

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 5/2016

Kæra Símans á málsmeðferðarákvörðun PFS um aðild GR og Vodafone að máli er varðar meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kærðu, dags. 30. september 2016, hefur Síminn hf. (kærandi), kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), um aðild Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR) og Fjarskipta hf. (Vodafone) að máli er varðar meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011.

Í hinni kærðu ákvörðun var það niðurstaða PFS að GR og Vodafone nyttu aðildar að máli sem er til meðferðar hjá PFS og varðar mat á því hvort kærandi hafi gerst brotlegur við bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011. Þá var það niðurstaða PFS að GR skyldi fá aðgang að gögnum málsins.

Af hálfu kæranda er þess krafist að aðild GR að ágreiningsmáli kæranda og Vodafone verði hafnað. Auk þess krefst kærandi frestunar réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar, þar til endanleg niðurstaða liggur fyrir um aðild. Þá er þess krafist að úrskurðarnefnd beini þeim tilmælum til PFS að á meðan skorið er úr um kröfu um frestun réttaráhrifa muni stofnunin ekki afhenda GR gögn málsins.

II. Helstu málsatvik

Mál þetta snýst um málsmeðferðarákvörðun PFS um að veita Vodafone og GR aðild að máli sem er til meðferðar hjá PFS og varðar meint brot kæranda á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011. Í umræddu ákvæði er lagt bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Til skoðunar er hvort kærandi hafi brotið framangreint bannákvæði með því að bjóða einungis upp á ólínulega (hliðraða) myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á fjarskiptanetum Símasamstæðunnar.

Með hinni kærðu ákvörðun tók PFS ákvörðun um að GR og Vodafone nyttu aðildar að máli sem er til meðferðar hjá PFS. Þá var það niðurstaða PFS að GR skyldi fá aðgang að gögnum málsins.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst þess annars vegar að aðild GR að ágreiningsmáli kæranda og Vodafone verði hafnað. Hins vegar krefst kærandi þess að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað meðan málið er til meðferðar hjá úrskurðarnefndinni.

Kröfu sína um að aðild GR verði hafnað byggir kærandi á því að GR hafi ekki sýnt fram á lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins. Tekur kærandi fram að kvörtun Vodafone, í máli því sem er til meðferðar hjá PFS, byggir á því að félagið skuli fá aðgang að tilteknu efni frá kæranda til myndmiðlunar eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun), þ.e.a.s. hliðruðu áhorfi, sem Vodafone nefnir Tímavél og Frelsiþjónustu í sjónvarpi sem felur í sér tímabundinn aðgang að efni eftir að það hefur verið sýnt í sjónvarpi. Val Vodafone á því hvort félagið dreifi sjónvarpsþjónustu sinni yfir aðgangsneta GR snerti þann ágreining ekki að neinu leyti. Verður þeim ágreiningi ráðið til lykta með hliðsjón af því hvort umþrætt ákvæði fjölmiðlalaga, nr. 38/2011, feli í sér að fjölmiðlaveita skuli veita aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni til fjarskiptafyrirtækis. Val Vodafone á aðgangsneta eigi hins vegar ekki að hafa áhrif á þá niðurstöðu.

Kærandi tekur einnig fram að GR byggir kröfu sína um aðild á því að Vodafone eigi rétt til þess að dreifa ólínulegu efni Símans. Kærandi byggir á því að GR eigi enga lögvarða hagsmuni af þeirri niðurstöðu hvort Símanum beri að afhenda Vodafone efni sitt til dreifingar. Það helgist af því að val Vodafone á aðgangsneta sé ákvörðun fyrirtækisins sjálfs og sú ákvörðun sé algjörlega ótengd niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar. Að mati kæranda sé sú ákvörðun Vodafone, hvaða aðgangsneta fyrirtækið velur, tekin út frá viðskiptalegu hagsmunum þess.

Þá vísar kærandi til þess, að til að teljast aðili máls þurfi skilyrði um beina, verulega, sérstaka og lögvarða hagsmuni að vera uppfyllt. Telur kærandi það ekki eiga við um GR í þessu máli þar sem GR geti hafi ekki slíkra hagsmuna að gæta af þeirri niðurstöðu hvort Vodafone fær efni frá kæranda afhent til dreifingar. Hér skipti engu þótt Vodafone sé nú viðskiptavinur GR. Þá bendir kærandi á að niðurstaða PFS um að veita GR og Vodafone aðild að málinu gangi ekki upp þar sem félagin fari ekki með sömu hagsmuni.

