



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun PFS nr. 22/2018

um aðild Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. að máli er varðar meint ítrekað brot Símans hf. á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

I

Inngangur

Málsmeðferðarákvörðun sú sem hér er til meðferðar varðar það úrlausnarefni hvort Gagnaveita Reykjavíkur ehf. (GR) eigi aðild að máli sem er til meðferðar hjá Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) og varðar meint ítrekað brot Símans hf. (Síminn) á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 (málsnúmer 18-07-20). Í umræddu ákvæði er lagt bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Síminn gerði athugasemdir við aðild GR að málinu en gerði hins vegar ekki athugasemdir við aðild Sýnar hf. (Sýn, áður Vodafone) og Nova hf. (Nova) að málinu.

II

Málavextir

2.1 Ákvörðun PFS nr. 30/2015 um frávisun

Með ákvörðun PFS nr. 30/2015, dags. 18. desember 2015, hafnaði PFS því að stofnunin skæri úr um það hvort þjónustuþættir þeir hjá Sýn sem nefndust Tímavél og Frelsi teldust til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar í skilningi flutningsreglna fjölmiðlalaga. Taldi PFS að um væri að ræða ágreining sem upp væri kominn samkvæmt samningi aðila sem ekki væri gerður með stoð í umræddum flutningsreglum fjölmiðlalaga. Samkvæmt skýrum ákvæðum umrædds samnings væri það í verkahring dómstóla að skera úr um þann ágreining. Í umræddri ákvörðun kom hins vegar fram að PFS myndi í nýju máli taka til athugunar hvort Síminn hefði brotið gegn framangreindu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, en Sýn hafði í bréfi til PFS, dags. 2. desember 2015, haldið því fram að um slíkt brot væri að ræða af hálfu Símans.

2.2 Ákvörðun PFS nr. 3/2016 um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

Með ákvörðun PFS nr. 3/2016, dags. 11. apríl sl., komst PFS að þeirri niðurstöðu að umrætt bannákvæði tæki bæði til sjónvarpsútsendinga (línulegrar myndmiðlunar) og hliðraðrar

dagskrár (ólinulegrar myndmiðlunar). Þar kom ennfremur fram að PFS myndi í framhaldinu taka málið til frekari skoðunar og leggja mat á það hvort Síminn hefði með ofangreindri háttsemi brotið gegn umræddu ákvæði. Síminn skaut umræddri ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sem staðfesti framangreinda ákvörðun PFS með úrskurði sínum nr. 3/2016, dags. 21. nóvember 2016.

2.3 Ákvörðun PFS nr. 13/2016 um aðild GR og Sýnar

Með ákvörðun PFS nr. 13/2016, dags. 29. september 2016, komst PFS að þeirri niðurstöðu að Sýn og GR nyttu aðildar að máli sem til meðferðar væri hjá stofnuninni og varðaði mat á því hvort Síminn hefði gerst brotlegur við bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem legði bann við því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, með því að bjóða einungis upp á ólinulega (hliðraða) myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á fjarskiptanetum Símasamstæðunnar. Þá skyldi GR fá aðgang að gögnum málsins.

Eins og fram hefur komið hófst umrætt mál með kvörtun Sýnar, dags. 2. desember 2015. GR óskaði svo eftir aðild að málinu þann 8. september 2016. Megin rök GR fyrir aðild félagsins voru á þá leið að Símasamstæðan hefði gert það að skilyrði fyrir ólinulegri myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans að viðskiptavinir notuðust við fjarskiptakerfi samstæðunnar, þ.m.t. undirliggjandi net dótturfyrirtækisins Mílu, á sama tíma og umræddum viðskiptavinum byðist ekki slík þjónusta á undirliggjandi ljósleiðaraneti GR. Viðskiptavinir á neti GR þyrftu því að fara af því og yfir til Mílu ef þeir vildu njóta umræddrar ólinulegrar myndmiðlunar, sem þeir hefðu haft fram til 1. október 2015 þegar Síminn gerði breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni.

Þann 19. september 2016 andmælti Síminn framangreindri aðildarkröfu Símans. Andmæli Símans snéru fyrst og fremst að því að Sýn og GR gætu ekki átt aðild að málinu á sama tíma þar sem hagsmunir félaganna færu ekki saman. Ekki færi saman krafa um aðgang Sýnar að sjónvarpsefni sem Síminn væri réttthafi að og að brot mætti rekja til þess að umræddu sjónvarpsefni væri ekki dreift yfir aðgangsnet GR. GR ætti enga lögvarða hagsmuni af þeirri niðurstöðu hvort Símanum bæri að afhenda Sýn efni sitt til dreifingar, þar sem val Sýnar á aðgangsneti væri sjálfstæð viðskiptaleg ákvörðun Sýnar sem GR hefði ekkert um að segja. Þá gætu hagsmunir GR af því að Síminn semdi við félagið um að flytja Sjónvarp Símans yfir aðgangsnet GR heldur ekki talist lögvarðir hagsmunir Sýnar.

Í framangreindri ákvörðun PFS kom fram að hugtakið „aðili máls“ væri ekki skilgreint í stjórnsýslulögum. Vafalaust væri að hugtakið hefði verið skýrt rúmt í íslenskum stjórnsýslurétti.¹ Hugtakið hefði að geyma fremur fastmótaðan kjarna þar sem oftast væri augljóst hver teldist aðili máls við ákveðnar aðstæður. Á ýmsum sviðum, t.d. í skipulags og umhverfisrétti, gætu á hinn bóginn komið upp erfið vafatilvik um hverja bæri að telja aðila máls. Úr þeim vafa væri leyst með svipuðum hætti og um matskennda reglu væri að ræða, þ.e.a.s. fram færi heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds aðila við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða og ályktun síðan dregin um það hvort telja bæri hann aðila að því.

¹ Sjá m.a. umfjöllun í riti Páls Hreinssonar, Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð, Reykjavík 2013, bls. 167-174.

Þau sjónarmið sem þar vægju þyngst væru hvort maður ætti *beinna, verulegra, sérstakra* og *lögvarinna* hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Ljóst væri að ætti aðili slíkra hagsmuna að gæta af úrlausn máls yrði að telja hann aðila að því.

Á sviði samkeppniréttar hefði m.a. reynt á aðild í dómi Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 (Eimskip/Samskip). Þar hefðu samkeppnisyfirvöld talið Samskip hf. eiga aðild að máli er varðaði rannsókn samkeppnisyfirvalda á því hvort tiltekin háttsemi Eimskipa hf. teldist misnotkun á markaðsráðandi stöðu í samkeppni við Samskip. Í dóminum kæmi m.a. fram 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. Þannig væru þeir, sem bæru fram kærur eða kvartanir yfirleitt taldir aðilar að stjórnsýslumáli, enda ættu þeir slíkra hagsmuna að gæta við úrlausn þess. Af erindi Samskipa yrði ráðið að félagið teldi ætlað athæfi Eimskipa hafa verulega skaðleg áhrif á rekstur sinn. Það hefði því verið niðurstaða Hæstaréttar að Samskip hefði mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta af úrslitum málsins og því teldist Samskip aðili málsins.

Í ofangreindum dómi hefði ennfremur komið fram að aðild að stjórnsýslumáli leiddi til þess að viðkomandi aðili ætti almennt rétt á að kynna sér skjöl og önnur gögn er málið vörðuðu. Hagsmunir annarra gætu hins vegar staðið til þess að aðgangur að gögnum yrði takmarkaður.

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefði nokkrum sinnum leyst úr ágreiningi um aðild.

Í úrskurði nr. 8/2006 snéri nefndin ákvörðun PFS um að hafna aðild Símans að máli PFS gagnvart Orkuveitu Reykjavíkur (OR) vegna fjárhagslegs aðskilnaðar milli fjarskiptastarfsemi OR og verndaðrar starfsemi. Hefði nefndin talið að Síminn skyldi njóta aðildar að málinu þar sem Síminn hefði verið talinn hafa verulegra, lögvarðra og sértækra hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Þar hefði m.a. komið fram:

„Ef aðeins eru 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 samkeppnisáðila sem er fyrir hendi. Ætlar nefndin að ráða megi af rökstuðningi að þetta hafi verið ákvörðunarástæða Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 og leitt til þess að Hæstiréttur vék frá þeirri almennu reglu að samkeppnishagsmunir einir nægi ekki til aðildar.“

Þarna hefði úrskurðarnefnd verið að vísa til framangreinds dóms Hæstaréttar í máli Eimskipa/Samskipa sem fordæmi. Ennfremur hefði úrskurðarnefnd hafnað því að frumkvæði að máli væri skilyrði aðildar. 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. Þá hefði nefndin vísað til þess að fjarskiptastarfsemi einkenndist af miklum fjárfestingum og því væru almennt miklir hagsmunir í húfi.

