnunar og Eimskipafélags Íslands hf. Eimskipafélag Íslands hf. krafðist þess að felld yrði úr gildi ákvörðun Samkeppnisstofnunar um að Samskip hf. teldist aðili máls Samkeppnisstofnunar á hendur þeim, þar sem rannsókuð voru meint brot gegn samkeppnislöggjöf. Hæstiréttur taldi að þar sem þau meintu brot sem um var rætt gætu haft verulega skaðleg áhrif á rekstur Samskipa hf. yrði að túlka hugtakið aðili máls rúmt.

Ef aðeins er um tvo aðila að ræða sem keppa á ákveðnu sviði eru töluverðar líkur á því að umfangsmiklar aðgerðir annars til þess að hamla samkeppni hafi veruleg áhrif á lögvarða og sértæka hagsmuni hins aðilans. Brot á lögum sem ætlað er að tryggja heilbrigða samkeppni hljóta að bitna á þeim eina samkeppnisaðila sem er fyrir hendi. Ætlar nefndin að ráða megi af rökstuðningi að þetta hafi verið ákvörðunarástæða Hrd. 83/2003 og leitt til þess að Hæstiréttur vék frá þeirri almennu reglu að samkeppnishagsmunir einir nægi ekki til aðildar.

Varnaraðilar fyrir nefndinni telja að frumkvæði Samskipa hf. að stjórnsýslumálinu sem samkeppnisyfírvöld ráku gagnvart Eimskipafélagi Íslands hf. hafi haft áhrif á niðurstöðu dómsins. Ekki er fallist á það sjónarmið af hálfu nefndarinnar. Jafnvel þó lögðili verði valdur að því að mál hefst telst hann ekki sjálfkrafa aðili að því ef hann uppfyllir ekki þau skilyrði sem matið byggist á, þ.e. hefur ekki verulega, sértækra og lögvarða hagsmuna að gæta. Að sama skapi getur frumkvæði ekki talist skilyrði þess að vera talinn aðili máls og væri það gegn íslenskri stjórnsýsluhefð að túlka Hrd. 83/2001 þannig að hann kveði á um að aðeins sá þriðji aðili sem kærir mál geti talist aðili að því, sbr. líka rökstuðning dómsins þar sem segir að óbeinir hagsmunir geti komið til álita jafnt og beinir og að aðildarhugtakið skuli túlka vítt.

Enda þótt málavextir séu ekki að öllu leyti sambærilegir í þessu máli og máli Hrd. 83/2003 er þó ljóst að margt er sameiginlegt með málunum tveimur. Í báðum málum er um að ræða rannsókn stjórnvalds á meintum brotum aðila á markaði þar sem aðeins einn annar aðili er í umtalsverðri samkeppni. En nokkur önnur atriði valda því einnig að skyldleiki er með málunum.

Sjóflutningar og rekstur grunnnets í fjarskiptum eru bæði svið viðskipta þar sem miklar fjárfestingar eru nauðsynlegar til þess að geta stundað reksturinn. Þar af leiðir að bæði eru miklir fjármunir í húfi og einnig það að ef nýir aðilar koma inn á markaðinn gerist það að jafnaði eftir langan undirbúning. Eftir atvikum getur verið um það að ræða að takmörkuð samkeppni fari fram milli aðila sem nota ólíka tækni til þess að ná sömu mörkuðum, svo sem þjóðvega- og loftflutningar sem keppt geta við sjóflutninga á sumum sviðum og ýmis konar örbylgjutækni sem keppt getur við ljósleiðaranet, en slíkir aðilar geta enn sem komið er ekki veitt sambærilega þjónustu á öllum sviðum. Því er ekki um það að ræða á þeim mörkuðum sem um er að ræða í málunum að til séu aðrir sem telja verði aðila máls á þeim grundvelli að þótt þeir séu ekki í viðskiptum þar sem stendur kynnu þeir að vera það innan tíðar.

Bæði í þessu máli og í máli Samkeppnisstofnunar gegn Eimskipafélagi Íslands hf. liggja fyrir málsástæður af hálfu þess félags sem rannsókn beinist gegn um að leynd upplýsinga varði mikilsverða viðskiptahagsmuni. Reyndar átti við í máli nr. 83/2003 sérstök ástæða til þess að fara varlega í að veita aðgang að upplýsingum sem var að gögn málsins stöfuðu að stórum hluta frá húsleit samkeppnisyfírvalda og segir í Héraðsdómnum sem áfrýjað var: *“Stefnandi á þess því engan kost að gæta hagsmuna sinna varðandi skoðun á þessum gögnum, svo sem með því að merkja sérstaklega viðkvæm trúnaðargögn eða þá hluta einstakra gagna, sem hann telur nauðsynlegt að leynt fari, sbr. 2. mgr. 14. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfírvalda.”* (2. mgr. 14. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfírvalda hefur að geyma sambærileg ákvæði og 17. gr. stjórnsýslulaga) [athugasemd úrskurðarnefndar]

Héraðsdómur taldi þessa hagsmuni svo mikilvæga að þrátt fyrir að Samskip hf. ættu að þeirra mati lögvarða hagsmuna að gæta í málinu bæri að neita þeim um aðild. Hæstiréttur var ósammála þeirri ákvörðun og í rökstuðningi Hæstaréttardómsins segir:

“Þegar litið er til hagsmuna stefnda varðandi aðgang Samskipa hf. að gögnum málsins verður að líta til þeirrar verndar, sem hann nýtur samkvæmt 17. gr. stjórnsýslulaga og 14. gr. reglna nr. 922/2001, eins og áður var rakið. Um gögn þau, sem lagt var hald á hjá stefnda af hálfu áfrýjanda og vísað er til í niðurstöðu héraðsdóms, hefur komið fram af hálfu áfrýjanda í greinargerð til Hæstaréttar, að ekki hafi verið tekin afstaða til þess hvort þau verði öll gögn í því stjórnsýslumáli, sem hér er um að ræða.