Að lokum vísar kærandi til máls sem rekið var fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur, mál nr. E-53/2016, þar sem var kveðinn upp úrskurður hinn 29. september 2016 um að GR skyldi ekki eiga aðild að máli sem kærandi og Vodafone eru aðilar að. Í málinu var GR synjað um meðalgöngu.

Þá bendir kærandi á að ákvörðun PFS um aðild að máli sé kæránleg og vísar til dóms Hæstaréttar nr. 83/2003 í því sambandi. Einnig var vísað til þess að í hinni kærðu ákvörðun séu reifuð þrjú mál þar sem PFS og úrskurðarnefnd tók afstöðu til aðildar einstakra fyrirtækja með sjálfstæðri ákvörðun. Því verði að leggja til grundvallar að sú regla gildi í íslenskum stjórnslurátti að ákvörðun um málsaðild sé kæránleg

stjórnvaldsákvörðun enda feli hún í sér endanlega niðurstöðu um rétt og skyldu þess sem beiðist aðildar í máli um það hvort hann fái notið réttinda við málsmeðferð.

Viðbótarathugasemdir kæranda vegna málsins bárust hinn 5. október 2016. Þar segir m.a. að komist úrskurðarnefnd að þeirri niðurstöðu að GR skuli fá aðild að málinu sé gerð sú krafa að aðild Vodafone að málinu verði hafnað.

Kærandi ítrekar fyrri sjónarmið m.a. með vísan til þriggja úrskurða úrskurðarnefndar, nr. 8/2006, nr. 6/2010 og 5/2014. Bendir kærandi á að þeir úrskurðir eigi það allir sameiginlegt að aðild Mílu var veitt eða forvera hennar sem keppinauts á mörkuðum í grunnfjarskiptum. Mílu hafi verið veitt aðild að málum sem snúa að rannsókn á GR, hafði það verið vegna þeirra samkeppnishagsmuna sem um er að ræða gagnvart GR. Þeir hagsmunir séu nú á hendi Mílu en ekki kæranda.

Þá bendir kærandi á að þó vissulega séu eignatengsl milli kæranda og Mílu séu félögin rekin undir þeim skilyrðum að rekstur þeirra er eins og um tvö óskyld fyrirtæki væri að ræða og beri Mílu t.a.m. að gæta jafnræðis í öllu tilliti gagnvart kæranda og öðrum sem kaupa þjónustu af félaginu. Vísar kærandi til ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 og 6/2015 í því sambandi.

Þá fjallar kærandi nánar um einstök skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi til þess að einhver geti talist aðili máls. Bendir kærandi á að ef úrskurðarnefnd telji að möguleg aðild GR feli í sér vafatilvik um aðilastöðu félagsins í málinu sé ljóst að aðildin sé ekki nauðsynleg til að GR geti gætt hagsmuna sinna.

Kærandi vísar einnig til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 og tekur fram að þegar hafi verið skorið úr um það í þeirri ákvörðun, að kæranda sé ekki skylt að afhenda sjónvarpsþjónustu sína yfir fjarskiptanet GR.

2.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við PFS, GR og Vodafone, að skilað yrði umsögn vegna framkominnar kæru Símans og var frestur í því skyni veittur til og með 5. október 2016.

Í umsögn GR kemur fram að félagið hafa einstaka og verulega hagsmuni af því að kröfur Vodafone nái fram að ganga í málinu. Ljóst megi vera að háttsemi kæranda, sem deilt er um, hafi ekki eingöngu áhrif á samkeppni í sölu á sjónvarpsþjónustu, heldur hafi hún einnig áhrif á samkeppni í grunnfjarskiptum, þar sem GR og Míla séu helstu keppinautar og reki hvort sitt netið. Bendir GR á að Vodafone sé eins og sakir standa með samning við GR um dreifingu yfir Ljósleiðarann og því hafi umrædd háttsemi kæranda áhrif á hagsmuni GR í samkeppni í rekstri grunnneta, óháð viðskiptalegum ákvörðunum Vodafone. Að því er varðar vísun kæranda í niðurstöðu Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-53/2016, tekur GR fram að í því máli taldi héraðsdómur skilyrði 20. gr. einkamálalaga nr. 91/1991, um meðalgöngu aðild ekki uppfyllt, en hins vegar falli slík sjónarmið sem um slíka aðild gilda, ekki undir aðildarhugtakið í skilningi stjórnslags, heldur nægi að sýna fram á að GR hafi einstaka og verulega hagsmuni af úrlausn málsins.