Í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 6/2014 hefði nefndin komist að þeirri niðurstöðu að Míla skyldi njóta aðildar að máli PFS gegn Fjarska er varðaði fjárhagslegan aðskilnað milli fjarskiptastarfsemi Fjarska og verndaðrar starfsemi. Hefði

nefndin talið að hagsmunur Mílu af úrlausn málsins væru einstaklegir, verulegir og lögmætir.

Í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2014 hefði nefndin komist að þeirri niðurstöðu að Míla ætti aðild að máli PFS gegn GR vegna frágangs á innanhússfjarskiptalögnum. Fram kom að Míla hefði beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta við úrlausn málsins. M.a. hefði komið fram að í ljósi þess að Míla og GR væru keppinautar í uppbyggingu ljósleiðarakerfis hefði Míla sérstakra hagsmuna að gæta í málinu. Þá væru lögvarðir hagsmunir Mílu af aðild skýrir, enda gæti niðurstaða málsins haft bæði fjárhagsleg og rekstrarleg áhrif á félagið.

Af framangreindu virtu teldi PFS að GR nyti aðildar að málinu, þar sem félagið hefði beinna, verulegra, sértækra og lögvarðra hagsmuna að gæta af úrlausn þess ágreiningsefnis hvort Síminn hefði brotið gegn umræddu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Eins og fram hefði komið í máli GR hefðu þeir endanotendur sem kysu að nota ljósleiðara GR ekki aðgang að hliðraðri myndmiðlun efnis Símans. Yrðu þeir endanotendur sem vildu horfa á hliðraða myndmiðlun á sjónvarpsefni Símans því að skipta yfir á fjarskiptanet Mílu á höfuðborgarsvæðinu. Að mati PFS væri aðildarkrafa GR nægilega skýr og augljóst væri að þar væri félagið að gæta hagsmuna sinna í samkeppni við Símasamstæðuna í grunnfjarskiptum. Ljóst væri að GR hefði augljósra hagsmuna að gæta af úrlausn þess ágreiningsefnis hvort Síminn, sem fjölmiðlaveita, væri með þessu að beina viðskiptavinum sínum að eigin fjarskiptafyrirtæki. Samkeppni í rekstri grunnfjarskiptaneta á höfuðborgarsvæðinu væri fyrst og fremst á milli þessara tveggja fyrirtækja. Þá hefði Síminn (eða tengd fyrirtæki) ítrekað fengið aðild að máli er vörðuðu GR.

Þá teldi PFS ennfremur augljóst að Sýn ætti aðild að málinu. Sýn væri málshefjandi og hefði fram til þessa tekið virkan þátt í meðferð málsins. Krafa Símans virtist vera sú að Sýn skyldi njóta aðildar að málinu ef aðild GR yrði hafnað en skyldi ekki njóta aðildar ef aðild GR yrði samþykkt. PFS tæki ekki undir þessi sjónarmið Símans. GR og Sýn gætu vel átt hagsmuna að gæta af úrlausn málsins þótt hagsmunirnir væru með nokkuð ólíkum hætti. Sýn starfrækti IPTV kerfi í samkeppni við Símann og væri ekki öðrum keppinautum fyrir að fara í samkeppni á slíkum kerfum. Með vísan til ofangreinds, þ.m.t. skýrra fordæma dómstóla og úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, teldi PFS einsýnt að Sýn hefði beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins.

2.4 Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 um aðild GR og Sýnar

Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, dags. 11. október 2016, var ofangreind ákvörðun PFS nr. 13/2016, um aðild GR og Sýnar að máli því er varðaði meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, staðfest.

2.5 Ákvörðun PFS nr. 10/2018

Með ákvörðun PFS nr. 10/2018, dags. 3. júlí sl., komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu

fjarskiptafyrirtæki. Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga lagði PFS 9 milljón króna stjórnvaldssekt á Símann. Aðilar að málinu voru fjórir, þ.e. Sýn og GR, sem kvörtuðu til PFS yfir meintu broti Símans, og Síminn og Míla, sem mótmæltu því að brot hefði átt sér stað.

2.6 Málsatvik eftir ákvörðun PFS nr. 10/2018

2.6.1 Kvörtun Sýnar um ítrekað brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

Eins og fram kom hér að framan komst PFS að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 10/2018, dags. 3. júlí sl., að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Með tölvupósti Sýnar til PFS, dags. 9. júlí 2018, kvartaði félagið til stofnunarinnar og hélt því fram að Síminn væri enn og ítrekað að brjóta gegn framangreindu ákvæði. Samningsvilji Símans væri ennþá enginn þrátt fyrir ofangreinda ákvörðun PFS. OTT lausn sú sem Síminn boðaði að kynnt yrði til sögunnar í ágúst 2018 gæti svo í öllu falli ekki bundið enda á brot sem nú hefði verið ítrekað.

Í kjölfar framangreindrar kvörtunar stofnaði PFS nýtt mál um meint ítrekað brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og sendi Símanum framangreinda kvörtun Sýnar til umsagnar. Um miðjan ágúst sl. kynnti Síminn til sögunnar nýja OTT dreifileið fyrir ólínulegt myndefni félagsins, þ.m.t. Sjónvarp Símans Premium, sem sögð var óháð kerfum. Athugasemdir Símans bárust PFS þann 27. ágúst sl. og sendi stofnunin þær til Sýnar til umsagnar. Þann 7. september sl. bárust PFS athugasemdir Sýnar við umsögn Símans frá 27. ágúst sl. og voru fyrri kröfur ítrekaðar.

2.6.2 Kvörtun GR um ítrekað brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

Þennan sama dag, þ.e. 7. september sl., barst PFS kvörtun frá GR vegna samskonar háttsemi og Sýn hafði áður kvartað yfir og getið var um hér að framan. Þann 10. september sl. tilkynnti PFS Sýn um framangreinda kvörtun GR og PFS hefði í hyggju að reka umrædd mál saman í einu. Þá kom fram að PFS hygðist afhenda Sýn umrædda kvörtun GR þann 17. september 2018.

2.6.3 Símanum tilkynnt um að aðilar málsins væru Síminn, Sýn og GR

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 11. september 2018, framsendi stofnunin félaginu framangreinda umsögn Sýnar og kvörtun GR frá 7. september sl. Tók PFS fram að þar sem umrædd erindi snéru að sömu háttsemi Símans og vörðuðu túlkun á sama lagaákvæði hefði PFS ákveðið að reka kvartanirnar tvær í einu og sama málinu. Aðilar málsins yrðu því Síminn, Sýn og GR. Ennfremur að PFS hefði í hyggju að afhenda GR gögn málsins þann 17. september 2018. Þá var Símanum gefinn frestur til 2. október 2018 til að tjá sig um framangreind bréf Sýnar og GR frá 7. september 2018.

2.6.4 Krafa Símans um endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar PFS nr. 10/2018

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 24. september sl., vísaði félagið til ofangreinds tölvupósts PFS til Símans, dags. 11. september 2018, vegna kvörtunarmáls Sýnar sem GR

teldist nú vera aðili að. Þá kom fram að í ljósi þess að Síminn hefði nú krafist endurupptöku á ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri þess farið á leit við PFS að málsmeðferð í málinu yrði frestað þar til afstaða yrði tekin til kröfu Símans um endurupptöku málsins.

