



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 27/2010

varðandi gildissvið 36. gr. fjarskiptalaga um eftirlit PFS með fjárhagslegum aðskilnaði Fjarska og aðild Skipta að því máli

I

Inngangur

Mál þetta varðar gildissvið 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 varðandi eftirlit Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) með fjárhagslegum aðskilnaði Fjarska ehf. (Fjarski) og ágreining Fjarska og Skipta hf. (Skipti), móðurfélags Mílu ehf. og Símans hf., um aðild Skipta að því máli. Fjarski heldur því fram í fyrsta lagi að umrætt eftirlit PFS sé ekki stjórnsluákvörðun í skilningi stjórnslulaga nr. 37/1993. Í öðru lagi að ákvæði ofangreindrar 36. gr. eigi ekki við um Fjarska eða þá fyrirtækjasamstæðu sem félagið tilheyrir, þ.e. Landsvirkjunarsamstæðuna. Að lokum að Skipti eigi ekki aðild að umræddu máli.

II

Málavextir

2.1 Bréf Skipta til PFS, dags. 5. maí 2009

Með bréfi Skipta til PFS, dags. 5. maí 2009, var þess krafist að stofnunin mælti svo fyrir að Fjarski skyldi birta ósamandreginn ársreikning fyrir árið 2007 sem og eftirleiðis. Einnig að PFS legði sams konar kvaðir á Fjarska og lagðar hefðu verið á Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. með ákvörðun stofnunarinnar nr. 32/2008 eftir því sem við gæti átt. Þar gæti eftirfarandi átt við:

1. Að lán vegna yfirtöku eigna í upphafi skyldu bera markaðsvexti og ný lán Fjarska skyldu vera tekin frá þriðja aðila, þ.e. ekki frá Landsvirkjunarsamstæðunni. Lánsfé sem Landsvirkjun hefði milligöngu um skyldi endurlánað Fjarska á sömu vaxtakjörum og ætla mætti að óskyldur aðili fengi á lánamarkaði.

2. Að Landsvirkjun væri óheimilt að setja aðrar eignir að veði fyrir lánnum sem tekin yrðu vegna fjarskiptastarfsemi en þær sem tilheyrðu þeirri starfsemi.
3. Að Landsvirkjun skyldi taka sérstaka ákvörðun um arðsemiskröfu Fjarska m.t.t. samkeppnissjónarmiða og þess sem almennt gerðist á fjarskiptamarkaði.

Þá kom fram að Fjarski starfaði á fyrirtækjamarkaði og í samkeppni við starfsemi Mílu, dótturfélags Skipta, og því hefði Skipti lögvarða hagsmuni af því að krefjast ákvörðunar PFS um ofangreind atriði. Samkvæmt 2. gr. fjarskiptalaga bæri PFS að hafa eftirlit með framkvæmd fjarskiptalaga, þ.m.t. því hvort ákvæði 36. gr. um fjárhagslegan aðskilnað væri uppfyllt.

2.2 Bréf PFS til Fjarska, dags. 25. júní 2009

Með bréfi PFS til Fjarska, dags. 25. júní 2009, óskaði stofnunin eftir að félagið gerði grein fyrir því hvort það nyti einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum eða væri hluti af fyrirtækjasamstæðu sem nyti slíkra réttinda. Ef svo væri skyldi veita ítarlegar upplýsingar um það hvernig fjarskiptastarfsemin væri fjárhagslega aðskilin frá annarri sérleyfisbundinni starfsemi félagsins eða annarra félaga innan sömu samstæðu.

2.3 Svarbréf Fjarska til PFS, dags. 30. október 2009

Með bréfi, dags. 30. október 2009, svaraði Fjarski ofangreindu erindi PFS. Fjarski taldi álitamál hvort ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga ætti við um félagið, auk þess sem vafasamt væri að beita ákvæðum fjarskiptalaga frá 2003 um fyrirtæki sem stofnað hefði verið og verið fjárhagslega aðskilið frá móðurfélagi sínu fyrir gildistöku laganna, þ.e. á árinu 2000. Ekki væri unnt að leggja að jöfnu mál Orkuveitu Reykjavíkur sf. (OR) og Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) annars vegar og Landsvirkjunar og Fjarska hins vegar, þar sem OR nyti einka- og sérréttinda í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga. Auk þess gerðu ákvæði laga um stofnun OR skýra kröfu um fjárhagslegan aðskilnað á milli deilda, en samhljóða ákvæði væri ekki að finna í lögum um Landsvirkjun.

Að ofangreindu virtu lagðist Fjarski gegn þeirri kröfu Skipta að PFS hlutaðist til um fjárhagslegan aðskilnað félagsins. Þrátt fyrir það hefði Fjarski ákveðið að leggja fram upplýsingar sem sýndu fram á að fjárhagslegur aðskilnaður Fjarska frá öðrum fyrirtækjum samstæðunnar væri fullnægjandi¹. Gögnin höfðu að geyma upplýsingar um eftirfarandi:

1. Hlutfjárframlag Landsvirkjunar í Fjarska og verðmat þess sem unnið var af Rafhönnun ehf. og staðfest af KPMG.
2. Staðfesting frá lánastofnun um samsetningu langtímalána Fjarska.

¹ Í svari sínu fjallaði Fjarski sérstaklega um eftirfarandi þætti sem tryggja ættu fjárhagslegan aðskilnað: 1) Sjálfstæð eining stofnuð um rekstur fjarskiptastarfsemi, 2) sjálfstætt reikningshald, 3) stofnefnahagsreikningur, 4) skuldir, 5) viðskipti milli Fjarska og annarra aðila innan samstæðunnar (stoðþjónusta, fasteignarekstur, tölvuvinnsla, starfsmannahald og verðskrá, 6) stjórnunarlegur aðskilnaður, 7) arðsemiskrafa og 8) afskriftatími eigna.

3. Mat Landsvirkjunar á ávöxtunarkröfu Fjarska.
4. Afskriftatíma eigna.
5. Verðskrá.

Þess var að lokum farið á leit að PFS færi með öll gögn málsins sem trúnaðarmál. Ef beiðni bærst frá þriðja aðila um aðgang að gögnum málsins gerði Fjarski þá kröfu að fá að koma að andmælum áður en ákvörðun um afhendingu gagna yrðu tekin.

2.4 Bréf PFS til Skipta, dags. 6. nóvember 2009

Með bréfi PFS til Skipta, dags. 6. nóvember 2009, var félaginu veitt færi á að tjá sig um ofangreint svarbréf Fjarska, ásamt því sem félaginu var tilkynnt að stofnunin hefði í hyggju að fallast á ósk Fjarska um trúnað varðandi ofangreind fylgigögn.

2.5 Svarbréf Skipta til PFS, dags. 15. desember 2009

Með bréfi Skipta til PFS, dags. 15. desember 2009, bárust stofnuninni sjónarmið félagsins til ofangreinds bréfs Fjarska. Skipti ítrekaði allar kröfur sínar sem fram komu í upphaflegu erindi félagsins frá 5. maí 2009. Ótvírætt væri að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga ætti við um Landsvirkjun og Fjarska þar sem Landsvirkjun nyti heimildar til að stunda sérleyfis skylda starfsemi í samræmi við ákvæði raforkulaga og nyti þannig sérréttinda í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga. Þá væru félögin í fyrirtækjasamstæðu ásamt Landsneti sem nyti einkaleyfis á sviði raforkuflutnings.

Skipti benti jafnframt á að ákvæði er lytu að fjárhagslegum aðskilnaði hefðu fyrst komið inn í fjarskiptalög nr. 143/1996 og að í eftirfarandi lögum um fjarskipti nr. 107/1999 hefði verið ákvæði í 31. gr. um skyldu fyrirtækja, sem fengið hefðu leyfi til að veita talsímaþjónustu og/eða reka fjarskiptanet, að verða við kröfu PFS um að halda fjárhag fjarskiptastarfseminnar aðskildum frá annari starfsemi sem rekin væri á grundvelli einka-eða sérréttinda. Ákvæði um fjárhagslegan aðskilnað hefði því verið komið í lög fyrir stofnun Fjarska.