GR telur sig hafa einstaka og verulega hagsmuni af málinu og hafi því aðilstöðu í skilningi stjórnslulaga.

Í umsögn Vodafone segir að þess sé aðallega krafist að kærðu sé vísað frá og til vara að kærðu verði hafnað. Vodafone bendir á að hin kærða ákvörðun sé málsmeðferðarákvörðun sem ekki bindi enda á mál. Þvert á móti felist aðallega í ákvörðuninni að GR er veitt aðild að ágreiningsmálinu. Með ákvörðuninni sé markað upphaf afskipta GR að málinu og málið sé því eðli málsins samkvæmt alls ekki leitt til lykta. Þá vísar Vodafone til þess að þó svo hin kærða ákvörðun kveði á um að GR skuli fá aðgang að gögnum málsins sé hún alls ekki endanleg hvað þann þátt varðar. Í því sambandi nefnir Vodafone að kærandi hafi frest til 13. október 2016 til þess að gera tillögur að útstrikunum trúnaðarupplýsinga, sem afmarkist einungis við tvö bréf kæranda. Vodafone vísar til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun að því er varðar þá kröfu að GR skuli veitt aðild að ágreiningsmálinu.

Í greinargerð PFS kemur fram að gerð sé krafa um það aðallega að úrskurðarnefndin hafni því að taka kröfu kæranda til meðferðar á þessu stigi þar sem um sé að ræða málsmeðferðarákvörðun sem ekki bindur enda á mál. Því sé ekki um kæranalega stjórnsluákvörðun að ræða. Fallist úrskurðarnefnd ekki á aðalkröfu PFS geri stofnunin þá kröfu til vara að úrskurðarnefndin felli úrskurð um það að GR og Vodafone njóti aðildar að umræddu máli.

Þá segir um aðalkröfu PFS að það sé ítrekað að kærandi geti ekki kært málsmeðferðarákvörðun um að heimila GR aðild að málinu. Líta verði svo á að 1. mgr. 13. gr. laga um Póst og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, taki aðeins til stjórnsluákvörðana sem binda enda á mál en ekki ákvörðana PFS um meðferð stjórnslumáls. Skýra verði það með hliðsjón af þeirri meginreglu sem fram kemur í 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga. Til frekari rökstuðnings um framangreint vísar PFS til ummæla í athugasemdum við greinargerð um ákvæðið.

PFS vísar einnig til þess að 1. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003, hefði þurft að vera mun afdráttarlausara ef ætlunin hefði verið víkja frá umræddri reglu stjórnslulaganna. Forsenda ákvæðisins, sem sækir stoð sína í fjarskiptatilskipanir ESB hafi verið að málsmeðferð hjá PFS og úrskurðarnefnd tæki sem stystan tíma, sökum eðlis fjarskiptamarkaða sem eru í stöðugri og hraðri þróun. Þá telur PFS einsýnt að ákvörðun um að heimila aðild að máli bindi ekki endi á það mál sem er til efnislegrar meðferðar hjá PFS.

Að því er varðar dóm Hæstaréttar nr. 83/2003, sem kærandi vísar til, tekur PFS fram að fyrir dómstólum hafi ekki reynt á það atriði sem hér er til umfjöllunar, þ.e.a.s. hvort ákvörðun um aðild sé kæranaleg stjórnsluákvörðun eða málsmeðferðarákvörðun. PFS er því ósammála kæranda að á þetta atriði hafi reynt í dómnum.

Að því er varðar kröfu PFS um að aðild Vodafone og GR verði staðfest tekur PFS fram að svo virðist sem kærandi gagnrýni ekki aðilastöðu Vodafone ákaft. Hins vegar virðist

kærandi byggja á því að verði fallist á aðild GR í málinu falli aðild Vodafone þar með brott þar sem bæði félögin geti ekki átt aðild að málinu.

Þá reifar PFS dóm Hæstaréttar í máli nr. 83/2003. Bendir PFS m.a. á í því sambandi að Hæstiréttur hafi tekið undir það með áfrýjunarnefnd samkeppnismála að lögskýringargögn gæfu til kynna að aðildarhugtak í stjórnsýslumálum bæri að skýra rúmt, þannig að ekki væri einungis átt við þá sem ættu beina aðild að máli heldur einnig þá sem hefðu óbeinna hagsmuna að gæta. Þá tekur PFS fram að dómurinn sé grundvallardómur þegar fjallað er um aðild að málum er varða fjarskipti.