PFS svaraði ofangreindum tölvupósti Símans, dags. 24. september sl., með tölvupósti til Símans, dags. 25. september sl. Fram kom að ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri í gildi og hefði bindandi réttaráhrif. Erindi Sýnar og GR, sem varðaði meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, væri nýtt mál sem ekki hefði bein áhrif á fyrri ákvörðun, enda reyndi á önnur atriði en verið hefðu til úrlausnar í fyrri ákvörðuninni, t.d. þýðing OTT lausnarinnar til að leysa Símann undan broti. Krafa um endurupptöku eða afturköllun á ákvörðun PFS nr. 10/2018 gæti því ekki frestað kvörtunarmáli um meint áframhaldandi brot Símans. Ekki frekar en réttaráhrif stjórnvaldsákvörðunar frestuðust þegar hún væri kærð, sbr. 1. mgr. 29. gr. stjórnslulaga. PFS gæti því ekki orðið við beiðni Símans um frestun á máli um meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar til leyst hefði verið úr kröfu Símans um endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar PFS nr. 10/2018². Að lokum tók PFS það fram að Nova hefði lýst því yfir að félagið myndi einnig kvarta undan umræddri háttsemi Símans eftir að ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði verið tekin.

2.6.5 Kvörtun Nova um ítrekað brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

Þann 1. október 2018 kvartaði Nova til PFS yfir sömu háttsemi Símans og Sýn og GR höfðu gert og lýst var hér að framan. Þann 2. október s.á. tilkynnti PFS Símanum um umrædda kvörtun Nova og að stofnunin hefði ákveðið að reka kvartanir Sýnar, GR og Nova í einu og sama málinu. Aðilar málsins væru því Síminn, Sýn, GR og Nova. Þetta var svo tilkynnt Sýn, GR og Nova í tölvupóstum þennan sama dag.

2.6.6 Krafa Símans um að GR skuli ekki njóta aðildar að málinu

Þann 18. október sl., bárust PFS athugasemdir Símans við framangreindum kvörtunum Sýnar, GR og Nova. Þar krafðist Síminn þess m.a. að aðild GR að málinu yrði hafnað.

2.6.7 Athugasemdir GR við kröfu Símans um að GR skyldi ekki njóta aðildar að málinu

Með bréfi GR til PFS, dags. 25. október sl., bárust athugasemdir GR við framangreindri kröfu Símans um að GR skyldi ekki njóta aðildar að málinu. Taldi GR einsýnt að GR nyti aðildar að því máli er varðaði meint áframhaldandi brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

2.6.8 Athugasemdir Símans við umsögn GR

Með bréfi Símans til PFS, dags. 2. nóvember sl., bárust athugasemdir félagsins við framangreindri umsögn GR frá 25. október sl. Síminn ítrekaði kröfu sína um að aðild GR yrði hafnað.

² Með ákvörðun PFS nr. 20/2018, dags. 2. nóvember 2018, vísaði PFS frá kröfu Símans, dags. 12. september 2018, um endurupptöku á ákvörðun PFS nr. 10/2018, þar sem Síminn skaut umræddri ákvörðun PFS til héraðsdóms (mál E-3521/2018, þingfest þann 9. október sl.). Ennfremur hafnaði PFS kröfu Símans um afturköllun á umræddri ákvörðun.

III

Niðurstæða Póst- og fjarskiptastofnunar

3.1 Inngangur

Málsmeðferðarákvörðun sú sem hér er til meðferðar varðar það úrlausnarefni hvort GR eigi aðild að máli sem er til meðferðar hjá PFS og varðar meint ítrekað brot Símans 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. Síminn gerði athugasemdir við aðild GR að málinu en gerði hins vegar ekki athugasemdir við aðild Sýnar og Nova.

Eins og fram kom hér að framan komst PFS að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 10/2018, dags. 3. júlí sl., að Síminn hefði gerst brotlegur við umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Aðilar að því máli voru Sýn (áður Vodafone) og GR, sem kvörtuðu yfir háttsemi Símans, og Síminn og dótturfélag Símans, Míla, sem höfnuðu því að um brot væri að ræða. Áður hafði PFS komist að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 3/2016, dags. 11. apríl 2016, að umrætt ákvæði tæki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar, en sú ákvörðun var staðfest með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016, dags. 21. nóvember 2016.

Í ofangreindri ákvörðun PFS nr. 10/2018 kom fram að í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að fjölmiðlalögum hefði komið fram að ákvæðinu væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki með því að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefðu bæði yfir að ráða myndefni og fjarskiptanetum misnotuðu þá aðstöðu sína. Þá hefði markmiðið verið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Í umræddu máli höfnuðu Síminn og Míla því alfarið að Síminn hafi brotið gegn umræddu ákvæði fjölmiðlalaga og töldu Símann hafa sýnt samningsvilja, bæði gagnvart Sýn og GR, en samningur hefðu ekki tekist á viðskiptalegum forsendum sökum óbilgjarnra krafna síðargreindu félaganna. Meðal annars hefði GR synjað Símanum um þann óvirka aðgang (svartur ljósleiðari) sem Síminn hefði óskað eftir að ljósleiðaraneti GR og aðeins boðið Símanum bitastraumsaðgang.

Þá kom fram að þann 1. október 2015 hefði Síminn stöðvað dreifingu ólínulegs myndefnis Sjónvarps Símans yfir kerfi Sýnar. Síðan þá hefði viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Sýnar ekki staðið sú þjónusta til boða, eins og raunin hefði verið fyrir umrætt tímamark. Þeir neytendur sem kosið hefðu að kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans (þ.m.t. Sjónvarp Símans Premium) hefðu því þurft að að vera með myndlykil frá Símanum, þar sem viðkomandi efni hefði frá ofangreindum tímamarki eingöngu verið dreift yfir IPTV kerfi og myndlykla Símans. Áskrift að efninu hefði þar með eingöngu verið í boði gegnum dreifikerfi Símans og þá aðeins á neti Mílu, dótturfélags Símans, og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni, en ekki á neti GR, stærsta ljósleiðaranetinu á höfuðborgarsvæðinu. Fyrir lægi því að þeir tugþúsundir notenda, sem

nýttu sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og væru viðskiptavinir Sýnar, Hringdu, Nova og fleiri félaga, hefðu því í nærri þrjú ár ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun. Viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans hefðu því staðið frammi fyrir því að aðgangur þeirra að tilteknu myndefni hafi verið takmarkaður eða þeir ekki getað nálgast slíkt myndefni án þess að þurfa að skipta um fjarskiptafyrirtæki eða tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi. Þetta væri einmitt það ástand sem umræddu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið ætlað að koma í veg fyrir. Ástand þetta hefði skapast vegna áhrifa lóðréttis eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki. Komst PFS að þeirri niðurstöðu að á haustdögum 2015 hefði Síminn tekið meðvitaðar ákvarðanir sem hefðu orðið þess valdandi að framangreint ástand hafi skapast og hefði verið uppi á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði í nærri þrjú ár.

Að ofangreindu virtu taldi PFS að brot Símans hafi verið fullframið þegar þann 1. október 2015. Þá komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði ekki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Sýn til að semja um lausn dreifingar á umræddri ólínulegri myndmiðlun á sjónvarpsefni Símans á IPTV kerfi Sýnar á því tímabili sem liðið hefði frá því að umræddar breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans hefðu verið kynntar til sögunnar þann 1. október 2015. Að mati PFS stæðið brotið því ennþá yfir. Þá kom fram að ljóst væri að þegar Síminn hefði ráðist í framangreindar breytingar þá hefði félaginu staðið til boða leiðir til að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist og hefðu þær staðið félaginu til boða allar götur síðan.

Í fyrsta lagi hefði félagið getað samið við Sýn um aðgang þess félags að umræddu ólínulegu myndefni gegn eðlilegu endurgjaldi ef Síminn hefði kosið að gera slíkan samning og félögin hefðu náð saman á viðskiptalegum forsendum. *Í öðru lagi* hefði Síminn getað boðið upp á fullnægjandi OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það hefði Síminn ekki gert, en félagið hefði upplýst um það undir rekstri málsins að slík lausn væri í þróun og á vordögum 2018 hefði Síminn tilkynnt um að félagið hygðist taka slíka lausn í notkun í ágúst 2018, m.a. við dreifing á Sjónvarpi Símans Premium. Í máli PFS kom fram að það ætti eftir að koma í ljós hvort sú lausn yrði talin fullnægjandi til að aflétta því ástandi sem uppi hefði verið frá haustinu 2015.