Ennfremur kom fram að þótt formskilyrði um fjárhagslegan aðskilnað væru uppfyllt með því að starfsemin væri rekin í aðskildu fyrirtæki væri það engu að síður hlutverk og skylda PFS að fylgja því eftir að samskipti fyrirtækjanna væru með þeim hætti að þau brytu ekki í bága við tilgang lagaákvæða um fjárhagslegan aðskilnað. Mikilvægt atriði í því sambandi væri að gagnsæi ríkti um reikningshald og reikningsskil og ítrekuð væri sú krafa að Fjarska yrði gert að leggja fram ósamandregna ársreikninga.

Að lokum kom fram að Fjarski vísaði almennt til trúnaðar á fylgiskjölum í ofangreindu svarbréfi sínu til PFS en ekki væri sérstaklega tilgreint hvaða upplýsingar um væri að ræða. Þess væri krafist að Skipti fengi ofangreind fylgiskjöl afhent, eftir atvikum með yfirstrikunum varðandi trúnaðarupplýsingar, svo unnt væri að taka afstöðu til þess hvort krafist yrði frekari gagna. Skipti teldi mikilvægt að PFS fylgdi eftir ákvæðum laga um

fjárhagslegan aðskilnað með því að setja Landsvirkjun og Fjarska fyrirmæli á grundvelli þess.

2.6 Bréf PFS til Fjarska, dags. 5. janúar 2010

Með bréfi PFS til Fjarska, dags. 5. janúar 2010, kom fram að stofnunin liti svo á að Skipti væri aðili að því stjórnssýslumáli sem hér væri til umfjöllunar og ætti af þeim sökum rétt til aðgangs að gögnum málsins skv. 15. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993. Sá réttur kynni á hinn bóginn að sæta takmörkunum samkvæmt 17. gr. laganna ef hagsmunir aðila máls af því að notfæra sér vitneskju úr gögnum máls þætti eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum.

PFS gaf Fjarska færi á að rökstyðja að ofangreint ákvæði 17. gr. stjórnssýslulaga ætti við um þær upplýsingar sem fyrirtækið hefði óskað trúnaðar um. Fyrirtækið skyldi tilgreina nákvæmlega hvaða efnisatriði í viðkomandi gögnum trúnaður ætti að ríkja um.

2.7 Svarbréf Fjarska til PFS, dags. 22. janúar 2010

Með bréfi, dags. 22. janúar 2010, barst PFS svarbréf Fjarska við ofangreindu erindi. Félagið var ósammála þeirri staðhæfingu Skipta að Landsvirkjun stundaði sérleyfisskylda starfsemi í samræmi við ákvæði raforkulaga og nyti þannig sérréttinda í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga. Hið rétt væri að í 18. gr. raforkulaga nr. 65/2003 væri kveðið á um að leyfi ráðherra til þess að stunda raforkuviðskipti fæli ekki í sér sérleyfi né önnur sérréttindi. Athugasemd Skipta væri því byggð á misskilningi.

Þá kom fram í máli Fjarska að mikill munur væri á 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og ákvæðum fjarskiptalaga nr. 143/1996 og 107/1999 um fjárhagslegan aðskilnað. Lögin frá 1996 kváðu á um að ráðherra gæti kveðið á um fjárhagslegan aðskilnað í reglugerð. Lögin frá 1999 kváðu á um að PFS gæti gert kröfu um að fjarskiptafyrirtæki sem nyti einka- og sérréttinda, héldi fjárhag sínum aðskildum. Í núverandi löggjöf væri hins vegar gengið mun lengra þar sem öllum fjarskiptafyrirtækjum væri skylt að halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi. Fjarski gæti því ekki fallist á að núverandi skylda um fjárhagslegan aðskilnað hefði verið fyrir hendi í eldri löggjöf.

Varðandi kröfu Skipta um aðgang að öllum gögnum málsins telur Fjarski að gögn sem félagið hefði lagt fram í málinu hafi að geyma upplýsingar um fjárhagsleg málefni fyrirtækisins sem heimilt sé að takmarka aðgang að á grundvelli 17. gr. stjórnssýslulaga, sbr. t.d. ákvörðun PFS frá 11. desember 2006 í sambærilegu máli milli Símans og OR. Þar hefði PFS komist að þeirri niðurstöðu að m.a. væri heimilt að takmarka aðgang að gögnum sem geymdu upplýsingar um fjárhagsleg málefni, t.d. verðmat eigna, arðsemi, afskriftatíma, efnahagsreikning, skuldir o.fl. Með bréfi Fjarska frá 6. nóvember s.l. hefðu fylgt gögn sem PFS hefði í ofangreindri ákvörðun talið rétt að takmarka aðgang að, eins og: 1) stofnefnahagsreikningur, 2) Skýrsla um greiningu á verðmætum eigna Fjarska,

3) staðfesting lánastofnunar um samsetningu langtímalána Fjarska, 4) skýrsla um arðsemiskröfur eiganda og 5) upplýsingar um afskriftatíma eigna.

Í ljósi alls ofangreinds lagðist Fjarski gegn því að Skiptum yrði afhent ofangreind fylgiskjöl.

2.8 Bréf PFS til Fjarska, dags. 1. febrúar 2010

Með bréfi PFS til Fjarska, dags. 1. febrúar s.l., óskaði stofnunin eftir nánari gögnum í níu liðum sem stofnunin taldi nauðsynleg við úttekt sína á fjárhagslegri aðgreiningu Fjarska frá öðrum rekstri Landsvirkjunarsamstæðunnar. Þá var þess óskað að Fjarski merkti sérstaklega þau gögn sem félagið óskaði eftir að bundin yrðu trúnaði.

2.9 Svarbréf Fjarska til PFS, dags. 26. febrúar 2010

Með bréfi Fjarska til PFS, dags. 26. febrúar 2010, barst stofnuninni svar við ofangreindu bréfi sínu og umbeðin gögn. Fjarski taldi að öll níu fylgiskjölin sem lögð væru fram með ofangreindu bréfi hefðu að geyma upplýsingar um einka- og fjárhagsleg málefni fyrirtækisins sem heimilt væri að takmarka aðgang að á grundvelli 17. gr. stjórnarsýslulaga. Því gerði félagið þá kröfu að öll fylgiskjölin yrðu bundin trúnaði og yrðu ekki birt eða afhent 3ja aðila nema með skriflegu samþykki Fjarska. Teldi PFS skylt að afhenda umrædd gögn áskildi félagið sér rétt til þess að skjóta þeirri ákvörðun til úrskurðarnefndar upplýsingamála og væri PFS óheimilt að afhenda gögnin fyrr en úrskurður þeirrar nefndar lægi fyrir.

2.10 Bréf PFS til Skipta, dags. 24. mars 2010

Í bréfi PFS til Skipta, dags. 24. mars 2010, kom m.a fram að áður en lengra yrði haldið með málið þyrfti að skera úr um rétt Skipta til aðgangs að gögnum málsins. Áður en PFS tæki afstöðu til beiðni Skipta um aðgang að gögnum málsins óskaði stofnunin eftir því að félagið tilgreindi með nákvæmum hætti að hvaða fylgiskjölum aðgangsbéiðnin snéri, ásamt rökstuðningi. Þá veitti PFS félaginu færi á að tjá sig um sjónarmið Fjarska varðandi aðgang að gögnum.

