



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 26/2018

Synjun á afléttingu trúnaðar upplýsinga í ákvörðun PFS nr. 10/2018

I.

Erindið

Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) barst tölvupóstur frá Sýn hf. (hér eftir Sýn), dags. 16. júlí 2018, þar sem óskað er eftir að PFS aflétti trúnaði af þeim tölulegu upplýsingum sem var að finna í hornklofum í kafla 5.9.4.5 í ákvörðun PFS nr. 10/2018 um brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga (mál nr. 2017040002).

II.

Bréfaskipti og sjónarmið aðila

Forsaga málsins eins og liggur fyrir í gögnum málsins og er eftirfarandi.

2.1 Bréf Sýnar til PFS, dags. 16. júlí 2018

Í tölvupósti frá Sýn hf. (hér eftir Sýn) til PFS, dags. 16. júlí 2018, fór Sýn fram á að PFS aflétti trúnaði af þeim tölulegu upplýsingum sem var að finna í hornklofum í kafla 5.9.4.5 í ákvörðun PFS nr. 10/2018.

Beiðni Sýnar byggði á 15. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 sem kveður á um að aðili máls eigi rétt á aðgangi að skjölum og öðrum gögnum er mál varða. Taldi félagið að ákvæði 17. gr. stæði ekki í vegi fyrir afléttingu trúnaðar enda væri þar að finna undantekningu frá meginreglunni um aðgang málsaðila að gögnum. Vísaði félagið í greinargerð með frumvarpinu sem varð að stjórnarsýslulögum þar sem segir m.a.:

“Á það ber að leggja ríka áherslu að líta ber á þetta heimildarákvæði sem þrönga undantekningarreglu, sbr. orðalagið “þegar sérstaklega stendur á”, því að meginreglan er sú að málsaðili hefur rétt á því að kynna sér málgögn. Við mat á því hvort heimildinni skuli beitt þarf að veita það og meta hvort hagsmunir málsaðila af því að fá aðgang að gögnunum séu ríkari en þeir almanna- eða einkahagsmunir sem kalla á að takmarka þann aðgang. Hér koma t.d. til skoðunar öryggis- og viðskiptahagsmunir ríkisins, svo og samskipti þess við erlend ríki og

alþjóða- og fjölþjóðastofnanir, einnig tillit til einstaklinga eða lögaðila sem hafa verulega hagsmuni af því að upplýsingar er þá varða, fari leynt.”

Þannig telji Sýn að engir almannahagsmunir réttlæti takmörkunina. Þvert á móti sé það í þágu almannahagsmuna að greiða fyrir aðgangi aðila, sem hefur orðið fyrir ólögmætri og saknæmri háttsemi, að gögnum máls. Sýn hafi lögvarða hagsmuni af aðganginum m.a. í því skyni að auðvelda félaginu að undirbyggja skaðabótakröfu vegna hinnar ólögmætu og refsiverðu háttsemi, sem félagið hefur þegar sett fram, enn frekar en félaginu er kleift án upplýsinganna. Hljóta þeir einkahagsmunir Sýnar að vega þyngra en einkahagsmunir Símans af því að takmarka upplýsingarétt og þar með torvelda rétt brotþola til skaðabóta.

2.2 Bréf PFS til Símans, dags. 25. júlí 2018

PFS sendi Símanum tölvupóst, dags. þann 25. júlí 2018, þar sem Símanum var gefið tækifæri á að koma að sínum sjónarmiðum, kröfum og rökstuðningi við erindi Sýnar.

Jafnframt var óskað eftir að Síminn rökstyddi hagsmuni félagsins fyrir því að þessar tilteknu upplýsingar skyldu njóta trúnaðar gagnvart Sýn og almenningi þar sem afmáning upplýsinga teldist til undantekninga frá meginreglu 15. gr. stjórnisýslulaga. Þá þyrfti Síminn m.a. að horfa til þess hvaða upplýsingar félagið kynni að hafa opinberað í ársskýrslum, greinarskrifum o.þ.h.

2.3 Bréf Símans til PFS, dags. 20. ágúst 2018

Athugasemdir Símans bárust með bréfi, dags. 20. ágúst 2018, þar sem Síminn krafðist þess að PFS hafnaði beiðni Sýnar um aðgang að trúnaðarupplýsingum um fyrirtækið.

Síminn byggði á því að með ákvörðun nr. 10/2018 hafi PFS tekið endanlega ákvörðun um hvað teldist til trúnaðarupplýsinga og hvað ekki. Í því sambandi benti Síminn á að PFS hafi verið búin að láta fara fram heildstætt mat á því hvaða upplýsingar skyldu afmáðar og benti í því samhengi á að PFS hafi óskað eftir rökstuðningi hvers vegna sumar upplýsingar skyldu afmáðar. Í nokkrum tilfellum féllst Síminn á það með PFS að tiltekna upplýsingar skyldu ekki afmáðar heldur skyldu birtast gagnadilum. Hefði PFS ekki talið ástæðu til að afmá þær upplýsingar sem Síminn óskaði eftir að væru trúnaðarupplýsingar hefði PFS átt að taka ákvörðun um slíkt á fyrri stigum málsins. Ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri endanleg hjá stjórnvaldinu og teldi Síminn ekki tækt að breyta henni með því að gera þær upplýsingar sem þegar hafa verið afmáðar, opinberar.

Þá benti Síminn á að þær upplýsingar sem afmáðar voru í ákvörðun PFS nr. 10/2018 og Sýn krefst að verði gerðar opinberar hafi ekkert með niðurstöðu ákvörðunar PFS að gera enda liggja hún fyrir. Meginástæða þess að Sýn fari nú fram á að upplýsingarnar verði gerðar opinberar er til þess að auðvelda félaginu mótun bótakröfu á hendur Símanum. Fyrir það fyrsta telur Síminn það ekki vera í verkahring PFS að aðstoða Sýn við að útbúa bótakröfu á hendur samkeppnisaðila og bendir Síminn á að þær upplýsingar sem Sýn hefur óskað eftir og varða rekstur Símans hafi engin áhrif á skaðabótakröfu Sýnar enda séu slíkar kröfur gerðar á grundvelli upplýsinga úr eigin rekstri en ekki rekstri samkeppnisaðila. Taki PFS þá ákvörðun að aflétta trúnaði á þeim upplýsingum sem afmáðar hafa verið úr ákvörðuninni sé stofnunin beinlínis að gæta hagsmuna Sýnar umfram hagsmuni Símans. Enda sé ekki nauðsynlegt að veita Sýn aðgang að umræddum upplýsingum til að tryggja að málið sé nægilega upplýst og rannsakað í samræmi við 10. gr. ssl., því endanleg niðurstaða PFS í málinu liggja fyrir. Ljóst þykir að þær tölulegu upplýsingar sem Sýn hefur farið fram á að verði opinberaðar verða ekki nýttar á neinn hátt til að bæta við þær staðreyndir eða lagasjónarmið sem

PFS byggði ákvörðun sína á. Líta verði til þess að gögnin sem Sýn óskar eftir að gerð verði opinber voru gögn sem Síminn veitti í þágu rannsóknar máls og voru nauðsynleg til þess að PFS gat tekið ákvörðun í málinu. Hins vegar verði ekki framhjá því lítið að gögnin varði mikilvæga fjárhags- og viðskiptahagsmuni Símans og það að þeim sé haldið leyndum vegur mun þyngra en réttur Sýnar til að fá aðgang að gögnunum.

Yrði ekki fallist á framangreint byggði Síminn á því að þær upplýsingar sem afmáðar voru í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væru þess eðlis að um þær hvíli leynd gagnvart samkeppnisaðilanum og því ættu þær að njóta verndar 17. gr. stjórnsýslulaga en samkvæmt ákvæðinu er heimilt að takmarka rétt aðila til aðgangs af gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykir eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum. Í ákvæðinu eru hugtökin „einkahagsmunir“ og „almannahagsmunir“ ekki skilgreind nánar en samkvæmt fræðiritum og dómaframkvæmd hefur verið talið að þarna sé m.a. verið að tala um upplýsingar er varða rekstrar- eða samkeppnisstöðu aðila eða aðra mikilvæga viðskiptahagsmuni. Ákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga sé heimildarákvæði sem byggir á mati sem stjórnsýslustofnun verður að láta fara fram á milli hagsmuna aðila máls og einkahagsmuna lögaðilans sem upplýsingarnar varða, eða þeirra almannahagsmuna sem við eiga.

Síminn telur að þær upplýsingar sem fram koma í ákvörðun PFS og eru afmáðar séu Sýn óviðkomandi enda er um að ræða afmarkaðar sölutölur Símans á ákveðinni afmarkaðri söluvöru, þ.e. Sjóntarpi Símans Premium. Njóti slíkar upplýsingar ekki verndar 17. gr. ssl. sé vandséð hverskonar upplýsingar það eru sem 17. gr. ssl. tekur til. Augljóst sé að upplýsingar þær sem Sýn hefur óskað eftir að fá aðgang að séu verðmætar og ljóst þykir að komist samkeppnisaðili yfir slíkar upplýsingar geti hann nýtt sér þær til þess að styrkja stöðu sína á því afmarkaða markaðssviði sem um ræðir og þannig styrkt stöðu sína á markaðnum. Í því sambandi verði að líta til þess að Sýn sé markaðsráðandi fyrirtæki á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis og markaði fyrir áskriftarsjónvarp á Íslandi.

Þar sem málið varðar samkeppnisaðila og ekki er til að dreifa málsmeðferðarreglum um stjórnsýslumál hjá PFS taldi Síminn rétt að horfa til reglna og framkvæmdar í samkeppnisrétti á Íslandi og á EES-svæðinu. Í 16. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins segir að eftirlitinu sé heimilt að takmarka aðgang málsaðila að gögnum máls ef hagsmunir þeirra af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykir eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum, einkum þegar um er að ræða viðkvæmar *viðskiptalegar upplýsingar* sem eðlilegt má telja að leynt fari. Síminn telur að ef fallist yrði á kröfu Sýnar myndi veiting trúnaðarupplýsinga hafa skaðleg áhrif á rekstur félagsins.

Í þessu sambandi benti Síminn á dóm Hæstaréttar frá 19. júní 2003 í máli nr. 83/2003 er laut að deilu aðila um það hvort S teldist aðili að stjórnsýslumáli eða ekki. Í forsendum dómsins var m.a. fjallað um samspil aðila að upplýsingum og rétt annars aðila, samkeppnisaðila, að því að upplýsingar um viðskiptaleyndarmál færu leynt. Í dóminum segir eftirfarandi:

„Þegar þetta er metið er og óhjákvæmilegt að lítið sé til hagsmuna annarra, sem að málinu koma. Eins og áður er að vikið leiðir aðild að stjórnsýslumáli til þess að viðkomandi á almennt rétt til að kynna sér skjöl og önnur gögn, er málið varða. Hagsmunir annarra geta hins vegar staðið til þess að aðgangur að gögnum verði takmarkaður. Augljóst er að þetta getur skipt miklu í málum á sviði

Samkeppnisréttar þar sem oft liggja fyrir skjöl með upplýsingum, sem teljast til viðskiptaleyndarmála og fyrirtæki telja að ekki megi koma fyrir augu keppinauta. Í 17. gr. stjórnáráðslulaga er stjórnvaldi heimilað þegar sérstaklega stendur á að takmarka aðgang aðila máls að gögnum ef mun ríkari almanna- eða einkahagsmunir eru fyrir hendi. Hér skiptir og miklu að í 14. gr. fyrrnefndra reglna nr. 922/2001 [nú 16. gr. reglna nr. 880/2005] er mælt fyrir um heimild samkeppnisyfirvalda til að takmarka aðgang málsaðila að gögnum máls ef hagsmunir þeirra af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum, einkum þegar um er að ræða viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar, sem eðlilegt má telja að leynt fari. Þar er einnig kveðið á um rétt aðila til að óska þess að farið verði með upplýsingar eða gögn sem trúnaðarmál. Ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í þessum efnum sem öðrum sæta kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sbr. 9. gr. samkeppnislaga.“

Einnig taldi Síminn nauðsynlegt að líta til þeirra ákvarðana sem Samkeppniseftirlitið hefur kveðið upp síðustu ár og þá hvaða upplýsingar stofnunin hefur afmáð í ákvörðunum sínum þar sem um trúnaðarupplýsingar hafi verið að ræða. Í því sambandi benti Síminn á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 19/2016 er fjallaði um brot Mjólkursamsölnunnar ehf. á samkeppnislögum. Í þeirri ákvörðun voru t.a.m. allar upplýsingar er vörðuðu sölu Kaupfélags Skagfirðinga á eigin framleiðsluvörum á árunum 2007-2013, afmáðar, þar sem talið var að um trúnaðarupplýsingar hafi verið að ræða. Í sömu ákvörðun var talið að upplýsingar, er tengdust tekjuöflun Kaupfélags Skagfirðinga vegna verðtilfærslu, teldust til trúnaðarupplýsinga og voru því afmáðar úr ákvörðuninni.

Þá er einnig bent á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 er varðaði misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði en þar voru upplýsingar um heildar sölutekjur Kaupáss og Samkaupa árin 2004-2006 afmáðar úr ákvörðuninni þar sem ekki hafi verið um að ræða opinberar upplýsingar og þar af leiðandi talið að um trúnaðarupplýsingar væri að ræða. Hér verður að hafa í huga að þær upplýsingar sem Sýn óskar eftir eru ekki opinberar upplýsingar heldur sundurliðaðar upplýsingar sem veittar voru PFS í þágu rannsóknar máls er lauk með ákvörðun stofnunarinnar nr. 10/2018. Á heimasíðu Símans er hins vegar hægt að nálgast opinberar upplýsingar er varða árshlutauppgjör og aðrar upplýsingar er varða fjárhag félagsins, þar á meðal tekjur Símans eftir ákveðnum tekjustoðum svo sem sjónvarpsþjónustu.

Í ljósi framangreinds taldi Síminn að hafa megi hliðsjón af þeim sjónarmiðum er gilda um þessi efni í evrópskum samkeppnisrétti. Í því sambandi bæri að nefna að í framkvæmd, bæði héraðs og í Evrópu, hefur verið talið að við mat á því hvort upplýsingar skyldu undanþegnar aðgangi aðila máls þyrfti að líta til hagsmuna viðkomandi fyrirtækis við að halda viðkvæmum viðskiptaupplýsingum sínum leyndum. Í því sambandi hafi verið gerður greinarmunur á trúnaðarupplýsingum er innihalda viðskiptaleyndarmál annars vegar og annars konar trúnaðarupplýsingar hinsvegar en þessi greinarmunur á rót sína að rekja til dóms Evrópudómstólsins í máli nr. 53/85 (*Akzo*). Í niðurstöðu þess dóms var sérstaklega mælt fyrir um að viðskiptaleyndarmál nýtu sérstakrar verndar en orðrétt sagði í niðurstöðu dómsins:

Business secrets are thus afforded very special protections... It follows that a third party who has submitted a complaint may not in any circumstances be given

access to documents containing business secrets. Any other solutions would lead to the unacceptable consequences that an undertaking might be inspired to lodge a complaint with the Commission solely in order to gain access to its competitor's business secrets.

Af framangreindum dómi taldi Síminn ljóst að ein ástæða þess að ákvæði séu sett sem mæla fyrir um takmörkun aðila að trúnaðarupplýsingum þegar mál eru til rannsóknar hjá stjórnvöldum sé sú að koma í veg fyrir að aðilar geti kvartað undan háttsemi samkeppnisaðila sinna í þeim eina tilgangi að komast yfir trúnaðargögn. Ljóst væri að PFS hefði undir höndum gífurlegt magn upplýsinga er vörðuðu hagsmuni Símans og nauðsynlegt væri að Síminn gæti treyst því að stjórnvaldið opinberi ekki upplýsingar sem sannarlega varða viðskipta- og fjárhagslega hagsmuni Símans.

Þá benti Síminn á að undirréttur ESB hefði skilgreint hugtakið „viðskiptaleyndarmál“ með hliðsjón af þeim afleiðingum sem það hefði i för með sér fyrir viðkomandi fyrirtæki ef tiltekna upplýsingar yrðu gerðar opinberar. Við mat á því hvort aðilar máls skyldu hljóta aðgang að gögnum máls hefði verið gerður greinarmunur á trúnaðarupplýsingum sem innihalda viðskiptaleyndarmál annars vegar og annars konar trúnaðarupplýsingum hins vegar. Í leiðbeinandi tilmælum framkvæmdastjórnarinnar nr. 2005/C 325/7 um aðgang aðila að gögnum í samræmi við ákvæði 81. og 82. ESB-sáttmálans (e. EC treaty) og ákvæði 53., 54. og 57. EES- samningsins og reglna ESB um samruna nr. 139/2004 er fjallað um rétt aðila að gögnum máls er varða rannsókn við samkeppniseftirlit.

Í 3. kafla framangreindra tilmæla væri kveðið á um hvaða gögn skyldu vera undanþegin aðgangi aðila máls en meðal þeirra gagna væru trúnaðarupplýsingar, sbr. kafli 3.2. tilmælanna. Samkvæmt tilmælunum er gerður greinarmunur á trúnaðarupplýsingum er innihalda annars vegar viðskiptaleyndarmál og hins vegar aðrar trúnaðarupplýsingar og er aðgangur aðila að slíkum gögnum takmarkaður ýmist að hluta- eða öllu leyti. Krafa um að upplýsingum sé haldið leyndum fer í gegnum framkvæmdastjórnina og er það þeirra að meta hvort upplýsingarnar falli undir viðskiptaleyndarmál eða aðrar trúnaðarupplýsingar og séu þar með undanþegin aðgangi aðila máls. Samkvæmt 18. gr. tilmælanna kemur fram að verði opinberun upplýsinga til þess að það skaði viðkomandi fyrirtæki, teljist slíkar upplýsingar til viðskiptaleyndarmáls. Samkvæmt ákvæðinu eru dæmi um slíkar upplýsingar eftirfarandi: tæknilegar og/eða viðskiptalegar upplýsingar er varða þekkingu fyrirtækja, aðferðir við að meta kostnað, framkvæmdar- og framleiðsluleyndarmál, birgðastöðu, magn og fjölda vöru sem er framleidd og seld, lista yfir viðskipta- og dreifingaraðila, markaðsáætlanir, kostnaðar- og verðáætlanir og söluáætlanir.

Þá nefndi Síminn að undirréttur ESB hafi komist að þeirri niðurstöðu að kærendur (e. complainants) í málum hjá framkvæmdavaldinu njóti ekki sömu réttarstöðu og þeir aðilar sem sæta rannsókn og eiga þar af leiðandi ekki sama rétt til aðgangs að gögnum mála sem til meðferðar eru hjá stofnuninni. Í því sambandi er vert að benda á 32. gr. framangreindra tilmæla framkvæmdastjórnarinnar þar sem segir að kærandi hafi ekki rétt til aðgangs að gögnum er varða viðskiptaleyndarmál eða aðrar trúnaðarupplýsingar sem framkvæmdastjórnin hefur undir höndum vegna rannsóknar máls.

Fyrir liggi að beiðni Sýnar, dags. 16. júlí 2018, snúist um að fá upplýsingar um fjölda (e. quantity) áskrifenda að *Sjónvarpi Símans Premium* á tilteknu tímabili og hvernig sá áskrifendafjöldi þróaðist á tímabilinu 1. september 2015 til mars 2018. Síminn taldi ljóst að slíkar upplýsingar falla undir

ákvæði framangreindra 18. gr. tilmæla framkvæmdastjórnarinnar, þ.e. magn og fjölda vöru sem framleidd er og selt. Í ljósi þess og með vísan til alls framangreinds telur Síminn að þær upplýsingar, sem Sýn hefur óskað eftir að fá aðgang að, séu trúnaðarupplýsingar sem innihalda *viðskiptaleyndarmál* í skilningi leiðbeinandi tilmæla framkvæmdastjórnarinnar og eigi því að vera undanþegnar aðgangi Sýnar, sérstaklega í ljósi þess að Sýn er kvartandi í málinu er lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018 og einn helsti samkeppnisaðili Símans. Sýn hefur með engum hætti rökstutt það hvers vegna aflétta eigi þeim trúnaðarupplýsingum er þeir fara fram á að fá aðgang að og víkja þannig frá þeirri skýru reglu er gildir um að slíkar upplýsingar eigi að njóta trúnaðar. Síminn telur það því liggja ljóst fyrir að hagsmunir hans af því að halda þeim upplýsingum, sem afmáðar hafa verið í ákvörðun PFS nr. 10/2018, leyndum séu augljóslega meiri en hagsmunir Sýnar af því að fá upplýsingarnar enda er um að ræða afmarkaðar sölutölur fyrir afmarkaða söluvöru líkt og rakið hefur verið. Niðurstaða sem yrði á annan veg færi því gegn viðurkenndri áratugalangri framkvæmd og er til þess fallin að skaða hagsmuni Símans auk þess að stuðla að vantrausti á allri meðferð PFS á afhentum trúnaðarupplýsingum til stofnunarinnar.

Að því sögðu er þess krafist að beiðni Sýnar um að PFS aflétti trúnaði af þeim sundurliðuðu tölulegu upplýsingum sem er að finna í ákvörðun PFS nr. 10/2018, verði hafnað.

Síminn gagnrýndi jafnframt verklag PFS í málinu og taldi að af póstsamskiptum Símans við fyrirsvarsmann PFS að dæma þætti mega ráða að PFS hefði þegar tekið afstöðu í málinu og ljóst að sú afstaða byggði alfarið á röksemdum Sýnar sbr. orðalagið „*Þar sem afmáning upplýsinga á að vera undantekning frá meginreglunni telur PFS að ekki sé nægjanlegt að Síminn vísi með almennum hætti til þess að upplýsingarnar varði viðskipti og rekstur Símans, heldur verði félagið að rökstyðja hvaða hagsmuni félagið hafi af því að þessar tilteknu upplýsingar skuli njóta trúnaðar gagnvart Sýn og almenningi.*“

Af orðalaginu að dæma þætti Símanum ljóst að hvaða niðurstöðu PFS hallaðist að í málinu og yrði að telja slíkt í besta falli undarlegt enda hefði Síminn ekki fengið tækifæri til þess að koma sjónarmiðum sínum á framfæri í samræmi við meginreglu stjórnarsýslulaga. Slíkt verklag gæti leitt til þess að farið væri á svig við rétt Símans til réttlátrar málsmeðferðar innan stjórnarsýslunnar. Væri allur réttur áskilinn í því sambandi.

Þá kom fram að ef PFS myndi fallast á kröfu Sýnar um afhendingu upplýsinganna væri þess krafist að tekin yrði kæránleg ákvörðun og upplýsingarnar ekki afhentar fyrr en Símanum hefði gefist færi á því að gera kröfu um frestun réttaráhrifa ákvörðunarinnar og bera málið undir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála og eftir atvikum dómstóla.

2.4 Bréf PFS til Sýnar, dags. 24. ágúst 2018

Með tölvupósti PFS til Sýnar, dags. 24. ágúst 2018, veitti stofnunin félaginu frest til 10. september til að tjá sig um framangreindar athugasemdir Símans. Þá flokkaði stofnunin þær upplýsingar sem Sýn óskaði afléttingu trúnaðar á með neðangreindum hætti:

1. Upplýsingar tengdar fjölda viðskiptavina Sjónvarps Símans Premium (SSP) og tekjum Símans af þeim :

- a. Fjöldi áskrifenda að SSP þann 1. október 2015
- b. Fjöldi áskrifenda að SSP þann 1. mars 2018
- c. Fjölgun áskrifenda á tímabilinu

- d. Prósentutala umræddrar fjölgunar
- e. Áætlun PFS á tekjum Símans af viðskiptavinum í SSP á ári

2. Upplýsingar tengdar Heimilispakkanum (HP)

- a. Fjöldi áskrifenda af HP þann 1. mars 2018
- b. Mánaðarlegar tekjur Símans af sölu á HP með línugjaldi
- c. Árlegar tekjur Símans af sölu á HP með línugjaldi

3. Upplýsingar um tengsl fjölda áskrifenda SSP við aðrar stærðir í rekstri Símans

- a. Prósentuhlutfall áskrifenda SSP sem voru með HP þann 1. mars 2018
- b. Prósentuhlutfall áskrifenda SSP sem voru ekki með neina aðra þjónustu hjá Símanum þann 1. mars 2018
- c. Prósentuhlutfall áskrifenda SSP sem voru á öðrum undirliggjandi netum en netum Mílu þann 1. mars 2018

Óskaði PFS eftir því að Sýn færði fram rökstuðning fyrir afléttingu trúnaðar sérhvers ofangreinds liðar, m.a. m.t.t. stjórnarsýslu- og dómaframkvæmdar varðandi 17. gr. stjórnarsýslulaga.

Varðandi slíka framkvæmd benti PFS meðal annars á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/2010 (Vífelfell) og dóms Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 (Hagar hf.) og undirliggjandi ákvörðun Samkeppniseftirlits og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í tengslum við þann dóm.

Með þessu væri PFS hins vegar ekki á neinn hátt búið að taka afstöðu til umrædds ágreiningsmáls Sýnar og Símans, heldur að reyna að beina meðferð málsins sem fyrst á hnitmiðaða braut.

2.5 Bréf Sýnar til PFS, dags. 10. október 2018

Svar Sýnar barst með bréfi, dags. 10. október 2018, þar sem í almennum athugasemdum vegna málsins kom fram að Sýn væri aðili til varnar í dómsmáli sem höfðað hefði verið til ógildingar á ákvörðun PFS nr. 10/2018. Þá séu upplýsingarnar sem óskað er eftir nauðsynlegar félaginu til að geta varist kröfum sem Síminn hafi beint gegn Sýn og til að setja fram gagnkröfu um greiðslu skaðabóta. Þeir hagsmunir séu verulegir og varði m.a. réttláta málsmeðferð fyrir dómi og augljósa hagsmuni af því að ákvörðun PFS standi. Umtalsverður tími sé liðinn a.m.k. frá upphafi þess tímabils sem um teflir og Síminn hafi sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar á opinberum vettvangi auk þess sem sumir liðir séu ekki upplýsingar frá Símanum heldur mat PFS á upplýsingum frá Símanum.

Þá vísaði Sýn til Hrd. 72/2011 þar sem fjallað var um kröfu Valitor að gögnum frá Borgun sem Borgun hafði afhent Samkeppniseftirlitinu. Í héraði, sem var staðfestur með vísan til forsendna, sagði m.a. að málsmeðferðarreglur stjórnvalds geti ekki „dregið úr þeirri réttarvernd sem málsaðilar njóta samkvæmt stjórnarsýslulögum.“ Þá var tekið fram að hagsmunir af leynd yrðu að vera „mun ríkari hagsmunum málsaðila til að réttlæta takmörkun á aðgangi að upplýsingum í málinu.“ Réttur til upplýsinga yrði því „jafnan einungis takmarkaður ef sýnileg hættu er á því að almanna- eða einkahagsmunir bíði umtalsvert tjón.“ Beiðni aðila um að trúnað yrði haldið um tiltekna upplýsingar var síðan talin hafa „enga efnislega þýðingu“ við þetta mat. Í dómnum segir m.a. orðrétt:

„Þá er ljóst að ekki er unnt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum á grundvelli 17. gr. laganna nema að undangengnu mati annars vegar á hagsmunum málsaðila af því að notfæra sér vitneskju úr gögnunum til að gæta hagsmuna sinna og hins vegar á andstæðum almanna- eða einkahagsmunum. Þurfa slíkir hagsmunir að vera mun ríkari hagsmunum málsaðila til að réttlæta takmörkun á aðgangi að upplýsingum í málinu. Almennt má því ganga út frá því að aðgangur aðila að gögnum verði jafnan einungis takmarkaður ef sýnileg hætt er á því að almanna- eða einkahagsmunir bíði umtalsvert tjón ef aðila yrði veittur aðgangur að upplýsingunum. Þetta verður þó einnig að meta í ljósi þess hvaða þýðingu upplýsingar í gögnunum hafi fyrir úrlausn málsins enda verður að ætla að málsaðili hafi minni hagsmuni af því að tjá sig um upplýsingar sem hafa takmarkaða þýðingu.“

Sýn vísaði jafnframt til máls nr. 83/2003 þar sem vikið var að því að sú aðstaða gæti „oft“ komið upp á sviði samkeppnisréttar að meðal gagna máls væru skjöl með viðskiptaleyndarmálum sem ekki mættu koma fyrir augu keppinauta. Sama mætti sjá í dómi í máli nr. 111/2014. Þar var talið heimilt að afmarka aðgang aðila að gögnum sem lutu að „sundurliðuðum tekjum af sölu keppinauta aðalstefnda og annarra aðila á drykkjarvörumarkaði í mismunandi vöruflokkum og afstöðu helstu keppinauta hans til stöðu sinnar á markaðnum.“ Þessir dómur fjalla hins vegar ekki um þá aðstöðu þegar málsaðilar hafa sjálfir birt sömu eða samsvarandi upplýsingar á opinberum vettvangi og geta því vart talist fordæmisgefandi vegna þeirrar beiðni sem liggur fyrir í þessu máli. Annað sem aðgreinir til að mynda mál nr. 111/2014 er sú staðreynd, að þar var um að ræða synjun á aðgangi að mjög sundurliðuðum bókhaldsupplýsingum, sem voru þar af leiðandi annars eðlis en þær upplýsingar sem krafist er í máli þessu. Þá er í máli þessu óskað eftir upplýsingum sem ná í sumum tilvikum aftur í tímann eða allt til 2015 og greinir sú staðreynd einnig málin að.

Jafnframt er að finna nokkra dóma sem varða ekki kröfu um aðgang skv. stjórnsýslulögum. Þeir varða hins vegar mat á gildi trúnaðar á öðrum sviðum og teljast væntanlega hafa almenna skírskotun við eðlislíkar ákvarðanir.

419/1995: Blaðamaður var krafinn svara um heimildarmann að baki umfjöllun um meðhöndlun Landsbanka Íslands á málefnum Sambands íslenskra samvinnufélaga og skuldaskilum þess. Kröfunni var hafnað. Horft var m.a. til þess að nauðasamningum Sambandsins væri lokið og skuldaskilin gengin í gegn. Því væru ekki lengur sömu hagsmunir tengdir þeim trúnaðarupplýsingum.

455/1999: Fjallaði um upplýsingarétt almennings. Við mat þess hvað væri sanngjarnt og eðlilegt að leynt færi var sérstaklega rakið *hvaða upplýsingar lágu þegar fyrir á opinberum vettvangi*. Þarna birtist einnig það sjónarmið að upplýsingar um gömul verðmöt eigna sem voru til sölu gætu „engu raunverulegu máli“ skipt. En það voru a.m.k. 2 ár liðin frá verðmati).

811/2013: Fjallað um vitnaskyldu vegna dómsmáls. Vitni bar fyrir sig trúnaði sem endurskoðandi. Hæstiréttur vísaði m.a. til þess að um væri að ræða upplýsingar sem „gátu eftir atvikum ratað í ársreikning“. Þær upplýsingar voru ekki taldar hafa átt að fara leynt „samkvæmt lögum eða eðli máls“ í skilningi trúnaðarákvæðis laga um endurskoðendur.

799/2013: Fjallað um vitnaskyldu vegna dómsmáls. Vitni bar fyrir sig bankaleynd og trúnaði um viðskiptaleyndarmál. Hæstiréttur vísaði m.a. til þess að um væri að tefla upplýsingar sem hefðu áhrif á lið í reikningsskilum sem hafi átt að birta opinberlega.

808/2013: Svipað og 799/2013 nema reyndi á trúnaðarskyldu lögmanns.

809/2013: Svipað og 799/2013 nema ekki bankaleynd. Til viðbótar var tekið fram að spurningarnar sem tengdust efni spurninga hefðu „meðal annars birst í opinberum gögnum eins og í rannsóknarskýrslu Alþingis.“

810/2013: Svipað og 809/2013 nema reyndi á trúnaðarskyldu lögmanns. Jafnframt vísaði Sýn til þess að Síminn hefði sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar opinberlega um Sjónvarp Símans Premium og Heimilispakkann:

Úr fréttatilkynningu Símans vegna ársreiknings 2017:

Sjónvarp Símans Premium.

Vel á fjórða tug þúsunda heimila nutu Sjónvarps Símans Premium í lok árs og fjölgaði áskrifendum um tæpan þriðjung á árinu. Klukkustundum af gæðaeefni, m.a. frá CBS, Showtime, Disney, Lucasfilm, 20th Century FOX og NBC Universal, fjölgaði um 1.300 á árinu og voru 7.300 í lok þess.

Úr kynningu vegna árshlutauppgjörs 1F 2017:

Yfir 30.000 heimili með Sjónvarp Símans Premium.

1,3 milljónir pantana mánaðarlega.

Úr fréttatilkynningu vegna ársreiknings fyrir árið 2016.

Þúsundir nýrra áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium.

Fjöldi áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium tvöfaldaðist á árinu og voru rétt tæplega 28 þúsund í árslok. Nú eru nærri þrefalt fleiri klukkustundir innan efnisveitunnar en þegar hún var kynnt á markaði í október 2015 – eða ríflega 6.000 klukkustundir

Úr fréttatilkynningu vegna afkomu Símans fyrir árið 2015:

SkjárEinn tók stakkaskiptum í október. Stöðin sem um árabíl hafði verið í áskrift er núna aftur opin á nær öllum heimilum landsins í línulegri dagskrá. Þá var kynnt ný gagnvirk efnisþjónusta, SkjárEinn hjá Símanum, þar sem nálgast má þúsundir klukkustunda efnis í áskrift hjá Símanum. Áskrifendum að SkjáEinum hjá Símanum hefur fjölgað umtalsvert og eru nú orðnir ríflega 2 þúsund fleiri en voru hjá SkjáEinum þegar stöðin var í áskrift.

Úr ársskýrslu Símans vegna ársins 2016:

VAXANDI EFNISVEITA

9 milljónir pantana úr Sjónvarpi Símans Premium

Áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium pöntuðu þætti vel yfir níu milljón

sinum á árinu 2016, mest í desember þegar þær voru nærri milljón. Fjölskyldudramað This is Us var vinsælastur nýrra þátta á árinu, en Desperate Housewives af þeim eldri. Notkun á þessari efnisveitu, sem geymir yfir 6.000 klukkustundir af efni, vex og vex enda fjölgar viðskiptavinum stöðugt. Þeir voru rétt tæplega 28 þúsund í árslok, tvöfalt fleiri en í ársbyrjun.

STERKARI TENGLI JUKU VIÐSKIPTIN

Birna Ósk Einarsdóttir, framkvæmdastjóri Sölu og þjónustusviðs

„Viðskiptavinum með Heimilispakka fjölgaði frá ágústbyrjun til ársloka um nærri 40% og þeim sem kusu heldur staka áskrift að Sjónvarpi Símans Premium fjölgaði um ríflega 50%. Við fundum áhugann vakna fyrir alvöru þegar við hurfum frá því að leggja áherslu á hvaða vörur Heimilispakinn innihéldi og settum fókussinn á gæði þeirra. Allir eiga að vita að þeir geta meira með Símanum árið 2017.

Úr frétt á heimasíðu Símans, skrifuð 30.12.2016:

<https://www.siminn.is/forsida/siminn/i-fjolmidlum/frettir/frett/2016/12/30/frett5>

Fjölskyldum með Heimilispakkann fjölgaði um þúsundir á árinu og enn fleiri nutu efnisveitunnar Sjónvarps Símans Premium. Þeim fjölgaði að jafnaði um fimm hundruð á viku allt frá hausti og voru 27.700 í árslok.

Úr ákvörðun PFS nr. 10/2018:

Þann 24. febrúar 2017 sendi Síminn tölvupóst á hagaðila með upplýsingum um Sjónvarp Símans Premium og nýjungar í sölu sjónvarpsauglýsinga. Þar var m.a. að finna viðtal við Pálma Guðmundsson, forstöðumann hjá Símanum. Hann segir m.a.: „Síminn mat það svo að markaður væri fyrir heimilispakka með afþreyingu og það hefur sannarlega komið á daginn. 28 þúsund heimili eru nú með Sjónvarp Símans Premium og fjölgaði þeim um ríflega helming á síðasta ári. Það þýðir að ekki er lengur marktækur munur á fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium, Netflix á Íslandi og Stöð 2. [...] Við erum þegar komin á þann stað sem við stefndum á og nú setjum við markið bara ennþá hærra. Við erum hæstánægð með þessar undirtektir. [...] Til að eiga möguleika á því að ná hylli áhorfenda verðum við að bjóða upp á nýtt íslenskt efni og um þessar mundir er engin íslensk sjónvarpsstöð með meira leikið íslenskt efni í pípunum en við. [...] Það er framtíðin að horfa hvar sem er og hvenær sem er á sjónvarp, þessi hugmynd raungerðist á síðasta ári.“

Í tölvupósti PFS var óskað eftir rökstuðningi um afléttingu trúnaðar vegna neðangreindra liða:

1. Upplýsingar tengdar fjölda viðskiptavina Sjónvarps Símans Premium og tekjum Símans af þeim (SSP):

- a. Fjöldi áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium (SSP) þann 1. október 2015
Svar: Hér hefur Síminn sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar
- b. Fjöldi áskrifenda að SSP þann 1. mars 2018
Svar: Hér hefur Síminn sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar
- c. Fjölgun áskrifenda á tímabilinu

Svar: Þarfnast ekki frekari rökstuðnings, þar sem fjölgunin leiðir af svari við a. og b.

d. Prósentutala umræddrar fjölgunar

Svar: Þarfnast ekki frekari rökstuðnings, þar sem fjölgunin leiðir af svari við a. og b.

e. Áætlun PFS á tekjum Símans af viðskiptavinum í SSP á ári

Svar: Fellur ekki undir trúnað þar sem upplýsingarnar stafa ekki frá Símanum heldur PFS

2. Upplýsingar tengdar Heimilispakkanum (HP):

a. Fjöldi áskrifenda af Heimilispakkanum (HP) þann 1. mars 2018

Svar: Hér hefur Síminn sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar

b. Mánaðarlegar tekjur Símans af sölu á HP með línugjaldi

Svar: Þarfnast ekki rökstuðnings þar sem tekjurnar leiða af svari við a. lið

c. Árlegar tekjur Símans af sölu á HP með línugjaldi

Svar: Þarfnast ekki rökstuðnings þar sem tekjurnar leiða af svari við a. og b. lið

3. Upplýsingar um tengsl fjölda áskrifenda Sjónvarps Símans Premium (SSP) við aðrar stærðir í rekstri Símans:

a. Prósentuhlutfall áskrifenda SSP sem voru með HP þann 1. mars 2018

Svar: Hér hefur Síminn sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar

b. Prósentuhlutfall áskrifenda SSP sem ekki voru með neina aðra þjónustu hjá Símanum þann 1. mars 2018

Svar: Hér hefur Síminn sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar

c. Prósentuhlutfall áskrifenda SSP sem voru á öðrum undirliggjandi netum en netum Mílu þann 1. mars 2018

Svar: Þessar upplýsingar eru nauðsynlegar sem liður í vörnum í dómsmáli, sbr. almenni kaflinn hér að ofan, sem og til að undirbyggja bótakröfu

Að mati Sýnar fengist ekki séð að andsvör Símans, dags. 20. ágúst 2018, kalli á umfangsmikla umfjöllun. Þeim væri mótmælt og þannig fæst ekki séð að löng umfjöllun um afleiddan EES rétt á sviði samkeppnismála skipti máli varðandi fyrirliggjandi upplýsingabeidni. Einnig þykir ekki ástæða til að elta ólar við ómálefnalegar dylgjur Símans um meinta fyrirfram gefna afstöðu stjórnvaldsins. Hvað varðar fullyrðinguna um að skaðabótakrafa Sýnar verði einungis byggð á upplýsingum úr eigin rekstri, er henni mótmælt sem rangri. Eins og kröfubréf það sem sent hefur verið Símanum dags. 13. júlí 2018, eru umbeðnar upplýsingar þvert á móti nauðsynlegar til að undirbyggja bótakröfuna með nákvæmum hætti, sbr. t.d. liðir 1 - 4 í kröfubréfinu.

Kjarni málsins er þessi:

Hagsmunir Símans af leynd eru ekki „mun ríkari“ hagsmunum Sýnar „til að réttlæta takmörkun á aðgangi að upplýsingum í málinu“, svo stuðst sé við orðalag Hæstaréttar í máli nr. 72/2011. Réttur til upplýsinga verður því „jafnan einungis takmarkaður ef sýnileg hætta er á því að almanna- eða einkahagsmunir bíði umtalsvert tjón.“ Fyrir liggur stjórnvaldsákvörðun PFS um skýrt og einbeitt brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Blasir við að einkahagsmunir Sýnar, sem og almannahagsmunir, verða ekki fyrir neinu tjóni. Þvert á móti styðja almannahagsmunir þá

niðurstöðu að brot á lögum, sem kemur niður á neytendum, beri að hafa afleiðingar í formi skaðabóta. Sammerkt er með öllum liðum beiðinnar að umbeðnar upplýsingar eru nauðsynlegar sem liður í vörnum í dómsmáli, sbr. almenni kaflinn hér að ofan, sem og til að undirbyggja bótakröfu.

Með vísan til alls framangreinds, taldi Sýn að fallast bæri á beiðni um aðgang skv. liðum 1-3 að ofan. Að öðrum kosti væru réttarræði Sýnar torvelduð og hagnaður Símans af brotinu, sem enn stendur yfir, festur í sessi.

2.6 Bréf PFS til Símans, dags. 17. október 2018

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 17. október 2018, veitti stofnunin Símanum frest til 31. október til að tjá sig um framangreind andsvör Sýnar við beiðni félagsins um afléttingu trúnaðar á tilteknum upplýsingum í ákvörðun PFS nr. 10/2018.

Jafnframt óskaði PFS eftir því að Síminn rökstyddi sérstaklega:

1. Hvers vegna hagsmunir Símans af leynd umræddra upplýsinga væru mun ríkari hagsmuna Sýnar á að hagnýta sér þær til að gæta hagsmuna sinna?
2. Hvort Síminn byði umtalsverðs tjóns af hugsanlegri birtingu umræddra gagna og í hverju það gæti falist? Og hvort hættan á tjóni væri sýnileg og raunhæf?
3. Hvort Síminn gæti hrakið þær staðhæfingar Sýnar að Síminn hefði birt umræddar upplýsingar eða sambærilegar upplýsingar opinberlega á umliðnum misserum og árum?

2.7 Bréf Símans til PFS, dags. 7. nóvember 2018

Svarbréf Símans barst með bréfi dags. 7. nóvember 2018 þar sem Síminn krafðist þess að PFS hafnaði kröfu Sýnar um aðgang að viðkvæmum trúnaðarupplýsingum sem afmáðar voru í ákvörðun nr. 10/2018.

Til viðbótar þeim röksemdum sem Síminn hefði ítarlega rakið í bréfi til PFS, dags. 20. ágúst, byggði Síminn á því að endanleg niðurstaða um það hvort Síminn hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga liggja ekki fyrir. Með stefnu dags. 1. október 2018, sem þingfest var í Héraðsdómi Reykjavíkur 9. október 2018, stefndi Síminn PFS, Sýn hf., Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. og Mílu ehf. krafðist Síminn þess aðallega að ákvörðun PFS nr. 10/2018 yrði felld úr gildi í heild sinni. Teldi Síminn það vera lágmarkskröfu að PFS biði niðurstöðu þess máls áður en viðkvæmar viðskiptaupplýsingar yrðu afhentar keppinauti.

Byggði Síminn á því að með dómi Hæstaréttar frá 18. október 2018 í máli nr. 329/2017 komst dómurinn að þeirri niðurstöðu að ágreiningslaust væri að ákvæði fjölmiðlalaga nr. 38/2011 næðu aðeins til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis, sbr. m.a. eftirfarandi: „Í VII kafla laga nr. 38/2011 er að finna reglur um flutning myndefnis. Er þar annars vegar í 44. gr. mælt fyrir um skyldu fjarskiptafyrirtækis, að gættum nánari skilyrðum, til að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um flutning á sjónvarpsútsendingum. Hins vegar er í 45. gr. laganna kveðið á um sambærilega skyldu fjölmiðlaveitu til að heimila fjarskiptafyrirtæki að flytja efni. Ágreiningslaust er að þessar reglur laganna nái eingöngu til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis. Í 1. mgr. 46. gr. laganna kemur fram að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skuli semja um flutning á sjónvarpsútsendingum á grundvelli 44. og 45. gr. laganna. Náist slíkur samningur ekki kemur til kasta PFS á grundvelli 2. mgr. 46. gr. laganna sem getur, reynist sáttaumleitanir árangurslausar, skorið úr ágreiningi aðila

með ákvörðun. **Að þessum reglum slepptum er ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu.**“

Telur Síminn dóm Hæstaréttar hafa verulega þýðingu í málinu og að taka verði mið af honum við ákvörðun í þessu máli sér í lagi þegar endanleg niðurstaða liggur ekki fyrir um mögulega ólögmeta háttsemi.

Sýn byggi á því að hagsmunir félagsins af afhendingu upplýsinganna séu til að undirbyggja skaðabótamál félagsins. Afhending trúnaðarupplýsinga sé hins vegar ekki afturkræft úrræði. Verði fallist á kröfu Sýnar um afléttingu trúnaðar er því ljóst að félagið hefur komist yfir trúnaðargögn Símans sem félagið getur nýtt á hvaða veg sem því hugnast. Verði fallist á kröfugerð Símans í dómsmálinu og ákvörðun PFS nr. 10/2018 felld úr gildi hefur afhending upplýsinganna verið óþörf þar sem grundvöllur skaðabótamáls væri þá ekki til staðar. Að mati Símans verður að stíga varlega til jarðar í þessum efnum, einkum og sér í lagi þegar endanleg niðurstaða í deilu aðila liggur ekki fyrir.

Þá sagði í bréfinu að einnig þyrfti að horfa til þess að með gagnstefnu, dags. 6. nóvember 2018, höfðaði Sýn skaðabótamál á hendur Símanum fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur. Í gagnstefnu er tiltekið hvert Sýn telur fjárhagslegt tjón sitt vera og auk þess sem gerður er áskilnaður um rétt til þess að dómkveðja matsmenn til að leggja mat á fjárhagslegt tjón félagsins. Tvennt verður ráðið af þessu. Í fyrsta lagi eru þau gögn sem Sýn hefur krafist að fá aðgang að óþörf til að Sýn móti skaðabótakröfu sína vegna niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Í öðru lagi er ljóst að dómkvaddir matsmenn geta kallað eftir gögnum en þau gögn rata þó endilega ekki til gagnaðila málsins þar sem það er matsmanna að meta það hvort gögnin hafi þýðingu og mögulegt fyrir þann sem afhendir gögnin að krefjast trúnaðar og verði ekki afhentar matsbeiðanda eða öðrum aðilum málsins.

Þá fengi Síminn ekki séð að dómur Hæstaréttar í máli nr. 72/2011 eigi við í því máli sem hér er undir enda séu málsatvik með öllu ólík. Í málinu snerist deila aðila fyrst og fremst um það að upplýsingar um nöfn þeirra aðila sem upplýst höfðu um atriði er vörðuðu meint brot Valitor gegn samkeppnislögum yrðu birt. Eðli máls samkvæmt þurfti Valitor að fá þær upplýsingar til að geta haldið uppi vörnum við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu, m.a. til þess að geta áttað sig á því hvort rannsókn eftirlitsins væri reist á réttum upplýsingum og lagt þá fram ný gögn um þau tilvik. Eðlilega er upplýsingaréttur aðila sem rannsókn beinist gegn og kann að hafa í för með sér viðurlög eða önnur íþyngjandi úrræði mun ríkari en annarra aðila máls. Réttur aðila máls sem rannsókn beinist gegn felst í raun í réttinum til að verja sig og nýta andmælarétt sinn.

Þá segir jafnframt eftirfarandi í forsendum niðurstöðu héraðsdóms sem staðfestar voru í Hæstarétti:

„Almennt má ganga út frá því að aðgangur aðila að gögnum verði jafnan einungis takmarkaður ef sýnileg hættu er á því að almanna- eða einkahagsmunir bíði umtalsvert tjón ef aðila yrði veittur aðgangur að upplýsingunum. Þetta verður þó einnig að meta í ljósi þess hvaða þýðingu upplýsingar í gögnunum hafi fyrir úrlausn málsins enda verður að ætla að málsaðili hafi minni hagsmuni af því að tjá sig um upplýsingar sem hafa takmarkaða þýðingu.“

Að mati Símans hefur framangreind feitiletruð setning mikla þýðingu í þessu máli. Síminn telur það ekkert nema útúrnsúninga af hálfu Sýnar að þeir þurfi á þeim upplýsingum að halda til þess að geta

hagsmuna sinna. Málinu er lokið hjá stjórnvaldinu og ekki er að sjá að Sýn hafi þurft á þessum upplýsingum að halda yfir höfuð til að gæta hagsmuna sinna við meðferð málsins þar.

Í því sambandi telur Síminn að í málinu beri að líta til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/2010 Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, þar sem Vífilfell hf. krafðist þess að synjun Samkeppniseftirlitsins um aðgang að gögnum yrði felld úr gildi og að veittur yrði aðgangur að öllum þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið byggði á í andmælaskjali dags. 5. júlí 2010. Í niðurstöðu sinni fór áfrýjunarnefndin yfir öll þau skjöl sem eftirlitið hafði synjað Vífilfelli um aðgang að. Í forsendum niðurstöðu nefndarinnar var skýrt tekið fram að öll þau skjöl sem innihéldu nákvæmar upplýsingar um umfang viðskipta, upplýsingar um sundurliðun tekna og tölulegar upplýsingar um markaðshlutdeild á ýmsum mörkuðum, flokkuðust undir trúnaðargögn og nytu því verndar 17. gr. stjórnsýslulaga. Þá sagði enn fremur í forsendum niðurstöðu nefndarinnar:

„Eins og fyrr segir á áfrýjandi ekki rétt á aðgangi að gögnum þar sem nákvæmar veltutölur samkeppnisaðila hans koma fram. Hins vegar er ljóst að áfrýjandi verður að geta tekið til varna með eðlilegum og sanngjörnum hætti. Áfrýjunarnefndin fær þó ekki séð að það hafi skipt neinu afgerandi máli hvar innan hins gefna 5% bils nákvæm hlutdeild lá þegar metið var hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Áfrýjandi ætti ekki að vera í vanda með að tefla fram vörnum sem miða við umrætt bil. Áfrýjunarnefndin telur því ekki efni til að hnekkja því mati Samkeppniseftirlitsins að varhugavert sé að gefa nákvæmar upplýsingar um markaðshlutdeild í ljósi aðstæðna á þeim markaði sem um ræðir, en þar keppa einungis tveir aðilar miðað við það sem fram kemur í andmæla skjali Samkeppniseftirlitsins í málinu.“

Síminn telur að framangreint eigi við í því máli sem hér er til skoðunar. Sýn hafi þegar stefnt Símanum til greiðslu skaðabóta og verður ekki séð að þær upplýsingar sem þeir krefjast að fá afhentar muni hafa afgerandi áhrif í því máli. Þá er gagnkrafa Sýnar dags. 6. nóvember 2018, ítarlega sundurliðuð og verður ekki séð að Sýn eigi í vandræðum með að tefla fram kröfum í því máli, jafnvel þó þeim verði synjaður aðgangur að upplýsingum þeim sem afmáðar hafa verið í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Því beri að hafna kröfu Sýnar um aðgang að trúnaðarupplýsingum Símans.

Síminn telji að skýra beri ákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga á þann veg að það komi helst til álita þegar aðilar máls krefjast þess að upplýsingar njóti leyndar sem nauðsynlegar eru til að aðilar geti gætt hagsmuna sinna við meðferð mála hjá stjórnvöldum.

Ekki verður séð að þau gögn sem Sýn fer fram á að fá séu nauðsynleg til að Sýn geti gætt hagsmuna sinna á einn eða annan hátt. Þvert á móti hefur Sýn ítrekað lýst því yfir að félagið hyggist nýta þessar tilteknu upplýsingar í skaðabótakröfu á hendur Símanum og telja verði að það sé ekki í verkahring PFS að aðstoða samkeppnisaðila Símans við slíka kröfugerð.

Síminn byggði jafnframt á því að PFS hefði ekki heimildir að lögum, hvorki í fjölmiðlalögum né lögum um PFS nr. 69/2003, til að afla upplýsinga frá aðilum í málinu. Þvingunarráðstafanir PFS að þessu leyti næði einungis til upplýsinga vegna ágreinings fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtækis um gjald fyrir flutning sjónvarpsútsendinga, sbr. 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga. Upplýsingarnar hafi því verið afhentar umfram skyldu í góðri trú um að þær yrðu ekki afhentar keppinautum félagsins.

Leiði framangreint til þess að hafna beri beiðni Sýnar um aðgang að upplýsingunum.

Varðandi sérstakan rökstuðning um eftirfarandi atriði sagði:

i. Hvers vegna eru hagsmunir Símans af leynd umræddra upplýsinga mun ríkari en hagsmunir Sýnar að fá að hagnýta sér þær til að gæta hagsmuna sinna.

Síminn taldi það augljóst að hagsmunir félagsins af því að halda þeim upplýsingum sem afmáðar hafa verið í ákvörðun PFS nr. 10/2018 séu mun ríkari en réttur Sýnar til þess að fá upplýsingarnar afhentar. Ljóst sé að Sýn hafi enga þörf á að smíða bótakröfu sína vegna meintra brota Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga á þeim upplýsingum sem fram koma í ákvörðun PFS. Þær tekjuupplýsingar sem PFS gefur sér í forsendum niðurstöðu sinna eru upplýsingar sem PFS hefur áætlað og er á engan hátt nægjanleg sönnun fyrir meintu tjóni Sýnar. Ekki er um staðfestar upplýsingar frá Símanum að ræða sbr. orðalag niðurstöðu stofnunarinnar „*PFS úætlar að tekjur Símans af [...] viðskiptavinum í Sjónvarpi Símans sé yfir [...] milljónir á ári ef miðað er við þann afslátt sem Heimilispakki Símans veitir á einstaka vörum.*“

Ekki verði séð að Sýn geti mótað bótakröfu á hendur samkeppnisaðila sínum, Símanum, á þessum forsendum.

Verði fallist á málatilbúnað Sýnar og þær upplýsingar, sem afmáðar hafa verið í úrskurði PFS, gerðar opinberar er ljóst að Sýn hefur komist yfir trúnaðargögn samkeppnisaðila síns sem þeir geta gert í raun og veru hvað sem er með.

Verði síðan fallist á málatilbúnað Símans fyrir dómstólum sem leiðir þá til þess að Síminn hefur ekki gerst sekur um brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, breytir það engu um að Sýn býr enn yfir þeim trúnaðarupplýsingum sem þeir þá áttu aldrei rétt á í upphafi. Síminn telur að stjórnvald sem vinnur með eins mikil trúnaðargögn og um ræðir í þessu máli beri að stíga varlega til jarðar þegar farið er fram á birtingu slíkra upplýsinga.

Síminn bendir á að þær upplýsingar sem Sýn krefst þess að fá aðgang að eru innanhúsupplýsingar sem nýttar eru í markaðslegum tilgangi. Þá verður að líta til þess að um er að ræða tiltölulega nýjar upplýsingar um sölutölur og tölur vegna þróunar viðskiptavina Símans.

ii. Biður Síminn umtalsvert tjón af hugsanlegri birtingu umræddra gagna og í hverju gæti það falist? Er hættan á tjóninu sýnileg og raunhæf?

Um þetta atriði sagði Síminn að erfitt væri að meta tjónið sem kynni að bíða Símans af hugsanlegri birtingu gagnanna. Ljóst þætti hins vegar að tjónið fælist fyrst og fremst í því að með því að birta upplýsingarnar fengi Sýn afhentar ítarlega sundurliðaðar upplýsingar sem Sýn gæti nýtt sér til að sækja á viðskiptavinum Símans og stækka þannig enn meira bilið milli Símans og Sýnar. Þegar af þeim sökum teldi Síminn að hann myndi verða fyrir augljósu tjóni tæki PFS þá ákvörðun að birta þær upplýsingar sem Sýn fer fram á að gerðar verði opinberar.

Þá opni slík ákvörðun á það að Sýn verði afhent enn frekari gögn í þeim úrskurðum og ákvörðunum sem fallið hafa hjá PFS sem og í þeim málum sem kunna að eiga eftir að falla hjá eftirlitinu.

Síminn ítrekar því að um trúnaðarupplýsingar er að ræða sem Síminn telur að PFS hafi ekkert með að gera að miðla milli keppinauta.

iii. Getur Síminn hrakið þær staðhæfingar Sýnar að Síminn hafi birt umræddar upplýsingar eða sambærilegar upplýsingar opinberlega á umliðnum misserum og árum?

Hvað þetta atriði varðar furðar Síminn sig í fyrsta lagi á þeirri beiðni Sýnar að tilteknar trúnaðarupplýsingar verði birtar sem fram koma í úrskurði PFS nr. 10/2018 en heldur á sama tíma fram að Síminn hafi nú þegar birt umræddar og/eða sambærilegar upplýsingar opinberlega á umliðnum misserum og árum.

Þrátt fyrir framangreindar staðhæfingar Sýnar telur Síminn að þær upplýsingar sem fram koma í úrskurði PFS nr. 10/2018 séu ekki þær sömu eða sambærilegar þeim upplýsingum sem Síminn hefur ákveðið að birta opinberlega, m.a. í markaðslegum tilgangi og kynningum í lok tiltekinna tímabila þegar farið er yfir starfsemi Símans.

Fyrir það fyrsta eru þær upplýsingar sem Sýn fer fram á að gerðar verði opinberar með beiðni sinni dags. 16. júlí 2018, allar sundurliðaðar ítarlegar upplýsingar sem Síminn afhenti PFS við meðferð málsins. Sýn fer nánar tiltekið fram á að eftirfarandi upplýsingar verði birtar:

- Upplýsingar um **nákvæman áskrifendafjölda** að Sjónvarpi Símans Premium hjá Símanum á nákvæmri dagsetningu, þ.e. þann 1. október 2015 og svo hvað áskrifendurnir að sömu þjónustu hefðu verið orðnir margir í mars 2018.
- Upplýsingar um nákvæman áskrifendafjölda að Heimilispakkanum þann 1. mars 2018
- Upplýsingar um þróun á fjölda áskrifenda Sjónvarpi Símans Premium sem einnig voru með áskrift að Heimilispakkanum á tímabilinu 1. september 2015 til 1. mars 2018.
- Hversu hátt eða lágt hlutfall af áskrifendum Sjónvarpi Símans Premium væru ekki með neina aðra þjónustu hjá Símanum.
- Upplýsingar um hvað Síminn væri að innheimta **nákvæmlega** margar milljónir króna á mánuði og ári af sölu á Heimilispakkanum með línugjaldi.
- Upplýsingar um fjölgun áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium á brotatímabilinu.
- Áætlaðar tekjur Símans af meintum brotum Símans yfir tiltekið tímabil.

Ljóst sé að framangreindar upplýsingar eru ítarlegar og sýna með nákvæmum hætti m.a. þróun fjölda áskrifenda af tilteknum þjónustum Símans.

Þær upplýsingar sem Sýn vísi til að Síminn hafi nú þegar birt opinberlega eru allt námundaðar tölur sem kynntar hafa verið í lok tiltekinna tímabila þegar farið er yfir starfsemi og rekstur Símans. Við opinberun slíkra upplýsinga mat Síminn sem svo að samkeppnisaðili hans gæti ekki nýtt sér þær upplýsingar og tók þá ákvörðun að birta þær opinberlega. Það hlýtur að eiga að vera í höndum

þeirra sem auglýsa fyrirtæki sín og markaðssetja að ákveða hvaða tölur þeir setja fram í kynningum eða markaðslegum tilgangi. Þær upplýsingar sem gerðar hafa verið opinberaðar og eru sundurliðaðar má finna í ársreikningum og opinberum skýrslum félagsins og er Sýn velkomið að fá allar slíkar upplýsingar. Þær upplýsingar sem afmáðar hafa verið í úrskurði PFS nr. 10/2018 eru hins vegar trúnaðarupplýsingar. PFS féllst á þann skilning Símans við birtingu ákvörðunarinnar og ber PFS að halda þeim trúnaði.

Að lokum væri það að nefna varðandi áætlaðar tekjur Símans af meintum brotum gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, að um er að ræða ályktanir sem PFS hefur gefið sér og því með öllu haldlausar í skaðabótamáli sem Sýn hyggst fara af stað með gagnvart Símanum.

Loks yrði að benda á að það væri ákveðinn mótsögn í málatilbúnaði Sýnar hvað þetta varðar. Með því að halda því fram að um sambærilegar upplýsingar væri að ræða verður ekki séð hvaða tilgangi það þjónar að fá hinar umbeðnu upplýsingar. Í staðhæfingu Sýnar hlýtur því að felast að hinar birtu upplýsingar séu nægjanlegar fyrir Sýn og því óþarft að fá ítarlega sundurliðun á þeim upplýsingum sem um ræðir.

Að öllu framansögðu virtu ítrekaði Síminn þá kröfu sína um að Póst- og fjarskiptastofnun hafnaði beiðni Sýnar um afléttingu trúnaðarupplýsinga sem fram kæmu í ákvörðun stofnunarinnar nr. 10/2018.

Við ákvörðunina bæri PFS að taka öll þau sjónarmið til skoðunar sem rakin hefðu verið í erindum aðila og þá yrði að hafa í huga að við ákvörðunina bæri að gæta meðalhófs. Síminn teldi með vísan til þess að hægt væri að fara mun vægari leið en þá að upplýsa samkeppnisaðila Símans um tölulegar innanhúss upplýsingar sem Síminn veitti PFS við rannsókn á meintu broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Teldi Síminn að skilyrði fyrir beitingu 17. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 væru fyrir hendi þar sem einkahagsmunir Símans af því að upplýsingarnar nytu trúnaðarverndar væru mun ríkari en hagsmunir Sýnar af því að fá upplýsingarnar afhentar.

Fyrir liggur úrskurður PFS sem Síminn hefur nú farið fram á að dómstólar ógildi. Af þeim sökum liggja endanleg niðurstaða ekki fyrir í máli því sem aðilar deila um og Sýn leiði skaðabótakröfu sína af. Síminn telji að Sýn hafi ekki rökstutt það með nægjanlegum hætti að fallast bæri á kröfu þeirra um afléttingu trúnaðarupplýsinga sem réttlætt gæti að Sýn, samkeppnisaðili Símans, fengi ítarlegar sundurliðaðar upplýsingar um rekstur Símans.

Þá ítrekaði Síminn jafnframt þá afstöðu sína að skaðabótakrafa Sýnar yrði einungis byggð á upplýsingum úr eigin rekstri. Ljóst er að Sýn byggi yfir upplýsingum um eigin þróun viðskiptavina sinna og hvert viðskiptavinir félagsins hefðu farið ef þeir hafa þá farið yfir höfuð frá Sýn. Þannig verði meint tjón, ef eitthvert tjón er, einungis byggt á gögnum frá Sýn en ekki gögnum frá Símanum.

Að öllu framangreindu virtu bæri að fallast á kröfu Símans og hafna beiðni Sýnar um afléttingu trúnaðarupplýsinga sem fram koma í úrskurði PFS nr. 10/2018.

Áskilinn væri réttur til að koma á framfæri frekari gögnum, kröfum, málsástæðum og lagarökum á síðari stigum eftir því sem tilefni kynni að gefast til.

2.8 Bréf PFS til Sýnar, dags. 8. nóvember

Með tölvupósti PFS til Sýnar, dags. 8. nóvember 2018, voru athugasemdir Símans sendar félaginu til upplýsinga. Veitti stofnunin Sýn frest til 15. nóvember til að tjá sig um framangreindar athugasemdir Símans ef Sýn teldi nauðsynlegt að tjá sig frekar í málinu.

2.9 Bréf Sýnar til PFS, dags. 8. nóvember

Bréf Sýnar til PFS barst með tölvupósti, dags. 8. nóvember., þar sem fram kom í fyrsta lagi að Sýn vísaði almennt í fyrri umsögn, en ekkert í svörum Símans var talið hrekja það sem þar stæði.

Í öðru lagi sagði að dómur Hæstaréttar 18. okt. 2018 í máli nr. 329/2017 hefði enga þýðingu fyrir mat þess hvort réttlætlanlegt geti verið að halda leynd um upplýsingar. Hvergi væri í raun rökstutt hver ætti að vera þýðing þessarar dómsúrlausnar fyrir afgreiðslu málsins. Einungis væri til hennar vísað með almennum hætti.

Í þriðja lagi taldi Sýn að það sjónarmið Símans um að afhending upplýsinga væri „ekki afturkræft úrræði“ ætti ekkert erindi í málið. Í öllum málum sem varða rétt aðila að gögnum stjórnsýslunnar reyndi á þetta en hvergi sæist þess þó merki í framkvæmd að þessu sjónarmiði hafi verið ætluð þýðing. Þvert á móti væri breiða meginreglan sú að aðilar ættu rétt á öllum gögnum máls. Þau gögn ætti að afhenda nema brýnir einkahagsmunir leiði til annars og það án tafar, sbr. t.d. 17. gr. upplýsingalaga. Þá væri þessi breiða meginregla svo afdráttarlaus að heimilt væri að beita henni jafnvel í tilvikum þegar heimilt er að halda leynd um gögn, sbr. 11. gr. upplýsingalaga. Sjónarmið Símans að afhending upplýsinga sé „ekki afturkræft úrræði“ fær því enga stoð í lögum. Þvert á móti væri andstætt lögum að ljá þessu sjónarmiði þýðingu.

Í fjórða lagi væri í gagnstefnu, dags. 6. nóv. 2018, sérstakur áskilnaður í mgr. 38, að Sýn uppfærði kröfur sínar með hliðsjón af þeim upplýsingum sem fengjust veittar frá PFS í málinu. Kristallaði þetta hagsmuni Sýnar af upplýsingunum. Tilvísun til áskilnaðar um dómkvadda matsmenn í gagnstefnu væri því til þess eins fallinn að drepa málinu á dreif. Sú hugmynd Símans að leynd myndi ríkja um gögn sem dómkvaddir matsmenn öfluðu í þágu máls væri síðan ekkert minna en fráleit. Fyrirmæli 3. másl. 2. mgr. 62. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála er enda afdráttarlaus um að afli matsmenn sér „gagna til afnota við matið“ skuli aðilum „gefinn kostur á að tjá sig um þau eftir þörfum.“ Yrðu dómkvaddir matsmenn því óhjákvæmilegt að umrædd gögn yrðu afhent Sýn. Engir hagsmunir tengist því þeirri kröfu Símans um að leynd verði haldið um gögnin.

Í fimmta lagi vakti Sýn athygli á því að Síminn færði engin viðhlítandi rök fyrir því, í umfjöllun um einstaka liði, að ekki skyldi veita umbeðnar upplýsingar. Sérstaklega hljóðaði ósannfærandi sá málflutningur að með því að birta opinberlega „námundaðar tölur“ væru engum hagsmunum Símans hætt. Þvert á móti fæli birting „námundaðra“ talna í sér ávinning fyrir Símann í „markaðslegum tilgangi.“ Hins vegar geti birting á „nákvæmum“ tölum valdið stórkostlegum skaða. Þessi „rök“ hljómuðu eins og hver önnur rökleysa að mati Sýnar.

2.10 Bréf PFS til Símans, dags. 8. nóvember 2018

Með tölvupósti dags. 8. nóvember, var Símanum veittur frestur til 13. nóvember til að tjá sig um framangreindar athugasemdir Sýnar ef Síminn teldi nauðsynlegt að tjá sig frekar í málinu.

2.11 Bréf Símans til PFS, dags. 14. nóvember

Síminn svaraði með tölvupósti, dags. 14. nóvember þar sem fram kom:

Í fyrsta lagi að dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 hefði augljósa þýðingu í málinu.

„Með ákvörðun PFS nr. 3/2016 komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar. Í kjölfarið kvað PFS upp úrskurð í máli nr. 10/2018 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að bjóða ólínulega myndmiðlun sjónvarpsefnis aðeins á IPTV kerfum Símans en ekki á IPTV kerfum Vodafone [Sýnar] eða í gegnum OTT þjónustu.

Eftir að sú niðurstaða lá fyrir kvað Hæstiréttur upp dóm í máli nr. 329/2017, þar sem dómurinn komst að þeirri niðurstöðu að flutningsreglur fjölmiðlalaga nr. 38/2011 næðu aðeins til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis.“

Síminn telji því augljóst að Hæstiréttur hafi tekið af skarið með það að flutningsreglur fjölmiðlalaga hafi ekki verið brotnar. Hlýtur það að hafa verulega þýðingu í málinu. Þegar af þessum sökum beri að hafna kröfu Sýnar um aðgang að trúnaðarupplýsingum sem fram koma í ákvörðun PFS nr. 10/2018, a.m.k. þar til að endanleg niðurstaða liggja fyrir í málinu. Að öðrum kosti væri opnað á leið aðila til að kvarta undan samkeppnisaðilum sínum til þess eins að komast yfir trúnaðarupplýsingar.

Í öðru lagi taldi Síminn að sökum framangreinds bæri eðli máls samkvæmt að líta til þess að afhending trúnaðargagna væru ekki afturkræft úrræði. Yrði endanleg niðurstaða í því dómsmáli sem nú er til meðferðar hjá Héraðsdómi Reykjavíkur sú að Síminn hafi ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þá getur það ekki talist eðlilegt að samkeppnisaðili Símans sé samt sem áður komin með trúnaðarupplýsingar sem varða rekstur Símans í hendur. Verði að telja slíkt óeðlilegt m.a. með vísan til meðalhófsreglu stjórnsýslulaga.

Í þriðja lagi teldi Síminn augljósan mun vera á nákvæmum tölulegum upplýsingum um fjölda viðskiptavina og svo á námunduðum tölum sem settar væru fram í kynningum varðandi rekstur Símans. Verulegur munur væri á þeirri upplýsingagjöf sem Síminn gæfi út opinberlega og tengdust því að félagið væri skráð á markað og bæri skylda til að gefa fjárfestum upplýsingar um rekstur félagsins og nákvæmum upplýsingum um viðskiptavinafjölda, sölu og annað niðurbrotið mánuð fyrir mánuð.

Í fjórða lagi væri það áréttað að afhending upplýsinga um viðskipti keppinauta bæri ávallt að skoða með hliðsjón af bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Væri upplýsingum miðlað á milli keppinauta sem væru til þess fallnar að hafa áhrif á háttsemi þeirra kynni það að fela í sér brot gegn ákvæðinu. Yrði PFS því að gæta sérstakrar varúðar hvað þetta varðaði.

Að öðru leyti væri vísað til þeirra athugasemda sem fram hefðu komið á fyrri stigum málsins.

2.12 Bréf PFS til Sýnar, dags. 19. nóvember 2018

PFS sendi Sýn tölvupóst, dags. 19. nóvember 2018, þar sem félaginu væri tjáð að unnið væri að ákvörðun vegna beiðni Sýnar um afléttingu trúnaðar í kafla 5.9.4.5. í ákvörðun nr. 10/2018 og meðfylgjandi væru síðustu athugasemdir Símans sendar Sýn til upplýsingar.

2.13 Bréf Sýnar til PFS, dags. 19. nóvember 2018

Svarbréf Sýnar barst með tölvupósti sama dag þar sem fram kom að Sýn hefði ekki frekari athugasemdir aðrar en þær að mótmæla því sem fram kæmi í tölvupósti Símans dags. 14. nóvember og vísaði til fyrri sjónarmiða í því sambandi og að félagið legði málið í úrskurð PFS.

III.

Forsendur og niðurstöður

3.1 Almenn um upplýsingarétt skv. 15. gr. stjórnsýslulaga og um birtingu stjórnvaldsákvæðana

Í 1. másl. 1. mgr. 15. gr. stjórnsýslulaga kemur fram að aðili máls eigi rétt á því að kynna sér skjöl og önnur gögn er málið varða. Meginreglan er því sú að aðili máls á rétt á því að kynna sér öll gögn stjórnsýslumáls, þ.e.a.s. máls þar sem tekin hefur verið eða ætlunin er að taka stjórnvaldsákvörðun.

Í 2. mgr. 9. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun kemur fram að stofnunin skuli birta stjórnvaldsákvæðanir sínar með fyrirvara um réttmæta viðskiptaleynd. Er þessi skylda í samræmi við þá almennu reglu sem tíðkast í íslenskri stjórnsýslu að ákvarðanir stjórnvalda eru birtar opinberlega með skýrum og skipulegum hætti. Birting stjórnvaldsákvæðana hefur þann tilgang að stuðla að auknu réttaröryggi og skapa gagnsæi um stjórnsýsluframkvæmd stjórnvalda. Með því að upplýsa um málsatvik stjórnsýslumáls, bréfaskipti milli málsaðila og þau sjónarmið sem stjórnvaldsákvörðun er reist á er verið að veita stjórnsýslunni aðhald um að hún gæti samræmis í stjórnsýslunni, taki ákvarðanir á grundvelli málefnalegra sjónarmiða og að vel rannsökuðu máli. Með slíku fyrirkomulagi er verið að veita almennum borgurum og lögaðilum tækifæri til þess að gæta hagsmuna sinna í samskiptum sínum við ríkisvaldið, en ætla má að kæruleiðir og málskot til dómstóla gætu reynst harla þýðingarlítill úrræði ef ekki lægi ljóst fyrir á hvaða forsendum ákvörðun væri tekin.

3.2 Undantekning 17. gr. stjórnsýslulaga

Í 17. gr. stjórnsýslulaga er fjallað um heimild stjórnvalds til þess að takmarka aðgang málsaðila að tilteknum gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykir eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum. Í athugasemdum við 17. gr. frumvarps þess sem varð að stjórnsýslulögum nr. 37/1993, er lögð á það rík áhersla að líta beri á þetta heimildarákvæði sem þrönga undantekningarreglu, sbr. orðalagið „þegar sérstaklega stendur á“ með því að meginreglan sé sú að málsaðili á rétt á því að kynna sér gögn máls.

Þegar tekin er ákvörðun um það hvort takmarka eigi aðgang aðila að gögnum máls vegast því á a.m.k. tvö andstæð sjónarmið. Annars vegar hagsmunir aðila af því að notfæra sér vitneskju úr gögnum við meðferð máls, þar með taldir hagsmunir hans við athugun á því, hvort kæra eigi ákvörðun, bera hana undir dómstóla eða umboðsmann Alþingis. Hins vegar eru það andstæðir almanna- eða einkahagsmunir, en til þess að slíkir hagsmunir standi því í vegi að aðili fái aðgang

að gögnum, verða þeir að vera mun ríkari heldur en hagsmunir aðila af því að fá að notfæra sér vitneskju úr gögnum máls. Verða sjónarmiðin því að hafa töluvert vægi þar sem aðgangur aðila að gögnum verður almennt einungis takmarkaður ef talin er sýnileg hættu á því að almanna- eða einkahagsmunir bíði umtalsvert tjón, ef aðila er veittur aðgangur að gögnunum.¹ Þótt aðili hafi því hagsmuni af því að upplýsingar verða ekki láttnar öðrum aðilum máls í té nægir það ekki til þess að tálma aðgangi hinna síðarnefndu að gögnunum.

Gögn verða þannig ekki undanþegin aðgangi nema hagsmunir aðila af því að þeim sé haldið leyndum séu mun ríkari en hagsmunir annarra aðila málsins af því að geta notfært sér vitneskju úr þeim. Ákvæðið er því byggt þannig upp að stjórnvald þarf að meta sérstaklega í hverju tilviki fyrir sig þau andstæðu sjónarmið sem raunverulega liggja fyrir í máli hverju sinni. Verður því að fara fram sérstakt mat á aðstæðum öllum og við matið þarf að veða það og meta hvort hagsmunir málsaðila af því að fá aðgang að gögnunum séu ríkari en þeir almanna- eða einkahagsmunir sem kalla á að takmarka þann aðgang. Í frumvarpi því sem varð að stjórnsýslulögum er meðal annars vísað til þess að hér komi t.d. til skoðunar öryggis- og viðskiptahagsmunir ríkisins, svo og samskipti þess við erlend ríki og alþjóða- og fjölþjóðastofnanir, einnig tillit til einstaklinga eða lögaðila sem hafa verulega hagsmuni af því að upplýsingar, er þá varða, fari leynt.

3.3 Samandregin niðurstaða

Í málinu er deilt um aðgang að ákveðnum tölulegum upplýsingum í kafla 5.9.4.5. í ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 10/2018 sem felldar voru út vegna mögulegs trúnaðar þeirra. Tekið skal fram að við birtingu ákvörðunar nr. 10/2018 var ekki tekin formleg afstaða til trúnaðar upplýsinga í ákvörðuninni. Ákvörðunin er mikil að vöxtum og aðilar máls fjórir talsins. Ljóst var að ákvörðunin hefði að geyma töluvert af trúnaðarupplýsingum og að trúnaðurinn væri mismunandi milli málsaðila. Það var því mat Póst- og fjarskiptastofnunar að yfirferð yfir ákvörðunina til að fjarlægja trúnaðarupplýsingar, m.t.t. hvers málsaðila fyrir sig, myndi taka allnokkurn tíma. PFS ákvað því, til hægðarauka og til að flýta fyrir birtingu, að fjarlægja allar tölulegar upplýsingar úr ákvörðuninni sem gætu mögulega varðað trúnað og þannig útbúa eintak til opinberrar birtingar. Tekið var fram við birtingu ákvörðunarinnar gagnvart málsaðilum að þeir gætu óskað eftir eintaki með upplýsingum sem tækju mið af trúnaðarstöðu hvers og eins. PFS getur því ekki fallist á sjónarmið Símans að stofnunin hafi þegar tekið ákvörðun um trúnað upplýsinga í ákvörðun nr. 10/2018 sem hún er bundin af.

Við mat á trúnaði upplýsinga er annars vegar horft til fyrrnefndrar 15. gr. stjórnsýslulaga sem kveður á um þá meginreglu stjórnsýsluréttar að málsaðili á rétt á aðgangi að öllum skjölum og gögnum er mál varða. Tilgangur þessarar meginreglu er m.a. að tryggja að málsaðili geti leiðrétt upplýsingar sem hann telur rangar og lagt fram ný gögn eða upplýsingar af sinni hálfu. Hins vegar er svo litið til 17. gr. sömu laga sem kveður á um undanþágu frá þessari meginreglu, en þar segir að stjórnvaldi sé heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykir eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum. 17. gr. felur þannig í sér þrönga undantekningu frá meginreglu 15. gr. sbr. orðalagið „þegar sérstaklega stendur á“. Ljóst er að um afar matskennda heimild er að ræða þar sem stofnunin þarf að meta sjálfstætt hvort hagsmunir Símans eða Sýnar eru meiri í þessu tiltekna máli varðandi þessar tilteknu upplýsingar. Þá skiptir það jafnframt máli hvort réttaröryggi Sýnar við rannsókn og úrlausn málsins hafi í raun og veru verið skert með því að fá ekki aðgang að þessum upplýsingum þar sem

¹ Páll Hreinsson: Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð, bls. 652-653

ætla má að málsaðili hafi minni hagsmuni af því að tjá sig um upplýsingar sem hafa takmarkaða þýðingu fyrir aðilann. Ræðst niðurstaðan þannig af því hvort réttlætanlegt er að gæta trúnaðar um þær upplýsingar sem er að finna í umræddum kafla.

Það liggur fyrir að þær upplýsingar í ákvörðun PFS nr. 10/2018 sem felldar voru út vegna trúnaðar eru tölulegar upplýsingar um ákveðnar þjónustur Símans og þróun þeirra.

- Í fyrsta lagi upplýsingar um fjölda viðskiptavina Sjónvarps Símans Premium 1. október 2015 annars vegar og hins vegar í mars 2018, fjölgun áskrifenda á tímabilinu og mat PFS á tekjum Símans af þeirri aukningu.
- Í öðru lagi var um að ræða fjölda áskrifenda að Heimilispakka Símans þann 1. mars 2018, mánaðarlegar tekjur Símans af sölu á Heimilispakkanum með línugjaldi auk árlegra tekna Símans af sölu á Heimilispakkanum með línugjaldi.
- Í þriðja og síðasta lagi var um að ræða tengsl fjölda áskrifenda að Sjónvarps Símans Premium við aðrar stærðir í rekstri Símans, þ.e.a.s. prósentuhlutfall áskrifenda Sjónvarps Símans Premium sem voru með Heimilispakka þann 1. mars 2018, Prósentuhlutfall áskrifenda Sjónvarps Símans Premium sem voru ekki með neina aðra þjónustu hjá Símanum þann 1. mars 2018 auk prósentuhlutfalls áskrifenda Sjónvarps Símans Premium sem voru á öðrum undirliggjandi netum en netum Mílu þann 1. mars 2018.

Almennt séð er eðli upplýsinga á borð við sölutölur og aðrar bókhalds- eða rekstrarupplýsingar með þeim hætti að vera viðkvæmar upplýsingar um viðskiptahagsmuni og dreifing þeirra almennt til þess fallin að valda fyrirtækjum á samkeppnismarkaði tjóni. Aðgangur að slíkum upplýsingum getur þannig stuðlað að minni samkeppni og aukið hættu á samræmdri hegðun keppinauta á markaði.

Þá telur PFS almennt séð nauðsynlegt að fjarskiptafélög sem veita stofnuninni viðkvæmar upplýsingar úr bókhaldi sínu í þágu rannsóknar mála, geti treyst því að slíkar upplýsingar séu ekki birtar nema sterk rök leiði til annars. Ef slíkt traust væri ekki fyrir hendi mætti gera ráð fyrir tregðu fjarskiptafélaga til að veita stofnuninni upplýsingar.

Þessi almennu sjónarmið ráða þó ekki niðurstöðu málsins þar sem heildstætt mat á hagsmunum beggja aðila þarf að liggja fyrir.

Sýn byggir í *fyrsta lagi* á meginreglu 15. gr. stjórnarsýslulaga og að ákvæði 17. gr. standi ekki í vegi fyrir afléttingu á trúnaði enda hafi Sýn lögvarða hagsmuni af aðgangi að upplýsingunum m.a. í því skyni að auðvelda félaginu enn frekar að undirbyggja skaðabótakröfu á hendur Símanum vegna hinnar ólögætu og refsiverðu háttsemi, sem félagið hefur sett fram.

Ljóst er að stjórnarsýslumáli því sem um ræðir er lokið, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Þá er einnig ljóst að þær upplýsingar sem felldar voru út með hornklofum í kafla 5.9.4.5. voru einungis þær upplýsingar sem fengnar voru beint úr bókum Símans og afleiddar upplýsingar af þeim rekstrarupplýsingum, þ.e. mat PFS á tekjum Símans af aukningu viðskiptavina í Sjónvarpi Símans Premium, en annað efni kaflans er birt.

Að mati stofnunarinnar hefur Sýn við meðferð málsins komið málatilbúnaði sínum til skila og tekið til varna, eftir því sem við hefur átt, með sanngjörnum og eðlilegum hætti, þrátt fyrir að hafa ekki verið með aðgang að þessum rekstrarupplýsingum Símans. Að mati PFS fæst ekki séð að réttaröryggi Sýnar hafi verið skert í raun og veru við það að fella þessar upplýsingar út. Þvert á móti telur PFS að ljóst sé á hvaða grundvelli ákvörðunin er tekin þrátt fyrir að þessar upplýsingar séu bundnar trúnaði og að Sýn hafi getað gætt hagsmuna sinna í málinu með fullnægjandi hætti.

Jafnframt liggur fyrir að málinu hefur verið skotið til Héraðsdóms Reykjavíkur og meðferð málsins fyrir dómstólnum fer eftir lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Í þeim lögum er að finna ýmis úrræði til handa málsaðilum til að undirbyggja mál sitt. Meginreglan í einkamálum er frjálst sönnunarmat aðila, en ljóst er að ef aðili ákveður að upplýsa ekki um einstök atriði, getur slíkt verið metið honum í óhag. Þá má einnig vísa til 3. mgr. 62. gr. sömu laga um dómkvadda matsmenn og ríkar heimildir þeirra til að fá upplýsingar til mats, t.d. um fjárhæð áætlaðs tjóns í skaðabótamáli. Enda skiptir máli, fyrir hagsmunamat stofnunarinnar, hvaða þýðingu aðgangur félagsins að þessum ákveðnu upplýsingum hefur fyrir Sýn sbr. forsendur í niðurstöðu héraðsdóms sem staðfestar voru í dómi Hæstarétti frá 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011 sem segir m.a. að horfa verði til „þess hvaða þýðingu upplýsingar í gögnunum hafi fyrir úrlausn málsins enda verður að ætla að málsaðili hafi minni hagsmuni af því að tjá sig um upplýsingar sem hafa takmarkaða þýðingu“.

Þá byggir Sýn í *öðru lagi* á því að umtalsverður tími sé liðinn a.m.k. frá upphafi þess tímabils sem óskað er eftir sölutölum (þ.e.a.s. 1. október 2015) og vísaði m.a. í dóm Hæstaréttar frá 23. mars 2000 í máli nr. 455/1999, þar sem kom fram að upplýsingar um gömul verðmöt eigna sem voru til sölu gætu „engu raunverulegu máli“ skipt. Í því sambandi telur PFS rétt að áréttu að í þeim dómi var um að ræða blaðamann sem óskaði eftir upplýsingum á grundvelli 3. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996, um samninga sem íslenska ríkið gerði við ákveðin einkafyrirtæki. Varðaði upplýsingagjöfin það hvernig ríkið var að fara með hagsmuni sína við slit félags sem það var eigandi að. Vegna þessa voru hagsmunir félaganna um trúnað taldir hafa minna vægi en upplýsingagjöf til almennings um hvernig ríkið fór með almannafé. Er það mat stofnunarinnar að þessi dómur sé ekki fordæmisgefandi að öllu leyti vegna þessa eðlismunar á málunum. Þessar tilteknu upplýsingar sem um ræðir nú, þ.e.a.s. fjöldi viðskiptavina Sjónvarps Símans Premium þann 1. október 2015 hafa að því er virðist hvergi verið birtar opinberlega áður og því telur stofnunin óvarlegt að birta þessar upplýsingar eingöngu á grundvelli þess að um „gamlar“ upplýsingar sé að ræða.

Í *þriðja lagi* byggir Sýn á því að Síminn hafi sjálfur birt sömu eða samsvarandi upplýsingar opinberlega og vísaði m.a. í dóm Hæstaréttar frá 27. janúar 2014 í máli nr. 811/2013 og dóm Hæstaréttar frá 31. janúar 2014 í máli nr. 799/2013 auk fleiri dóma þar sem reyndi á upplýsingar sem lágu fyrir opinberlega eða áttu a.m.k. að liggja fyrir opinberlega. Í einhverjum tilfellum hefur Síminn birt tölur sem svipar til þeirra upplýsinga sem um ræðir. Þær tölur sem Síminn hefur birt eru hins vegar ekki sambærilegar að öllu leyti og því ekki hægt að byggja á því að um opinberar upplýsingar sé að ræða. Er það mat PFS að það sjónarmið réttlæti því ekki afléttingu trúnaðar á upplýsingunum, þar sem ekki fæst séð að það sé í verkahring stofnunarinnar að hlutast til um að staðfesta eða hrekja þær upplýsingar sem Síminn hefur ákveðið að birta opinberlega í markaðslegum tilgangi.

Þá skiptir máli hvort þessar upplýsingar varði svo mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni Símans að ætla megi að aðgangur Sýnar að þeim sé til þess fallin að valda tjóni. Við það mat var

m.a. horft til þess að Sýn, einn helsti keppinautur Símans, var upphaflegur kvartandi í máli því sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018.² Þá færði Síminn fyrir því rök að upplýsingar þær sem Sýn hefði óskað eftir að fá aðgang að væru verðmætar og að Sýn gæti nýtt sér þær til þess að styrkja stöðu sína á því afmarkaða markaðssviði sem um ræðir og þannig styrkt stöðu sína. Póst- og fjarskiptastofnun telur óvarlegt að vefengja þetta sjónarmið.

Að öllu framangreindu virtu er það mat stofnunarinnar að hagsmunir Símans um að halda trúnað um þær upplýsingar sem finna má í hornklofum í kafla 5.9.4.5. í ákvörðun PFS nr. 10/2018 séu mun ríkari en hagsmunir Sýnar af að notfæra sér þær og að synja beri Sýn um aðgang að þeim upplýsingum sem felldar voru út.

Ákvörðunarorð

Beiðni Sýnar hf. um afléttingu trúnaðar upplýsinga í kafla 5.9.4.5. í ákvörðun PFS nr. 10/2018 er synjað.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 1. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Samkvæmt 4. mgr. 13. gr. sömu laga getur aðili einnig borið ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar beint undir dómstóla án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd. Slíkt mál skal höfðað innan þriggja mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um ákvörðun stofnunarinnar. Málskot frestar ekki réttaráhrifum ákvarðana stofnunarinnar. Málskot beint til dómstóla hindrar að úrskurðarnefnd sé heimilt að taka kæru til málsmeðferðar.

Reykjavík, 17. desember 2018

Hrafnkell V. Gíslason

Maríjon Ósk Nóadóttir

² Vísast í því sambandi til þess að í samkeppnisrétti hefur m.a. verið horft til þess í hvaða aðstöðu aðilar máls eru þegar meta skal hvort halda skuli trúnað um upplýsingar hverju sinni til að koma í veg fyrir að samkeppnisaðilar kvarti undan háttsemi aðila í þeim eina tilgangi að komast yfir viðskiptalegar upplýsingar keppinautar.