Að lokum var það mat PFS að Síminn hefði a.m.k. getað takmarkað þau skaðlegu áhrif sem umræddar ráðstafanir hefðu haft á GR í samkeppni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet, með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn hefði ráðist í umræddar breytingar haustið 2015. Á þeim tíma hefðu viðræður Símans og GR aðeins verið á byrjunarstigi. Að mati PFS hefði þessi leið ein og sér hins vegar ekki komið í veg fyrir brotið, þar sem fjarskiptahluti Símans hefði samt sem áður áfram verið eina sjónvarpsdreifikerfið sem hið ólínulega myndefni stæði til boða á, þar sem efninu yrði áfram einungis dreift yfir IPTV kerfi Símans, þó því væri svo veitt yfir þann hluta nets GR sem Síminn hefði aðgang að í gegnum leigu á svörtum ljósleiðurum hjá GR. Viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja á neti GR hefðu eftir sem áður ekki haft aðgang að ólínulegu efni Sjónvarps Símans. Því mætti með nokkru sanni segja að sú leið, ein og sér, hefði leitt til þess að brot Símans hefði að vissu leyti verið yfirfært yfir á net GR.

Þann 9. júlí 2018, eða sex dögum eftir að PFS tók framangreinda ákvörðun nr. 10/2018, kvartaði Sýn til stofnunarinnar og kvað Símann enn og ítrekað vera að brjóta gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Fram kom að samningsvilji Símans væri ennþá enginn þrátt fyrir umrædda ákvörðun PFS og að OTT lausn sú sem Síminn hefði boðað að kynnt yrði til sögunnar í ágúst 2018 gæti í öllu falli ekki bundið enda á brot sem nú hefði verið ítrekað.

Í kjölfar framangreindrar kvörtunar Sýnar stofnaði PFS nýtt mál um meint ítrekað brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Um miðjan ágúst sl. kynnti Síminn til sögunnar nýja OTT dreifileið fyrir ólínulegt myndefni félagsins, þ.m.t. Sjónvarp Símans Premium, sem sögð var óháð kerfum.

Þann 7. september sl. barst PFS svo sambærileg kvörtun frá GR gegn Símanum. Dagana 10. og 11. september sl. tilkynnti PFS Símanum, Sýn og GR að stofnunin hefði í hyggju að reka umrædd mál saman í einu þar sem umrædd erindi Sýnar og GR snéru að sömu háttsemi Símans og vörðuðu túlkun á sama lagaákvæði.

Þann 1. október sl. barst PFS svo sambærileg kvörtun frá Nova gegn Símanum. Þann 2. október tilkynnti PFS svo Símanum, Sýn, GR og Nova að stofnunin hefði í hyggju að reka umrædd mál saman einu þar sem umrædd erindi Sýnar, GR og Nova snéru að sömu háttsemi Símans og vörðuðu túlkun á sama lagaákvæði.

Þá má geta þess að þann 12. september sl. óskaði Síminn eftir því að PFS endurupptæki eða afturkallaði framangreinda ákvörðun PFS nr. 10/2018. Með ákvörðun PFS nr. 20/2018, dags. 2. nóvember sl., vísaði stofnunin kröfu Símans um endurupptöku frá, þar sem Síminn hefði skotið umræddri ákvörðun PFS til dómstóla í byrjun október sl. (mál E-3521/2018). Þá hafnaði PFS ennfremur kröfu Símans um afturköllun umræddrar ákvörðunar.

Áður en framangreind ákvörðun PFS nr. 20/2018 lá fyrir hafði PFS þann 25. september sl. svarað upphaflegu erindi Símans um endurupptöku eða afturköllun á ákvörðun PFS nr. 10/2018 á þá leið að kvartanir Sýnar og GR (kvörtun Nova hafði þá ekki borist), sem vörðuðu meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, væru nú reknar í nýju máli sem ekki hefði bein áhrif á fyrri ákvörðun, enda reyndi á önnur atriði en verið hefðu til úrlausnar í hinni fyrri ákvörðun, t.d. mat á þýðingu OTT lausnarinnar við að leysa Símann undan brotinu sem PFS taldi í ákvörðun nr. 10/2018 að væri ennþá yfirstandandi.

Þann 18. október sl. bárust PFS athugasemdir Símans við framangreindum kvörtunum Sýnar, GR og Nova vegna meints áframhaldandi brots Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þar krafðist Síminn þess m.a. að aðild GR að málinu yrði hafnað. Þann 25. október sl. bárust athugasemdir GR þar sem félagið krafðist þess að PFS ákvarðaði á þá leið að félagið skyldi njóta aðilastöðu í málinu. Þann 2. nóvember ítrekaði Síminn síðan kröfu sína um að GR skyldi ekki njóta aðilastöðu að málinu.

Sú málsmeðferðarákvörðun sem hér umfjöllunar mun skera úr um það hvort GR skuli njóta aðildar að því máli sem að ofan greinir.

Í aðdraganda ofangreindrar ákvörðunar PFS nr. 10/2018 gerði Síminn einnig þá kröfu að aðild GR að því máli skyldi hafnað. Sýn var málshefjandi þess máls þann 2. desember 2015, en GR hafði óskað eftir aðild að því máli þann 8. september 2016. Með ákvörðun PFS nr. 13/2016, dags. 29. september s.á., komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að GR skyldi vera aðili að því máli.

Megin rök GR fyrir aðild voru á þá leið að Símasamstæðan hefði gert það að skilyrði fyrir ólínulegri myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans að viðskiptavinir notuðust við fjarskiptakerfi samstæðunnar, þ.m.t. undirliggjandi net dótturfyrirtækisins Mílu, á sama tíma og umræddum viðskiptavinum byðist ekki slík þjónusta á undirliggjandi ljósleiðaraneti GR. Viðskiptavinir á neti GR þyrftu því að fara af því og yfir til Mílu ef þeir vildu njóta umræddrar ólínulegrar myndmiðlunar. Krafa Símans snéri fyrst og fremst að því að Sýn og GR gætu ekki átt aðild að málinu á sama tíma þar sem hagsmunir félaganna færu ekki saman. Ekki færi saman krafa um aðgang Sýnar að sjónvarpsefni sem Síminn væri réttihafi að og að brot mætti rekja til þess að umræddu sjónvarpsefni væri ekki dreift yfir aðgangsneta GR.

Í framangreindri ákvörðun PFS kom m.a. fram að vafalaust væri að aðildarhugtakið hefði verið skýrt rúmt í íslenskum stjórnisýslurétti. Upp gætu komið vafatilvik um hverja bæri að telja aðila máls. Úr þeim vafa væri leyst með svipuðum hætti og um matskennda reglu væri að ræða, þ.e.a.s. fram færi heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds aðila við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða. Þau sjónarmið sem þar vægju þyngst væru hvort maður ætti *beinna*, *verulegra*, *sérstakra* og *lögvarinna* hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Ljóst væri að ætti aðili slíkra hagsmuna að gæta af úrlausn máls yrði að telja hann aðila að því.

PFS taldi að GR nyti aðildar að málinu, þar sem félagið hefði *beinna*, *verulegra*, *sértækra* og *lögvarðra* hagsmuna að gæta af úrlausn þess ágreiningsefnis hvort Síminn hefði brotið gegn umræddu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Endanotendur sem kysu að nota ljósleiðara GR hefðu ekki aðgang að hliðraðri myndmiðlun efnis Símans. Yrðu þeir endanotendur sem vildu horfa á hliðraða myndmiðlun á sjónvarpsefni Símans því að skipta yfir á fjarskiptaneta Mílu á höfuðborgarsvæðinu. Að mati PFS væri aðildarkrafa GR nægilega skýr og augljóst væri að þar væri félagið að gæta hagsmuna sinna í samkeppni við Símasamstæðuna í grunnfjarskiptum. Ljóst væri að GR hefði augljósra hagsmuna að gæta af úrlausn þess ágreiningsefnis hvort Síminn, sem fjölmiðlaveita, væri með þessu að beina viðskiptavinum sínum að eigin fjarskiptafyrirtæki. Samkeppni í rekstri grunnfjarskiptaneta á höfuðborgarsvæðinu væri fyrst og fremst á milli þessara tveggja fyrirtækja.

Niðurstöðu sinni til stuðnings vísaði PFS m.a. til dómafordæmis á sviði samkeppniréttar, sbr. dómur Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 (Eimskip/Samskip). Þar hefði niðurstaðan verið sú að Samskip hf. var talið eiga aðild að máli er varðaði rannsókn samkeppnisyfirvalda á því hvort tiltekin háttsemi Eimskips hf. teldist misnotkun á markaðsráðandi stöðu í samkeppni við Samskip. Í dóminum kæmi m.a. fram að lögskýringargögn gæfu til kynna að aðildarhugtak í stjórnisýslumálum 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.