PFS vísar einnig til fyrri úrskurða úrskurðarnefndar og að ekki hafi verið gerðar ríkar kröfur til aðildar í þeim úrskurðum. Þar hafi úrskurðarnefnd lagt töluvert upp úr því að aðeins sé um tvo aðila að ræða sem eiga í umtalsverðri samkeppni.

PFS telur einsýnt að GR njóti aðildar að því máli sem hér er til meðferðar, þar sem félagið hefur beinna, verulegra, sértækra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrslausn þess ágreiningsefnis hvort kærandi hafi brotið gegn umræddu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

PFS bendir á að úrskurðarnefnd hafi áður staðfest að GR og Míla, dótturfélag Símans, séu keppinautar í uppbyggingu ljósleiðarakerfis á höfuðborgarsvæðinu og víðar. Eins og fram hafi komið í máli GR hafi þeir endanotendur sem kjósa að nota ljósleiðara GR ekki aðgang að hliðrænni myndmiðlun sjónvarpsefnis Sjónvarps Símans. Verði þeir endanotendur sem vilja horfa á hliðraða myndmiðlun á sjónvarpsefni Sjónvarps Símans því að skipta yfir á fjarskiptakerfi Mílu á höfuðborgarsvæðinu og víðar. Ljóst sé að þessi staðreynd hafi þegar haft áhrif á val endanotenda á grunnfjarskiptakerfum og gætu skaðleg samkeppnisáhrif þessa aukist enn frekar ef Sjónvarp Símans myndi koma sér upp sjónvarpsefni sem allur þorri landsmanna myndi ekki vilja láta fram hjá sér fara. Verði sú raunin er líklegt að val á sjónvarpsefni fari að hafa gríðarlega mikil áhrif á þróun samkeppninnar í fjarskiptum.

Að mati PFS er aðildarkrafa GR nægilega skýr og rökstudd og augljóst er að ætlun félagsins sé að gæta hagsmuna sinna í samkeppni við Símasamstæðuna í grunnfjarskiptum.

PFS bendir á varðandi rök kæranda þess efnis að GR og Vodafone geti ekki bæði átt aðild að málinu þar sem félögin færu ekki með sömu hagsmuni, að PFS sé því algerlega ósammála. GR og Vodafone geti að sjálfsögðu bæði átt hagsmuna að gæta af úrslausn málsins þótt hagsmunirnir séu með nokkuð ólíkum hætti.

Að því er varðar umfjöllun kæranda um mál sem rekið hefur verið fyrir Héraðdómi Reykjavíkur, nr. E-53/2016, telur PFS af og frá að það mál sem hér sé til úrslausnar sé hliðstætt því máli. Aðildarhugtak stjórnsýsluréttar og aðildarhugtak í réttarfari sé með allt öðrum hætti. Mikið mun þrengri skorður séu gerðar til aðildar að dómsmálum en aðildar að stjórnsýslumálum.

IV. Niðurstöður

Í ljósi þess að hin kærða ákvörðun er ekki komin til framkvæmda er ekki tilefni til þess að fjalla um kröfu kæranda um frestun réttaráhrifa.

Ákvarðanir PFS sæta kæru til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 1. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003. Þá segir í 6. mgr. tilvitnaðrar greinar að um þá þætti er lúta að starfsumhverfi nefndarinnar skuli mælt fyrir um í reglugerð.

Í reglugerð um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009, kemur fram í 2. mgr. 2. gr. að úrskurðarnefndin taki til úrskurðar, að kröfu þess sem á sérstakra, verulegra og lögvarinna hagsmuna að gæta, kæranlega ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar, hvort heldur sem kæra lýtur að málsmeðferð eða efni hinnar kærðu ákvörðunar.

Í málinu er deilt um hvort veita beri GR aðild að máli sem til meðferðar er hjá PFS og snýr að rannsókn á starfsháttum kæranda en Vodafone lagði fram kvörtun hjá PFS. Vísað hefur verið til þess að um málsmeðferðarákvörðun á stjórnslumáli sé að ræða sem ekki felir í sér stjórnvaldsákvörðun. Því sé ekki um kæranlega ákvörðun að ræða og vísa beri kærinni frá úrskurðarnefndinni á grundvelli 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga.