Þá kom fram að þegar afstaða Skipta til ofangreinds lægi fyrir hefði PFS í hyggju að gera tillögu um hvaða gögn ætti að afhenda Skiptum með því að merkja þær upplýsingar sem eðlilegt mætti telja að veita Skiptum ekki aðgang að samkvæmt 17. gr. stjórnarsýslulaga. Því næst yrði Fjarska veitt tækifæri á að tjá sig um tillögurnar. Að því loknu myndi PFS taka formlega, kæránlega ákvörðun um upplýsingarétt Skipta. Báðir aðilar gætu að sjálfsögðu kært þá ákvörðun.

2.11 Bréf Skipta til PFS, dags. 16. apríl 2010

Í bréfi Skipta til PFS, dags. 16. apríl s.l., kom m.a. fram að félagið teldi óþarft að tefja málið frekar með því að Skipti rökstyddi beiðni sína um aðgang að gögnum. Skipti væri aðili að umræddu stjórnarsýslumáli og samkvæmt 15. gr. stjórnarsýslulaga ætti félagið því

rétt til aðgangs að gögnum þess, með þeim takmörkunum sem leiddu af 17. gr. sömu laga. Skipti hefði því lögvarinna hagsmuna að gæta af því að fá aðgang að gögnum málsins.

Skipti hefði aðeins fengið lista með titlum þeirra skjala sem krafist væri trúnaður um og væri því eðli máls samkvæmt óhægt um vik að taka afstöðu til efnis hvers og eins skjals. Skipti óskaði eftir að PFS yfirfæri efni hvers skjals fyrir sig og kannaði hvort það félli undir þær takmarkanir sem fælust í 17. gr. stjórnarsýslulaga, einkum hvort þau ættu við um allt skjalið, sbr. 7. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996 og með hliðsjón af ákvörðun PFS frá 11. desember 2006, sbr. úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 27. ágúst 2007. Að því loknu yrði Skiptum afhent þau gögn eða að hluta með yfirstrikunum.

Þá kom fram í bréfi Skipta að Landsvirkjun væri fyrirtæki sem væri í 99,9% eigu ríkissjóðs, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 42/1983 um Landsvirkjun og að 0,1% hluta í eigu félags sem væri í fullri eigu ríkisins. Fyrirtækið nyti ríkisábyrgðar á öllum skuldbindingum sínum í samræmi við 2. mgr. 1. gr. sömu laga. Landsvirkjun hefði leyfi í vinnslu og sölu rafmagns, sbr. 4. og 18. gr. raforkulaga nr. 65/2003. Leyfi til vinnslu rafmagns væru aðeins veitt til fárra útvalinna aðila og nyti fyrirtækið þannig sérréttinda. Fyrirtækið hefði samkvæmt upplýsingum á heimasíðu þess 75% hlutdeild í heildarvinnslu rafmagns á Íslandi miðað við árið 2008. Í 36. gr. fjarskiptalaga væri mælt fyrir um að fyrirtæki sem nytu einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skyldu halda fjarskiptastarfsemi sinni aðgreindri fjárhagslega frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skyldi þess gætt að samkeppnisrekstur væri ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Af framangreindu væri ljóst að Landsvirkjun nyti bæði sérréttinda sem handhafi leyfis til raforkuvinnslu sem aðeins væri úthlutað til fárra útvalinna aðila. Að auki væri sérstök vernd fólgin í lögbundinni ríkisábyrgð á öllum skuldbindingum fyrirtækisins. Það væri því ótvírætt að mati Skipta að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga ætti við um starfsemi Landsvirkjunar. Við gildistöku ákvæðisins hefði sú skylda verið lögð á öll fyrirtæki sem nytu sérréttinda til þess að halda fjarskiptastarfsemi frá annarri verndaðri starfsemi fyrirtækisins og gildi einu þótt Fjarski ehf. hefði verið stofnað áður en löggin tóku gildi. Fyrir gildistöku skylduákvæðisins hefði hins vegar lengi verið heimildarákvæði í áðurgildandi fjarskiptalögum. Það væri svo lögbundið hlutverk PFS að framfylgja þessum ákvæðum.

2.12 Bréf PFS til Fjarska, dags. 16. júní 2010

Í bréfi PFS til Fjarska, dags. 16. júní 2010, kom fram að Skipti væri aðili að því stjórnarsýslumáli sem hér væri til meðferðar og ætti af þeim sökum rétt til aðgangs að gögnum málsins samkvæmt 15. gr. stjórnarsýslulaga, sem sætti hins vegar takmörkunum samkvæmt 17. gr. laganna. Meginreglan væri því sú að aðilar máls ættu rétt á aðgangi að gögnum máls. Sú meginregla sætti undantekningum ef ríkir einkahagsmunir réttlættu það. Undantekningarreglur bæri að túlka þröngt.

Þar sem Fjarski óskaði eftir trúnaði varðandi öll fylgiskjöl málsins en Skipti óskaði eftir aðgangi að öllum gögnum málsins þyrfti PFS að skera úr um hvaða gögn skyldu njóta trúnaðar. Meðfylgjandi bréfi þessu væri mappa sem hefði að geyma gögn málsins. PFS hefði merkt með rauðu innan hornklofa þær upplýsingar sem stofnunin gerði tillögu um að njóta skyldi trúnaðar þar sem um mikilvæg viðskipta- og fjárhagsmálefni Fjarska væri að ræða. PFS hefði í hyggju að afhenda Skiptum gögn málsins með þeim útstrikunum sem PFS gerði tillögu um. Teldi Fjarski að tillögur PFS gengu ekki nægilega langt varðandi útstrikanir væri félaginu gefinn kostur á að óska eftir frekari útstrikunum nánar tilgreindra upplýsinga með vísan til 17. gr. stjórnssýslulaga. Félagið þyrfti þá að rökstyðja með ítarlegum hætti hvers vegna þær upplýsingar skyldu njóta trúnaðar og tilgreina nákvæmlega hvaða efnisatriði í viðkomandi gögnum trúnaður skyldi ríkja um. Ekki dygði að óska eftir trúnaði allra gagna án ítarlegs rökstuðnings með vísan til nánar tilgreindra upplýsinga.

Að lokum kom fram að bærust andmæli ekki innan tilsettra tímamarka mætti gera ráð fyrir því að fyrirhugaðri ákvörðun um afhendingu gagna yrði hrint í framkvæmd.

2.13 Svarbréf Fjarska til PFS, dags. 9. júlí 2010

Í bréfi Fjarska til PFS, dags. 9. júlí 2010, kom fram að mál það sem hér væri til úrlausnar varðaði í raun eftirlitshlutverk PFS í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga. Í 1. gr. stjórnssýslulaga væri fjallað um gildissvið laganna. Samkvæmt ákvæðinu giltu lögin um opinbera stjórnssýslu þegar taka ætti ákvörðun um rétt og/eða skyldu manna. Lögin giltu því þegar stjórnvöld tækju stjórnvaldsákvörðanir. Því yrði í fyrsta lagi að skoða hvort það mál sem hér um ræddi teldist vera mál þar sem tekin yrði stjórnvaldsákvörðun um réttindi og skyldur aðila eða hvort um væri að ræða stjórnvaldsathöfn eða stjórnvaldsfyrirmæli þar sem PFS væri að sinna eftirlitshlutverki sínu og óskaði eftir upplýsingum. Ef svo væri ætti 15. gr. stjórnssýslulaga ekki við.

Ef það yrði niðurstaða PFS að fyrirspurn eða skoðun stofnunarinnar á fjárhagslegum aðskilnaði Fjarska og Landsvirkjunar teldist vera stjórnssýslumál þar sem tekin yrði stjórnvaldsákvörðun um réttindi og skyldur, yrði jafnframt að taka afstöðu til þess hvort Skipti gæti talist vera aðili að slíku máli. Skoðun málsins hefði hafist í kjölfar þess að PFS hafi borist bréf frá Skiptum þar sem þess hefði verið óskað að umrædd skoðun færi fram. Það eitt að Skipti hefði óskað eftir því að PFS skoðaði málið leiddi ekki sjálfkrafa til þess að Skipti yrði aðili málsins.