Þannig væru þeir, sem bæru fram kærur eða kvartanir yfirleitt taldir aðilar að stjórnslumáli, enda ættu þeir slíkra hagsmuna að gæta við úrlausn þess. Samskip hefði talið ætlað athæfi Eimskipa hafa verulega skaðleg áhrif á rekstur sinn. Þá vísaði PFS til fyrri úrskurða úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála varðandi aðild máli sínu til stuðnings, m.a. mála milli Símasamstæðunnar og Orkuveitusamstæðunnar.

Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, dags. 11. október 2016, var ofangreind ákvörðun PFS nr. 13/2016, um aðild GR að máli því er varðaði meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, staðfest. Fram kom að úrskurðarnefndin teldi ljóst að aðild að stjórnslumáli væri í mörgum tilvikum náskyld rannsóknarskyldu stjórnvalds á grundvelli 10. gr. stjórnslulaga. Í því sambandi minnti nefndin á að stjórnvaldið hefði forræði málsins en ekki aðilar og bæri því að tryggja að málið væri að fullu upplýst áður en stjórnvaldsákvörðun væri tekin. Þannig hlyti stjórnvöldum að gefast talsvert svigrúm til að ákveða hverjum skyldi gefinn kostur á því að fjalla um efni máls og eftir atvikum hverjum skyldi veita andmælarétt.

Þá kom fram að aðildarhugtakið væri hvorki skilgreint í lögum um Póst- og fjarskiptastofnun né heldur stjórnslulögum. Hins vegar væri ljóst að þegar metið væri hver vera skyldi aðili að stjórnslumáli þyrfti að fara fram heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds aðila við úrlausn málsins. Þau sjónarmið sem almennt væru lögð til grundvallar væru hvort viðeigandi ætti beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta. Þá væri ljóst af dómafordæmum Hæstaréttar, einkum í máli nr. 83/2003, að lítið hefði verið svo á að aðildarhugtak í stjórnslumálum bæri að túlka 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 yrði úrlausn um aðild á grundvelli réttarfarslaga ekki lögð að jöfnu við skilgreiningu aðildar að stjórnslumáli. Aðildarhugtak stjórnsluréttar væri mun rýmra en á grundvelli réttarfarslaga.

Að lokum kom fram í úrskurði úrskurðarnefndar að í málinu væri til skoðunar hvort Síminn hefði brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í ákvæðinu segði að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt athugasemdum við greinargerð segði að með ákvæðinu væri brugðist við því að hvati væri fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi þess hvers eðlis málið væri og þess að aðildarhugtak í stjórnslumálum bæri að skýra rúmt yrði að telja varhugavert að hnekka því mati PFS að GR kynni að hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn stjórnslumálsins.

3.2 Sjónarmið Símans fyrir synjun á aðild GR

Helstu rök Símans fyrir því að GR skuli ekki njóta aðildar að máli því sem hér er til meðferðar, eru þau að í ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði stofnunin, að mati Símans, komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að veita efni fjölmiðlaveitu sinnar yfir sjónvarpsdreifikerfi félagsins. Ef horft væri til niðurstöðu PFS væri ljóst að GR ætti ekki beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu málsins. Í umræddri ákvörðun kæmi fram að það væri mat PFS að hefði Síminn samið um flutning á sjónvarpsþjónustu sinni yfir net GR hefði það leitt til þess að brot Símans hefði verið yfirfært yfir á net GR. Rannsókn í þessu máli snéri

einungis að samskiptum og viðskiptum Símans við önnur fjarskiptafyrirtæki sem byggt hefðu upp IPTV kerfi og byðu upp á sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun. GR hefði hvorki byggt upp IPTV kerfi ná óskað eftir aðgangi að ólínulegu myndefni. Þau sjónarmið sem GR færði fram í málinu sýndu jafnframt að þeir hagsmunir sem GR teldi sig vera að vernda væru samkeppnishagsmunir á markaði sem málið fjallaði ekki um. Málið fjallaði um ágreining fjarskiptafyrirtækja sem störfuðu á öðru sölustigi en GR og viðskipti þeirra við fjölmiðlaveitur.

Þá kom fram í máli Símans að ekki yrði annað ráðið en að GR gangi það fyrst og fremst til að verja samkeppnishagsmuni sína í samkeppni við Mílu í grunnfjarskiptum. Rannsókn málsins fjallaði hins vegar ekki um samkeppni í grunnfjarskiptum heldur það hvort fjölmiðlastarfsemi Símans beindi viðskiptum viðskiptamanna að sjónvarpsdreifikerfi félagsins og/eða hvort OTT lausn Símans teldist vera sambærileg IPTV lausn félagsins. Í fjölmiðlalögum væri því ekki að finna lagaheimildir sem kröfugerð GR í málinu sækti stoð sína í.

Hið meinta brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ætti samkvæmt umræddri ákvörðun PFS að felast í því að fjölmiðlaveita Símans hefði beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að fjarskiptastarfsemi félagsins. GR virtist hins vegar byggja á því að Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að dótturfélaginu Mílu. Svo væri alls ekki. Síminn hefði samið við nær öll önnur fjarskiptafyrirtæki en GR sem starfræktu ljósleiðaranet á Íslandi um dreifingu á IPTV kerfi sínu yfir þau net. Kvartanir Sýnar og Nova beindust hins vegar fyrst og fremst að því að þau félög fengju ekki aðgang að ólínulegu myndefni til að dreifa yfir sín IPTV dreifikerfi. GR starfrækti ekki IPTV dreifikerfi og hefði ekki óskað eftir því að fá aðgang að ólínulegu efni til dreifingar yfir sín fjarskiptakerfi. Af því leiddi að GR gæti ekki talist eiga lögvarðra hagsmuni af niðurstöðu málsins.

Forsendur niðurstöðu PFS í máli nr. 10/2018 fælu það ekki í sér að Síminn hefði brotið gegn hagsmunum GR. Þvert á móti hefði sérstaklega verið tekið fram að hefðu samningar tekist milli Símans og GR um að IPTV kerfi Símans yrði veitt yfir net GR hefði hið meinta brot verið yfirfært yfir á net GR.

Þau fordæmi sem GR hefði byggt á í málatilbúnaði sínum, í því máli sem hér væri til meðferðar, vörðuðu aðstæður eða atvik þar sem aðilar störfuðu á sama markaði sem keppinautar, þ.e. ákvörðun samkeppnisráðs í máli nr. 18/2003 (Kortabjónustan/Greiðslumiðlun) og dómur Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 (Samskip/Eimskip). Í síðarnefnda málinu hefði sérstaklega verið litið til þess að Eimskip og Samskip störfuðu á markaði þar sem einungis hefði verið um tvo keppinauta að ræða. Atvik þessa máls væru með öðrum hætti. Það væri ekki háttsemi keppinautarins Mílu sem væri til rannsóknar. Rannsókn PFS snéri að meintu broti Símans. Þó svo Míla væri dótturfélag Símans væru fyrirtækin rekin sem tvær aðskildar lögpersónur og væri sérstaklega kveðið á um það í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015.

Þá benti Síminn á að GR hefði byggt á því að það hefði þýðingu hver væri kvartandi í viðkomandi máli. Í máli nr. 10/2018, og því máli sem nú væri til meðferðar, hefði GR ekki

verið upphaflegur kvartandi. Rök um að málsmeðferð í málinu væri að rekja til kvörtunar GR ættu því ekki við í málinu.

Þá hefði GR byggt á því að lausari tengsl við málið gætu „jafnvel“ dugað til aðilastöðu. Aftur byggði GR á því að GR og Míla væru keppinautar í lagningu og rekstri ljósleiðarakerfis. GR gerði hins vegar engan reka að því tengja þá staðreynd við þá hagsmuni sem félagið hefði af niðurstöðu máls sem fjallaði um ólínulega myndmiðlun á IPTV kerfum Símans og með nýlegri OTT lausn.