Áfrýjandi muni ákveða, eftir að hafa farið yfir gögnin, hver þeirra hafi eða kunni að hafa þýðingu fyrir niðurstöðu málsins.” (*áfrýjandi fyrir Hæstarétti voru samkeppnisyfirvöld*) [athugasemd úrskurðarnefndar]

Í máli því sem nú er fyrir nefndinni er ekki um að ræða gögn sem aflað var með húsleit heldur er aðaluppistaðan í gögnum málsins skjöl sem OR sendir PFS sem svar við beiðnum stofnunarinnar um upplýsingar. Slík gögn getur OR kosið að merkja sem trúnaðargögn ef þess þykir þurfa og í samræmi við ákvæði 17. gr. stjórnisýslulaga væri það á valdi PFS að takmarka aðgang annarra málsaðila að slíkum gögnum. Eins og í máli Hrd. 83/2003 er því ekki sjálfgefið að aðild að málinu veiti óheftan aðgang að gögnum sem teljast trúnaðarmál gagnaðila.

Þegar virt er heildstætt það sem sameiginlegt með þessum málum og svo það sem sundur greinir er það mat nefndarinnar að þær málsástæður sem eiga við í báðum málum vegi þyngra. Margar af þeim sérstöku aðstæðum sem urðu til þess að Hæstiréttur taldi að Samskip hf. skyldi telja aðila í máli Samkeppnisyfirvalda gagnvart Eimskipafélagi Íslands hf. eru einnig fyrir hendi í þessu máli. Því beri að líta svo á að í dómi Hæstaréttar í máli Hrd. 83/2003 felist fordæmi sem bindur nefndina og aðra í íslenskri stjórnisýslu.

Samkvæmt því er það niðurstaða nefndarinnar að Síminn hf. hafi verulega, lögvarða og sértæka hagsmuni af úrlausn máls PFS gagnvart OR nr. 2003030060 og skuli því telja aðila þess. Með þessum úrskurði er úr gildi felld ákvörðun PFS dags. 7. júní 2006.

## **6.0 Sérálit Heimis Haraldssonar.**

Um málavexti vísast til álits meirihlutans.

Ekki er fallist á það með meirihlutanum að mál Hrd. 83/2003 sé nægilega skylt því máli sem hér er til umfjöllunar til þess að unnt sé að fullyrða að um fordæmi sé að ræða. Þar var um að ræða tilvik þar sem Samskip hf. lagði tiltekna upplýsingar fyrir samkeppnisyfirvöld sem að mati félagsins sýndu fram á óeðlilega verðlagningu í tilvikum þar sem Samskip hf. og aðrir höfðu sóst eftir viðskiptum. Rekstrarlegar forsendur hafi því ekki ráðið verðlagningunni. Þar var því um það að ræða, ólíkt því sem fram kemur af hálfu Símans hf., að lögð voru fram gögn sem lúta að atriðum sem augljóslega geta leitt til viðskiptataps og fjárhagstjóns. Einnig ber að taka tillit til þess að í þessu máli er um að ræða kvörtun Símans hf, vegna dráttar á hefðbundinni eftirlitsframkvæmd PFS.

Ekki hafa komið fram upplýsingar af hálfu Símans hf. þess efnis að líklegt megi telja að Síminn hf. hafi orðið eða muni verða fyrir tjóni í tengslum við háttsemi OR. Hvorki hafa verið nefnd dæmi um óeðlilega verðlagningu, misbeitingu eða önnur slík atriði sem byggja á viðskiptalegum grundvelli, né heldur hefur komið fram með hvaða hætti tjón Símans hf. kann að verða til vegna háttsemi OR, þ.e. á hvern hátt ákvæðið um fjárhagslegan aðskilnað og hugsanleg vanhöld OR í þeim efnum geti haft neikvæð áhrif á Símann hf. Því liggur ekki nægjanlega vel fyrir hverjir hagsmunir Símans hf. eru þegar til skamms tíma er litið, en fram hefur komið af hálfu PFS að athugun málsins var á lokastigi þegar kæra Símans hf. var lögð fram.



Jafnvel þó að einhverjir hagsmunir kunni að vera fyrir hendi er nauðsynlegt að meta þá með tilliti til hagsmuna annarra málsaðila. Ef Síminn hf. nyti stöðu málsaðila væri aðgangur þeirra að gögnum rýmri en ella. Þar sem þau gögn sem um ræðir lúta að rekstrargrundvelli og fjárhag Orkuveitunnar hefur OR óneitanlega hagsmuni af því að stærsti samkeppnisaðili þeirra á þeim markaði fái ekki aðgang að þeim. Vega þeir hagsmunir þyngra en mögulegir hagsmunir Símans hf.

Með þetta í huga er það niðurstaða mín að staðfesta beri ákvörðun PFS dags. 7. júní 2006 með vísun til forsendna hennar.

## 7.0 Úrskurðarorð

Hinn kærði úrskurður Póst- og fjarskiptastofnunar dags. 7. júní 2006 er felldur úr gildi. Síminn hf. skal talinn aðili að máli Póst- og fjarskiptastofnunar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur (máli nr. 2003030060).

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

Reykjavík, 17. júlí 2006

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.