Fram kom að í greinargerð með frumvarpi til stjórnssýslulaga hefði verið fjallað um hugtakið „aðili máls“. Til þess að geta talist aðili máls samkvæmt stjórnssýslurétti yrði viðkomandi aðili að eiga lögvarinna hagsmuna að gæta varðandi stjórnvaldsákvörðun. Í fræðiriti Páls Hreinssonar „Stjórnssýslulögin – skýringarrit“ væri að finna umfjöllun um hver gæti talist vera „aðili máls“. Þar kæmi fram að í norsku stjórnssýslulögunum væri hugtakið skýrt á þá leið að það væri sá sem ákvörðun bæri beint til eða sem málið varðaði beint eða að öðru leyti. Í dönskum stjórnssýslurétti væri byggt á almennu skilgreiningu

stjórnsýsluréttarins, um að aðili teldist vera umsækjandi, kærandi eða aðrir sem ættu einstaklegra, verulegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta.

Ennfremur kæmi fram í greinargerðinni að við mat á því hver gæti talist vera aðili máls yrði að líta til þess hvers konar hagsmuni maður ætti af úrlausn málsins. Meðal skilyrða þess að maður yrði talinn aðili máls væri að hann ætti einstaklegra hagsmuna að gæta umfram aðra. Þá væri oftast gerð sú krafa að umræddir hagsmunir væru verulegir. Hér gæti verið um fjárhagslega eða persónulega hagsmuni að ræða. Þá yrði einnig að meta hversu náið umræddir hagsmunir tengdust úrlausn hlutaðeigandi máls. Ef maður ætti einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta, sem beinlínis reyndi á við úrlausn tiltekins máls, yrði hann yfirleitt talinn eiga aðild að því.

Að mati Fjarska yrði ekki séð af skilgreiningu hugtaksins aðili máls eða framangreindum skilyrðum að Skipti gæti talist eiga aðild að málinu í skilningi stjórnsýsluréttarins. Í málinu væri PFS í raun aðeins að sinna eftirlitshlutverki sínu og kanna hjá tveimur lögaðilum hvort að þeir uppfylltu skilyrði laga um fjárhagslegan aðskilnað, þ.e. hjá Fjarska og Landsvirkjun. Einu aðilarnir sem ættu hagsmuna að gæta í málinu væru ofangreind tvö fyrirtæki. Málinu væri ekki beint að Skiptum enda væri það ekki tengt Landsvirkjun eða Fjarska né fjárhagslegum aðskilnaði félaganna.

Það væri skilyrði aðildar samkvæmt stjórnsýslurétti að viðkomandi aðili ætti lögvarinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls sem væru einstaklegir og verulegir. Í þessu máli hefði Skipti ekki sýnt fram á hvaða hagsmuni félagið ætti af úrlausn málsins, né að slíkir hagsmunir væru verulegir og uppfylltu skilyrði aðildar. Í raun hefði engin umfjöllun átt sér stað um aðild Skipta eða hagsmuni félagsins af úrlausn málsins. Grundvallar skilyrði aðildar væri að viðkomandi ætti lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins sem væru verulegir.

Fjarski legðist alfarið gegn því að Skiptum yrði veittur aðgangur að gögnum málsins. Skipti væri hluti af fyrirtækjasamstæðu Símans sem til langs tíma hefði haft markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði. Með ýmsum aðgerðum hefði fyrirtækjasamstæðan haft áhrif á samkeppnisaðila á markaði. Fjarski teldi að með beiðni sinni um aðgang að gögnum ætlaði Skipti að komast yfir upplýsingar um viðkvæm fjárhagsleg- og viðskiptatengd málefni Fjarska sem félagið ætlaði að nýta sér í viðskiptalegum tilgangi, t.d. viðskiptasamninga og viðskiptaáætlanir.

Að mati Fjarska væri ekki hægt að byggja á eldri ákvörðunum PFS um aðild Símans að málum er vörðuðu fjárhagslegan aðskilnað Orkuveitu Reykjavíkur. Í fyrsta lagi væru málavextir í þeim málum með allt öðrum hætti, auk þess sem fyrir hefðu legið ákvarðanir PFS um aðild Símans. Í öðru lagi væru umræddar ákvarðanir PFS ekki fordæmisgefandi að mati Fjarska þar sem ekki hefði að öllu leyti verið farið að ákvæðum stjórnsýslulaga við töku þeirra.

Að öllu ofangreindu virtu væri það skilyrði aðildar samkvæmt stjórnarsýslurétti að viðkomandi aðili ætti lögvarinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls sem væru einstaklegir og verulegir. Í þessu máli hefði Skipti ekki sýnt fram á hvaða hagsmuni félagið ætti af úrlausn málsins, né að slíkir hagsmunir væru verulegir og uppfylltu skilyrði aðildar. Í ljósi þess óskaði Fjarski eftir því að PFS tæki ákvörðun um hvort Skipti gæti talist aðili að málinu í skilningi stjórnarsýsluréttarins áður en ákvörðun yrði tekin um aðgang að gögnum á grundvelli 17. gr. stjórnarsýslulaga.

2.14 Bréf PFS til Skipta, dags. 20. júlí 2010

Með bréfi PFS til Skipta, dags. 20. júlí s.l., var félaginu veitt færi á að tjá sig um ofangreint svarbréf Fjarska og önnur atriði sem félagið vildi koma á framfæri varðandi aðild Skipta að málinu.

2.15 Svarbréf Skipta til PFS, dags. 31. ágúst 2010

Með bréfi Skipta til PFS, dags. 31. ágúst s.l., bárust sjónarmið félagsins varðandi aðild og fleira. Skipti mótmælti því að upphaf málsins hefði verið á þá leið að Skipti hefði óskað eftir því að PFS „skoðaði“ málið eins og Fjarski héldi fram. Eins og ljóst mætti vera af bréfi Skipta frá 5. maí 2009 hefði Skipti þar krafist ákvörðunar stofnunarinnar um að hún setti sams konar fyrirmæli um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar og beint hefði verið að Orkuveitu Reykjavíkur í ákvörðunum PFS frá árunum 2006 og 2008. Öll málsmeðferð PFS hefði og verið í samræmi við að stefnt væri að töku rökstuddrar og kærnanlegrar ákvörðunar um réttindi og skyldur aðila.

Með ofangreindri kvörtun Skipta hefði orðið til stjórnarsýslumál sem kæmi til með að enda með ákvörðun PFS sem væri kærnanleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. ofangreindar ákvarðanir stofnunarinnar í málum Orkuveitu Reykjavíkur frá árunum 2006 og 2008. Að mati Skipta hefði það þó enga þýðingu hvort málið hefði hafist að frumkvæði Skipta eða PFS þar sem um stjórnarsýslumál væri að ræða sem varðaði hagsmuni Skipta.

Fram kom að Skipti væri móðurfélag fjarskiptafyrirtækjanna Símans og Mílu og hefði því lögmætra hagsmuna að gæta. Í því sambandi mætti nefna að Fjarski væri í samkeppni við Mílu á stofnnettsmarkaði í fjarskiptaþjónustu og hýsingarþjónustu og væri Fjarski eina fjarskiptafyrirtækið sem væri í samkeppni við Mílu á markaði 14 (markaður fyrir leigulínur í stofnneti) í dreifbýli. Það væru því sérstakir og mikilsverðir hagsmunir Mílu og þar með Skipta að sett væru fyrirmæli sem hefðu það markmið að koma í veg fyrir að fjarskiptastarfsemi Fjarska væri fjármögnuð með tekjum af verndaðri starfsemi. Skipti ætti því sérstakra hagsmuna að gæta af niðurstöðu málsins og sem aðili málsins hefði Skipti rétt til að skjóta ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Til þess að Skipti gæti nýtt þennan lögbundna rétt sinn eða ef svo bæri undir ákveðið að una niðurstöðunni yrði félagið að hafa aðgang að þeim skjölum og gögnum sem leiddu til töku væntanlegrar ákvörðunar.