Að mati Símans kynnu hagsmunir GR hins vegar að vera afleiddir hagsmunir af því ef Sýn og Nova dreifðu ólínulegu myndefni Símans og veldu ljósleiðarakerfi GR sem burðarlag fyrir viðskiptavinum sína eða að viðskiptavinir sem keyptu OTT lausn keyptu internetþjónustu hjá þeim aðilum sem síðan væri veitt yfir net GR. Því væri um að ræða óbeina hagsmuni sem teldust ekki vera lögvarðir í lagalegum skilningi. GR gæti því ekki átt aðild að máli þessu, frekar en skipafélag gæti verið aðili að ágreiningi flutningsaðila vegna þess að það myndi auka líkur á því að viðskiptavinur flutningsaðila myndi flytja vörur með því skipafélagi. Þá hefði Páll Hreinsson t.a.m. talið að eigendur annarra vínveitingastaða hefðu ekki aðild að málum er vörðuðu umsókn um vínveitingaleyfi. Af framangreindu væri ljóst að helsti fræðimaður í stjórnslurétti á Íslandi teldi tilvísadan dóm Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 fela í sér undantekningu frá þeirri meginreglu að samkeppnishagsmunir leiddu almennt ekki til aðilastöðu í máli samkeppnisaðila. Afleiddir hagsmunir yrði því að vera í nánari tengslum við niðurstöðu málsins til að teljast nægilega verulegir til að aðilastaða yrði veitt. Væri það helst í skipulags- og byggingarmálum eða málum er vörðuðu umhverfisrétt sem afleiddir hagsmunir yrðu taldir geta veitt aðilastöðu.

Við mat á því hvort rétt væri að veita fyrirtæki aðilastöðu í stjórnslumáli þyrfti að meta hvort um verulega hagsmuni væri að ræða. Þeir hagsmunir sem um ræddi væru þeir afleiddu hagsmunir að GR fengi auknar tekjur ef viðskiptavinir skiptu við fjarskiptafyrirtæki og/eða efnisveitur sem samið hefðu um aðgang að fjarskiptaneti GR. Það teldist þó ekki nægjanlegt til að aðilastaða yrði veitt, enda myndi slík niðurstaða hafa þær afleiðingar að aðilum að stjórnslumálum myndi fjölga verulega sem væri til þess fallið að setja stjórnslumeðferð úr skorðum. Það sama ætti í raun við um mat á því hvort um sérstaka hagsmuni væri að ræða. Hagsmunir sem væru í raun afleiðing af því hvert fjarskiptafyrirtæki kysi að beina viðskiptum sínum á heildsölu- eða framleiðslustigi gætu ekki talist sérstakir í þessum skilningi. Mælti það einnig gegn aðild að Míla, þ.e. sá aðili sem GR liti á sem keppinaut sinn, væri ekki aðili að málinu, a.m.k. ekki enn sem komið væri.

Þegar allt framangreint væri virt í heild yrði að telja að hagsmunir GR af málsmeðferð og niðurstöðu málsins væru ekki beinir, verulegir, sérstakir og þar með lögvarðir í skilningi stjórnsluréttar. Væri krafa Símans um að aðild GR að málinu yrði hafnað því ítrekuð.

3.3 Sjónarmið GR

GR telur að félagið eigi að njóta aðilastöðu að máli því er varðar meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Eins og byggt hefði verið á í ákvörðun PFS nr. 10/2018, hefði Sjónvarp Símans Premium ákveðið aðdráttarafl vegna efnisframboðs.

Niðurstaða ákvörðunarinnar hefði verið sú að Síminn hefði þvert á umrætt ákvæði nýtt þetta aðdráttarafl efnisins til þess að beina viðskiptum að eigin fjarskiptaþjónustu. Þetta aðdráttarafl væri, að mati GR, áfram notað til þess að beina viðskiptum að dótturfélagi Símans, Mílu, sem væri aðalkeppinautur GR í grunnfjarskiptum. Það væri einmitt tilgangur umrædds lagaákvæðis að sporna við því að efnisframboð réði því hvar neytandinn keypti fjarskiptaþjónustu. Reglan byggði á því að ef neytendum væri mismunað hvað varðaði aðgang að efni, eftir því hvar þeir keyptu internetþjónustu eða aðra fjarskiptaþjónustu, þá raskaðist samkeppni milli fyrirtækja sem kepptu í fjarskiptaþjónustu, m.a. milli fyrirtækja sem kepptu í grunnfjarskiptum.

Að mati GR héldi þessi mismunun áfram með framboði Símans á umræddri OTT lausn, enda þyrftu þeir neytendur sem keyptu aðgang að öðrum IPTV kerfum en Símans og/eða nýttu aðrar dreifiveitur fyrir grunnfjarskipti heldur en kerfi Mílu, að greiða hærra verð fyrir efni Símans, auk þess sem neytandinn fengi hvorki sömu virkni né sama efni og sá neytandi sem keypti sjónvarpsþjónustu Símans um kerfi Mílu. Við blasti að þessi háttsemi Símans hefði ekki eingöngu áhrif á rekstur þeirra fjarskiptafyrirtækja sem seldu IPTV þjónustu. Áhrif þessarar háttsemi Símans væru ekki síst þau að beina viðskiptum að Mílu, sem væri aðalkeppinautur GR og í raun væri varla öðrum keppinautum til að dreifa á markaði fyrir grunnfjarskipti heldur en þessum tveimur. Markaðsaðgerðir sem mismunuðu neytendum markvisst varðandi aðgang að efni, með það að markmiði og með þeim áhrifum að neytendur héldu sig á kerfum Mílu og nýir neytendur færðu sig þangað, hefði án nokkurs vafa veruleg áhrif á rekstur aðalkeppinautar Mílu.

Umrædd háttsemi Símans hefði í reynd leitt til þess að neytendur hefðu flutt viðskipti sín yfir til Símans og þar með flutt kaup á grunnfjarskiptaþjónustu frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum, þ.m.t. GR, yfir til Mílu. Einnig hefði háttsemin leitt til þess að mun minni vöxtur væri í fjölgun nýrra viðskiptavina hjá GR en ella hefði orðið. Það væri ekki með nokkru móti hægt að líta svo á að aðgerðir, sem úrskurðað hefði verið að væru til þess fallnar að beina viðskiptum m.a. að Mílu í trássi við lög, hefðu ekki áhrif á rekstur eina raunverulega keppinautar Mílu.

Á þetta hefði PFS í raun fallist í aðdraganda ákvörðunar nr. 10/2018, þar sem GR hefði verið játuð aðild að fyrra máli vegna brota Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þetta hefði úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála einnig staðfest fyrir sitt leyti með úrskurði sínum nr. 5/2016, en kæra Símans til nefndarinnar hefði byggt á þeim sömu sjónarmiðum og nú væri haldið fram á nýjan leik, þ.e. að GR hefði ekki lögvarða hagsmuni af afgreiðslu málsins. Nefndin hefði m.a. vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 (Eimskip/Samskip) til stuðnings niðurstöðu sinnar.

Hugtakið „aðili máls“ væri ekki skilgreint í lögum svo kunnugt væri. Aðildarhugtakið væri að mestu leyti efnislegt en ekki formlegt, þar sem það byggðist í reynd á mati á hagsmunum þess sem í hlut ætti. Hitt væri ljóst að hugtakið væri engan veginn afmarkað við þann sem ákvörðun stjórnvalds beindist að, heldur gætu aðrir sem hefðu *óbeina hagsmuni* af niðurstöðu máls einnig átt rétt á að teljast aðili máls. Þá lægi fyrir í lögskýringargögnum að skýra bæri hugtakið rúmt í íslenskum rétti. Í stjórnsýslumálum sem snérust um möguleg lögbrot tiltekins fyrirtækis á samkeppnismarkaði, hefðu keppinautar á sama markaði verið

taldir hafa aðilastöðu. Ætti það ekki síst við ef um nána keppinauta væri að ræða eða markaði þar sem fáir keppinautar kepptu um hylli viðskiptavina. Sem dæmi mætti nefna ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003. Í því máli hafði Kortþjónustan ehf. kvartað yfir háttsemi Greiðslumiðlunar hf. (nú Valitor) en fyrirtækin störfuðu bæði á markaði fyrir færsluhirðingar, auk fyrirtækisins Kreditkorts hf. (nú Borgun). Þar var talið að Kortþjónustan ætti hagsmuna að gæta í málinu, sem lotið hefði að hugsanlegu broti Greiðslumiðlunar sem Kortþjónustan hefði bent samkeppnisráði á. Kortþjónustan var þannig talin eiga aðild að því máli.