Úrskurðarnefndin telur ljóst að aðild að stjórnslumáli sé í mörgum tilvikum náskyld rannsóknarskyldu stjórnvalds á grundvelli 10. gr. stjórnslulaga. Í því sambandi minnir úrskurðarnefndin á að stjórnvaldið hefur forræði málsins en ekki aðilar og ber því að tryggja að málið sé að fullu upplýst áður en stjórnvaldsákvörðun er tekin. Þannig hljóti stjórnvöldum að gefast talsvert svigrúm til að ákveða hverjum skuli gefinn kostur á því að fjalla um efni máls og eftir atvikum hverjum skuli veita andmælarétt.

Í ljósi þessara almennu reglna hefði mátt rökstyðja frávísun kærunnar frá úrskurðarnefndinni. Hins vegar liggur það fyrir að úrskurðarnefnd hefur áður tekið til úrskurðar mál er varða kæru á ákvörðun um aðild að málum hjá PFS. Með vísan til alls framangreinds, einkum atvika í máli þessu, hlutverks úrskurðarnefndar eins og það er skilgreint í lögum nr. 69/2003 og reglugerð nr. 36/2009, auk fyrri úrlausna, mun úrskurðarnefnd því taka til efnisúrlausnar kæru í máli þessu.

Ljóst er að aðildarhugtakið er hvorki skilgreint í lögum um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, né heldur í stjórnslulögum, nr. 37/1993. Hins vegar er ljóst að þegar metið er hver sé aðili að stjórnslumáli þarf að fara fram heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds aðila við úrlausn málsins. Þau sjónarmið sem almennt eru lögð til grundvallar eru hvort viðkomandi eigi beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þá er ljóst af dómafordæmum Hæstaréttar, einkum í máli nr. 83/2003, að litið hefur verið svo á að aðildarhugtak í stjórnslumálum 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. Þá verður að taka fram að úrlausn um meðalgönguáðild í einkamáli, á grundvelli réttarfarslaga, verður ekki lögð að jöfnu við skilgreiningu aðildar að stjórnslumáli.

Aðild að stjórnarsýslumáli veitir alla jafna rétt til aðgangs að gögnum máls, sbr. 1. mgr. 15. gr. stjórnarsýslulaga. Hins vegar ber einnig að benda á að aðild að stjórnarsýslumáli veitir ekki sjálfkrafa rétt til aðgangs að öllum gögnum málsins. Samkvæmt 17. gr. stjórnarsýslulaga er stjórnvaldi heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum. Samkvæmt fyrirbyggjandi upplýsingum hefur PFS til skoðunar hvort afhending gagna til GR skuli vera takmörkuð og hefur PFS ennfremur veitt kæranda frest í því skyni að gera tillögur að útstrikunum á trúnaðarupplýsingum sem kunna að vera til staðar í þeim gögnum sem PFS hyggst afhenda GR.

Með vísan til umfjöllunar hér að framan um tengsl rannsóknarreglu og aðildar að stjórnarsýslumálum, sem og meginreglu um rétt aðila að gögnum máls, telur úrskurðarnefndin ekki tilefni til athugasemda um þessa málsmeðferð PFS.

Í stjórnarsýslumáli því sem PFS hefur veitt GR og Vodafone aðild að er til skoðunar hvort kærandi hafi brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011. Í ákvæðinu segir að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt athugasemdum við greinargerð segir að með ákvæðinu sé brugðist við því að hvati sé fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Í ljósi þess hvers eðlis málið er og þess að aðilarhugtak í stjórnarsýslumálum ber að skýra rúmt verður að telja varhugavert að hnekkja því mati PFS að GR og Vodafone kunni að hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn stjórnarsýslumálsins. Engir slíkir augljósir annmarkar eru á hinni kærðu ákvörðun sem leitt geta til ógildingar hennar.

Að teknu tilliti til alls framangreinds er það niðurstaða úrskurðarnefndar að ekki sé tilefni til þess að fella úr gildi hina kærðu ákvörðun PFS og hana beri því að staðfesta.

V. Úrskurðarorð:

Hin kærða ákvörðun PFS frá 29. september 2016 er staðfest.

Kærandi greiðir málskostnað að fjárhæð 260.000 kr. í ríkissjóð að frádregnu málskotsgjaldi 150.000 kr.

Reykjavík, 11. október 2016

Þórður Bogason
(sign.)

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir
(sign.)

Kirstín Þ. Flygenring
(sign.)