Um aðgang aðila stjórnslumáls að upplýsingum væri fjallað í 15. gr. stjórnslulaga. Sá aðgangur sætti takmörkunum skv. 17. gr. laganna. Í máli þessu hefði PFS veitt Fjarska tækifæri til að merkja gögn og viðkvæmar fjárhagsupplýsingar og hefði Skipti fallist á að PFS legði mat á hvort slík gögn féllu undir þær takmarkanir sem 17. gr. stjórnslulaga setti í samræmi við fyrri ákvarðanir og úrskurði PFS og úrskurðarnefndar. Það væri því engin hættá á því að viðkvæmar viðskiptaupplýsingar bærust Skiptum. Að lokum væri vísað til Hrd. 83/2003 og úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 17. júlí 2006 um aðgang aðila stjórnslumáls að gögnum málsins, en þar hefði að mati Skipta myndast bindandi fordæmi fyrir PFS.

III

Forsendur og niðurstaða

3.1 Almenn

Fjarskiptafyrirtækið Fjarski var stofnað árið 2000 og er alfarið í eigu Landsvirkjunar sem er að 99,9% í eigu ríkissjóðs. Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. laga nr. 42/1983, um Landsvirkjun, hvílir ríkisábyrgð á öllum skuldbindingum fyrirtækisins. Fjarski yfirtók fjarskiptakerfi sem Landsvirkjun hafði rekið um árabíl til fjarstýringar á virkjunum og fjarskiptatenginga á hálendinu. Tilgangurinn með stofnun Fjarska var að útvíkka þessa starfsemi, nýta betur flutningsgetuna í ljósleiðara- og örbylgjukerfum og selja öðrum fyrirtækjum fjarskiptaþjónustu. Fjarski stundar aðeins eina tegund af rekstri, þ.e. rekstur fjarskiptanets og tengda starfsemi.

Við stofnun Fjarska var skilið á milli fjarskiptastarfsemi Landsvirkjunar og annars reksturs félagsins. Fjarski nýtur ekki einka- eða sérréttinda heldur starfar á samkeppnismarkaði sem fjarskiptafyrirtæki með almenna heimild. Landsvirkjun nýtur ekki beinna einkaréttinda, sbr. raforkulög nr. 65/2003. Með setningu umræddra raforkulaga var gerð sú breyting á raforkumarkaði að stuðlað var að samkeppni í framleiðslu og sölu á raforku. Lögin byggðust á nýjum viðhorfum í raforkumálum sem rutt höfðu sér rúms víða um heim og fólust í því að skilja í sundur náttúrulega einkasöluþætti raforkukerfisins (flutning og dreifingu) og þá þætti þar sem samkeppni verður við komið (vinnslu og sölu), sbr. m.a. tilskipun 96/92/EB um innri markað fyrir raforku.

Þó að Landsvirkjun njóti ekki beinna einkaréttinda nýtur félagið ákveðinnar sérstöðu sem vinnslufyrirtæki í skilningi raforkulaga. Í 7. gr. þeirra laga kemur m.a. fram að vinnslufyrirtæki sé heimilt að stunda sérleyfisstarfsemi en að óheimilt sé að niðurgreiða vinnsluna með sérleyfisstarfsemi eða starfsemi sem hefur sambærilega stöðu. Vinnslufyrirtæki skulu halda reikningum fyrir vinnslustarfsemi aðskildum frá annarri starfsemi í bókhaldi.

Fjarski er dótturfélag Landsvirkjunar og því hluti af fyrirtækjasamstæðu Landsvirkjunar. Landsvirkjun á fleiri dótturfélög. Eitt af þeim fyrirtækjum sem er innan fyrirtækjasamstæðunnar nýtur einka- eða sérréttinda samkvæmt lögum. Um er að ræða

Landsnet hf. sem er að 2/3 hluta til í eigu Landsvirkjunar og því er um ráðandi hlut að ræða. Að öðru leyti er Landsnet í eigu Rarik, OR og Orkubús Vestfjarða. Bæði Fjarski og Landsnet eru hluti af samstæðureikningsskilum Landsvirkjunar. Landsnet nýtur ákveðinnar sérstöðu en fyrirtækið var sett á fót með lögum um stofnun Landsnets nr. 75/2004. Í 2. gr. laganna segir:

„Hlutverk Landsnets hf. er að annast flutning raforku og kerfisstjórnun samkvæmt ávæðum III. kafla raforkulaga, nr. 65/2003, og er því óheimilt að stunda aðra starfsemi en þá sem því er nauðsynlegt til að geta rækt skyldur sínar samkvæmt raforkulögum eða öðrum lögum. Stjórn Landsnets hf. skal vera sjálfstæð gagnvart öðrum fyrirtækjum sem stunda vinnslu, dreifingu eða sölu raforku.“

3.2 Stjórnsýslumál sem ljúka kann með stjórnvaldsákvörðun

Í máli Fjarska kom fram að mál það sem hér er til úrlausnar varði í raun eftirlitshlutverk PFS í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga. Í 1. gr. stjórnsýslulaga væri fjallað um gildissvið þeirra laga. Samkvæmt ákvæðinu giltu lögin um opinbera stjórnsýslu þegar taka ætti ákvörðun um rétt og/eða skyldu manna. Lögin giltu því þegar stjórnvöld tækju *stjórnvaldsákvörðanir*. Því yrði í fyrsta lagi að skoða hvort það mál sem hér er um ræddi teldist vera mál þar sem tekin yrði stjórnvaldsákvörðun um réttindi og skyldur aðila eða hvort um væri að ræða stjórnvaldsathöfn eða stjórnvaldsfyrirmæli þar sem PFS væri að sinna eftirlitshlutverki sínu og óskaði eftir upplýsingum. Ef svo væri ætti 15. gr. stjórnsýslulaga um aðgang að gögnum ekki við.

Í ákvörðun PFS frá 19. apríl 2006 var fjallað um svipuð sjónarmið sem OR hélt fram gagnvart PFS. Þar hélt OR því fram að athugun PFS á fjarskiptastarfsemi félagsins væri ekki *stjórnsýslumál* í skilningi stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Um væri að ræða lögbundið eftirlitshlutverk PFS með starfsemi fjarskiptarekstrar OR á grundvelli fjarskiptalaga. Niðurstaða PFS varðandi þennan þátt málsins var eftirfarandi:

„Í 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 kemur fram að lögin gilda þegar ákvarðanir eru teknar um rétt eða skyldu manna. Með þessu orðalagi er vísað til þess að lögin gilda þegar tekin er *stjórnvaldsákvörðun*, þ.e. þegar stjórnvald kveður einhliða á um rétt og/eða skyldu tiltekins aðila í ákveðnu máli í skjóli stjórnsýsluvalds. Hafa lögin að geyma ákveðnar lágmarkskröfur til stjórnsýslunnar varðandi málsmeðferð. Gilda lögin þannig óháð því hvort efni ákvarðana kunni að ráðast af ákvæðum annarra laga, s.s. fjarskiptalögum.

Í máli þessu er fjallað um kröfu Símans hf. um að fá viðurkennda aðild og aðgang að gögnum í tilteknu máli sem er til meðferðar hjá Póst- og fjarskiptastofnunar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur. Varðar það mál athugun Póst- og fjarskiptastofnunar á því, sbr. eftirlitshlutverk stofnunarinnar, samkvæmt 4. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, hvort fjárhagur af fjarskiptastarfsemi Orkuveitu Reykjavíkur sé aðskilinn frá sérleyfisverndaðri starfsemi þess í samræmi við kröfur þar að lútandi samkvæmt 36. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003. Þegar stofnunin hefur farið yfir þau gögn sem kallað var eftir frá Orkuveitu Reykjavíkur og tekið afstöðu til sjónarmiða fyrirtækisins kann málinu að ljúka með formlegri og kæránlegri stjórnvaldsákvörðun.

Samkvæmt framansögðu eiga ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993 við um umrætt mál Póst- og fjarskiptastofnunar gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur. Getur stofnunin því ekki fallist á

það sjónarmið Orkuveitu Reykjavíkur að málið sé ekki stjórnáskilningur í skilningi stjórnáskilningalaga nr. 37/1993 og af þeim sökum eigi af hafna fyrirnefndum kröfum Símannt hf.“

Ofangreind ákvörðun var kærð til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála varðandi aðild Símannt að umræddu máli en ekki reyndi á þar á það atriði sem rakið var hér að ofan.

Samkvæmt ofangreindu er eftirlit PFS með fjárhagslegum aðskilnaði skv. 36. gr. fjarskiptalaga stjórnáskilningur sem kann að ljúka með formlegri og kæránlegri stjórnáskilningu. Er því um stjórnáskilningur að ræða, en PFS fær ekki séð að munur sé á stjórnáskilningu og stjórnáskilningu eins og Fjarski virðist halda fram. Þá er ljóst að umrætt eftirlit PFS felur ekki í sér stjórnáskilningu, eins og reglugerðir eða ýmsar reglur sem settar eru af stjórnáskilningu og eiga að hafa almennt gildissvið en beinast ekki að tilteknu fyrirtæki.

Mál það sem hér er til umfjöllunar er því stjórnáskilningur sem kann að ljúka með formlegri og kæránlegri ákvörðun.

3.3 Gildissvið 36. gr. fjarskiptalaga gagnvart Fjarska

Eins og fram kemur í málavaxtalýsingunni hér að framan telur Fjarski álitamál hvort ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga eigi við um félagið eða fyrirtækjasamstæðu þá sem það tilheyrir. Ekki sé unnt að leggja að jöfnu mál OR og GR annars vegar og Landsvirkjunar og Fjarska hins vegar þar sem OR nyti einka- og sérréttinda í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga en Fjarski og Landsvirkjun ekki. Auk þess gerðu ákvæði laga um stofnun OR skýra kröfu um fjárhagslegan aðskilnað á milli deilda, en samhljóða ákvæði væri ekki að finna í lögum um Landsvirkjun. Í 18. gr. raforkulaga nr. 65/2003 væri kveðið á um að leyfi ráðherra til þess að stunda raforkuviðskipti fæli ekki í sér sérleyfi né önnur sérréttindi. Að ofangreindu virtu lagðist Fjarski gegn þeirri kröfu Skipta að PFS hlutaðist til um fjárhagslegan aðskilnað félagsins.

Skipti telur ótvírætt að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga eigi við um fyrirtækin þar sem Landsvirkjun njóti heimildar til að stunda sérleyfisskylda starfsemi í samræmi við ákvæði raforkulaga og njóti þannig sérréttinda í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga, auk þess sem félögin eru í fyrirtækjasamstæðu ásamt Landsneti sem nýtur einkaleyfis á sviði raforkuflutnings. Landsvirkjun væri fyrirtæki sem væri í 99,9% eigu ríkissjóðs og nyti ríkisábyrgðar á öllum skuldbindingum sínum í samræmi við lög um fyrirtækið. Þá hefði Landsvirkjun leyfi til vinnslu og sölu rafmagns, sbr. 4. og 18. gr. raforkulaga nr. 65/2003, en slíkt leyfi væri aðeins veitt til fárra útvalinna aðila og nyti fyrirtækið þannig sérréttinda. Fyrirtækið hefði samkvæmt upplýsingum á heimasíðu þess verið með 75% hlutdeild í heildarvinnslu rafmagns á árinu 2008. Því væri ljóst að Landsvirkjun nyti sérréttinda sem handhafi leyfis til raforkuvinnslu sem aðeins væri úthlutað til fárra útvalinna aðila. Að auki væri sérstök vernd fólgin í lögbundinni ríkisábyrgð á öllum

skuldbindingum fyrirtækisins. Það væri því ótvírætt að mati Skipta að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga ætti við um starfsemi Landsvirkjunar.

Í ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 er mælt fyrir um fjárhagslegan aðskilnað milli fjarskiptastarfsemi og starfsemi sem nýtur einka- eða sérréttinda á öðru sviði. Er markmið ákvæðisins að koma í veg fyrir að samkeppnisrekstur á sviði fjarskipta sé niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi. PFS annast framkvæmd fjarskiptalaga, sbr. m.a. 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, og hefur því m.a. eftirlit með því að umræddu ákvæði sé fullnægt.

Að mati PFS snýst ágreiningur þessa hluta málsins um það hvort Fjarski, Landsvirkjun, Landsnet og önnur fyrirtæki innan Landsvirkjunarsamstæðunnar myndi fyrirtækjasamstæðu sem 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 tekur til. Ljóst er að Fjarski nýtur ekki einka- eða sérréttinda í skilningi ofangreinds ákvæðis. Hins vegar nýtur Landsnet, systurfélag Fjarska, slíkra réttinda.

Landsvirkjun nýtur að mati PFS ekki beinna einkaréttinda en félagið nýtur tiltekinna sérréttinda eða starfar a.m.k. undir tiltekinni vernd í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga, sem fyrirtæki njóta almennt ekki. Landsvirkjun hefur leyfi iðnaðarráðherra til að reisa og reka raforkuver, skv. 4. gr. raforkulaga nr. 65/2003. Slíkt leyfi eru veitt til 10 ára í senn. Slíkt leyfi er skilyrði þess að fá að stunda raforkuviðskipti, sbr. 18. gr. sömu laga, en fram kemur að slíkt leyfi feli ekki í sér sérleyfi né önnur sérréttindi til handa leyfishafa. Umsækjandi þarf þó að sýna fram á fjárhagslegan styrkleika til að efna skuldbindingar vegna starfseminnar. Í almennum athugasemdum við umrædda 18. gr. kemur fram að raforka sé afar mikilvægur þáttur í allri starfsemi í þjóðfélaginu og að mikil verðmæti geti legið í einstökum viðskiptum. Því þætti nauðsynlegt að setja almenn hæfisskilyrði og tryggja sýn yfir þá sem stunda raforkuviðskipti. Yrði umsækjandi að sýna fram á að hann hefði fjárhagslegan styrkleika til að efna skuldbindingar vegna starfseminnar. Væri þar einkum átt við gerða orkusölusamninga. Gæti hann þurft að leggja fram tryggingu eða sýna fram á tiltekna eiginfjárstöðu.

Samkvæmt ofangreindu er ljóst að Landsvirkjun nýtur tiltekinna verndar eða sérréttinda í skilningi 36. gr. fjarskiptalaga. Það styrkir enn þessa ályktun PFS að félagið nýtur yfirburðarstöðu á umræddum markaði, t.d. með tilliti til markaðshlutdeildar og þess að tiltölulega fáir aðilar er á markaðnum með styrk að einhverju ráði. Þá er það lykilatriði að félagið nýtur ríkisábyrgðar á skuldbindingar sínar sem stendur fyrirtækjum almennt ekki til boða.