Einnig mætti vísa til dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2013, sem væri grundvallardómur um mat á aðild vegna hagsmuna keppinauta. Þar var Samskip hf. talið eiga aðild að máli er varðaði rannsókn samkeppnisyfirvalda á meintu broti keppinautarins Eimskips hf. á samkeppnislögum. Þar hefði nokkrum atriðum verið slegið fast:

1. Þegar metin væru tengsl Samskipa við sakarefnið bæri að hafa í huga að samkeppnisyfirvöld hefðu tekið umrætt mál til rannsóknar m.a. á grundvelli kæru fyrirtækisins.
2. Litið hefði verið svo á að Samskip hefði haft mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta varðandi úrlausn málsins sem samkeppnisaðili á markaði.
3. 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. Ætla mætti að kærandinn væri vel kunnugur eðli viðkomandi samkeppnismarkaðar og gæti því veitt mikilvægar upplýsingar.

Öll þau rök sem samkeppnisyfirvöld á báðum stigum hefðu fært fram fyrir aðilastöðu Samskipa í málinu gegn Eimskip ættu einnig við í máli vegna brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þessi dómur hefði án nokkurs vafa fordæmisgildi fyrir það álitaefni sem hér er til úrlausnar. Raunar hefði úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála strax í úrskurði sínum nr. 8/2006 viðurkennt mikilvægi þessa dóms fyrir afmörkun aðildar í málum hjá PFS, en auk þess mats á samkeppnislegum hagsmunum, sem dómurinn fæli í sér, hefði hann m.a. slegið því föstu að þeir sem bæru fram kærur eða kvartanir væru yfirleitt taldir aðilar að máli.

Fordæmisgildi dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 væri ótvírætt að mati GR en dómurinn sýndi jafnframt fram á að laustengdari hagsmunir og minni tengsl við málið, heldur en reyndin væri í tilviki GR og Símans, gætu dugað til aðilastöðu. Fyrir lægi að GR og Míla væru keppinautar í lagningu og rekstri ljósleiðarakerfis á höfuðborgarsvæðinu. Öðrum keppinautum væri varla til að dreifa. Því væru samkeppnislegir hagsmunir GR af niðurstöðu í máli Símans ótvíræðir. Þó væri nauðsynlegt að taka fram að það væri ekki skilyrði aðildarstöðu að lögaðili væri annar tveggja samkeppnisaðila á fákeppnismarkaði heldur gætu fleiri en eitt fyrirtæki reist aðild sína á samkeppnishagsmunum. Hér mætti m.a. vísa til álits umboðsmanns Alþingis nr. 4530/2005, sem lotið hafi að veitingu lyfsöluleyfis og hagsmunum tiltekens apóteks sem fyrir hefði verið á markaðnum, sem leitt hefði til aðilastöðu. Einnig gæfu athugasemdir með stjórnsýslulögum þetta til kynna þar sem vísað

væri til þess að „nágrannar eða meðumsækjendur um starf“ gætu átt aðilastöðu vegna hagsmuna.

3.4 Niðurstaða PFS varðandi aðild GR

Eins og fram kemur hér að framan var það niðurstaða PFS í ákvörðun sinni nr. 13/2016, sem staðfest var með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, að GR skyldi njóta aðildar að máli því er varðaði brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018. Síminn hafði dregið í efa að GR uppfyllti kröfur stjórnisýsluréttar um aðild.

Í síðargreindu ákvörðuninni komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi beint viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar að tengdum fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. að Símanum sjálfum (IPTV) og dótturfélaginu Mílu, í trássi við umrætt ákvæði fjölmiðlalaga. Brotið hafi verið fullframið þann 1. október 2015, þegar Síminn gerði breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni, og var talið að það stæði ennþá yfir við töku umræddrar ákvörðunar.

Fljótlega eftir að framangreind ákvörðun PFS nr. 10/2018 leit dagsins ljós þann 3. júlí sl., barst kvörtun frá Sýn, dags. 9. júlí s.á., þess efnis að brot Símans á framangreindri lagagrein stæði enn yfir. Þann 7. september sl. barst sambærileg kvörtun frá GR. Efaðist GR m.a. um það að sú OTT lausn sem Síminn kynnti til sögunnar um miðjan ágúst sl. við dreifingu á ólínulegu myndefni félagsins væri fullnægjandi og því væri félagið ennþá að brjóta gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þann 1. október sl. barst svo sambærileg kvörtun frá Nova.

Þann 18. október sl. krafðist Síminn þess að PFS hafnaði aðild GR að hinu nýja máli, þar sem félagið uppfyllti ekki skilyrði til aðildar. Síminn gerir hins vegar ekki athugasemdir við aðild Sýnar og Nova að málinu.

Eins og áður greinir sló framangreind ákvörðun PFS nr. 10/2018 því föstu að Síminn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga. Þar kom m.a. fram að Síminn hefði getað forðast brotið með því að semja við Sýn um aðgang þess félags að ólínulegu myndefni Símans, þannig að viðskiptavinir Sýnar, sem að meirihluta til væru á undirliggjandi ljósleiðaraneti GR, gætu notið umræddrar ólínulegrar myndmiðlunar sjónvarpsefnis Símans, eins og raunin var fyrir framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans þann 1. október 2015. Þá hefði Síminn getað forðast brotið með því að gera hið ólínulega myndefni aðgengilegt með fullnægjandi OTT lausn sem væri óháð fjarskiptanetum eða fjarskiptakerfum. Undir rekstri málsins boðaði Síminn slíka lausn í ágúst 2018. Í ákvörðuninni tók PFS það fram að það ætti eftir að koma í ljós hvort sú boðaða lausn yrði talin fullnægjandi til að aflétta því ástandi sem uppi hefði verið frá haustinu 2015.

Þá kom enn fremur fram í framangreindri ákvörðun PFS nr. 10/2018 að Síminn hefði a.m.k. getað takmarkað þau skaðlegu áhrif sem umræddar ráðstafanir hefðu haft á GR í samkeppni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet, með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn hefði ráðist í umræddar breytingar haustið 2015. Að mati PFS hefði þessi leið ein og sér hins vegar ekki komið í veg fyrir brotið.

Af framangreindri ákvörðun PFS nr. 10/2018 er ljóst að brot Símans var framið á þjónustustiginu, þ.e. með því að fjölmiðlaveita Símans beindi viðskiptavinum sínum að fjarskiptahluta Símans sem rekur IPTV sjónvarpsdreifikerfi. Hins vegar gerði það fyrirkomulag sem Símasamstæðan hefur á fjarskiptastarfsemi sinni, þ.e. að starfrækja grunnfjarskiptanet í dótturfélaginu Mílu og að veita ekki þjónustu á ljósleiðaraneti GR, það að verkum að afleiðingar brotsins voru ekki síður alvarlegar á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet, enda um að ræða tugþúsundir áskrifenda fyrirtækja á borið við Vodafone, Hringdu og Nova, sem eru á ljósleiðaraneti GR. Á höfuðborgarsvæðinu og í nágrenni þess er vart öðrum fyrir að fara í samkeppni á undirliggjandi fjarskiptanetum en Mílu og GR.

Það mál sem stofnað var hjá PFS vegna kvartana Sýnar, GR og Nova, í kjölfar framangreindrar ákvörðunar PFS nr. 10/2018, mun fyrst og fremst fjalla um hvort sú OTT lausn sem Síminn kynnti til sögunnar um miðjan ágúst sl., við dreifingu á ólínulegu myndefni Símans, sé þess eðlis að hún aflétti því ástandi sem skapaðist haustið 2015 vegna framangreinds brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Þegar vafi rís um aðild að máli, þarf, eins og fram kom í framangreindri ákvörðun PFS nr. 13/2016, að fara fram heildstætt mat á hagsmunum og tengslum umrædds aðila við úrlausn málsins á grundvelli ákveðinna sjónarmiða. Þau sjónarmið sem þar vega þyngst eru hvort aðili eigi beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn máls. PFS taldi að GR hefði slíkra hagsmuna að gæta í máli því sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018. PFS taldi þetta engum vafa undirorpið, m.a. í ljósi þess að hluti málsins snéri að samskiptum GR og Símasamstæðunnar varðandi innkomu samstæðunnar á ljósleiðaranet GR (svartur ljósleiðari eða bitastraumsaðgangur). Að mati PFS hefði GR þar verið að gæta hagsmuna sinna í samkeppni við Símasamstæðuna í grunnfjarskiptum.

Í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, þar sem ofangreind ákvörðun PFS nr. 13/2016 var staðfest, var fallist á ofangreind sjónarmið PFS um að fram þurfi að fara heildstætt mat á hagsmunum og tengslum viðkomandi aðila við úrlausn máls og að þau sjónarmið sem þyngst myndu vega, væru hvort aðili hefði beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn máls. Þá tók úrskurðarnefnd fram að af dómafordæmum Hæstaréttar, einkum í máli nr. 83/2003 (Eimskip/Samskip), væri ljóst að lítið hefði verið svo á að aðildarhugtak í stjórnsýslumálum bæri að túlka 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 tók nefndin það fram að aðild að stjórnsýslumálum væri í mörgum tilvikum náskyld rannsóknarreglu stjórnvalds. Ennfremur að stjórnvaldið, en ekki aðilar, hefði forræði málsins og bæri því að tryggja að málið væri að fullu upplýst áður en stjórnvaldsákvörðun væri tekin. Þannig hlyti stjórnvöldum að gefast talsvert svigrúm til að ákveða hverjum skyldi gefinn kostur á að fjalla um efni máls og eftir atvikum hverjum skyldi veita andmælarétt.

Síminn hefur í málatalibúnaði sínum sagt að hagsmunir GR af hinu nýja máli séu ekki beinir en kunnir að vera afleiðdir eða óbeinir.

Eins og fram kemur hér að ofan taldi PFS að GR hefði haft beinna, verulegra, sértækra og lögvarinna hagsmuna að gæta í máli því sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018.

Úrskurðarnefnd staðfesti þá ákvörðun PFS, en tiltók sérstaklega að óbeinir hagsmunir gætu dugað. Það mál sem nú er til meðferðar hjá PFS, vegna framangreindra kvartana Sýnar, GR og Nova, er náskyld ofangreindu máli og í raun framhald þess, þótt afmarkaðra sé. Þá ber að geta þess að GR er einn kvartenda í báðum málunum, en fram kemur m.a. í framangreindum dómi Hæstaréttar nr. 83/2003 (Eimskip/Samskip), að slíkt hafi verulegt vægi þegar aðild er metin.

PFS telur engum vafa undirorpið að GR hafi a.m.k. óbeinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins, auk þess sem telja verður þá verulega, sértæka og lögvarða. Telja verður afar mikilvægt fyrir samkeppnishagsmuni GR gagnvart Mílu að sú OTT lausn sem Síminn hefur kynnt til sögunnar sé raunverulega óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum og fullnægjandi að því varðar atriði eins og verð, valkosti, eiginleika og tæknilega upplifun neytenda, þannig að um raunverulegan valkost sé að ræða við IPTV kerfi Símans. Það að ekki sé í hinu nýja máli verið að fjalla um samningaviðræður GR og Símasamstæðunnar eða það að niðurstaða fyrrgreindrar ákvörðunar PFS nr. 10/2018 hafi verið á þá leið að samningar milli félaganna hefðu einir og sér ekki getað losað Símann undan brotinu, breytir því ekki að hagsmunir GR að úrlausn málsins teljast ríkir að mati PFS.

Þá er það ekki rétt hjá Símanum að kvartanir Sýnar og Nova snúi fyrst og fremst að því að þau félög fengju ekki aðgang að ólínulegu myndefni Símans til að dreifa yfir sín IPTV kerfi. Í fyrsta lagi rekur NOVA ekki IPTV kerfi heldur OTT dreifikerfi. Þá snúa kröfur umræddra félaga fyrst og fremst að því að vefengja það að umrædd OTT lausn Símans sé fullnægjandi til að losa Símann undan broti á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Það sama má segja um kröfur GR. Kröfur Sýnar, GR og Nova eru því samkynja. Tilgangur umrædds bannákvæðis er að sporna við því að efnisframboð ráði því hver neytandinn kaupir fjarskiptaþjónustu, hvort sem um sé að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustiginu (t.d. internetþjónustu, IPTV þjónustu o.fl.) eða á undirliggjandi fjarskiptainnviðum. Að mati PFS getur fleiri en eitt og fleira en tvö fyrirtæki reist aðild sína að máli á samkeppnishagsmunum. Síminn gerir t.a.m. ekki athugasemdir við aðild Sýnar og Nova að málinu. Þá má geta þess að aðilar voru fjórir í máli því sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018.

Þá vísar PFS til ofangreindra sjónarmiða sem fram komu í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, þess efnis að ákvörðun um aðild að máli sé náskyld rannsóknarreglu stjórnvalds, að það sé stjórnvaldið sem hafi forræði mála í stjórnsýslunni og að stjórnvöld hefðu talsvert svigrúm til að ákveða hverjum skuli gefinn kostur á að fjalla um efni máls og eftir atvikum hverju skuli veita andmælarétt. PFS telur það að veita GR aðild að málinu, geti stuðlað að því að rannsókn málsins verði vandaðri og þannig aukið líkur á því að rétt ákvörðun verði tekin í málinu. PFS telur að þetta hafi einmitt sannað sig við rannsókn máls þess sem endaði með ákvörðun PFS nr. 10/2018 og rakið er hér að framan. Að mati PFS getur GR veitt mikilvægar upplýsingar við rannsókn hins nýja máls.

Þó taka megj undir með Símanum að GR sé í samkeppni, við dótturfélags Símans, Mílu, en ekki Símann sjálfan, lítur PFS á Símann og Mílu sem eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Eins og fram kemur hér að ofan, og ítarleg grein var gerð fyrir í fyrrgreindri ákvörðun PFS nr. 10/2018, hefur sú háttsemi Símans, sem bann er lögð við í

umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, ekki aðeins alvarlegar afleiðingar á samkeppni á þjónustustigi fjarskipta, þ.e. t.d. á milli Símans, Sýnar, Hringdu, Nova o.fl. þjónustuaðila, heldur ekki síður alvarlegar afleiðingar í samkeppni á undirliggjandi innviðum fjarskipta, t.d. á milli Mílu og GR á höfuðborgarsvæðinu og nágrenni. Einsýnt er, að mati PFS, að sú háttsemi Símans, sem talin var fara í bága við umrætt ákvæði fjölmiðlalaga í ákvörðun PFS nr. 10/2018, hafði ekki síður áhrif á innviðastiginu heldur en þjónustustiginu. Það sama má segja um hið nýja mál. Verði það niðurstaðan að umrædd OTT lausn Símans teljist ekki fullnægjandi til að losa félagið undan brotinu er ljóst að afleiðingar þess verða ekki síður alvarlegar á innviðastiginu en þjónustustiginu. Augljóst er að fyrirtæki skuli eiga aðild að málum er varða möguleg lögbrot af hálfu samkeppnisaðila, sem eru til þess fallin að valda fyrrnefndu fyrirtæki tjóni í formi minni viðskipta en væri ef hið ólögmeta ástand væri ekki uppi.

Að lokum er það ekki rétt sem Síminn heldur fram í málatilbúnaði sínum að GR hafi ekki óskað eftir aðgangi að ólínulegi efni hjá Símanum. Eins og skýrt kemur fram í framangreindri ákvörðun PFS nr. 10/2010 hefur GR einmitt óskað eftir slíku hjá Símanum, en Síminn hefur formlega hafnað slíkri beiðni.

Að öllu ofangreindu virtu er það niðurstaða PFS að GR hafi a.m.k. óbeina eða afleidda hagsmuni af úrlausn þess máls er varðar meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Teljast þessir hagsmunir verulegir, sértækir og þar með lögmætir. Að mati PFS ber því að veita GR aðild að umræddu máli.

Ákvörðunarorð

Gagnaveita Reykjavíkur ehf. skal njóta aðildar að máli því er varðar meint ítrekað brot Símans hf. gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011. Aðilar málsins eru því Síminn hf., Gagnaveita Reykjavíkur ehf., Sýn hf. og Nova hf.

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

Reykjavík, 13. nóvember 2018

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson