



## PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

### Ákvörðun nr. 20/2013

#### um aðild Mílu að máli er varðar beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu í félaginu

#### I

##### *Inngangur*

Í máli þessu er fjallað um kröfu Mílu ehf. um að njóta aðilastöðu í máli er varðar beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) um samþykki Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) fyrir hlutafjárukningu í GR. Nánar tiltekið felst beiðni GR í því að PFS veiti samþykki sitt fyrir því að GR auki hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem Orkuveita Reykjavíkur (OR) yrði greiðandi að, enda kæmi umrædd hlutafjárukning til lækkunar á tæplega 7 milljarða kr. láni GR við OR miðað við stöðu lánsins í árslok 2012. Ennfremur að eftirstöðvar lánsins verði á sama tíma greiddar upp. Í kjölfar umræddrar hlutafjárukningar yrði því ekki um lánasamning milli OR og GR að ræða.

Míla telur að einsýnt sé að félagið skuli njóta aðildar að umræddu máli og vísar til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 8/2006, í máli Símans gegn PFS og OR, og dóms Hæstaréttar nr. 83/2003, í máli Eimskips hf gegn Samkeppnisstofnun og Samskip hf. OR mótmælir því hins vegar eindregið að Mílu skuli njóta aðildastöðu í umræddu máli.

#### II

##### *Málavextir*

#### **2.1 Fréttatilkynning frá Orkuveitu Reykjavíkur varðandi sölu á hlut í GR**

Þann 24. júní 2013 birtist fréttatilkynning frá OR um söluferli GR. Fram kom að stjórn OR hefði ákveðið áfangaskiptingu og tímaramma sölu á 49% hlut í GR. Á tímabilinu júní til september 2013 yrði unnið að endurfjármögnun félagsins. Á tímabilinu ágúst til desember 2013 yrði unnið að undirbúningi sölu og að söluferlið sjálft yrði á tímabilinu janúar til mars 2014.

Að undangenginni ýtarlegri umræðu meðal eigenda OR hefði verið ákveðið í október 2012 að selja á markaði 49% hlut í GR, sem OR ætti nú að fullu. Þáttur í undirbúningi sölunnar væri endurfjármögnun GR. Við stofnun GR, í ársbyrjun 2007, hefði OR lagt eignir til fyrirtækisins ásamt hlutdeild í skuldum OR með lánasamningi í erlendri mynt. Það lán hefði stökkbreyst árið 2008 og hefðu heildarskuldir GR numið rúmum 8 milljörðum um síðustu áramót, sem gjaldfalla ættu á árinu 2013. Til samanburðar næmu heildareignir GR, sem að mestu fælust í ljósleiðarakerfi á suðvesturhorninu, rúmum 11 milljörðum kr. og tekjur ársins 2012 hefðu numið 1,4 milljörðum kr.

Að lokum kom fram að stjórn OR hefði ákveðið, með fyrirvara um samþykki PFS, að breyta allt að 4 milljörðum lánsins í hlutafé gegn því að eftirstöðvarnar yrðu greiddar. GR myndi áfram leita á almennan lánsfjármarkað með fjármögnun. Með því væri dregið úr fjárhagslegum tengslum OR og GR áður en lengra yrði haldið í sölufurlinu og lausafjárstaða OR myndi styrkjast.

## **2.2 Krafa Mílu um aðild að málinu**

Með bréfi, dags. 2. júlí sl., barst PFS krafa Mílu um aðild að máli er varðaði fyrirhugaða afskrift lána GR. Fram kom að samkvæmt ofangreindri fréttatilkynningu frá OR hefði stjórn þess félags ákveðið, með fyrirvara um samþykki PFS, að breyta allt að 4 milljörðum lánsins í hlutafé gegn því að eftirstöðvarnar yrðu greiddar.

Míla teldi ljóst að um afskrift án endurgjalds yrði að ræða, gengju áformin eftir, enda væri orðalag þess efnis að skuldum yrði breytt í hlutafé villandi þegar lánveitandinn væri þegar 100% eigandi GR. Það orkaði jafnframt tvímælis að heimila svo ríkar afskriftir lána og þar með samsvarandi lagfæringar á efnahagsreikningi GR á sama tíma og GR stæði áfram í stórfelldum fjárfestingum í ljósleiðaraneti. Samkvæmt síðasta birta ársreikningi GR kæmi fram að félagið hefði fjárfest í varanlegum rekstrarfjármunum ár hvert fyrir röskan 1 milljarð kr. á árunum 2010 og 2011. Engar vísbendingar væru um að dregið hefði úr fjárfestingum á árinu 2012 og það sem af væri árs 2013. Yrði fallist á umbeðnar afskriftir væri því ljóst að fjárfestingar síðustu fjögurra ára hefðu verið fjármagnaðar með fé úr einkaleyfisverndaðri starfsemi OR. Slíkt væri að sjálfsögðu í andstöðu við ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga og fyrri ákvarðanir PFS, sbr. nú síðast ákvarðanir nr. 32/2008 um fjárhagslegan aðskilnað OR og GR, ákvörðun nr. 25/2010 vegna lánasamnings GR, og ákvörðun nr. 39/2010 varðandi arðsemiskröfu GR og hlutafjárukningu í desember 2008.

Míla teldi sig eiga beinna, einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta þegar stjórnvaldsákvörðun yrði tekin um hvort heimila ætti móðurfélagi helsta keppinauts Mílu að afskrifa svo verulegar fjárhæðir eins og ráðgert væri. Þannig teldi Míla sig eiga aðild að málinu á fyrra stjórnarsýslustigi og eftir atvikum jafnframt kærvaðild ef því væri að skipta. Með vísan til þessa væri óskað eftir aðgangi að öllum gögnum máls þess er varðaði áformaða afskrift lána GR. Að sjálfsögðu væri ekki óskað eftir aðgangi að þeim hluta gagna málsins sem geymdu viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar en gera yrði ráð fyrir að unnt yrði að afmá slíkar upplýsingar og gera gögn málsins aðgengileg án trúnaðarupplýsinga.

### 2.3 Beiðni GR um samþykki PFS fyrir hlutafjárukningu

Með bréfi, dags. 20. ágúst sl., barst PFS beiðni frá GR um samþykki fyrir hlutafjárukningu í GR sem OR yrði greiðandi að.

Varðandi forsögu málsins kom fram að í tengslum við ósk GR væri vísað til fyrri samskipta GR og PFS vegna fjárhagslegs aðskilnaðar milli fjarskiptahluta OR og annarrar starfsemi fyrirtækjasamstæðunnar sem og ákvarðana stofnunarinnar í því sambandi. Í ákvörðunum PFS væri að finna tilmæli til félaganna í tengslum við fjárhagslegan aðskilnað og framkvæmd hans svo tryggja mætti að aðgerðir þeirra í því sambandi fengju samrýmst 36. gr. fjarskiptalaga. Með erindi þessu væri ætlunin að sýna fram á hvernig orðið væri við þeim, sér í lagi þeirri kröfu að GR þyrfti að fá fyrirfram samþykki stofnunarinnar fyrir hlutafjárukningu sem OR væri greiðandi að.

Forsaga málsins væri sú að á fundi eigendaneftndar OR þann 26. september 2012 hefði verið samþykkt að beina því erindi til sveitarfélaganna sem ættu OR að þau samþykktu að veita stjórn OR umboð til að hefja undirbúning að sölu á allt að 49% hluta í GR. Stjórn OR hefði svo samþykkt áætlun um söluna þann 21. júní sl. Í tengslum við fjárhagslega endurskipulagningu GR vegna sölunnar hefði stjórnin einnig samþykkt að auka hlutafé sitt í GR um allt að 4 milljarða sem kæmu til lækkunar á láni GR hjá OR. Heimildin hefði hins vegar verið veitt með því skilyrði að mismunur hlutafjábreytingar og láns við OR yrði greiddur til OR sem og með fyrirvara um samþykki PFS.

Fjallað hefði verið um ákvarðanir stjórnar OR í fjölmiðlum og í kjölfarið hefði PFS beint fyrirspurn til GR um stöðu mála og minnt á þau skilyrði sem stofnunin hefði sett, m.a. um að fyrirfram samþykki PFS væri áskilið vegna slíkrar hlutafjárukningar. Auk þess hefði PFS upplýst GR um að Míla hefði óskað eftir aðild að væntanlegu máli. Í svari sínu hefði GR upplýst að erindi þess efnis yrði sent til PFS og að hlutafjárukning yrði ekki ákveðin á hluthafafundi í félaginu né tilkynnt til hlutafélagaskrár fyrr en stofnunin hefði veitt samþykki sitt fyrir henni og yrðu fyrirliggjandi ákvarðanir PFS er vörðuðu GR lagðar til grundvallar við framlagningu málsins.

Þá kom fram að GR ynni um þessar mundir að fjárhagsáætlun næsta árs ásamt árlegri endurskoðun á viðskiptaáætlun félagsins. Fyrirhugað væri að leggja þessar áætlanir fyrir stjórn GR þann 6. september nk. Erindi þetta hefði því ekki að geyma gögn er byggðu á umræddri viðskiptaáætlun heldur yrðu þau send PFS strax og áætlanirnar hefðu verið samþykktar í stjórn félagsins. Viðskiptaáætlunin myndi sýna vænta þróun ársreiknings félagsins og þar með afkomu þess og arðsemi. Þrátt fyrir að umrædd gögn vantaði í erindið væri það sent nú, í samræmi við leiðbeiningar stofnunarinnar, þannig að taka mætti ákvörðun sem fyrst um aðild Mílu að málinu.

PFS hefði áður fjallað um hlutafjárukningu í GR sem OR hefði verið greiðandi að, sbr. ákvarðanir nr. 39/2010 og 14/2010. Af þeim yrði ráðið að OR væri heimilt að auka hlutafé í félaginu, enda byggðist hlutafjárukningin m.a. á samkeppnislegum forsendum og rúmaðist innan eðlilegs fjárhagslegs aðskilnaðar. Þá þyrfti arðsemiskrafan að samræmast því sem tíðkaðist á meðal samanburðarfyrirtækja og hún þyrfti að nást innan eðlilegra tímamarka þrátt fyrir hlutafjárukninguna. Að auki þyrfti hlutafjárukningin að

samræmast þeim viðskiptaáætlunum sem kynntar hefðu verið PFS, auk þess sem kröfur á hendur GR sem notaðar hefðu verið til að hækka hlutafé ættu ekki að vera uppsafnaðar viðskiptaskuldir á milli félaganna. Ennfremur að lánasamningar skyldu liggja að baki öllum þeim kröfum á hendur GR sem ætlunin væri að breyta í hlutafé.

Óskað væri eftir því að PFS veitti samþykki sitt fyrir því að GR yki hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem OR yrði greiðandi að, enda kæmi þessi hlutafjárukning til lækkunar á láni GR við OR sem og að eftirstöðvar lánsins yrðu á sama tíma greiddar upp. Í kjölfar hlutafjárukningarinnar yrði því ekki um lánasamning milli OR og GR að ræða og þar með hefði verið skorið á lánatengslin milli félaganna.

Umrædd skuld GR við OR, sem tilkomin væri vegna yfirfærslu eigna frá OR til GR við stofnun félagsins árið 2007, hefði skv. lánasamningi félaganna upphaflega verið að fjárhæð u.þ.b. 3,5 milljarðar kr. Lánið væri gengistryggt þar sem lánsfjárhæðin skiptist í sex myntir. Í kjölfar falls íslensku bankanna, haustið 2008, og þess efnahagshruns sem því hefði fylgt, hefði gengi íslensku krónunnar veikst verulega. Þessi veiking hefði að mestu fest sig í sessi og lánsfjárhæð lánsins í íslenskum krónum hefði hækkað verulega, með tilsvarendi gengistapi hjá GR. Staða lánsins skv. ársreikningi GR fyrir árið 2012 væri u.þ.b. 7 milljarðar kr. Hér væri augljóslega um forsendubrest að ræða þar sem þróun gengis krónunnar, af völdum efnahagshrunsins, væri með allt öðrum hætti en gera hefði mátt ráð fyrir. Mörg fyrirtæki, þ.m.t. fjarskiptafyrirtæki í samkeppni við GR, hefðu þurft að bregðast við slíkum stökkbreytingum skulda, svo sem með afskriftum lána eða umbreytingu skulda í hlutafé. Með þeirri hlutafjárukningu sem nú væri leitað heimildar fyrir væri gripið til nauðsynlegra aðgerða við endurskipulagningu á efnahagsreikningi félagsins m.t.t. áhrifa efnahagshrunsins á hann.

Til þessa hefði viðskiptaáætlun GR ekki falið í sér umrædda endurskipulagningu á efnahagsreikningi, enda óvissa ríkt um gengisþróun. Með hlutafjárukningunni og endurfjármögnun eftirstöðva lánsins í íslenskum krónum hjá ótengdum aðila væri gengisáhættu félagsins eytt og myndi það koma fram í endurskoðaðri viðskiptaáætlun félagsins.

Hlutafjárukningin nú og þær aðgerðir sem fyrirhugað væri að grípa til í því sambandi uppfylltu þær kröfur sem gerðar væru til slíkra aðgerða og samræmdust þær því 36. gr. fjarskiptalaga. Jafnframt teldi GR þær uppfylla ákvarðanir PFS er vörðuðu fjárhagslegan aðskilnað innan OR. Með fyrirhugaðri sölu færi hluti félagsins úr eigu OR, sem væri í eigu opinberra aðila, yfir í eigu annars aðila. Með slíkri eignarhaldsbreytingu væri leitast við að minnka hæði GR gagnvart móðurfélagi sínu. Það væri tvímælalaust í þágu samkeppni á fjarskiptamarkaði til lengri tíma litið að svo yrði og samræmdist slíkt 36. gr. fjarskiptalaga um aðskilnað sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi. Það væri mati GR og OR að í kjölfar hlutafjárukningarinnar næðist áfram viðunandi arðsemi af framlögðu eigin fé, innan eðlilegs tímafrests..

Varðandi kröfu Mílu um aðild að málinu mótmælti GR henni og krafðist þess að henni yrði hafnað. Í 2. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga væri kveðið á um að markmið laganna væri m.a. að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þá væri í 36. gr. laganna fjallað um

aðskilnað sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi félaga sem væri einn lykilþátta laganna í að tryggja að því markmiði yrði náð. Gripið væri til fyrirhugaðrar hlutafjárukningar í GR vegna fyrirætlana OR um sölu á tæplega helmingshlut í félaginu og vegna gengistapsins í kjölfar bankahrunsins. Væri ætlunin þannig að koma félaginu í hlutaeigu annars aðila. Afstaða GR væri sú að jákvæð niðurstaða af ósk um samþykki fyrir hlutafjárukningu myndi ekki raska samkeppni á markaði heldur þvert á móti efla hana og tryggja til lengri tíma litið, neytendum í vil. Slík niðurstaða myndi ekki leiða til ólögmeðs ástands á markaði sem raska myndi hagsmunum þeim sem fjarskiptalögum væri ætlað að tryggja.

Lykilatriði við mat á því hvort veita ætti þriðja aðila aðild að máli væri það hvort viðkomandi hefði beina, verulega, sérstaka og lögvarða hagsmuni af niðurstöðu máls. Sem samkeppnisaðili GR hefði Míla að vissu leyti almennra hagsmuna að gæta, þ.e. að staða GR yrði ekki sterkari en nú væri. Almennir hagsmunir einir og sér nægðu hins vegar ekki til að veita Mílu aðilastöðu í málinu heldur yrði að vera um að ræða sértæka og einstaklingsbundna hagsmuni. Þvert á móti yrði Míla að geta sýnt fram á verulega og sérstaka hagsmuni sína af niðurstöðu máls og að jákvæð niðurstaða myndi fara gegn framangreindu markmiði og leiða til tjóns fyrir Mílu.

## 2.4 Bréf PFS til GR

Með bréfi PFS til GR, dags. 22. ágúst sl., kom fram að áður en leyst yrði efnislega úr beiðni GR yrði að leysa úr kröfu Mílu um aðild. Áður hefði reynt á aðildarkröfu félags í Skiptasamstæðunni, þ.e. Símans, í máli er varðaði aðskilnað sérleyfisstarfsemi Orkuveitusamstæðunnar frá fjarskiptastarfsemi, sbr. úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 8/2006. PFS hefði hafnað aðildarkröfu Símans en þeirri niðurstöðu hefði verið snúið í umræddum úrskurði. M.a. hefði verið vísað til dóms Hæstaréttar í máli 83/2003 (Eimskip og Samskip) sem fordæmis. Þar sem áður hefði reynt á slíka kröfu teldi PFS sig bundna af áðurgreindu fordæmi æðra stjórnvalds. Að mati PFS hefðu aðstæður á þeim markaði sem hér um ræddi, þ.e. varðandi rekstur gagnaflutningskerfa í fastanetum, ekki breyst það mikið síðan framangreindur úrskurður hefði fallið að önnur niðurstaða um aðild væri tæk í máli þessu. Það sama mætti segja um eðli málanna.

Að ofangreindu virtu væri það frumniðurstaða PFS að Míla bæri að njóta aðildarstöðu í því mál sem nú væri til umfjöllunar. Áður en komist yrði að endanlegri niðurstöðu og hvort formlegrar ákvörðunar væri þörf gæfist Orkuveitusamstæðunni færi á að tjá sig um hina fyrirhuguðu ákvörðun PFS. Væri samstæðan á öðru máli en fram kæmi í frumniðurstöðu PFS væri þess óskað að það yrði rökstutt með ítarlegum hætti m.t.t. framangreinds úrskurðar úrskurðarnefndar. Þyrfti þá að rökstyðja með hvaða hætti aðstæður á umræddum markaði hefðu breyst frá því að umræddur úrskurður hefði fallið og/eða í hverju hið mismunandi eðli málanna fælist.

## 2.5 Svar GR til PFS

Með bréfi GR til PFS, dags. 27. ágúst 2013, barst svar félagsins. Fram kom að GR ítrekaði þá kröfu sína að ósk Mílu um aðild að umræddu stjórnsýslumáli yrði hafnað. Í bréfi Mílu, dags. 2. júlí sl., væri það með engu rökstutt af hverju fallast ætti á aðild

fyrirtækisins. Þá hefði Míla ekki tilgreint í hverju hinir verulegu hagsmunir fælust sem skertir yrðu féllist PFS á beiðni GR. Þá væru þar að finna tilhæfulausar og órökstuddar fullyrðingar um að verið væri að afskrifa lán GR hjá móðurfélagi.

Frumniðurstaða PFS væri sú að veita bæri Mílu aðild að máli þessu. Því til stuðnings hefði PFS vísað til úrskurðar úrskurðarnefndar nr. 8/2006. Vissulega mætti fallast á að um áþekk mál væri að ræða, þ.e. mál sem fjölluðu um fjárhagslegan aðskilnað í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga. Eðli þessara mála væri hins vegar ólíkt og þetta mál því ekki sambærilegt því máli sem úrskurðarnefndin hefði fjallað um. Í hinu eldra máli hefði verið um að ræða rannsókn er lotið hafi að meintum brotum aðila á markaði. Ástæða þess að úrskurðarnefnd hefði talið að viðurkenna bæri aðild Símans í því máli hefði m.a. verið samanburður við málið sem til umfjöllunar hefði verið í dómi Hæstaréttar nr. 83/2003. Í báðum tilvikum hefði verið um að ræða rannsókn á meintum brotum aðila á markaði. Í tilviki GR nú væri ekki um slíka rannsókn á meintu broti að ræða. Málið varðaði hins vegar beiðni fyrirtækisins um heimild fyrir hlutafjárukningu svo PFS gæti tryggt að ákvörðun þar að lútandi væri tekin með eðlilegum hætti og að hún byggðist á samkeppnislegum forsendum. Þannig gæfist PFS kostur á að tryggja að samkeppnisrekstur væri ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi. Fyrirhuguð hlutafjárukning væri ekki fjármögnuð með fé úr samkeppnisrekstrarhluta OR enda væri um að ræða lán sem stofnað hefði verið til við stofnun fyrirtækisins fyrir sjö árum. Um væri að ræða lán á móti yfirfærslu eigna frá OR til GR. Lánið og þær tilfærslur eigna sem þá hefðu átt sér stað hefði PFS þegar tekið til skoðunar og fallist á að með þeim hefði ekki verið brotið í bága við þær kröfur 36. gr. fjarskiptalaga.

Ljóst væri að samkeppnislegar forsendur væru að baki þeirri ákvörðun að breyta umræddu láni í aukið hlutafé í GR. Líkt og bent hefði verið á í ákvörðun PFS frá 13. nóvember 2006 væri þar tilgreint að fyrirkomulag sem fæli í sér náði og viðvarandi fjárhagslegt samband milli OR og GR yrði að teljast umfram það sem almennt tíðkast milli óskyldra aðila. Þrátt fyrir það hefði í því máli verið fallist á að eðlilegt væri að GR skuldaði OR vegna yfirtöku eigna í upphafi.

Einnig mætti benda á að samkvæmt 41. gr. raforkulaga nr. 65/2003 færi Orkustofnun einnig með eftirlit með því að fé úr sérleyfisrekstri fyrirtækisins væri ekki notað til að greiða niður samkeppnisrekstur innan fyrirtækisins eða hjá dótturfélögum þess. Um væri að ræða árlegt eftirlit sem staðfest hefði að fé úr sérleyfisrekstri OR væri ekki notað til að greiða niður starfsemi sem fram færi innan samkeppnisrekstrar fyrirtækisins eða innan dótturfélags GR.

Með vísan til framangreinds og þess sem fram kæmi í erindi GR, dags. 20. ágúst sl., ítrekaði GR fyrri kröfur sínar um að hafna bæri aðild Mílu.

## **2.6 Bréf PFS til Mílu**

Í bréfi PFS til Mílu, dags. 28. ágúst sl., sagði að eins og fram hefði komið í bréfi PFS til GR, dags. 22. ágúst sl., hefði það verið frumniðurstaða PFS að Míla skyldi njóta aðildarstöðu í umræddu máli, m.a. með vísan til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 8/2006. Ennfremur að áður en komist yrði að endanlegri niðurstöðu fengi

Orkuveitusamstæðan að tjá sig um hina fyrirhuguðu ákvörðun um aðild. Væri samstæðan ósammála hinni fyrirhuguðu ákvörðun þyrfti hún þá m.a. að rökstyðja með hvaða hætti aðstæður á umræddum markaði hefðu breyst frá því að framangreindur úrskurður hefði fallið og/eða í hverju hið mismunandi eðli málanna fælist. Þá kom fram að PFS teldi að GR hefði fært fyrir því tiltekin rök að það mál sem hér væri til umfjöllunar og framangreindur úrskurður úrskurðarnefndar væru ekki að öllu leyti sambærileg, m.a. þar sem nú væri ekki fjallað um meint brot af hálfu Orkuveitusamstæðunnar. Í því ljósi teldi PFS að Míla þyrfti að færa fyrir því frekari rök, umfram það sem leiddi eingöngu af mögulegum fordæmisáhrifum hins fyrra máls, að Míla ætti aðild að því máli sem nú væri til meðferðar.

Áður en endanleg ákvörðun yrði tekin í málinu gæfist Mílu færi á að tjá sig um framangreint svarbréf GR, dags. 27. ágúst sl. Óskað væri ítarlegs rökstuðnings fyrir því að fallast bæri á umrædda aðildarkröfu. Tilgreina þyrfti í hverju hinir verulegu hagsmunir Mílu fælust, sem skerst gætu ef fallist yrði á umrædda beiðni GR. Þá óskaðist rökstuðningur fyrir því að umræddur úrskurður og mál það sem hér væri til umfjöllunar væru nægilega sambærileg til að sá úrskurður væri tækur sem fordæmi í málinu.

## 2.7 Svar Mílu til PFS

Með bréfi, dags. 11. september sl., barst svarbréf Mílu við framangreindu bréfi PFS. Fram kom að markaðurinn fyrir ljósleiðaratengingar á suðvestur horni landsins væri tvíkeppnismarkaður. Míla væri eini keppinautur GR á markaðnum fyrir lagningu ljósleiðaralagna á umræddu landssvæði. Í grein dr. Páls Hreinssonar, prófessors, „Aðili stjórnisýslumáls“,<sup>1</sup> segði í umfjöllun um dóm Hæstaréttar í tilvísuðu máli nr. 83/2003, að ætla yrði að miklu hefði ráðið um niðurstöðuna í málinu að á sumum mörkuðum kepptu einungis þessi tvö skipafélög (Eimskip og Hafskip). Þá hefði komið skýrt fram í dóminum, sbr. einnig greinargerð með stjórnisýslulögnum, að skýra bæri aðildarhugtakið rúmri lögskýringu. Orðrétt hefði sagt í dóminum:

*„Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hér er fjallað um, gefa lögskýringargögn til kynna að aðildarhugtak í stjórnisýslumálum 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 efnunum 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.“*

Í forsendum úrskurðarnefndar í málinu nr. 8/2006 hefði sagt orðrétt um stöðu á tvíkeppnis-/fákeppnismörkuðum:

*„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*

<sup>1</sup> Nánar tiltekið bls. 398-399 í 3 hefti Tímarits lögfræðinga, 55. árgangur, 2005.

*Þetta hafi verið ákvörðunarástaða Hrd. 83/2003 og leitt til þess að Hæstiréttur vék frá þeirri almennu reglu að samkeppnishagsmunir einir nægi ekki til aðildar.“*

Af þessu mætti ráða að æðra sett stjórnvald hefði þegar komist að þeirri niðurstöðu að á tvíkeppnismarkaði nægðu samkeppnishagsmunir einir og sér til að viðurkenna aðilastöðu Mílu í máli þessu. Þá teldi nefndin það heldur ekki ráða úrslitum að það þyrfti að vera í gangi rannsókn að frumkvæði þess sem krefðist aðildar eða að rannsóknin þyrfti að beinast að meintum brotum á lögum, þar sem önnur atriði yllu einnig skyldleika með málunum. Orðrétt segði um þetta í forsendum nefndarinnar (breiðletrun Mílu):

*„Enda þótt málavextir væru 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 grunnets 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 gerðist 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 sjóflutning 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.*

Öll þessi rök ættu enn við, enda hefði það eitt breyst að Míla hefði tekið við bitastraumspjónustu um bandbreiðar tengingar af Símanum. Þá væri örbylgjutækni enn sem fyrr ekki raunverulegur valkostur við ljósnet og/eða ljósleiðara og því enn um tvíkeppnismarkað að ræða. Í bréfi PFS til GR, dags. 22. ágúst sl., hefði auk þess komið fram sú afstaða PFS að aðstæður á þeim markaði sem um ræddi, þ.e. varðandi rekstur gagnaflutningskerfa í fastanetum hefði ekki breyst það mikið síðan úrskurður úrskurðarnefndarinnar hefði fallið að önnur niðurstaða væri tæk að þessu sinni. Hefði verið óskað eftir því að GR rökstyddi með hvaða hætti aðstæður hefðu breyst. Enginn slíkur rökstuðningur hefði borist frá GR og væri því ágreiningslaust að um tvíkeppnismarkað væri að ræða.

Samkvæmt þessu þyrfti alls ekki að vera um það að ræða að málið þyrfti að lúta að rannsókn stjórnvalds á meintum brotum aðila á markaði, enda aðeins einn annar aðili sem væri í umtalsverðri samkeppni. Rökræðunnar vegna skyldi hins vegar tekið fram að skuldbreyting á allt að fjórum milljörðum af láni OR til GR í hlutafé myndi í raun vera í andstöðu við 36. gr. fjarskiptalaga og þar með fela í sér brot á lögnum. Þess vegna mætti með réttu halda því fram að PFS fjallaði nú um áformað brot GR gegn umræddri lagagrein, sem þó yrði ekki fullframið nema með samþykki PFS. Ef GR gæti ekki staðið undir láni sem veitt væri á „markaðslegum forsendum“ án þess að fá því láni breytt í hlutafé, þá væri reksturinn greinilega ekki að standa undir lánnum. Það að Orkuveitan breytti láninu þá í hlutafé gæti ekki verið annað en brot á umræddu lagaákvæði. Um



rökstuðning fyrir þessu mætti vísa til forsendna PFS í ákvörðun um fjárhagslegan aðskilnað frá 13. nóvember 2006, en þar hefði sagt orðrétt (breiðletrun Mílu:

*„Í áður nefndum úrskurðum samkeppnisyrivalda er mælt fyrir um að það svið sem er fjárhagslega aðskilið frá annarri starfsemi megi einungis skulda öðrum sviðum lán vegna yfirtöku eigna í upphafi svo og lán vegna eðlilegra viðskipta eftir það. Með eðlilegum viðskiptum er t.d. átt við skuldir vegna veittrar þjónustu. Skilyrði sem þetta er sett til að koma í veg fyrir að sviðið sem er fjárhagslega aðskilið fái lán á óeðlilega lágum vöxtum eða öðrum kjörum sem standa samkeppnisáðilum almennt ekki til boða.*

*Er þá horft til atriða, sem aðilar geta samið um sín á milli, eins og afborgunarskilmála, lánstíma, mögulegra skuldbreytinga og afskrifta. Samkomulag um slík atriði í lánasamningum milli Orkuveitu Reykjavíkur og Gagnaveitunnar getur falið í sér óeðlilegan aðstöðumun sem jafna mætti við niðurgreiðslu á fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins. Eðlilegt er að hafa slík sjónarmið í huga að því er varðar áform Orkuveitu Reykjavíkur um að fjármagna lánsfjárbörf Gagnaveitunnar.“*

Fyrir lægi að hin fyrirhugaða skuldbreyting/afskrift yrði, ef hún gengi eftir, einmitt gerð í tengslum við endurfjármögnun á lánsfjárbörf GR. Ekki yrði því betur séð en PFS hefði þegar tjáð sig um að slíku mætti jafna við niðurgreiðslu á fjarskiptastarfsemi. Slík niðurgreiðsla gæti eingöngu komið úr einkaleyfisþætti starfsemi OR og því í beinni andstöðu við 36. gr. fjarskiptalaga.

Hér bæri einnig að líta til ákvörðunar PFS nr. 25/2010, sem fjallað hefði m.a. um ákvæði í lánasamningi GR um að GR væri óheimilt að sleppa því að greiða vexti af lánum frá OR á lánstíma lánsins. Hefði þetta ákvæði verið talið brjóta í bága við ákvarðanir PFS frá 13. nóvember 2006 og 30. desember 2008 og lánasamningi GR og OR frá 7. mars 2007. Þar af leiðandi hefði PFS talið ofangreint samningsákvæði einnig brjóta gegn ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga um aðskilnað sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi, þar sem um óeðlilega niðurgreiðslu væri að ræða frá einkaleyfisstarfsemi OR til GR. Orðrétt segði (breiðletrun Mílu):

*„GR getur ekki með einkaréttarlegum samningum samið sig undan skýrum kvöðum sem PFS hefur lagt á félagið. GR ber því að virða ofangreint samningsákvæði að vettugi og standa OR skil á vaxtagreiðslum þeim sem ógreiddar eru miðað við lánsamning GR og OR frá 7. mars 2007, eins og honum var breytt með viðauka þann 1. október 2009, en gjalddagar vaxtagreiðslna eru 1. maí og 1. nóvember ár hvert. Samkvæmt bréfi GR til PFS, dags. 1. september sl., hefur GR greitt umræddar vaxtagreiðslur til OR. GR ber að greiða slíkar vaxtagreiðslur áfram á gjalddaga fram til þess tíma að lánið hefur að fullu verið greitt upp á árinu [...].“*

Að álitum PFS hefði tilhögun fjármögnunar GR með lánasamningum við OR verið grundvallaratriði varðandi það markmið 36. gr. fjarskiptalaga að tryggja fjárhagslegan aðskilnað milli félaganna. Hefði PFS litið þá háttsemi alvarlegum augum að ekki væri farið að skýrum fyrirmælum eða kvöðum sem lagðar hefðu verið á fyrirtækið og á talið fyrirtækið fyrir það. Fram hefði komið af hálfu PFS að málið væri þess eðlis að til greina hefði komið að beita fyrirtækið stjórnvaldssekt ef slík heimild hefði verið fyrir hendi. Hin

fyrirliggjandi beiðni um skuldbreytingu/afskrift allt að 4 milljörðum lánsins væri augljóslega mun viðrhlutameiri aðgerð en það brot GR að sleppa greiðslu vaxta til OR sem fjallað hefði verið um í ákvörðun PFS nr. 25/2010. Yrði það í meira lagi mótsagnarkennt ef PFS féllist á skuldbreytingu/afskrift á allt að fjórum milljörðum höfuðstólsins í ljósi þess að niðurfelling vaxtagreiðslna, sem næmi væntanlega broti af höfuðstólsfjárhæðinni, hefði verið talið alvarlegt brot og henni hafnað.

Hinir verulegu, einstaklegu og lögvörðu hagsmunir Mílu lögju nánast í hlutarins eðli, ekki síst með vísan til þeirra fordæma sem rakin hefðu verið hér að ofan. Kæmi því nokkuð á óvart að PFS beindi því til Mílu að rökstyðja þá með ítarlegum hætti. Rekstur grunnnets í fjarskiptum væri einfaldlega svið viðskipta þar sem miklar fjárfestingar þyrfti til að geta stundað reksturinn. Á tvíkeppnismarkaði þeim sem hér um ræddi leiddi hin stórkostlega skuldbreyting/afskrift sem fyrirhuguð væri óhjákvæmilega til röskunar á samkeppnishagsmunum þess eina keppinauts sem væri til staðar, í þessu tilviki Mílu. Míla þyrfti að leggja í fjárfestingar á forsendum einkafjárfestis, sem ekki gæti sótt í djúpa vasa annars aðila innan samstæðu sem starfaði í skjóli einkaleyfis eða opinberrar verndar, enda væri nú langt um liðið frá því að samkeppni hefði verið gefin frjáls á öllum sviðum fjarskipta. Mætti raunar ætla að áform GR/OR færu ekki einungis gegn 36. gr. fjarskiptalaga, sem ætlað væri að tryggja jafna samkeppnisstöðu, heldur einnig gegn reglum EES samningsins um óheimila ríkisaðstoð. Gengju áform OR/GR eftir, mætti leiða af fyrri ákvörðunum PFS að jafna mætti þeim til niðurgreiðslu á fjarskiptastarfsemi í andstöðu við 36. gr. Einsýnt væri að afskrifa þyrfti fjárfestingu Mílu í grunnetum fjarskipta mun hraðar en ella auk þess sem öll nýfjárfesting yrði mun áhættusamari.

Tilvísun GR til raforkulaga og eftirlitshlutverks Orkustofnunar væri haldlaus, enda hefði PFS í fyrri ákvörðunum hafnað samvarandi sjónarmiðum, sbr. t.d. ákvörðun PFS um fjárhagslegan aðskilnað frá 13. nóvember 2006, en þar hefði sagt orðrétt:

*„Póst- og fjarskiptastofnun getur ekki fallist á það að ganga eigi skemur í aðskilnaði en lög um fjarskipti mæla fyrir um af þeirri ástæðu að annar eftirlitsaðili geri ekki sömu kröfur. Orkustofnun hefur eftirlit með bókhaldslegum aðskilnaði hjá sérleyfishöfum samkvæmt 41. gr. raforkulaga. Samkvæmt raforkulögum getur eingöngu komið til fjárhagslegs aðskilnaðar ef slíkt er ákveðið af samkeppnisyfirvöldum. Póst- og fjarskiptastofnun er ekki kunnugt um að slíkri ákvörðun hafi verið beint að Orkuveitu Reykjavíkur. Samkvæmt því ber Orkuveita Reykjavíkur ekki sömu skyldur um aðgreiningu samkvæmt raforkulögum og lögum um fjarskipti og er því ekki hægt að bera saman afskipti eftirlitsstofnana á þessum sviðum.“*

Míla hefði undir höndum ársreikning GR vegna reikningsársins 2012. Þar kæmi fram að lán félagsins væru að eftirstöðvum 8,7 milljarðar kr. í árslok sem skipust þannig: Lán frá móðurfélaginu OR, að eftirstöðvum 7 milljarðar kr. og væri það á gjalddaga 1. nóvember 2013. Lán frá viðskiptabanka að eftirstöðvum 1,7 milljarðar kr. og væri það lán á gjalddaga 31. október 2013. Síðan segði orðrétt (breiðletrun Mílu):

*„Lögð hefur verið fram tillaga í stjórn GR þess efnis að óskað verði eftir framlengingu á lánstíma láns félagsins hjá Orkuveitu Reykjavíkur, eins og ráð var fyrir gert við síðustu framlengingu þess. Sú framlenging er háð samþykki Póst- og*

*fjarskiptastofnunar. Viðskiptabanki félagsins hefur gefið GR viljayfirlýsingu þess efnis að bankinn sé tilbúinn að framlengja lánstíma láns félagsins hjá bankanum þegar lán félagsins hjá Orkuveitu Reykjavíkur hefur verið framlengt. Er það mat stjórnenda félagsins að áform um framlengingu gangi eftir.“*

Með vísan til þessa mats stjórnenda GR fengi Míla ekki séð þörf á afskrift allt að fjögurra milljarða þegar OR væri í lófa lagið að framlengja lán sitt og tryggja þar með framlengingu á láni viðskiptabanka félagsins. Væri þess sérstaklega farið á leit að PFS óskaði skýringa á misræmi milli þeirra áforma sem fram kæmu í skýringu með ársreikningi og þeirra áforma sem fram kæmu í kauphallartilkynningu þess efnis að skuldbreyta/afskrifa ætti meira en helming láns móðurfélagsins.

Í bréfi GR hefði m.a. komið fram að í bréfi Mílu væru að finna tilhæfulausar og órökstuddar fullyrðingar um að verið væri að afskrifa lán GR hjá móðurfélaginu. Mílu væri ekki ljóst hvað hér væri átt við. Í upphaflegu erindi Mílu hefði einfaldlega verið á það bent að orðalag þess efnis að skuldum yrði breytt í hlutafé væri villandi þegar lánveitandinn sem skuldbreytti væri fyrir skuldbreytinguna þegar 100% eigandi GR. Hvaða endurgjald fengi OR á móti breytingu allt að fjórum milljörðum af láni sínu í hlutafé? Væntanlega ekkert, enda gæti hlutafjáreignin ekki aukist umfram 100%. Hér væri einfaldlega verið að leggja til afskrift án nokkurs endurgjalds og því heiðarlegra að kalla gjörninginn réttum nöfnum.

Míla teldi með vísan til alls þess sem að framan greindi að PFS væri bundið af fyrri úrskurðum æðra setts stjórnvalds, sem og dómum Hæstaréttar um hliðstæð efni. Þá hefði félagið gert grein fyrir einstaklegum og verulegum hagsmunum sínum í málinu, auk þess sem tilvísun GR til raforkulaga teldist haldlaus. Væru því allar fyrri kröfur ítrekaðar þess efnis að aðildastaða Mílu yrði viðurkennd og félaginu yrði tafarlaust veittur aðgangur að öllum gögnum málsins.

## **2.8 Bréf PFS til GR**

Með bréfi PFS til GR, dags. 12. september sl., veitti stofnunin félaginu færi á að tjá sig um framangreint svarbréf Mílu til PFS, dags. 11. september sl., og bæta við rökstuðning þeirrar kröfu að hafna bæri aðildarkröfu Mílu.

## **2.9 Svar GR til PFS**

Með bréfi, dags. 17. september sl., barst PFS svar GR við framangreindu bréfi PFS til GR, dags. 12. september sl. Fram kom að í umræddu svarbréfi Mílu hefði ítarlega verið farið ofan í ýmsa efnisþætti málsins sem Míla óskaði aðildar að. Þar væri víða að finna rangfærslur, sem GR teldi ástæðulaust að svara nú, enda væri hér eingöngu verið að fjalla um aðild Mílu, óháð efnisþáttum málsins. GR ítrekaði þá kröfu að ósk Mílu um aðild að stjórnsýslumáli þessu yrði hafnað og áréttaði þau rök sem færð hefðu verið fram í svarbréfi GR til PFS, dags. 27. ágúst sl.

Í fyrsta lagi væri ekki hægt að líta fram hjá því grundvallaratriði að málið væri ólíkt því máli sem væri til umfjöllunar í úrskurði úrskurðarnefndar nr. 8/2006. Um væri að ræða

mál er vörðuðu beiðni GR um að PFS samþykki hlutfjárukningu í félaginu. Í því fælist að um svokölluð leyfisveitingarmál væri að ræða. Líkt og áður hefði verið vísað til hefði umræddur úrskurður lotið að máli er varðaði rannsókn á meintu broti og hefði sá þáttur haft mikið vægi þegar metið var hvort dómur Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 hefði fordæmisáhrif hvað aðild Símans varðaði. Væri því ljóst að ekki væri hægt að byggja á því að eðli málanna væru lík sem leiddi til þess að líta ætti til tilvitnaðs úrskurðar sem fordæmis fyrir því að veita ætti Mílu aðild.

Í þessu samhengi teldi GR rétt að benda á að PFS væri stjórnvald sem færi með eftirlit með því að farið væri að 36. gr. fjarskiptalaga og að uppfylltar væru þær kröfur sem leiddar yrðu af téðri grein. Í því fælist m.a. að GR þyrfti að óska heimildar fyrir þeim gjörningi sem efnisþáttur þessa máls varðaði og rökstyðja með hvaða hætti skilyrði greinarinnar væru að öðru leyti uppfyllt. Teldi PFS ekkert því til fyrirstöðu út frá samkeppnislegum forsendum að heimila þann gjörning væri heimild veitt. Með hliðsjón af þessu yrði að átelja þær aðdróttanir bæði í garð GR og PFS sem fram kæmu í erindi Mílu um að PFS tæki þátt í að aðstoða GR við að fremja brot á lögum sem stofnuninni væri falið að viðhafa eftirlit með.

Í öðru lagi hefði Míla ekki fært sannfærandi rök fyrir þeim lögvörðu hagsmunum sem fyrirtækið teldi vera skerta færi svo að PFS veitti GR heimild til hlutfjárukningar.

Míla héldi því fram að hlutfjárukningin myndi leiða til aukinnar virðisrýrnunar á grunnneti Mílu og aukinnar áhættu Mílu í nýfjárfestingum. Þessi sömu rök hefði komið fram á árinu 2006 í málatilbúnaði Símans, sem endað hefði með umræddum úrskurði úrskurðarnefndar nr. 8/2006. Frá þeim tíma hefði Míla engu að síður farið út í stórar fjárfestingar við uppbyggingu VDSL kerfis sem segja mætti að væri í harðari samkeppni við ljósleiðara GR en ADSL kerfið sem áður var. Verðmæti eigna Mílu ætti nú þegar að taka mið af þeirri uppbyggingu sem átt hefði sér stað á ljósleiðarakerfi GR. Nýleg markaðsgreining PFS sýndi að hlutdeild Mílu á heimtaugarmarkaði (markaður 4) væri nú um 87% á meðan hlutdeild GR væri 12%. Það væri því um virka samkeppni að ræða og myndi fyrirhuguð hlutfjárukning, sem slík, ekki breyta neinu þar um, enda við því að búast að markaðshlutdeild GR aukist enn frekar.

Með vísan til framangreinds og þess sem fram kæmi í fyrri erindum GR, dags. 20. og 27. ágúst sl., ítrekaði GR fyrri kröfur sínar um að hafna bæri aðild Mílu.

### III

#### *Úrlausnir PFS og úrskurðarnefndar um aðild*

##### **3.1 Ákvörðun PFS um aðild Símans að máli PFS gagnvart OR frá 2006**

Í ákvörðun PFS frá 19. apríl 2006 hafnaði PFS kröfu Símans um aðild að máli stofnunarinnar gagnvart OR.

Forsaga málsins var sú að í mars 2003 var OR tilkynnt um að PFS hygðist kanna hvernig staðið hefði verið að aðskilnaði fjarskiptastarfsemi fyrirtækisins frá sérleyfisverndaðri

starfsemi svo meta mætti hvort aðgerða væri þörf m.t.t. þágildandi fjarskiptalaga, sbr. nú 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Þann 13. janúar 2006 lagði Síminn fram formlega kröfu um aðild að málinu og taldi ljóst að áskilnaði umræddrar 36. gr. fjarskiptalaga væri ekki fullnægt í málinu. Að mati Símans hefði félagið lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins og vísaði m.a. til dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 máli sínu til stuðnings. OR var þessu ósammála og taldi að Síminn ætti ekki að njóta aðildar að umræddu máli.

Í ákvörðun sinni tók PFS fram að ákvörðun um aðild að stjórnslumáli ylli yfirleitt ekki vandkvæðum. Þannig væru þeir sem legðu fram kvartanir eða kærur yfirleitt taldir aðilar að stjórnslumáli ásamt þeim aðila sem ákvörðun beindist að. Hins vegar gætu komið upp ýmis markatilvik. Í slíkum tilvikum væri lagt heildstætt mat á hagsmuni og tengsl umrædds aðila við úrlausn málsins á grundvelli þess hvort hann gæti talist eiga *beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna* hagsmuna að gæta.

Fram kom að Síminn hefði talið sig eiga ofangreindra hagsmuna að gæta vegna þeirra fjárhagslegu hagsmuna sem fyrirtækið hefði af því að eðlileg samkeppni ríkti á fjarskiptamarkaðnum og vísaði til þeirrar staðreyndar að OR væri eini keppinautur félagsins um lagningu ljósleiðaraneta á höfuðborgarsvæðinu. Því ætti Síminn að njóta aðilastöðu að umræddu máli. PFS var ósammála því að ofangreind staðreynd leiddi til þess að Síminn hefði sérstakra hagsmuna að gæta umfram önnur fyrirtæki sem störfuðu á fjarskiptamarkaði um að þar ríkti eðlileg og heilbrigð samkeppni. Auk þess væru samkeppnishagsmunir almennt ekki taldir leiða til aðilastöðu í samkeppnismálum. Þó svo að um gæti verið að tefla verulega fjárhagslega hagsmuni fyrir samkeppnisaðila skorti yfirleitt á að hann gæti talist eiga beinna og sérstakra hagsmuna að gæta af úrlausn máls.

Þá taldi PFS að aðstæður í dómi Hæstaréttar nr. 83/2003 væru ekki sambærilegar því máli sem til úrlausnar væri gagnvart OR. Í umræddum dómi hefði Eimskip hf. krafist þess að úr gildi yrði felldur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem staðfest var ákvörðun Samkeppnisstofnunar um að Samskip hf. teldist aðili að máli sem stofnunin hefði til rannsóknar gagnvart Eimskip samkvæmt ábendingu Samskipa. Hæstiréttur féllst ekki á kröfur Eimskipa og staðfesti umræddan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Að mati PFS hefði þurft að horfa til þess að framangreint mál hefði hafist með rökstuddu erindi Samskipa þar sem tilgreind hefðu verið dæmi um meint brot Eimskipa á samkeppnislögum. Hefði niðurstaða dómsins því verið í samræmi við þá meginreglu að telja skyldi þann aðila máls er legði fram kvörtun eða erindi sem leiddi til þess að úr yrði stjórnslumál. Aðdragandinn að máli PFS gagnvart OR hefði á hinn bóginn verið með allt öðru móti, þar sem stofnunin hefði hafið málið að eigin frumkvæði í þeim tilgangi að ganga úr skugga um hvort skilyrðum 36. gr. fjarskiptalaga um aðskilinn fjárhag væri fullnægt. Væri því ekki um að ræða tiltekið kvörtunarmál, heldur mál er lyti að hefðbundnu og almennu eftirliti stofnunarinnar með því að starfsemi fjarskiptafyrirtækja væri í samræmi við fjarskiptalög. Í slíkum málum hlyti meginreglan að vera sú að aðild einskorðaðist við þann aðila sem eftirlitið beindist að.

Ennfremur taldi PFS rétt að líta til þess að mál PFS gagnvart OR lyti að athugun á bókhalds- og rekstrargögnum fyrirtækisins. Væru þannig engir rannsóknarhagsmunir bundnir við hugsanlega aðild Símans að því máli. Hins vegar virtist sem

samkeppnisyfirvöld hefðu talið aðild Samskipa að máli Samkeppnisstofnunar vera nauðsynlega vegna rannsóknar á því, en áfrýjunarnefnd hafði orðað það svo að rannsóknarhagsmunir væru tengdir því að kærandinn gæti fylgst með máli, tjáð sig um það og stuðlað þannig að því að mál mætti upplýsa sem best. Með tilliti til þeirrar skyldu sem hvíldi á stjórnvöldum um að sjá til þess að mál væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun yrði tekin í því hlyti þetta sjónarmið að mati PFS að hafa vegið tiltölulega þungt við ákvörðun um að veita Samskipum aðild að málinu.

Þá taldi PFS að einnig þyrfti að líta á málið út frá sjónarhorni OR. Það væri skilningur PFS að þær bókhalds- og rekstrarupplýsingar sem óskað hefði verið eftir frá OR hefðu varðað mikilsverða viðskiptahagsmuni fyrirtækisins. Þannig væri bæði sanngjarnt og eðlilegt að Símanum sem samkeppnisaðila OR yrði ekki veittur aðgangur að þeim. Hins vegar væri ljóst að endanleg efnisleg ákvörðun PFS myndi að mestu byggja á ítarlegri og heildstæðri greiningu stofnunarinnar á umræddum gögnum. Ætti aðild Símans að málinu að hafa einhverja raunhæfa þýðingu þyrfti að veita fyrirtækinu tiltölulega rúman aðgang að gögnum málsins. Af þeim sökum teldi PFS vafasamt, m.t.t. réttmætra hagsmuna OR, að viðurkenna aðild Símans að málinu.

Að öllu framangreindu virtu var það niðurstaða PFS að Síminn hefði ekki sýnt fram á að hann ætti beinna og sérstakra hagsmuna að gæta í umræddu máli. Ennfremur að hagsmunir OR af því að kröfu Símans yrði hafnað vægju þyngra þegar litið væri til eðlis þessa máls og þeirra gagna sem það varðaði. Það var því niðurstaða PFS að Síminn ætti ekki aðild að málinu, en að um rétt fyrirtækisins til aðgangs að gögnum þess færi samkvæmt almennum ákvæðum upplýsingalaga nr. 50/1996.

### 3.2 Úrskurður úrskurðarnefndar um aðild Símans frá 2006

Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 8/2006, frá 17. júlí 2006, var framangreind ákvörðun PFS felld úr gildi og Síminn talinn vera aðili að umræddu máli.<sup>2</sup> Fram kom að hugtakið „aðili máls“ væri hvergi skilgreint í íslenskum stjórnisýslulögum. Í greinargerð með lögumum væri að finna umfjöllun um hugtakið en þar segði 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 stjórnisýslunnar er að ræða.“*

Þá kom fram að almennt væri sá talinn aðili máls sem ætti verulegra, lögvarinna og sértækra hagsmuna að gæta. Dr. Páll Hreinsson prófessor teldi að leysa skyldi úr

---

<sup>2</sup> Þess má geta að einn nefndarmaður af þremur var ósammála meirihluta nefndarinnar og vildi staðfesta umrædda ákvörðun PFS.

vafaatriðum á svipaðan hátt og að um matskennda stjórnvaldsákvörðun væri að ræða, þ.e. að fram færi heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds lögaðila við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða og ákvörðun síðan tekin um það hvort telja skyldi hann aðila þess. Eins og fram kæmi í greinargerð með stjórnarsýslulögum bæri að skýra hugtakið rúmt svo ekki væri einungis um að ræða þá sem beina aðild ættu að máli heldur gæti einnig fallið undir það þeir sem ættu óbeinna hagsmuna að gæta. Samkeppnishagsmunir einir og sér leiddu ekki til þess að fyrirtæki væru aðilar máls er vörðuðu samkeppnisaðila þeirra en á þeirri meginreglu gætu verið undantekningar. Helsta dæmið um slíka undantekningu væri Hrd. 83/2003 þar sem virtist vera sem samkeppnishagsmunir á *fákeppnismarkaði* gætu nægt til þess að lögaðili væri talinn aðili máls. Páll ætlaði að miklu hefði ráðið í niðurstöðu dómsins að á sumum mörkuðum væru einungis tveir samkeppnisaðilar.

Þá kom fram í úrskurðinum að umræddur dómur hefði fallið í máli Samkeppnisstofnunar og Eimskipa hf. Eimskip hefði krafist þess að felld yrði úr gildi ákvörðun Samkeppnisstofnunar um að Samskip hf. teldist aðili máls stofnunarinnar á hendur Eimskip, þar sem rannsókuð hefðu verið meint brot gegn samkeppnislöggjöf. Hæstiréttur hefði talið að þar sem þau meintu brot sem um væri rætt gætu haft verulega skaðleg áhrif á rekstur Samskipa yrði að túlka hugtakið aðili máls rúmt.

Ef aðeins væri um tvo aðila að ræða sem kepptu á ákveðnu sviði væru töluverðar líkur á því að umfangsmiklar aðgerðir annars aðilans til þess að hamla samkeppni hefðu veruleg áhrif á lögvarða og sértæka hagsmuni hins aðilans. Brot á lögum sem ætlað væri að tryggja heilbrigða samkeppni hlytu að bitna á þeim eina samkeppnisaðila sem væri fyrir hendi. Nefndin teldi að ráða mætti af rökstuðningi dómsins að þetta hefði verið ástæða þess að Hæstiréttur hefði vikið frá þeirri almennu reglu að samkeppnishagsmunir einir nægðu ekki til að skapa aðila aðild að máli.

Nefndin féllst ekki á þau sjónarmið PFS og OR að frumkvæði Samskipa að umræddu stjórnarsýslumáli hefði haft áhrif á niðurstöðu dómsins. Jafnvel þó aðili yrði valdur að því að mál hæfist teldist hann ekki sjálfkrafa aðili máls ef hann uppfyllti ekki þau skilyrði sem matið byggðist á, þ.e. hefði ekki verulegra, sértækra og lögvarðra hagsmuna að gæta. Að sama skapi gæti frumkvæði ekki talist skilyrði þess að vera talinn aðili máls. Færi það gegn íslenskri stjórnarsýsluhefð að túlka umræddan dóm þannig að hann kvæði á um að aðeins sá þriðji aðili sem kærði mál gæti talist aðili að því, sbr. einnig rökstuðning dómsins þar sem segði að óbeinir hagsmunir gætu komið til álita jafnt og beinir og að aðildarhugtakið skyldi túlka vítt.

Enda þótt málavextir væru ekki að öllu leyti sambærilegir væri þó ljóst að margt væri sameiginlegt með málunum tveimur. Í báðum málum væri um að ræða rannsókn stjórnvalds á meintum brotum aðila á markaði þar sem aðeins einn annar aðili væri í umtalsverðri samkeppni. En nokkur önnur atriði leiddu einnig til þess að skyldleiki væri með málunum. Sjóflutningar að rekstur grunnets í fjarskiptum væru bæði svið viðskipta þar sem miklar fjárfestingar væru nauðsynlegar til þess að geta stundað reksturinn. Þar af leiddi að bæði væru miklir fjármunir í húfi og ef nýir aðilar kæmu inn á markaðinn gerðist það að jafnaði eftir langan undirbúning. Eftir atvikum gæti verið um það að ræða

að takmörkuð samkeppni færi fram milli aðila sem notuðu ólíka tækni til þess að ná sömu mörkuðum, svo sem þjóðvega- og loftflutningar sem keppt gætu við sjóflutninga á sumum sviðum og ýmis konar örbylgjutækni sem keppt gæti við ljósleiðaranet, en slíkir aðilar gætu enn sem komið væri ekki veitt sambærilega þjónusta á öllum sviðum. Því væri ekki um það að ræða að til staðar væru aðrir sem telja yrði aðila máls á þeim grundvelli að þótt þeir væru ekki í viðskiptum eins og sakir stæðu kynnu þeir að verða það innan tíðar.

Þá kom fram að í báðum málunum lægju fyrir málsástæður af hálfu þess félags sem rannsókn beindist gegn um að leynd upplýsinga varðaði mikilsverða viðskiptahagsmuni. Í máli því sem nú væri fyrir nefndinni væri ekki um að ræða gögn sem aflað hefði verið með húsleit, eins og reyndin var í umræddum dómi, heldur væri aðaluppistaðan í gögnum málsins skjöl sem OR sendi PFS sem svör við beiðnum stofnunarinnar um upplýsingar. Slík gögn gæti OR kosið að merkja sem trúnaðargögn ef þurfa þætti og í samræmi við ákvæði 17. gr. stjórnarsýslulaga væri það á valdi PFS að takmarka aðgang annarra málsaðila að slíkum gögnum. Eins og í umræddum dómi væri því ekki sjálfgefið að aðild að málinu veitti óheftan aðgang að gögnum sem teldust trúnaðarmál gagnaðila.

Þegar virt væri heildstætt það sem sameiginlegt væri með málum þessum og svo það sem sundur greindi væri það mat nefndarinnar að þær málsástæður sem ættu við í báðum málum vægju þyngra. Margar af þeim sérstöku aðstæðum sem orðið hefðu til þess að Hæstiréttur hafi talið að Samskip skyldi vera aðili að máli Samkeppnisstofnunar gegn Eimskip væru einnig fyrir hendi í þessu máli. Því bæri að líta svo á að í dómi Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 fælist fordæmi sem væri bindandi fyrir nefndina og aðra í íslenski stjórnarsýslu. Samkvæmt því væri það niðurstaða nefndarinnar að Síminn hefði verulega, lögvarða og sértæka hagsmuni af úrlausn máls PFS gagnvart OR og skyldi því telja aðila þess máls.

#### IV

#### *Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar*

Í máli þessu er fjallað um kröfu Mílu ehf. um að njóta aðilastöðu í máli er varðar beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) um samþykki Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) fyrir hlutafjárukningu í GR. Nánar tiltekið felst beiðni GR í því að PFS veiti samþykki sitt fyrir því að GR auki hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem Orkuveita Reykjavíkur (OR) yrði greiddandi að, enda kæmi umrædd hlutafjárukning til lækkunar á tæplega 7 milljarða kr. láni GR við OR, miðað við stöðu lánsins í árslok 2012. Ennfremur að eftirstöðvar lánsins verði á sama tíma greiddar upp. Í kjölfar umræddrar hlutafjárukningar yrði því ekki um lánasamning milli OR og GR að ræða.

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 fjarskiptastarsfemi sinni aðskildri frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. laga nr. 81/2003 hefur PFS eftirlit með framkvæmd þessari. Ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga er því fyrst og fremst ætlað að vernda



fjarskiptafyrirtæki fyrir óeðlilegri samkeppni frá veitufyrirtækjum sem njóta tiltekinna sérréttinda í starfsemi sinni. Ákvæðið er því samkeppnislegs eðlis.

Þær reglur sem stjórnslulög nr. 37/1993 setja um meðferð mála hjá stjórnvöldum fela um leið í sér tiltekin réttindi handa þeim einstaklingum og lögaðilum sem eiga aðild að þeim. Er hér m.a. um að ræða rétt aðila máls til þess að kynna sér gögn málsins og tjá sig um þau áður en ákvörðun er tekin. Ákvörðun skal birt aðila máls og er hún bindandi fyrir hann upp frá því. Þá á aðili máls rétt á því að fá ákvörðun rökstudda og hann getur kært hana, sé kærheimild fyrir hendi. Afmörkun á inntaki hugtaksins „aðili máls“ getur því haft áhrif á niðurstöðu stjórnslumáls og skiptir hún því verulegu máli fyrir alla þá sem telja sig hafa hagsmuna að gæta í því.<sup>3</sup>

Ekki er í stjórnslulögum að finna lögbundna skilgreiningu á því hver skuli teljast aðili máls. Hins vegar má ráða af frumvarpi laganna að stuðst er við viðtekna skilgreiningu stjórnsluréttarins í þeim efnum. Eins og fram kemur í dómi Hæstaréttar nr. 83/2003 gefa lögskýringargögn jafnframt til kynna að aðildarhugtakið í stjórnslumálum beri að skýra rúmt þannig að ekki sé einungis átt við þá, sem eiga beina aðild að máli heldur einnig þá sem eiga óbeina hagsmuna að gæta.

Ákvörðun um aðild að stjórnslumáli veldur yfirleitt ekki vandkvæðum. Þannig eru þeir sem leggja fram kvartanir eða kærur yfirleitt taldir aðilar að stjórnslumáli ásamt þeim aðila sem ákvörðun stjórnvaldsins beinist að. Hins vegar geta komið upp ýmis markatilvik um hverja beri að telja aðila máls. Í slíkum tilvikum er lagt heildstætt mat á hagsmuni og tengsl umrædds einstaklings eða lögaðila við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða og ályktun síðan dregin um það, hvort telja beri hann aðila þess. Þau sjónarmið sem vega þyngst eru hvort maður á *beinna*, *verulegra*, *sérstakra* og *lögvarinna* hagsmuna að gæta. Þrjú fyrst nefndu sjónarmiðin eru fremur matskennd sjónarmið og því geta ríkjandi straumar og stefnur á hverjum tíma á sviði stjórnsluréttar haft nokkur áhrif á þessa afmörkun.<sup>4</sup>

Leysa skal úr vafaatriðum á svipaðan hátt og um matskennda ákvörðun sé að ræða, þ.e. að framkvæma skuli mat á hagsmunum og tengslum við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða og ákvörðun tekin um hvort telja skuli hann aðila þess. Í algjörum vafatilvikum verður væntanlega að byggja á markmiðstúlkun stjórnslulaganna, þ.e.a.s. láta úrlausnina ráðast af því hvort viðkomandi er beinlínis þörf á því að geta notið þeirra heimilda að lögum sem aðilum máls eru búnar í stjórnslulögum til þess að geta gætt hagsmuna sinna með þátttöku sinni við meðferð máls. Á hinn bóginn verður að taka tillit til réttmætra hagsmuna þess eða þeirra, sem í þröngum skilningi teljast aðilar málsins.<sup>5</sup>

Það er oftast einkenni á aðila máls að hann á *beinna hagsmuna* að gæta af úrlausn máls. Er þá vísað til þess hversu náíð maður tengist hagsmunum af úrlausn málsins. Ekki er þó í öllum tilvikum útilokað að maður eða lögaðili sem á óbeinna eða afleiddra hagsmuna að

<sup>3</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 167.

<sup>4</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 167-168.

<sup>5</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 174-175.

gæta geti talist aðili máls.<sup>6</sup> PFS telur einsýnt að Míla hafi beinna hagsmuna að gæta af úrlausn PFS í máli þessu, sérstaklega þegar horft er til þeirrar staðreyndar að GR og Míla eru einu keppinautarnir á sviði aðgangs- og stofnneti og háhraðanettenginga<sup>7</sup> í fastlínu á suðvestur horni landsins. Önnur tækni, eins og örbylgja eða farnet, hefur ekki verið talin staðganga fyrir umræddar fastlínutengingar, hvað sem síðar kann að verða. Eins og staðan er í dag er hraði slíkra neta ekki nægilegur, verðin ekki samkeppnishæf og notkunarmöguleikar, eins og t.d. varðandi sjónvarpsdreifingu, ekki eins fjölbreyttir.

Þegar vafi leikur á því hvort maður hafi réttarstöðu aðila máls er oftast lögð áhersla á það sjónarmið hversu *verulegir* hagsmunir hans eru af úrlausn málsins. Því meiri hagsmuni sem hann hefur af úrlausn málsins þeim mun meiri líkur eru fyrir því að telja beri hann aðila þess standi önnur sjónarmið því ekki í vegi. Ekki er þó hægt að að gefa eitt algilt viðmið um það hversu verulega hagsmuni þurfi til, þar sem þetta sjónarmið er afstætt og ræðst það af eðli og tegund stjórnsýslumála hverju sinni hversu ríkar kröfur eru gerðar.<sup>8</sup> PFS telur einsýnt að Míla kann að hafa verulegra hagsmuna að gæta af úrlausn umrædds máls, sérstaklega þegar horft er til þess hversu dýrt er að byggja upp og reka háhraðanet þau sem Míla og GR byggja upp og reka. Það kann að skerða markaðshlutdeild Mílu og þar með rýra verðmæti eigna fyrirtækisins sem bundnar eru í fjárfestingum í aðgangs- og stofnnetinu á starfssvæði GR, meira en eðlilegt er í eðlilegu samkeppnisumhverfi, ef PFS gefur samþykki fyrir umræddum áformum í trássi við 36. gr. fjarskiptalaga.

Svo að einstaklingur eða lögaðili verði talinn eiga aðild að stjórnsýslumáli verður hann að eiga *sérstakra* hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Sjónarmiðin um að hagsmunirnir verði annars vegar að vera sérstakir og hins vegar verulegir skarast oft. Þannig getur það gerst að hagsmunir sem mjög margir eiga að gæta séu svo litlir að þeir uppfylla ekki að vera verulegir, þannig að bæði sjónarmiðin mæla því gegn að um aðilastöðu sé að ræða. Í öðrum tilvikum geta hagsmunir nokkuð margra verið mjög verulegir af úrlausn máls og fær þá sjónarmiðið um að þeir verði einnig að eiga sérstakra hagsmuna að gæta sjálfstæða þýðingu. Þegar greint er á milli sérstakra og almennra hagsmuna er á því byggt að þegar mjög margir eða nánast allir eiga sambærilegra hagsmuna að gæta af úrlausn máls eru hagsmunirnir flokkaðir sem almennir og því ekki til þess fallnir að skapa aðilastöðu í máli.<sup>9</sup> PFS telur einsýnt, miðað við sjónarmiðin sem fram koma hér að framan um að Míla sé eini samkeppnisaðili GR og að um dýr kerfi er að ræða, að Míla hafi sérstakra hagsmuna að gæta í málinu en ekki einungis almennra eins og GR hefur haldið fram.

Með sjónarmiðinu um *lögvarða* hagsmuni er vísað til þess hver uppspretta og eðli hagsmunanna er. Megintakmörkunin sem leiðir af þessu sjónarmiði felst í því að afskipti manna sem byggjast á hagsmunum sem sprotnir eru af lífsskoðunum eða tilfinningum skapa ekki aðilastöðu í stjórnsýslumálum eftir almennum reglum stjórnsýsluréttar.<sup>10</sup> PFS

<sup>6</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 168.

<sup>7</sup> Með háhraða er hér átt við VDSL og ljósleiðara bitastraumstengingar sem eru í boði með hraða allt að 50-100 Mb/s.

<sup>8</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 172.

<sup>9</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 172-173.

<sup>10</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 173.

telur ekki fara á milli mála að hagsmunir Mílu séu lögvarðir, enda geta miklir fjárhagslegir hagsmunir verið í húfi af endanlegri efnislegri ákvörðun PFS í málinu.

Eins og fram kom hér að framan komst úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála að þeirri niðurstöðu í máli nr. 8/2006 að Síminn skyldi njóta aðildastöðu að máli sem PFS hafði til meðferðar gagnvart OR. Míla telur að PFS sé sem lægra sett stjórnvald bundin af fordæmi æðra setts stjórnvalds í því máli sem hér er til meðferðar, enda um sambærileg mál að ræða. Því er GR ósammála og telur að málin séu ekki sambærileg, sérstaklega þar sem það mál sem hér er til meðferðar feli ekki í sér rannsóknnum á meintum brotum GR. Míla vill meina að hin fyrirhuguðu áform GR, sem PFS þarf að samþykkja, myndu leiða til ólögmeis ástands og vera í andstöðu við 36. gr. fjarskiptalaga. Því væri PFS í raun að fjalla um áformað brot GR á umræddu lagaákvæði sem þó yrði ekki fullframið nema með samþykki PFS. Að mati PFS eru umrædd mál nægilega sambærileg til að hið fyrra mál skapi fordæmi í því máli sem hér er til umfjöllunar. PFS telur mikilvægt að hinn efnislegi þáttur málsins sé rannsakaður í þaula og að sjónarmið beggja aðila komi fram í málinu til að auka líkur að því að komist verði að lögfræðilega rétttri niðurstöðu í því mikilvæga máli sem hér er til umfjöllunar og haft getur veruleg áhrif á þróun fjarskiptaneta á suðvestur horni landsins í komandi framtíð. Þá fær PFS ekki séð að það geti verið sjálfstætt skilyrði fyrir aðild annars aðila að máli að málið varði meint lögbrot þess aðila sem stjórnslumálið beinist að, enda séu önnur skilyrði fyrir málsaðild, sem grein hefur verið gerð fyrir hér að framan, uppfyllt.

Í framangreindum úrskurði úrskurðarnefndar kom m.a. fram að Hæstiréttur hefði talið að túlka yrði hugtakið aðili máls rúmt þar sem þau meintu brot sem um væri rætt gætu haft verulega skaðleg áhrif á rekstur Samskipa, sem væri eini keppinautur Eimskipa á viðkomandi markaði fyrir sjóflutninga. Ef aðeins væri um tvo aðila að ræða sem kepptu á ákveðnu sviði væru töluverðar líkur á því að umfangsmiklar aðgerðir annars aðilans til þess að hamla samkeppni hefðu veruleg áhrif á lögvarða og sértæka hagsmuni hins aðilans. Brot á lögum sem ætlað væri að tryggja heilbrigða samkeppni hlytu að bitna á þeim eina samkeppnisaðila sem væri fyrir hendi. PFS telur að þessi sjónarmið eigi allt eins við í því máli sem hér er til umfjöllunar og í hinu fyrra máli.

Þá féllst úrskurðarnefnd ekki á þau sjónarmið að frumkvæði Samskipa að umræddu dómsmáli hefði haft áhrif á niðurstöðu dómsins. Enda þótt málavextir hefðu ekki að öllu leyti verið sambærilegir væri þó ljóst að margt væri sameiginlegt með málunum tveimur. Í báðum málunum væri um að ræða rannsókn stjórnvalds á meintum brotum aðila á markaði þar sem aðeins einn annar aðili væri í umtalsverðri samkeppni. Þá væru sjóflutningar og rekstur grunnnets í fjarskiptum bæði svið viðskipta þar sem miklar fjárfestingar væru nauðsynlegar, nýir aðilar kæmu almennt ekki inn á umrædda markaði nema eftir langan undirbúning og samkeppni frá annars konar tækni hefur ekki reynst fela í sér staðgöngu. Þegar virt væri heildstætt það sem sameiginlegt væri með málum þessum og svo það sem sundur greindi væri það mat nefndarinnar að þær málsástæður sem ættu við í báðum málum vægju þyngra. Því bæri að líta svo á að í umræddum dómi fælist bindandi fordæmi fyrir nefndina og aðra í íslenskri stjórnslu. Að öllu framangreindu virtu telur PFS sig bundna af ofangreindum foræmum úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og Hæstaréttar, þar sem málin eru að mati PFS sambærileg og aðstæður hafa

ekki breyst verulega á viðkomandi markaði frá því að umræddur úrskurður var kveðinn upp.

Að lokum má taka fram að samkeppnishagsmunir einir og sér leiða almennt ekki til þess að fyrirtæki séu aðilar máls er varða samkeppnisaðila þeirra en á þeirri meginreglu eru undantekningar. Helsta dæmið um slíka undantekningu er Hrd. 83/2003 þar sem samkeppnishagsmunir á fákeppnismarkaði geta nægt til að skapa aðilastöðu. Páll Hreinsson telur að það hafi ráðið miklu um niðurstöðu dómsins að á flutningamarkaði hefðu aðeins verið tveir aðilar, þ.e. Eimskip hf. og Samskip hf. Hlutu því meint brot Eimskips að hafa sérstök, bein og veruleg áhrif á lögvarða hagsmuni Samskipa.<sup>11</sup> Það sama á við um hagsmuni Mílu í því máli sem hér er til umfjöllunar. Endanleg ákvörðun mun koma til með að hafa áhrif á tilhögun fjármögnunar GR og fjárhagsskipan, þ.m.t. skuldsetningu, lausafjárstöðu og lánsfjárbörf, sem aftur getur haft áhrif á fjárfestingargetu þess félags ásamt samkeppnisstyrks þess. Atriði þessi hafa síðan áhrif á samkeppnisumhverfið á markaði fyrir aðgangs- og stofnnet og háhraðatengingar í fastlínu á starfssvæði GR, þar sem GR og Míla eru einu starfandi aðilarnir. Það skiptir einkafjárfesti eins og Mílu miklu máli að fé sé ekki veitt úr sérleyfisstarfsemi til fjárfestingarreksturs aðila á borð við GR sem er í eigu veitufyrirtækis.

Samkvæmt ofangreindu er að mati PFS ljóst, að Míla eigi sérstakra, verulegra og lögvarinna hagsmuna að gæta, sem beint mun reyna á við endanlega efnislega úrlausn þess máls sem hér er til meðferðar. Því verður að telja Mílu eiga aðild að því.

---

<sup>11</sup> Sjá Páll Hreinsson, „Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð“, Reykjavík 2013, bls. 178-179.

*Ákvörðunarorð*

**Míla skal eiga aðild að máli er varðar beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. um samþykki Póst- og fjarskiptastofnunar fyrir hlutafjáraukningu í félaginu.**

**Ákvörðun þessi er kæranleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 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.**

*Reykjavík, 10. október 2013*

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Óskar H. Ragnarsson