Þótt niðurstaða PFS hefði verið á þann veg að Landsvirkjun nyti enngar verndar eða sérréttinda, er ljóst að mati PFS að Fjarski er hluti af fyrirtækjasamstæðu sem nýtur einka- eða sérréttinda, sbr. systurfélagið Landsnet. Fjarski heldur því m.a. fram að svo sé ekki þar sem starfsemi Landsnets sé algjörlega aðskilið öðrum fyrirtækjum innan samstæðunnar, þ.á.m. Landsvirkjun sjálfri.

PFS getur á engan hátt fallist á ofangreint sjónarmið Fjarska. Nægir hér að vísa til nýlegs úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2010 frá 13. september s.l., þar sem ákvörðun PFS nr. 14/2010 var staðfest. GR kærði þar þá ákvörðun að 36. gr. fjarskiptalaga myndi gilda um OR eftir 1. janúar 2011 þegar öll einka- og sérleyfisstarfsemi OR verður komin í nýtt félag innan samstæðunnar. Að mati PFS væri sú staða sem upp yrði komin innan samstæðu OR þá hin sama og um ræðir í máli þessu.

Í ofangreindum úrskurði kom fram að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga mælti skýrt fyrir um það að ef fyrirtækjasamstæða, sem ræki almennt fjarskiptanet, nyti jafnframt einkaréttinda á öðru sviði en fjarskiptum, þá skyldi samstæðan sjá til þess að fjarskiptastarfsemin sé fjárhagslega aðskilin frá annarri starfsemi. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að fjarskiptalögum nr. 81/2003 hefði verið tekið fram að ákvæði 36. gr. ætti jafnt við hvort sem fjarskiptareksturinn færi fram innan hins verndaða fyrirtækis eða í sérstöku fyrirtæki sem hið verndaða fyrirtæki hefði yfirráð yfir. Þá segir orðrétt í úrskurði nefndarinnar á bls. 9:

„Að mati úrskurðarnefndarinnar verður ekki séð að heimild PFS til þess að fylgja ákvæðinu eftir falli niður **þó svo að einkaleyfisrekstur samstæðunnar sé felldur inn í sjálfstæðan lög- og skattaðila**. Eftirlit PFS lýtur að fjarskiptarekstrinum, og aðskilnaði hans frá öðrum rekstri samstæðunnar og hafa þær ráðstafanir sem mælt er fyrir um í lögum nr. 58/2008 og eftir atvikum í frumvarpi til laga um OR ekki áhrif þar á að mati úrskurðarnefndar.“ (leturbr. undirritaðs)

Af hálfu GR var því einnig haldið fram fyrir nefndinni að með hinni kærðu ákvörðun hefði PFS brotið gegn meðalhöfsreglu stjórnsýslulaga. Gjaldtaka fyrir þjónustu og arðsemi þess rekstrar sem yrði í hinu nýja félagi væri lögbundin með ákvæðum þeirra laga sem taka til viðkomandi einkaleyfisrekstrar, þ.e. raforkulaga, orkulaga, laga um vatnsveitur sveitarfélaga og laga um uppbyggingu og rekstur fráveitna. Með því væri komið í veg fyrir að mögulegt væri að færa fjármuni frá einkaleyfisstarfsemi til niðurgreiðslu á fjarskiptarekstri GR. Um þetta segir úrskurðarnefnd:

„Ljóst er að gert er ráð fyrir tiltekinni arðsemi af einkaleyfisstarfseminni og að hin lögbundna gjaldtaka muni skila hagnaði. Að mati nefndarinnar er ekki girt fyrir að sá hagnaður geti runnið til OR og þaðan til GR, t.d. í formi hagstæðra lána- eða viðskiptaskilmála eða aukins eiginfjárframlags.“

Úrskurðarnefnd komst því að þeirri niðurstöðu að ekki yrði séð að með fyrirmælum hinnar kærðu ákvörðunar hefði PFS farið strangar í sakirnar en nauðsyn hefði borið til með vísan til þess markmiðs ákvörðunarinnar að framfylgja 36. gr. fjarskiptalaga og koma í veg fyrir möguleika á niðurgreiðslu fjarskiptarekstrar.

Í því máli sem hér er til umfjöllunar taldi Fjarski ennfremur að vafasamt væri að beita ákvæðum fjarskiptalaga frá 2003 um fyrirtæki sem stofnað hefði verið fyrir þann tíma og verið hefði fjárhagslega aðskilið frá móðurfélagi sínu síðan fyrir gildistöku laganna, eða frá árinu 2000. Mikill munur væri á ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og ákvæðum í fjarskiptalögum frá 1996 og 1999 um fjárhagslegan aðskilnað. *Skylda* til fjárhagslegs aðskilnaðar hefði ekki verið fyrir hendi fyrr en með lögum frá 2003. Í máli

Skipta kom hins vegar fram að ákvæði er vörðuðu fjárhagslegum aðskilnaði hefðu fyrst komið inn í fjarskiptalög nr. 143/1996 og verið gerð enn skýrari í fjarskiptalögum nr. 107/1999. Ákvæði um fjárhagslegan aðskilnað hefði því verið komið í lög fyrir stofnun Fjarska.

Ljóst er að mati PFS að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 nái til allra fyrirtækja eða fyrirtækjasamstæðna sem starfa hér á landi og reka almenn fjarskiptanet og njóta einka- eða sérréttinda á öðrum sviðum. Ekki er kveðið á um það í ákvæðinu að það gildi einungis um fyrirtæki sem stofnuð eru eftir gildistöku laganna, þ.e. 25. júlí 2003, enda væri slíkt í hæsta máta óeðlilegt m.t.t. almennra lagaskilareglna og jafnræðis aðila á markaði og augljóslega ekki í þágu samkeppni. Það er að minnsta kosti algjörlega augljóst að ákvæði eigi við um ráðstafanir innan samstæðunnar sem framkvæmdar hafa verið eftir umrætt tímamark. Þá ber að geta þess að frá og með fjarskiptalögum frá 1999 hefur PFS haft heimild til að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað. PFS hefði því frá stofnun félagsins getað fyrirskipað slíkt. Það að stofnunin hafi ekki séð ástæðu til að beita slíkum úrræði á gildistíma þeirra laga styður ekki ofangreinda kröfu Fjarska.

Að öllu ofangreindu virtu telur PFS að ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 gildi um fjárhagslegan aðskilnað Fjarska gagnvart öðrum fyrirtækjum innan fyrirtækjasamstæðu þeirrar sem félagið heyrir undir, þ.e. Landsvirkjunarsamstæðunnar.

3.4 Aðild

Fjarski hafnar því að Skipti eigi aðild að því máli sem hér er til umfjöllunar. Það eitt að Skipti hefði upphaflega óskað eftir því að PFS skoðaði málið leiddi ekki sjálfkrafa til þess að Skipti yrði aðili málsins. Í málinu væri PFS í raun aðeins að sinna eftirlitshlutverki sínu og kanna hjá tveimur löggaðilum hvort að þeir uppfylltu skilyrði laga um fjárhagslegan aðskilnað, þ.e. hjá Fjarska og Landsvirkjun. Einu aðilarnir sem ættu hagsmuna að gæta í málinu væru ofangreind tvö fyrirtæki. Málinu væri ekki beint að Skiptum enda væri það ekki tengt Landsvirkjun eða Fjarska né fjárhagslegum aðskilnaði félaganna. Að mati Fjarska væri skilyrði aðildar samkvæmt stjórnarsýslurétti að viðkomandi aðili ætti *lögvarinna* hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls sem væru *einstaklegir* og *verulegir*. Í þessu máli hefði Skipti ekki sýnt fram á hvaða hagsmuni félagið ætti af úrlausn málsins, né að slíkir hagsmunir væru verulegir og uppfylltu skilyrði aðildar. Ekki væri hægt að byggja á eldri ákvörðunum PFS um aðild Símans að málum er vörðuðu fjárhagslegan aðskilnað OR. Í fyrsta lagi væru málavextir í þeim málum með allt öðrum hætti. Í öðru lagi væru umræddar ákvarðanir PFS ekki fordæmisgefandi þar sem ekki hefði að öllu leyti verið farið að ákvæðum stjórnarsýslulaga við töku þeirra.

Þær reglur sem stjórnarsýslulög nr. 37/1993 setja um meðferð mála hjá stjórnvöldum fela um leið í sér tiltekin réttindi handa þeim einstaklingum og löggaðilum 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. Enn fremur er það réttur hans að óska eftir rökstuðningi ákvörðunar og kæra hana til æðra stjórnvalds, sé slík kærueimild 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.

Ekki er í stjórnslulögum nr. 37/1993 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 efnunum. 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 óbeinna hagsmuna að gæta, sbr. eftirfarandi umfjöllun úr greinargerðinni sem fylgdi frumvarpi til stjórnslulaga:

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

Ákvörðun um aðild að stjórnslumálum 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 hagsmunum og tengsl umrædds einstaklings eða lögaðila við úrlausn málsins á grundvelli þess hvort hann geti talist eiga *beinna*, *verulegra*, *sérstakra* og *lögvarinna* hagsmuna að gæta.

Í því máli sem hér um ræðir er ágreiningur uppi milli Fjarska og Skipta hvort síðarnefndar fyrirtækið eigi aðild að því máli sem PFS er með til skoðunar gagnvart Fjarska varðandi fyrirkomulag fjárhagslegs aðskilnaðar milli Fjarska og annarra félaga innan þeirrar fyrirtækjasamstæðu sem félagið tilheyrir, sbr. 36. gr. fjarskiptalaga. Eins og fram hefur komið hófst meðferð málsins í maí 2009 í kjölfar kröfu Skipta um að PFS hlutaðist til um eftirlit með fyrirkomulagi hins fjárhagslega aðskilnaðar hjá Fjarska með sama hætti og stofnunin hefur viðhaft gagnvart GR og OR, en Skipti hefur átt aðild að þeim málum. Því má segja að Skipti sé málshefjandi þess máls sem hér er til umfjöllunar og styrkir það kröfu félagsins m.t.t. aðildar. Slíkt getur þó ekki eitt og sér réttlætt aðild, sbr. sjónarmið sem fram koma í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 8/2006 (Síminn gegn PFS og OR), heldur verður aðili að hafa beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins.

PFS telur að mál OR sem minnst er á hér að ofan og það mál sem hér er til úrlausnar séu sambærileg. Í ofangreindum úrskurði úrskurðarnefndar varð niðurstaða málsins sú að Síminn ætti aðild að eftirliti PFS með tilhögun fjárhagslegs aðskilnaðar fjarskiptastarfsemi OR frá annarri verndaðri starfsemi. Niðurstaða úrskurðarnefndar réðist að miklu leyti af samanburði við dóm Hæstaréttar nr. 83/2003 er varðaði þá

ákvörðun Samkeppnisstofnunar að veita Samskipum hf. aðilastöðu í máli sem stofnunin hafði til skoðunar gagnvart Eimskipum hf. Niðurstaða réttarins var á þá leið að staðfesta umrædda aðild.

Úrskurðarnefnd taldi að málavextir í OR málinu og máli skipafélaganna væru um margt sameiginlegir þótt þeir væru ekki að öllu leyti sambærilegir. 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, ásamt því sem nokkur önnur atriði væru því valdandi að skyldleiki væri með málunum. Sjóflutningar og rekstur grunnnets 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 einnig það að ef nýir aðilar kæmu inn á markaðinn gerðist það að jafnaði eftir langan undirbúning.

Í ofangreindum úrskurði kom ennfremur fram að uppistaðan í gögnum málsins væru gögn sem OR hefði sent PFS sem svar við beiðnum stofnunarinnar um upplýsingar. Slík gögn gæti OR kosið að merkja sem trúnaðargögn ef þess þætti þurfa og í samræmi við ákvæði 17. gr. stjórnarsýslulaga væri það á valdi PFS að takmarka aðgang annarra málsaðila að slíkum gögnum. Eins og í máli Hrd. 83/2003 væri því ekki sjálfgefið að aðild að málinu veitti óheftan aðgang að gögnum sem teldust trúnaðarmál gagnaðila.

Eftir að hafa virt heildstætt það sem sameiginlegt væri með málunum og svo það sem sundur greindi var það mat úrskurðarnefndar að þær málsástæður sem ættu við í báðum málunum vægu þyngra. Því bæri að líta svo á að í umræddum dómi fælist fordæmi sem væru bindandi fyrir nefndina og aðra í íslenskri stjórnarsýslu. Samkvæmt því var það niðurstaða ofangreinds úrskurðar úrskurðarnefndar að Síminn hefði verulega, lögvarða og sértæka hagsmuni af úrlausn máls PFS gegn OR og skyldi því telja aðila þess.

PFS telur að málavextir í því máli sem hér er til úrlausnar og ofangreindu máli OR séu sambærilegir. Staðhæfing Fjarska um hið gagnstæða er algjörlega órökstudd, þ.m.t. að fyrri ákvarðanir PFS séu ekki fordæmisgefandi þar sem ekki hefði að öllu leyti verið farið að ákvæðum stjórnarsýslulaga við töku þeirra. Er hvergi vísað til tiltekinnna dæma eða tilvika þessu til stuðnings, enda var í úrskurðum úrskurðarnefndar sem fjölluðu um umræddar ákvarðanir PFS ekki gerðar athugasemdir við málsmeðferð stofnunarinnar þar að lútandi.

Bæði félögin tilheyra fyrirtækjasamstæðum sem stunda einnig verndaða starfsemi á sviði orkuvinnslu, dreifingar og sölu. Bæði Fjarski og OR eru í samkeppni við Mílu, dótturfélag Skipta, í sölu á fjarskiptasamböndum á leigulínumörkuðum. OR á höfuðborgarsvæðinu en Fjarski á landsbyggðinni. Aðrir minni staðbundnir aðilar stunda slíka starfsemi á afmörkuðum svæðum en meginniðurstaðan er sú að fákeppni ríkir á þeim svæðum þar sem Fjarski og Míla bjóða bæði fram þjónustu. Ljóst er að Skipti hefur verulega hagsmuni að því að fjarskiptastarfsemi Fjarska sé ekki fjármögnuð með óeðlilegum hætti eða niðurgreidd með tekjum af verndaðri starfsemi, sbr. 36. gr. fjarskiptalaga.

Að öllu ofangreindu virtu er það niðurstaða PFS að Skipti hf., móðurfélag Símans hf. og Mílu ehf., eigi aðild að því máli sem hér er til umfjöllunar, þar sem félagið hefur beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta við úrlausn þess.

3.5 Samandregin niðurstaða

Samkvæmt öllu ofangreindu er ljóst að mál það sem hér er til umfjöllunar er stjórnslumál sem kann að ljúka með formlegri og kæránlegri ákvörðun. Ennfremur gildir ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 um fjárhagslegan aðskilnað Fjarska gagnvart öðrum fyrirtækjum innan fyrirtækjasamstæðu þeirrar sem félagið heyrir undir. Að lokum er ljóst að Skipti hf., móðurfélag Símans hf. og Mílu ehf., á aðild að málinu þar sem það hefur beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta við úrlausn þess.

Ákvörðunarorð

Mál það sem hér er til umfjöllunar er stjórnslumál sem kann að ljúka með formlegri og kæránlegri ákvörðun. Ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 gildir um fjárhagslegan aðskilnað Fjarska gagnvart öðrum fyrirtækjum innan fyrirtækjasamstæðu þeirrar sem félagið heyrir undir. Skipti hf., móðurfélag Símans hf. og Mílu ehf., á aðild að máli þessu.

Ákvörðun þessi er kæránleg 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.

Reykjavík, 22. september 2010

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson