

# **ÚRSKURÐARNEFND FJARSKIPTA- OG PÓSTMÁLA**

**Úrskurður  
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála  
um aðild Símans hf. að máli nr. 3/2022**

**Kæra á ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 1/2022, um framkvæmd fjárhagslegs  
aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum ehf. 2018-2020.**

## **I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

1. Með kæru, dags. 17. mars 2022, hefur Síminn hf. (kærandi) kært ákvörðun Fjarskiptastofu (FST), nr. 1/2022, Framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum ehf., til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála (ÚPF).
2. Aðili málsins hjá FST var Ljósleiðarinn ehf. Auk kæranda er Ljósleiðarinn ehf. aðili að máli þessu hjá ÚFP.
3. Af hálfu kæranda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni og að lagt verði fyrir Fjarskiptastofu að rannsaka fjárhagslegan aðskilnað milli Orkuveitu Reykjavíkur (OR) og Ljósleiðarans með fullnægjandi hætti.
4. Af hálfu FST er þess krafist að málinu verði vísað frá sökum aðildarskorts.
5. Af hálfu Ljósleiðarans ehf. er þess krafist að málinu verði vísað frá, þar sem kæran uppfylli ekki formskilyrði, enda njóti kærandi ekki réttar til að bera málið undir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.
6. Í úrskurði þessum er einvörðungu fjallað um þann þátt málsins er lýtur að kröfu um að málinu verði vísað frá nefndinni.

## **II. Helstu málsatvik**

7. Þar sem í úrskurði þessum er einungis tekin afstaða til kröfu um frávísun málsins frá úrskurðarnefndinni verður hér einungis stuttlega vikið að helstu málsatvikum að baki hinni kærðu ákvörðun.
8. FST fer með eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði Ljósleiðarans og OR á grundvelli 36. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti. Eftirlit þetta fór áður fram af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) á grundvelli laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Þau lög voru felld úr gildi með 31. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, sem tóku gildi 1. júlí 2021, og hefur eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði Ljósleiðarans og OR síðan þá verið á hendi FST, sem fer nú með framkvæmd laga nr. 81/2003, sbr. a. lið 1. mgr. 2. gr. laga nr. 75/2021.

9. Samkvæmt 36. gr. laga nr. 81/2003 skulu fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Þannig skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Á grundvelli 36. gr. metur FST hvort fjárhagslegur aðskilnaður OR og Ljósleiðarans uppfylli skilyrði ákvæðisins og hvort um mögulega niðurgreiðslu sé að ræða í starfsemi Ljósleiðarans frá einkaréttarvarinni starfsemi.
10. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun byggir FST, við mat á fjárhagslegum aðskilnaði, m.a. á þróun raunstærða í rekstri og efnahag í samanburði við áætlanir Ljósleiðarans. Þá horfir stofnunin til ítarlegrar viðskiptaáætlunar sem nær yfir líftíma verkefnisins og er hún reglulega endurskoðuð með tilliti til þróunar rauntalna auk breytinga á fjárfestingar- og rekstraráætlunum. Jafnframt lítur FST til markaðsaðstæðna o.fl. atriða sem þýðingu hafa. Framkvæmd eftirlitsins byggist einkum á kvöðum sem lagðar hafa verið á Ljósleiðarann varðandi fjárhagslegan aðskilnað og er þeim lýst í hinni kærðu ákvörðun, lið 3.2.
11. Hin kærða ákvörðun varðar úttekt FST á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum ehf. árin 2018-2020, sbr. ákvörðun FST nr. 1/2022. Tekið skal fram að kærandi var ekki aðili að stjórnsýslumáli þessu hjá FST.
12. Í hinni kærði ákvörðun komst FST að því í *fyrsta lagi* að Ljósleiðarinn hafi brugðist við þeim kvöðum sem lagðar voru á fyrirtækið með ákvörðun PFS nr. 3/2019, að því er varðar fjármögnun félagsins sem og með skilmála í nýjum lánssamningi um eignarhlut OR í Ljósleiðaranum. *Í öðru lagi* að ekkert hafi komið fram við skoðun á verðlagningu á þjónustu milli Ljósleiðarans og OR um að þau viðskipti hafi á einhvern hátt verið óeðlileg. *Í þriðja lagi* að gögn málsins bendi ekki til þess að tekjur af starfsemi OR sem nýtur einkaréttar eða verndar hafi verið notaðar til að styrkja fjarskiptastarfsemi Ljósleiðarans, í samkeppni við önnur fyrirtæki á markaði.
13. Var það þannig niðurstaða FST að fjárhagslegur aðskilnaður OR og Ljósleiðarans, á árunum 2018-2020, hafi verið í samræmi við 36. gr. laga nr. 81/2003.

### **III. Helstu sjónarmið aðila**

#### **1.**

14. Í stjórnsýslukæru til ÚFP gerir kærandi þá kröfu að ákvörðun FST nr. 1/2022 verði felld úr gildi í heild sinni og lagt verði fyrir Fjarskiptastofu að rannsaka fjárhagslegan aðskilnað milli OR og Ljósleiðarans með fullnægjandi hætti.
15. Kærandi byggir á því að hin kærða ávörðun sé haldin verulegum ógildingarannmörkum. Standist hún ekki meginreglur stjórnsýsluréttar að formi og efni. Hafi 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 verið brotin og að af því leiði m.a. að að niðurstaðan sé

efnislega röng, sökum ófullnægjandi rannsóknar. Þá telur kærandi að FST virðist gefa sér ýmsar forsendur og sleppi því að fjalla um tiltekna hluti sem þó hafi þýðingu um hvort samstæða Reykjavíkurborgar hafi niðurgreitt eða fjármagnað rekstur Ljósleiðarans með óeðlilegum hætti.

16. Það er mat kæranda að FST hafi í fjölmögum atriðum vanrækt að rannsaka málið og leggi ennfremur ranglega til grundvallar að fjárhagslegir mælikvarðar Ljósleiðarans séu í samræmi við það sem búast megi við á markaðslegum forsendum. Sé af þeim sökum óhjákvæmilegt að fella ákvörðunina úr gildi og leggja fyrir FST að rannsaka málið að nýju með fullnægjandi hætti.
17. Kærandi telur mikilvægt að eftirlitsaðilar fari í ítarlegri greiningu á rekstri Ljósleiðarans en gert hafi verið til þessa. Skoða þurfi þannig sérstaklega hvort þau vaxtakjör sem féluginu bjóðist taki mið af rekstri félagsins og skuldbindingum og hvort félagið fengi sömu kjör væri það í einkaeigu og ekki með undirliggjandi tryggingu frá Orkuveitu Reykjavíkur og Reykjavíkurborg. Eins þurfi að skoða hvort Ljósleiðaranum beri ekki að styttu afskriftartíma til að taka frekara mið af líftíma fjárfestinga félagsins.
18. Að mati kæranda sýni fjármál Ljósleiðarans að fjárhagur félagsins taki mið af OR og sé þar af leiðandi ekki eins og um óskylda aðila væri að ræða. Sé það í andstöðu við 36. gr. fjarskiptalaga. Beri því að ógilda ákvörðunina og fela FST að rannsaka málið að nýju.
19. Kærandi telur ljóst að sú forsenda sem FST lagði til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun, að Ljósleiðarinn sé ekki að fara í frekari uppbyggingu en að leggja ljósleiðara í Árborg, Voga á Vatnsleysuströnd og Reykjanesbæ og þeirri framkvæmd ljúki 2023, sé röng. Komi m.a. fram í fjárhagsáætlun Ljósleiðarans og á heimasíðu Ljósleiðarans að áform Ljósleiðarans séu mun víðtækari en gefið sé í skyn í ákvörðun FST.
20. Kærandi telur það engum vafa undirorpið að áform um að leggja þúsund þráða landshring hafi veruleg áhrif á viðskiptalíkan Ljósleiðarans, en FST miði við að slík áform séu ekki fyrir hendi. Þá blasi við að Ljósleiðarinn væri ekki að fara í lagningu landshrings ef félagið væri ekki með áform um að leggja ljósleiðara umfram það sem FST leggi til grundvallar. Þá gerist hið sama í hvert sinn sem FST hafi skoðað starfsemi Ljósleiðarans og tengsl félagsins við OR og aðra, FST vanmeti kerfisbundið fyrirætlanir Ljósleiðarans og raunverulegar aðgerðir Ljósleiðarans fari síðan langt fram úr því sem FST hafi lagt til grundvallar.
21. Kærandi telur umrædda forsendu FST ranga og hafa veruleg áhrif á mat FST um viðskiptalíkan Ljósleiðarans til framtíðar og þar af leiðandi sé um að ræða ástæðu sem ein og sér leiði til þess að hina kærðu ákvörðun beri að ógilda og leggja fyrir FST að meta viðskiptalíkan Ljósleiðarans m.t.t. raunverulegra áforma Ljósleiðarans.

22. Kærandi gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði feld úr gildi á þeim grundvelli að Ljósleiðarinn virðist enn vera með ákvæði í lánasamningi sem heimili gjaldfellingu ef það verði breyting á yfirráðum. Áhætta lánastofnana sé verulega frábrugðin ef eigandi Ljósleiðarans væri einhver annar en OR/Reykjavíkurborg. Verði að meta áhrif þessara skilmála með tilliti til þess hvert eðlilegt vaxtastig ætti að vera í samningum Ljósleiðarans. Beri að ógilda hina kærðu ákvörðun þar sem þetta hafi ekki verið gert með viðundandi hætti enda ekki hægt að greina annað en að rekstur Ljósleiðarans sé líkt og OR og Ljósleiðarinn séu skyldir aðilar.
23. Kærandi telur það augljósa rangfærslu hjá FST að halda því fram að Ljósleiðarinn hafi greitt af lánum sínum til lánastofnana. Ljósleiðarinn hafi tekið ný lán árið 2020 að hærri fjárhæð en þau lán sem ættu að hafa verið greidd sama ár. Virðist þannig sem Ljósleiðarinn hafi endurfjármagnað lánin með hærri lánum, en FST túlki það í hinni kærðu ákvörðun sem einfalda niðurgreiðslu lána. Telur kærandi þetta vera eitt af mörgum atriðum sem þurfi að skoða og endurmeta.
24. Kærandi vísar til þess að í ársreikningi Ljósleiðarans vegna ársins 2020 sé afskriftartími sagður 9-46 ár, en í ársreikningi 2018 sé afskriftartími sagður 7-42 ár. Hafi þannig afskriftartími lengst um 4 ár hvað varðar síðara tímamarkið en 2 ár um fyrra tímamarkið. Telur kærandi að mikilvægt sé að meta hversu mikla þýðingu þessi lenging hafi á viðskiptamódel Ljósleiðarans og hvaða málefnalegu rök liggi á bak við umrædda lengingu afskriftartíma. Fordæmi séu á Íslandi fyrir 30 ára afskriftartíma og almennt sé sami tími notaður á Norðurlöndum. Telur kærandi eðlilegt að FST myndi leggja sjálfstætt mat á viðskiptalíkan Ljósleiðarans, sem væri byggt upp á afskriftartíma sem þekkist á flestum stöðum, svo sem 30 ár.
25. Kærandi bendir á að engin rök séu fyrir stöðugum breytingum í þróun tímalengdar afskrifta hjá Ljósleiðaranum gegnum tíðina. Virðast þær eingöngu í þeim tilgangi að lagfæra afkomu félagsins. Þá geri FST í hinni kærðu ákvörðun enga tilraun til að rökstýðja þessar sífelldu breytingar, hví þurfi reglulega að lengja afskriftartímann eða bregða máli á áhrif þeirra á reikninga félagsins.
26. Kærandi vísar til ákvörðunar FST, dags. 13. nóvember 2006, þar sem m.a. hafi verið fjallað um líftíma ljósleiðara og telur einsýnt að langur afskriftartími Ljósleiðarans og stöðugar breytingar á tímanum séu ekki rökstudd eða rannsókuð í hinni kærðu ákvörðun. Blasi við að ef afskriftartími félagsins væri 30 ár eins og hjá öðrum félögum væri afkoma félagsins umtalsvert önnur og þá ólíklegt að félagið myndi skila eiganda sínum fjármunum á næstu áratugum.
27. Þá vísar kærandi til þess að árangur viðskiptalíkans Ljósleiðarans sé byggður á ólögmætum athöfnum og ítrekuðum breytingum. Liggi þannig fyrir að Ljósleiðarinn hafi brotið gegn fjarskiptalögum og markist árangur félagsins af þeirri staðreynd. Þurfi Fjarskiptastofa því að meta viðskiptalíkanið m.t.t. þeirra staðreynda, enda geti

Ljósleiðarinn ekki réttlætt árangur viðskiptalíkans, ef hann næst með ólögmætum athöfnum. Beri því að ógilda hina kærðu ákvörðun og leggja fyrir stofnunina að endurmeta viðskiptalíkanið.

28. Kærandi bendir á að þótt mat FST taki til áranna 2018-2020 hefði verið eðlilegt til að fá raunhæfan samanburð að nota kennitölur Mílu m.t.t. fjármögnunar Mílu árið 2021 þar sem Míla hafi þá verið fjármögnuð með sjálfstæðum hætti. Fengist þá æskilegri samanburður á skuldahlutfalli, vöxtum og öðrum þáttum þar sem að Míla nýtir ekki lengur lánalínur frá Símanum og séu lán Símans ekki tryggð með veði í eignum Mílu. Hafi FST ekki rannsakað hvort þau lán, sem Ljósleiðarinn hafi fengið, hefðu staðið félaginu til boða undir eignarhaldi sem væri ekki opinbert.
29. Þá tekur kærandi fram að í hinni kærðu ákvörðun sé ekkert fjallað um aðstöðuleigu Ljósleiðarans og hvort leigan sé á markaðslegum forsendum. Vitað sé að Ljósleiðarinn sé með aðstöðu víða í húsnæði OR og óljóst sé hvort um langtímasamninga sé að ræða eða samninga með skömmum uppsagnarfresti. Að mati kæranda blasi við að rannsókn á þessum þætti hafi verulega þýðingu þar sem húsnæðið sé rekstur á verndaðri starfsemi og heyri þannig undir 36. gr. laga nr. 81/2003. Enn fremur verði FST að skoða hvort leiguverð Ljósleiðarans hafi fylgt eðlilegri þróun á markaði undanfarin misseri en verðhækkanir á fasteignamarkaði á höfuðborgarsvæðinu hafi ekki farið framhjá neinum. Hafi þetta ekki verið rannsakað nægilega sem leiði til þess að ógilda beri hina kærðu ákvörðun og leggja fyrir FST að rannsaka þennan þátt einnig.
30. Að lokum telur kærandi að nauðsynlegt hefði verið að skoða viðskipti Reykjavíkurborgar og Ljósleiðarans, hvort þau séu á grundvelli útboðs í öllum tilfellum og ef svo hafi ekki verið, hvort verðlagning sé eðlileg. Hafi FST í ákvörðun sinni látið allar slíkar athuganir undir höfuð leggjast. Þá blasi við að Reykjavíkurborg muni ekki leggja mikinn metnað í að stunda viðskipti við keppniauta Ljósleiðarans eða fyrirtækja sem nota ekki Ljósleiðarann, enda væri það í andstöðu við markmið í fjárhagsáætlun Ljósleiðarans 2022-2027, sem borgarstjórn hefur sampykkt.
31. Þá hafi aldrei verið rannsakað hvort Ljósleiðarinn njóti forgangsviðskipta við starfsemi Reykjavíkurborgar án útboða og þar af leiðandi hvort verið sé að niðurgreiða starfsemi Ljósleiðarans með fjármunum úr einingum Reykjavíkurborgar öðrum en OR samstæðunni. Feli þetta í sér brot á 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og beri að ógilda hina kærðu ákvörðun vegna þessa.

2

32. ÚFP fór þess á leit við FST að stofnunin skilaði umsögn vegna kröfu kæranda með bréfi, dags. 29. mars 2022. Í kjölfar þess óskaði Ljósleiðarinn eftir aðild að málinu fyrir úrskurðarnefndinni. Bárust jafnframt athugasemdir frá FST og Ljósleiðaranum um formhlið málsins, þ.á.m. um aðild Símans að málinu. Með bréfi dags. 1. apríl 2022 var því

sérstaklega beint til málsaðila og FST að leggja fram frekari gögn eða upplýsingar til skýringar á formhlið málsins, með vísan til 4. mgr. 9. gr. reglugerðar nr. 36/2009.

## 2.1

33. Með bréfi, dags. 8. apríl 2022, barst umsögn kæranda vegna formhliðar málsins í samræmi við bréf ÚFP, dags. 1 apríl 2022.
34. Kærandi telur bersýnilegt að félagið eigi aðild að málinu, enda hafi aðild kæranda verið samþykkt í sambærilegum málum, bæði af FST og ÚPF. Kærandi hafi lengi gert athugasemdir við rannsóknir FST á fjárhagslegum aðskilnaði Ljósleiðarans og OR.
35. Verðlagning og afkoma Ljósleiðarans hafi bein áhrif á rekstur fjarskiptafyrirtækja, bæði heildsölu og smásölu. Starfsemi Ljósleiðarans, uppbygging á ljósleiðarakerfi félagsins og verðlagning félagsins hafi bein áhrif á kæranda sem og samstæðu kæranda. Ekki aðeins hafi verðlagning félagsins áhrif á heimtaugar, heldur einnig internetþjónustu, VoIP þjónustu og IPTV þjónustu.
36. Ljósleiðarinn bjóði einnig stofntengingar og leigulínur til fjarskiptafyrirtækja þar sem Nova og Vodafone séu bersýnilega stærstu viðskiptavinirnir. Hafi verðlagning Ljósleiðarans til Nova og Vodafone bein áhrif á samkeppni þeirra við kæranda á sviði farsímaþjónustu.
37. Þá hafi Ljósleiðarinn í árslok 2021 að öllum líkindum verið kominn með um 60% hlutdeild á markaði fyrir bitastraum og leigu á heimtaugum á sínu starfssvæði og þar af leiðandi sé augljóst að starfsemi félagsins hafi víðtæk áhrif á samkeppni á því svæði sem félagið starfar á. Einnig kemur fram á heimasíðu félagsins að það áformi að leggja landshring um Ísland og dyljist engum hvers lags áhrif á samkeppni það hafi, ef framkvæmdin væri ekki í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga. Hafi kærandi beina og ríka hagsmuni af því að starfsemi Ljósleiðarans sé í samræmi við framangreint ákvæði.
38. Ef verðlagning Ljósleiðarans sé undir kostnaði eða ódýrarí á þeim grundvelli að Ljósleiðarinn hafi fjárfest ódýrar eða hraðar en markaðsaðilar hefðu getað gert sé augljóst að það hafi bein áhrif á kæranda og samstæðu félagsins. Í þessu sambandi hafi það verulega þýðingu hvort lengingar í afskirftartíma séu málefnalegar, sérstaklega í ljósi umfangs rekstrar og hlutdeilda Ljósleiðarans á markaði.
39. Kærandi tekur fram að félagið sé enn eigandi Mílu ehf. sem sé starfandi á mismunandi mörkuðum heildsölu fjarskiptaþjónustu og í beinni samkeppni við Ljósleiðarann. Slíkar aðstæður réttlæti aðild að málinu. Við blasi að umfang og starfsemi Ljósleiðarans hafi áhrif á verðmæti Mílu og augljóst að kærandi hafi á þeim grundvelli verulegra og beinna hagsmuna að gæta af því að rekstur Ljósleiðarans sé í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga.

40. Þá hafi FST og ÚPF þegar tekið afstöðu til sambærilegs álitamáls um það hvort kærandi geti átt aðild að máli vegna 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003.
41. Í ákvörðun PFS nr. 27/2010 hafi verið fjallað um hvort Skipti hf. gæti átt aðild að máli varðandi fjárhagslegan aðskilnað milli Fjarska ehf. og Landsvirkjunar á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga. Kærandi sé í dag sama félag og Skipti á þessum tíma. Afstaða PFS í málínun hafi verið afdráttarlaus um að Skipti eigi aðild að málinu, og vísar kærandi í eftirfarandi orð úr ákvörðuninni: „*Að lokum er ljóst að Skipti hf., móðurfélags Símans hf. og Mílu ehf., á aðild að málinu þar sem það hefur beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta við úrlausn þess.*“ Þá hafi Fjarski kært umrædda ákvörðun til ÚPF, sbr. úrskurð nr. 6/2010, sem komist hafi að þeirri niðurstöðu að Skipti ætti aðild að málinu.
42. Kærandi vísar jafnframt til þess að úrskurðarnefndin hafi áður fjallað um sambærilegt málefni í úrskurði nefndarinnar nr. 8/2006, þar sem að PFS hafi talið að kærandi ætti ekki aðild að máli tengdu 36. gr. fjarskiptalaga varðandi fjárhagslegan aðskilnað hjá Orkuveitu Reykjavíkur. Úrskurðarnefndin hafi snúið við ákvörðun PFS og talið að af öllum gögnum málsins virtum væri að ljóst að kærandi ætti verulega, lögvarða og sértæka hagsmuni af úrlausn málsins.
43. Með vísan til úrskurða nefndarinnar nr. 6/2010 og 8/2006 telur kærandi engan vafa leika á því að félagið eigi aðild að því máli sem hér sé til úrlausnar. Að mati kæranda sé þegar búið að taka afstöðu til þess erindis að kærandi eigi almennt aðild að málum sem varði fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptafyrirtækja á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga. Því mati hafi ekki verið hnekkt.
44. Ennfremur telur kærandi rétt að vísa til úrskurðar nr. 5/2016, þar sem eftirfarandi komi fram: „*Þá er ljóst af dómafördænum Hæstaréttar, einkum í máli nr. 83/2003, að litið hefur verið svo á að aðildarhugtak í stjórnsýslumálum 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*“.
45. Kærandi hafi óumdeilanlega verulega og beina hagsmuni af því hvort OR og Ljósleiðarinn starfi í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga. Þar af leiðandi eigi kærandi aðild að máli er varði fjárhagslegan aðskilnað OR/Ljósleiðarans. Þar sem ÚPF hafi þegar vísað til þess að óbeinir hagsmunir leiði til aðildar á grundvelli stjórnsýslulaga þyki einsýnt að kærandi eigi aðild að málinu.

## 2.2

46. Með bréfi, dags. 12. apríl 2022, barst umsögn FST vegna formhliðar málsins í samræmi við bréf ÚFP, dags. 1 apríl 2022.
47. FST vísar til þess að fjölmargar ákvarðanir hafi verið teknar sem varði eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga, og hafi þau nánast öll hafist að

frumkvæði FST og kærandi ekki átt aðild að þeim, nema í fyrstu ákvörðuninni frá 13. nóvember 2006, sem kærandi fékk aðild að með úrskurði ÚPF frá 17. júlí 2006. Af rökstuðningi þess úrskurðar megi ráða að niðurstaðan hafi að miklu leyti byggt á sjónarmiðum sem legið hafi til grundvallar í dómi Hæstaréttar í máli nr. 83/2003. FST telur að umræddur Hæstaréttardómur sé ekki fordæmisgefandi varðandi aðild þriðju aðila, þ.m.t. kæranda, að hinni kærðu ákvörðun enda sé staðan á markaði fyrir sjóflutninga við upphaf aldarinnar alls ekki sambærileg við heildsölumarkað fyrir fjarskiptatengingar á fjarskiptamarkaði dagsins í dag. Þá hafi framangreint mál varðað meint brot Eimskipa á samkeppnislögum og mikilvæga og sérstaka lögvarða hagsmuni Samskipa við úrlausn þess að teknu tilliti til 17. gr. stjórnsýslulaga ólíkt því máli sem hér um ræði.

48. FST vísar einnig til þess að sú stjórnsýsluframkvæmd sem leiði af eftirliti FST með 36. gr. fjarskiptalaga hafi komið til ítarlegrar skoðunar hjá ESA í tengslum við kvörtunarmál kæranda á hendur Ljósleiðaranum vegna meints ólögmæts ríkisstuðnings. Rannsókn ESA á stjórnsýsluframkvæmd, að því er varði eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði Ljósleiðarans samkvæmt 36. gr. fjarskiptalaga, hafi leitt í ljós að hún hafi staðist kröfur EES-réttar og fyrirbyggt ólögmæta ríkisaðstoð til Ljósleiðarans, nema í tiltölulega fáum og afmörkuðum tilvikum sem séu nú í framhaldsmeðferð hjá ESA. Ekki virðist hafa komið til skoðunar hjá ESA hvort að kærandi hafi átt að eiga aðild að þessum stjórnsýslumálum, en hafi svo verið yrði að ætla að það hefði verið mikill ágalli á stjórnsýsluframkvæmdinni sem hefði getað haft áhrif á þessa niðurstöðu ESA. Jafnframt verði ekki séð að kærandi hafi tefti fram slíkum sjónarmiðum í málsmeðferð fyrir ESA.
49. FST tekur fram að um aðild að stjórnsýslumálum fari samkvæmt óskráðum reglum stjórnsýsluréttar. Til þess að aðili geti átt aðild að stjórnsýslumáli þurfi hann að eiga beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn þess.
50. Með beinum hagsmunum sé vísað til þess hversu náið viðkomandi tengist hagsmunum af úrlausn málsins. Í kæru Símans sé ekki gerð nein tilraun til að tengja tiltekna beina hagsmuni Símans við atriði í framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum sem kvartað sé undan.
51. Um verulega hagsmuni vísar FST til þess að þar sem að kærandi bendi ekki á neina tiltekna beina hagsmuni sína af úrlausn kærumálsins skorti rökstuðning fyrir því að hin kærða ákvörðun varði verulega hagsmuni kæranda sem skapi félaginu sérstaka stöðu samanborið við önnur fjarskiptafyrirtæki á markaði.
52. Þá telur FST að ekki verði séð að kærandi hafi sérstaka hagsmuni umfram önnur fjarskiptafyrirtæki af því að fjárhagslegur aðskilnaður hjá Ljósleiðaranum sé framkvæmdur með réttum hætti. Verði því að telja mögulega hagsmunu kæranda almenna í eðli sínu.

53. Hvað varðar lögvarða hagsmuni telur FST að kæra kæranda beri þess keim að byggja á skoðunum félagsins á því hvernig bæri að meta tiltekna þætti við framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum, s.s. afskriftartíma ljósleiðara félagsins, án þess að kærandi hafi lögvarinna hagsmuna að gæta varðandi þá þætti.
54. Þá vísar FST til þess að kærandi starfi ekki á mörkuðum fyrir heimtaugar og stofnlínur á sviði fjarskipta, en í ákvörðun Samkeppniseftiritsins nr. 6/2015 hafi verið kveðið á um aðskilnað milli annars vegar grunnkerfa samstæðunnar og þjónustu við fjarskiptafyrirtæki sem tengist þessum grunnkerfum, og hins vegar smásölustarfsemi kæranda. Hafi markmið framangreindrar ákvörðunar verið að auka aðskilnað í rekstri kæranda og Mílu og þar af leiðandi tryggja betur sjálfstæði Mílu. Hafi kærandi ekki verið starfandi sem þjónustuaðili á heildsölustigi fyrir fjarskiptatengingar líkt og Ljósleiðarinn síðan 1. janúar 2021 þegar sala IP-MPLS nets kæranda til Mílu hafi komið til framkvæmda.
55. Þá telur FST liggja í augum uppi í ljósi fyrirhugaðrar sölu Mílu að Míla þurfi með sjálfstæðum hætti að gæta hagsmuna sinna á þeim mörkuðum sem mál þetta varði og að kærandi eigi ekki að hafa aðild að málum sem varði markaði sem hann starfi ekki á.
56. FST telur að það skorti verulega á að kærandi uppfylli framangreind skilyrði fyrir því að geta átt aðild að kærumáli um hina kærðu ákvörðun og að ÚPF beri því að vísa kæru félagsins frá.
57. Af hálfu FST er vísað til þess að almennt hafi verið álítið að samkeppnishagsmunir einir og sér leiðir ekki til þess að fyrirtæki njóti aðilastöðu í máli sem varði hagsmuni keppinauts. Sjaldgæf en þekkt undantekning frá þessari meginreglu sé dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 83/2003. Vísað er til fræðigreinar dr. Páls Hreinssonar: „*Aðili stjórnsýslumáls*“, þar sem hann dragi þá ályktun að miklu hafi ráðið um niðurstöðu Hæstaréttar að á sumum mörkuðum kepptu einungis þau tvö skipafélög sem voru aðilar að málinu. Þær forsendur sem dómurinn hafi byggt á séu ekki fyrir hendi í kærumáli þessu. Í fyrsta lagi sé kærandi ekki að keppa á sama markaði og Ljósleiðarinn. Í öðru lagi sé heildsöluþjónusta á heimtauga- og aðgangsneti fyrir fjarskiptasambönd ekki tvíkeppnismarkaður. Kærandi geti því ekki talist „hinn aðilinn“ á markaðinum.
58. Þá vísar FST til nýlegra fordæma úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála á fjarskiptamarkaði um aðild að málum keppinauta, annars vegar úrskurð 3a/2021 og hins vegar 3b/2021. Atvik séu með sama hætti í kærumáli þessu að því leyti að hin kærða ákvörðun hafi eingöngu beinst að réttindum og skyldum Ljósleiðarans. Í hinni kærðu ákvörðun sé ekki vikið að réttindum og skyldum kæranda, auk þess sem að kærandi hafi ekki haft neina óbeina aðkomu að málinu við meðferð þess hjá FST.
59. Þá séu fyrir hendi þær aðstæður sem lýst hafi verið í grein dr. Páls Hreinssonar að gæta þurfi að því að líta til þess að hagsmunir aðila að málinu geti falist í því að keppinautar fái ekki aðgang að viðkvæmum upplýsingum um viðskipta- og samkeppnishagsmuni. Hin

kærða ákvörðun varði framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar Ljósleiðarans innan OR samstæðunnar. Við úttektina sé einkum stuðst við fjárhagsleg og bókhaldsleg gögn úr rekstri Ljósleiðarans, auk viðskiptaupplýsinga af ýmsu tagi, s.s. fjárfestinga- og viðskiptaáætlana félagsins. Megi þannig í raun segja að flest öll gögn málsins varði upplýsingar sem njóta skuli trúnaðar samkvæmt 9. gr upplýsingalaga nr. 140/2012 vegna fjárhags- og viðskiptahagsmuna. Sé hin kærða ákvörðun því birt með miklum takmörkunum á upplýsingum sem njóti trúnaðar. Þá hafi Samkeppniseftirlitið bent á það að miðun upplýsinga til aðila stjórnsýslumáls um fjárhags- og viðskiptahagsmuni keppinauts geti falið í sér samkeppnisröskun í skilningi 10. gr. samkeppnisлага. FST telur að réttur til aðgangs að upplýsingum, sem aðilar stjórnsýslumáls eiga samkvæmt 15. gr. stjórnsýslulaga geti falið í sér samkeppnisröskun með samskonar hætti og Samkeppniseftirlitið hafi bent á.

## 2.3

60. Með bréfi, dags. 13. apríl 2022, barst umsögn Ljósleiðarans vegna formhliðar málsins, í samræmi við bréf ÚFP, dags. 1 apríl 2022.
61. Ljósleiðarinn gerir þá kröfu að kæru verði vísað frá þar sem hún uppfylli ekki formskilyrði enda njóti kærandi ekki réttar til að bera málið undir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.
62. Í *fyrsta lagi* byggir Ljósleiðarinn á því að kærandi hafi ekki verið aðili að málínu fyrir FST heldur hafi úttektin beinst að Ljósleiðaranum, sem hafi verið eini aðili málsins.
63. Í *öðru lagi* sé það svo að til að heimilt sé að kæra niðurstöðu FST til úrskurðarnefndarinnar þurfi að liggja fyrir að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Í málínu liggi slíkt ekki fyrir enda hafi úttektin verið hluti viðvarandi eftirlits með starfsemi Ljósleiðarans og í málínu hafi ekki verið tekin eiginleg stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 enda hafi ekki í henni verið kveðið á um með bindandi hætti um rétt eða skyldu Ljósleiðarans. Í málínu hafi verið um að ræða áfangabundna niðurstöðu í reglubundinni úttekt sem sé hluti viðvarandi eftirlits.
64. Í *priðja lagi* séu hagsmunir kæranda ekki þess eðlis að réttlætanlegt sé að veita kæranda sérstaka heimild til að kæra niðurstöðu úttektar FST til æðra stjórnvalds. Áskilið sé í 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009 að hagsmunirnir séu allt í senn sérstakir, verulegir og lögvarðir þannig að réttlætanlegt sé að fallast á að kæruheimildin sé til staðar. Öll þrjú skilyrðin þurfi að vera uppfyllt, en því sé ekki fyrir að fara í tilviki kæranda.
65. Ljósleiðarinn fái ekki séð að niðurstaða í viðvarandi úttekt á starfsemi Ljósleiðarans sé til þess fallin að hafa þannig áhrif að sérstakir hagsmunir kærandi verði fyrir borð bornir. Kærandi sé einn viðskiptavina Ljósleiðarans og dreifi þjónustu sinni og efni um kerfi Ljósleiðarans. Félagið starfi á öðrum markaði en Ljósleiðarinn og sé því ekki í beinni

samkeppni við hann. Þá hafi kærandi selt út úr samstæðu sinni helsta keppinaut Ljósleiðarans, Mílu.

66. Ljósleiðarinn fái þar að auki ekki séð hverjur kunni að vera þeir lögvörðu hagsmunir sem kærandi byggi á.
67. Þá sé það svo að til að uppfyllt séu skilyrði um að kærandi hafi verulegra hagsmuna að gæta þurfi kærandi að sýna fram á einstaka hagsmuni sína umfram aðra og þurfi þeir að vera verulegir svo telja megi að skilyrði um verulega hagsmuni sé uppfyllt. Því sé ekki fyrir að fara enda sé starfsemi kæranda á engan hátt háð niðurstöðu í máli er varðar úttekt á starfsemi Ljósleiðarans né heldur hafi niðurstaðan í málínu þýðingu fyrir kæranda.

### 3.

68. Framkomnar umsagnir allra málsaðila voru kynntar öllum málsaðilum og kostur veittur á að koma á frekari sjónarmiðum um formhlið málsins með bréfi, dags. 26. apríl 2022. Var frestur til að skila inn frekari athugasemdum veittur til 5. maí 2022. Í samræmi við beiðni þar um var Ljósleiðaranum veittur frestur til frekari athugasemda, eða til 20. maí 2022.

#### 3.1

69. Með bréfi, dags. 12. maí 2022, bárust úrskurðarnefnd frekari athugasemdir frá kæranda um formhlið málsins.
70. Kærandi vísar til athugasemda aðila um fyrirhugaða sölu á Mílu. Vekur kærandi í því sambandi athygli á því að krafa kæranda lúti að ákvörðun FST nr. 1/2022, sem feli í sér úttekt á fjárhagslegum aðskilnaði árin 2018-2020. Hafi kærandi skrifað undir kaupsamning um sölu á öllum hlutum í Mílu dags. 23. október 2021. Samkeppniseftirlitið hafi ekki samþykkt kaupin og þar af leiðandi séu viðskiptin ekki komin til framkvæmda, sbr. 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, nr. 44/2005.
71. Sala kæranda á Mílu muni fela í sér að kaupandinn taki við hlutunum til framtíðar, en ekki afturvirkt. Hin kærða ákvörðun lúti að árunum 2018-2020. Hafi það þar af leiðandi enga þýðingu í þessu máli hvort kærandi hafi skrifað undir framangreindan kaupsamning þar sem ákvörðun FST taki til tímabils sem átti sér stað áður en kaupsamningur hafi verið undirritaður. Af kaupverði sem hafi verið samið um megi þó ráða að kærandi hafi verulega hagsmuni af því að rekstur Ljósleiðarans sé í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga.
72. Kærandi kveðst ekki átta sig á umsögn FST, sérstaklega í ljósi ákvörðunar stofnunarinnar nr. 27/2010, þar sem fallist hafi verið á aðild Skipta að máli um 36. gr. fjarskiptalaga. Hafi úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála fallist á aðild kæranda (þá Skipta) að málínu, sbr. úrskurð nr. 6/2010. Kærandi bendir á að þegar hafi verið skorið úr um að eignarhald hans á Mílu leiði til þess að kærandi eigi verulegra, beinna og sérstakra hagsmuna að gæta, sbr. úrskurð ÚPF nr. 6/2010.

73. Varðandi nýleg fordæmi sem FST vísi til varðandi aðild Tengis og Ljósleiðarans að máli vegna kæru á ákvörðun nr. 5/2010, bendir kærandi á að eftir því sem kærandi best viti þá séu bæði fyrirtæki í beinni samkeppni við Mílu varðandi heimtaugar, en séu ekki kaupendur eða aðgangsbeiðendur að þjónustu Mílu. Allt regluverk fjarskiptalaga sem feli í sér heimild fyrir Fjarskiptastofu til þess að tryggja virkan aðgang að kerfum fyrirtækja sem séu skilgreind með umtalsverðan markaðsstyrk, lúti að aðgang að viðkomandi kerfum. Regluverkið sé ekki hannað fyrir keppinauta til þess að koma kvöðum á. Sé eðlilegt að hvorki Ljósleiðarinn né heldur Tengir séu aðilar að slíku máli, þar sem réttindi og skyldur beinist að þeim aðila sem þurfi á kvöðunum að halda til að keppa á smásölustigi við fyrirtækið sem sé skilgreint með umtalsverðan markaðsstyrk. Hvorki Tengir né Ljósleiðarinn falli í þann flokk og þar af leiðandi sé ekki um sambærileg mál að ræða.
74. Hafi kærandi óskað eftir lista yfir þau allnokkru fyrirtæki sem væru starfandi á starfssvæði Ljósleiðarans. Afhentur hafi verið listi með níu fyrirtækjum sem hafi verið sögð í samkeppni við Ljósleiðarann og hafi Míla verið meðal þeirra. Við blasi að mat Fjarskiptastofu sé þar af leiðandi að það sé mikil og virk samkeppni á starfssvæði Ljósleiðarans. Ljósleiðarinn og Míla séu í samkeppni við átta önnur fyrirtæki á starfssvæði Ljósleiðarans. Núna sé ljóst að á starfssvæði Ljósleiðarans séu 10 fyrirtæki að keppa á viðkomandi mörkuðum.
75. Að mati kæranda eigi allir keppinautar Ljósleiðarans á starfssvæði félagsins lögvarða hagsmuni af því hvort félagið starfi í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga og þar af leiðandi aðild að máli sem varði eftirlit með háttsemi Ljósleiðarans.
76. Kærandi telur blasa við að stofnunin ætti að afturkalla ákvörðun nr. 5/2021 í ljósi framangreindra fullyrðinga, þar sem stofnunin hafi sagt að á heimtaugamarkaði væru í mesta lagi tveir aðilar að bjóða þjónustu á hverju svæði. Nú séu að skyndilega 10 aðilar á starfssvæði Ljósleiðarans. Eitthvað hafi rannsókn FST í ákvörðun nr. 5/2021 farið úrskeiðis þegar umsögn stofnunarinnar sé skoðuð.
77. Kærandi telur óhjákvæmilegt að vísa til málsástæðna FST í tengslum við það mál er varð að úrskurði ÚPF nr. 6/2010, en þar hafi stofnunin verið fylgjandi aðild kæranda að málínun og veltir kærandi þar af leiðandi fram þeirri spurningu hvers vegna stofnunin sé andsnúin aðild kæranda í þessu máli.
78. Í umsögn FST sé vísað til þess að kærandi sé ekki starfandi á markaði fyrir heimtaugar eða stofnlínur og þar af leiðandi sé félagið ekki í samkeppni við Ljósleiðarann. Hvað þetta atriði varði, bendir kærandi á úrskurð ÚPF nr. 6/2010, þar sem það hafi ekki verið nauðsynlegt að Míla væri aðili að viðkomandi máli, heldur gæti eigandi félagsins verið það.

79. Kærandi selji tengingar beint til fyrirtækja í samkeppni við Ljósleiðarann og hafði kærandi áður vísað til þess að Ljósleiðarinn hafi verið hluti af útboði Reykjavíkurborgar og þannig verið í samkeppni við kæranda á sama tímabili og rannsókn FST tók til. Ljósleiðarinn bjóði einnig þjónustu sína beint til heimila. Ljósleiðarinn sé þannig bæði heildsali og keppinatur viðskiptavina sinna hvað þetta varði. Þá selji kærandi einnig heimtaugar til endnotenda og hafi verið eina fyrirtækið sem hafi ekki verið að nota kerfi Ljósleiðarans árin 2018-2020. Þannig standist ekki fullyrðing FST um umsvif Ljósleiðarans og kærandi sé í beinni samkeppni við félagið og eigi þar af leiðandi aðild að málinu.
80. Þá mótmælir kærandi umsögn Ljósleiðarans í *fyrsta lagi* á þeim grundvelli að þau rök haldi ekki vatni að kærandi geti ekki kært ákvörðun FST af þeirri ástæðu að kærandi hafi ekki verið aðili að úttektinni fyrir FST. Ef kærandi eigi lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins, þá skipti ekki máli hvort kærandi hafi verið aðili að málinu hjá FST. FST hafi aldrei upplýst opinberlega að stofnunin væri með úttekt á Ljósleiðaranum í gangi vegna áranna 2018-2020 og þar af leiðandi hafi kærandi ekki getað gætt hagsmuna sinna fyrir FST.
81. Í *öðru lagi* sé augljóst að um sé að ræða stjórnavaldakvörðun. Úttekt FST feli í sér rannsókn á því hvort Ljósleiðarinn hafi brotið gegn 36. gr. fjarskiptalaga. Slíkar ákvarðanir séu stjórnavaldakvárðanir þar sem í ákvörðuninni felist ákvörðun um rétt Ljósleiðarans og Orkuveitunnar til þess að haga starfsemi sinni með ákveðnum hætti og að það samrýmist 36. gr. fjarskiptalaga. Þessu mati sé kærandi ósammála og telji m.a. að rannsókn á málinu sé ábótavant.
82. Taki ÚFP málið til efnislegrar meðferðar og með þann aðgang að þeim trúnaðargögnum sem kærandi geti ekki fengið aðgang að, muni nefndin taka efnislega afstöðu til þess hvort grunur kæranda reynist réttur eða ekki.
83. Ef aðild kæranda yrði hafnað þá gæti FST raunverulega hætt eftirliti með Ljósleiðaranum og enginn á markaðnum gæti gert athugasemdir við þá ákvörðun þar sem ekki væri um stjórnavaldakvörðun að ræða. Það blasi við að slíkt gangi ekki upp og sé þróng túlkun á stjórnavaldakvörðun ekki réttmæt.
84. Í *priðja lagi* eigi kærandi lögvarða hagsmuni af ákvörðun FST varðandi greiningu á því hvort eftirlit með Ljósleiðaranum sé fullnægjandi og hvort starfsemi félagsins sé í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga. Varðandi aðild kæranda sem eiganda Mílu vísar kærandi til úrskurðar ÚPF nr. 6/2010 þar sem hann telur þeirri spurningu hafi verið svarað hvort kærandi, sem eigandi Mílu, sem sé keppinatur Ljósleiðarans, geti verið aðili að máli á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga. Ekkert í umsögn Ljósleiðarans hafi hrakið þau sjónarmið og sé ekki einu sinni gerð tilraun til þess.

85. Kærandi telur ljóst að starfsemi Ljósleiðarans og vöxtur félagsins hafi bein áhrif á Mílu og einnig bein áhrif á kæranda. Hvort það séu allnokkur fyrirtæki á markaðnum eins og FST hafi bent á breyti því ekki að Ljósleiðarinn hafi tekið umtalsvert af tengingum frá Mílu og einnig frá kæranda. Bæði kærandi og Míla séu í beinni samkeppni við Ljósleiðarann.
86. Það sem Ljósleiðarinn bendi ekki heldur á í umsögn sinni sé að kærandi og Ljósleiðarinn séu í beinni samkeppni og hafi verðlagning Ljósleiðarans á þjónustu sinni bein áhrif á kæranda á markaði.
87. Í ljósi þess að Ljósleiðarinn sé starfandi á smásölmarkaði með þeim hætti að félagið bjóði heimtaugar beint til endnotenda og með opinbera verðskrá fyrir þá þjónustu sé augljóst að kærandi sé í beinni samkeppni við Ljósleiðarann og þar af leiðandi eigi kærandi beina og lögvarða hagsmuni á þeim grundvelli. Það sé óhugsandi ef einkaaðilar geti ekki verið taldir hafa aðild að máli er varði eftirlit opinberra stofnana með opinberum fyrirtækjum sem séu í beinni samkeppni við einkaaðilana.

### 3.2

88. Með bréfi, dags. 10. maí 2022, bárust úrskurðarnefndinni frekari athugasemdir frá FST um formhlið málsins.
89. FST bendir í öndverðu á að kærandi leitist í greinargerð sinni, dags. 12. apríl, við að benda á mikilvæga hagsmuni sína af málínu sem séu fólgðir í því að mögulega of lág verðskrá Ljósleiðarans á heildsölustigi geti varðað viðskiptahagsmuni kæranda. Hér verði þó að telja að um sé að ræða óbeina hagsmuni en ekki beina, þar sem að séu fjölmörg fjarskiptafyrirtæki sem annað hvort greiði samkvæmt gjaldskrá Ljósleiðarans eða verði fyrir samkeppnislegum áhrifum af henni.
90. Rökstuðningur kæranda sé að miklu leyti settur fram í sögulegu samhengi. Meðal annars sé vísað til útboðs á fyrirtækjamarcaði frá árinu 2017 sem bæði kærandi og Ljósleiðarinn hafi tekið þátt í. Ekki verði séð hvaða tengsl þau atvik hafi við framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar Ljósleiðarans innan OR samstæðunnar eða að það væri yfirleitt hægt að sýna fram á orsakatengsl á milli framkvæmdar aðskilnaðarins og tilboðsgerðar Ljósleiðarans í útboðinu nú fimm árum síðar.
91. Þá vísar FST til þess að þeir hagsmunir kæranda sem séu til staðar og ekki verði deilt um séu að Míla ehf. sé sem stendur ennþá dótturfyrirtæki innan samstæðu kæranda. Vel kunni að vera að fjárhagslegur styrkur og samkeppnisleg staða Ljósleiðarans hafi áhrif á verðgildi Mílu. Aftur á móti séu það óbeinir hagsmunir sem uppfylli ekki skilyrði stjórnsýsluréttar. Í öllu falli þyrfti það að vera fjarskiptafyrirtæki sem starfi á sama markaði og Ljósleiðarinn sem myndi láta reyna á slík skilyrði.
92. Þá hafnar FST að úrskurður ÚPF í kærumáli nr. 8/2006, sem úrskurður ÚPF í máli nr. 6/2010 hafi byggst á og kærandi vísí til, hafi fordæmisgildi. Um sé að ræða sextán ára

gamlan úrskurð sem hafi að geyma undantekningu á þeirri meginreglu að samkeppnishagsmunir veiti aðila almennt ekki aðilastöðu í stjórnsýslumálum keppinauta, og kveðinn hafi verið upp í allt öðru markaðs- og samkeppnisumhverfi heldur en ríki í dag.

93. Ekki sé hægt að líta svo á að niðurstaða í kærumáli nr. 6/2010 feli í sér að kærandi eigi um aldur og ævi aðild að stjórnsýslumálum er varði framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá fyrirtækjum á fjarskiptamarkaði.
94. Í kæru sé ekki vikið að hagsmunum kæranda hvað varði eftirlit FST með framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar gagnvart Ljósleiðaranum. Hins vegar verði ljóst þegar lesinn sé rökstuðningur kæranda fyrir málсаðildinni að krafan um aðild byggi á því að draga úr samkeppni á heildsölustigi, með því að heildsöluverð Ljósleiðarans séu ekki lægri en hjá Mílu. Míla sé sjálfstætt félag í ljósi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015. Í 5. gr. í ákvörðunarorðum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins felist að rekstur Mílu, bæði til skamms og langs tíma, eigi ekki að vera með þeim hætti að lóðrétt samþætting samstæðunnar hafi skaðleg áhrif á samkeppni á fjarskiptamarkaði. Með þessu sé markmiðið að t.d. kærandi, bæði heildsala og smásala, njóti ekki eignatengsla við Mílu umfram keppinauta þeirra með nokkrum hætti.
95. Þá gerist að mati FST ekki þörf fyrir ÚPF að skoða málið út frá því sjónarhorni að málarekstur kæranda kunni að hvíla á vafasönum grunni, hvað varðar þær kvaðir sem lagðar hafi verið á samstæðu kæranda um að skilja Mílu frá kæranda og efla sjálfstæði Mílu innan samstæðunnar. Kærandi uppfylli einfaldlega ekki skilyrði fyrir því að eiga aðild að þeirri kröfu sem kæra hans lýtur að. Beri því að vísa kröfum kæranda frá á grundvelli aðildarskorts.

### 3.3

96. Með bréfi, dags. 20. maí 2022, bárust úrskurðarnefnd frekari athugasemdir frá Ljósleiðaranum um formhlið málsins.
97. Ljósleiðarinn telur að við mat á því hvort kærandi geti átt aðild að máli þessu, verði að telja það vega þungt að um sé að ræða viðvarandi eftirlit FST á því hvort að samkeppnisstarfsemi Ljósleiðarans sé fjárhagslega aðskilin innan samstæðu OR. Í málinu sé ekki um að ræða stjórvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 þar sem að í ákvörðuninni sé ekki fólgin bindandi ákvörðun um rétt eða skyldu Ljósleiðarans.
98. Ljósleiðarinn telur einnig að líta beri til þess að kærandi sé ekki í beinni samkeppni við Ljósleiðarann. Samkeppnin sem sé til staðar á markaði Ljósleiðarans snúi að Mílu ehf., sjálfstæðu dótturfélagi innan samstæðu kæranda. Það geti ekki talist nægjanlega sterkt rök fyrir aðild að stjórnsýslumáli að óbeinir hagsmunir sjálfstæðs dótturfélags réttlæti

aðild móðurfélagsins að máli því sem um ræði hverju sinni, né sé það í samræmi við meginreglur stjórnsýsluréttarins og 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009.

99. Þá hafi kærandi selt Mílu að fullu úr samstæðu sinni og megi á næstunni búast við því að salan verði endanleg að lokinni skoðun Samkeppniseftirlitsins. Því veki það undrun og áhuga Ljósleiðarans að sá aðili sem kærir ákvörðun FST nr. 1/2022 sé ekki sá aðili sem Ljósleiðarinn sé í samkeppni við heldur móðurfélagið. Í þessu máli sé kærandi að kæra niðurstöðu lögbundins eftirlits sem FST hafi framkvæmd frá ákvörðun FST nr. 8/2006, og sé því ljóst að ekki sé til staðar nein stjórnavaldaákvörðun sem beinist að kæranda og geti félagið því ekki átt aðild að máli þessu.
100. Í greinargerð kæranda, dags. 8. apríl 2022, segi að verðlagning og afkoma Ljósleiðarans hafi bein áhrif á kæranda og samstæðu félagsins, bæði á heimtaugar og internetþjónustu. Kærandi hafi ekki með skyrum hætti tilgreint hverjir þessir beinu hagsmunir kunni að vera sem réttlætt geti aðild kæranda. Jafnvel þó ljóst sé að verðlagning Ljósleiðarans hafi bein áhrif á kæranda og samstæðu félagsins, leiði það ekki eitt og sér til þess að kærandi geti notið aðildar að öllum þeim stjórnsýslumálum sem snúi að Ljósleiðaranum og því eftirliti sem Ljósleiðarinn lúti í starfsemi sinni.
101. Ljósleiðarinn telur óbeina hagsmuni kæranda svo óverulega og langsótta að ekki sé hægt að fallast á aðild að máli þessu á grundvelli óbeinna hagsmuna kæranda.
102. Þá byggi kærandi aðild á verulegum hagsmunum. Ljósleiðarinn telur að almenningur allur eigi nokkra hagsmuni af því að lögbundið eftirlit stjórvalda sé framkvæmt með fullnægjandi hætti og sé í samræmi við skyldur stjórvalda. Ekki sé þó tilefni til þess að veita einstaklingum eða lögaðilum aðild að málum keppinauta á þeim forsendum að niðurstaða lögbundins eftirlits, líkt og hér um ræði, sé sú að samkeppnisaðilinn hafi starfað eftir þeim reglum sem honum ber að starfa.
103. Verði að telja verulega hagsmuni fólgna í því að eftirlit með starfsemi félaganna sé til staðar og framkvæmd með fullnægjandi hætti. Vonbrigði með niðurstöðu slíks eftirlits séu ekki til þess fallin að teljast nægilega góð rök fyrir því að eiga verulega hagsmuni undir í málinu, í skilningi 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009. Rökstuðningur kæranda sé ófullnægjandi um að hagsmunir sem leiði af niðurstöðu hins lögbundna eftirlits séu verulegir.
104. Ef niðurstaða lögbundins eftirlits FST leiddi það í ljós að 36. gr. fjarskiptalaga væri ekki fullnægt, væri um að ræða rask á samkeppni á fjarskiptamarkaði almennt sem hefði ekki einungis áhrif á hagsmuni kæranda, öllu heldur hefði það almenn áhrif, það er jöfn áhrif á starfsemi og afkomu allra fyrirtækja á heimtauga- og fjarskiptamarkaði. Af því leiði að kærandi geti ekki talist eiga sérstaka hagsmuni umfram aðra af því að hin kærða ákvörðun verði ógild og tekin til efnislegrar meðferðar að nýju.

105. Þá telur Ljósleiðarinn að hagsmunir kæranda af máli þessu séu fyrst og fremst fólgir í því að FST sinni eftirlitsskyldu sinni með fullnægjandi hætti. Þeirra hagsmuna sé gætt með því viðvarandi eftirliti sem FST hafi framkvæmd gagnvart Ljósleiðaranum m.t.t. 36. gr. fjarskiptalaga um árabil. Þeir hagsmunir teljist þó ekki lögvarðir í þeim skilningi að það geti skipt kæranda máli að lögum að hin kærða ákvörðun sé felld úr gildi og ný tekin.
106. Að öllu framangreindu virtu sé ljóst að kærandi geti ekki talist eiga beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af máli þessu og sé því skilyrðum um aðild skv. 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um kæruheimild til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála ekki fullnægt í máli þessu.

#### **IV. Niðurstöður**

##### **1.**

107. Í úrskurði þessum er deilt um hvort kærandi geti átt aðild að máli þessu hjá ÚFP. Hin kærða ákvörðun varðar úttekt FST á framkvæmd á fjárhagslegum aðskilnaði Ljósleiðarans innan samstæðu OR þar sem niðurstaðan var sú hún væri í samræmi við 36. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti. Ágreiningur máls þessa snýr að því hvort kærandi geti átt aðild að því á grundvelli 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, og stjórnsýslulaga, nr. 37/1993.
108. Markmið laga nr. 81/2003 er, skv. 2. mgr. 1. gr., að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði.
109. Í 2. gr. laga nr. 81/2003 er fjallað um stjórn fjarskiptamála, en samkvæmt 1. mgr. 2. gr. fer ráðherra með yfirstjórn fjarskipta. Hlutverk Fjarskiptastofu er áréttar í 2. mgr 2. gr., en þar kemur fram að Fjarskiptastofa skuli hafa umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og hafa eftirlit með framkvæmd fjarskiptalaga.
110. Í lögum nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, er jafnframt vísað til þessa hlutverks Fjarskiptastofu, en í 1. mgr. 2. gr. kemur fram að Fjarskiptastofa annist stjórnsýslu og eftirlit með framkvæmd fjarskipta- og netöryggismála, þar á meðal framkvæmd laga um fjarskipti, sbr. a. lið 1. mgr. 2. gr. laganna.
111. Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 75/2021 kemur fram að Fjarskiptastofa skuli hafa eftirlit með því að framkvæmd og starfsemi sem henni er að lögum falið að hafa eftirlit með sé í samræmi við lög, reglugerðir, reglur, skilyrði eða ákvarðanir sem um viðkomandi starfsemi gilda og að starfsemin sé að öðru leyti í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti.
112. Innan hlutverks Fjarskiptastofu fellur samkvæmt framangreindu að hafa eftirlit með framkvæmd 36. gr. laga nr. 81/2003. Í téðu ákvæði er kveðið á um að fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptajónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði en fjarskiptum skuli halda

fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skuli þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

113. Á grundvelli framangreinds eftirlitshlutverks Fjarskiptastofu, sbr. og 15. gr. laga nr. 75/2021, ákvað stofnunin að hefja úttekt á framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar Ljósleiðarans innan OR samstæðunnar, sbr. 36. gr. laga nr. 81/2003. Myndi úttektin taka til rekstraráranna 2018-2020 og var aðili málsins hjá stofnunni Ljósleiðarinn. Úttektinni lauk með ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 1/2022, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að fjárhagslegur aðskilnaður OR og Ljósleiðarans, á árunum 2018-2020, hafi verið í samræmi við 36. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.
114. Um hlutverk ÚPF er fjallað í 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu. Þar segir í 1. mgr. að ákvarðanir Fjarskiptastofu sæti kæru til sérstakrar nefndar, úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Skal kæran berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Fjarskiptastofu.
115. Á grundvelli d-liðar 1. mgr. 30. gr. laga nr. 75/2021 hefur ráðherra sett reglugerð nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, sem útfærir nánar starfshætti nefndarinnar. Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar er hlutverk úrskurðarnefndarinnar að leysa með skjótum, vönduðum og óhlutdrægum hætti úr kærum sem nefndinni berast.
116. Samkvæmt 2. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar tekur úrskurðarnefndin til úrskurðar, að kröfu þess sem á sérstakra, verulegra og lögvarinna hagsmuna að gæta, kæranlega ákvörðun, hvort heldur sem kæra lýtur að málsmeðferð eða efni hinnar kærðu ákvörðunar.

## 2.

117. Í úrskurði þessum er aðeins tekin afstaða til formhliðar málsins. Úrskurðarnefndin telur nauðsynlegt í ljósi framkomenna gagna að taka fyrst afstöðu til þess hvort kærandi geti átt aðild að máli þessu, en PFS og Ljósleiðarinn gera þá kröfu að málínu verði vísað frá úrskurðarnefndinni á grundvelli þess að kærandi geti ekki talist aðili málsins samkvæmt reglum stjórnsýsluréttar. Jafnframt er það afstaða Ljósleiðarans að hin kærða stjórnvaldsathöfn sé í eðli sínu ekki stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993. Telur úrskurðarnefndin því nauðsynlegt, áður en vikið er að aðild kæranda, að líta til eðli undirliggjandi stjórnvaldsathafnar.
118. Í athugasemdum Ljósleiðarans kemur fram að mál það, er kæran varði, lúti að fyrirkomulagi starfsemi Ljósleiðarans og sé hluti af viðvarandi eftirliti á grundvelli 36. gr. laga nr. 81/2003, í ljósi þess að innan sömu samstæðu sé einnig rekin sérleyfisstarfsemi. Þannig felist ekki, í hinni kærðu ákvörðun, stjórnvaldsákvörðun í skilningi stjórnsýslulaga þar sem ekki hafi verið kveðið á um rétt eða skyldu Ljósleiðarans í málínu. Ljósleiðarinn telur efnislegt inntak hinnar kærðu ákvörðunar, um niðurstöður viðvarandi

eftirlits, ekki geta talist vera ákvörðun í fyrirliggjandi stjórnsýslumáli sem kveði á bindandi hátt um rétt eða skyldur Ljósleiðarans. Af því leiði að ekki sé um að ræða stjórnvaldsákvörðun skv. 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga. Kærandi hafnar þessum röksemendum Ljósleiðarans.

119. Ákvæði 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, kveður á um að ákvarðanir FST sæti kæru til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og að slík kæra skuli berast innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun stofnunarinnar. Ákvæðið tekur fyrst og fremst til stjórnvaldsákvárðana á fyrsta stjórnsýslustigi sem binda enda á viðkomandi deilumál, í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Í samræmi við það er það almennt forsenda stjórnsýslukæru til ÚFP að um sé að ræða stjórnvaldsákvörðun í framangreindum skilningi.
119. Um hlutverk Fjarskiptastofu er fjallað í lögum nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, nánar tiltekið 2. gr., líkt og framangreinir. Samkvæmt a-lið 1. mgr. ákvæðisins annast FST stjórnsýslu og eftirlit með framkvæmd fjarskipta- og netöryggismála, þar á meðal framkvæmd laga um fjarskipti, nr. 81/2003. Í 6. gr. er svo kveðið á um þá skyldu stofnunarinnar að stuðla að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti en í staflíðum a.-d. er í dæmaskyni talið upp hvernig FST skuli sinna þessari skyldu sinni.
120. Í 15. gr. laga nr. 75/2021 er svo vikið að eftirlitsúrræðum FST og þeim viðurlögum sem stofnunin getur beitt. Samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins getur FST krafíð þá sem stunda starfsemi sem fellur undir lög um fjarskipti og önnur lög sem undir stofnunina heyra um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála, þar á meðal vegna hlutverks stofnunarinnar er varða almannahagsmuni og þjóðaröryggi. Þá segir í 4. mgr. ákvæðsins að FST sé heimilt að krefjast þess að henni séu m.a. látnir í té ársreikningar, milliuppgjör, yfirlýsingar endurskoðenda eða aðrar sambærilegar upplýsingar. Meðal úrræða FST, fari fjarskiptafyrirtæki, aðrir lögaðilar eða einstaklingar ekki eftir lögum nr. 75/2021 eða lögum nr. 81/2003, er að leggja á og innheimta dagsektir sem numið geta 50.000-1.000.000 kr. á dag til að tryggja að eftir fyrirmælum stofnunarinnar sé farið.
121. Samkvæmt fyrrnefndri 1. mgr. 36. gr. laga nr. 81/2003 skulu fjarskiptafyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptaþjónustu og njóta einka- eða sérréttinda á öðru sviði halda fjarskiptastarfsemi sinni fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi. Samkvæmt 2. mgr. 36. gr. laganna gildir ákvæðið án tillits til markaðsstyrks fyrirtækis. Í samræmi við framangreint hlutverk FST annast stofnunin stjórnsýslu og eftirlit með framkvæmd laga nr. 81/2003, þ.m.t. ákvæði 36. gr. laganna.
122. Í samræmi við það hefur FST (áður PFS) tekið ákvarðanir varðandi starfsemi OR í alls níu skipti og hafa þær leitt til þess að á félagini hvíla kvaðir og skyldur og eru þær helstu

raktar í kafla 3.2 hinnar kærðu ákvörðunar. Samhengisins vegna verða niðurstöður þessara ákvarðana stuttlega raktar:

123. Með ákvörðun PFS nr. 10/2006, sem varðaði fjarsskiptarekstur Ljósleiðarans (þá Orkuveitu Reykjavíkur), var féluginu gert skylt að stofna sérstaka einingu um rekstur fjarsskiptastarfsemi, lán vegna yfirtöku eigna skyldu bera markaðsvexti, féluginu var ekki heimilt að setja aðrar eignir að veði fyrir lánum nema þær sem tilheyrðu fjarsskiptastarfsemi og féluginu var gert að taka sérstaka ákvörðun um arðsemiskröfu.
124. Með ákvörðun PFS nr. 32/2008 gerði PFS úttekt á framkvæmd fjárhagslegum aðskilnaði á fjarsskiptastarfsemi Orkuveitu Reykjavíkur (OR), sem þá fór fram í Gagnaveitu Reykjavíkur, frá annarri einkaleyfisverndaðri starfsemi félagsins. Samkvæmt ákvörðuninni var Gagnaveitu Reykjavíkur (nú Ljósleiðarinn) ekki heimilt að birta samandreginn ársreikning og lánstími langtímaláns félagsins styttur, eins og nánar greinir í ákvörðunarorðum hennar.
125. Ákvörðun PFS nr. 14/2010 kom í kjölfar hlutafjárhækkunar í Gagnaveitu Reykjavíkur. Með ákvörðuninni var kveðið á um skyldu félagsins til að fá fyrirfram samþykki PFS fyrir hlutafjáraukningu sem OR, eða annað fyrirtæki innan fyrirtækjasamstæðunnar, er greiðandi að. Þá voru jafnframt settar strangari kvaðir hvað varðaði skammtímaskuldir Gagnaveitu Reykjavíkur við OR, eða önnur félög innan samstæðunnar. Þessi ákvörðun var af hálfu Gagnaveitu Reykjavíkur kærð til ÚFP sem lauk málínu með úrskurði í máli nr. 3/2010 og var hin kærða ákvörðun PFS staðfest.
126. Í ákvörðun PFS nr. 25/2010 var fjallað um gildi skilmála lánasamnings Gagnaveitu Reykjavíkur við óháðan lánveitanda um að félagið myndi ekki greiða vexti á lánstíma lánsins við láni við OR. PFS taldi ákvæði lánasamningsins brjóta í bága við ákvarðanir PFS frá 13. nóvember 2006 (10/2006) og 30. desember 2008 (32/2008) og lánssamning Gagnaveitu Reykjavíku og OR frá 7. mars 2007, og þ.a.l. gegn 36. gr. laga nr. 81/2003. Bar því Gagnaveitu Reykjavíkur að virða ákvæðið að vettugi að standa OR skil á vaxtagreiðslum á umsömdum vaxtagjalddögum þar til lán GR hjá OR hafði að fullu verið upp greitt.
127. Með ákvörðun PFS nr. 39/2010 var Gagnaveitu Reykjavíkur talið heimilt að hækka hlutafé sitt um 1,2 milljarða kr. í kjölfar óvenjulegra aðstæðna á fjármálamörkuðum á árinu 2008. Það var mat stofnunarinnar að Gagnaveita Reykjavíkur uppfyllti kröfu um arðsemi á eigin fé sem eðlilegt væri að gera til fjarsskiptafyrirtækis á samkeppnismarkaði. Gagnaveitu Reykjavíkur var gert skylt að senda PFS árlega ítarlegar upplýsingar um rekstur og efnahag, ásamt endurskoðaðri viðskiptaáætlun og arðsemiskröfu í samræmi við nánari fyrirmæli PFS þess efnis.

128. Með ákvörðun PFS nr. 26/2013 samþykki stofnunin beiðni Gagnaveitu Reykjavíkur um að stofnunin myndi taka bráðabirgðaákvörðun um að gera féluginu kleift að framlengja lánsamning við OR. Hafði Míla ehf. aðild að málínú, í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 20/2013.
129. Með ákvörðun PFS nr. 2/2014 var Gagnaveitu Reykjavíkur heimilað að hækka hlutafé sitt um 3,5 milljarða kr. sem OR væri greiðandi að, með því skilyrði að hlutafjáraukningin kæmi til lækkunar á tilteknu láni Gagnaveitu Reykjavíkur hjá OR. Þá voru einnig skilyrði sett um eðlilega ávöxtunarkröfu á það fjármagn sem bundið var í fjarskiptastarfsemi Gagnaveitu Reykjavíkur.
130. Með ákvörðun PFS nr. 11/2015 var Gagnaveitu Reykjavíkur meinuð þátttaka í fjármögnum á ljósleiðarauppbýggingu á vegum sveitarfélagsins Ölfus. Það var niðurstaða stofnunarinnar að það fyrirkomulag, um að nýta fjármagn frá OR, í uppgræðslusjóði Ölfuss til byggingar á ljósleiðaratengingu í sveitarfélagini, í samvinnu við Gagnaveitu Reykjavíkur, samkvæmt samningi þar um, hafi brotið gegn 1. mgr. 36. gr. laga nr. 81/2003. Var GR gert að grípa til ráðstafana er varða endurgreiðslu fjármagnsins. Útfærsla á fyrirkomulagi endurgreiðslu var ekki á forræði PFS en það var látið ganga til baka með þeim hætti að sveitarfélagið eignarfærði ljósleiðaranetið sem nam upphæð framlagsins.
131. Með ákvörðun PFS nr. 3/2019 var það meginniðurstaða stofnunarinnar að fjárhagslegur aðskilnaður OR og Gagnaveitu Reykjavíkur á árunum 2016-2017 hafi verið í samræmi við ákvæði 36. gr. laga nr. 81/2003. Hins vegar voru lagðar kvaðir á Gagnaveitu Reykjavíkur vegna lánveitinga OR til félagsins úr sjóðspotti OR samsteyppunnar og skilyrði lánastofnana í lánasamningum Gagnaveitunnar um eignarhald OR yfir fyrirtækinu. Með úrskurði ÚFP nr. 2/2019 var ákvörðunin staðfest.
132. Stjórnvaldsákvörðun í skilningi 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga er ákvörðun um rétt eða skyldu manns. Í samræmi við það er litið svo á að almennt eftirlit stjórnvalda teljist ekki til stjórnvaldsákvarðana. Við eftirlit stjórnvalda kunna hins vegar að koma fram upplýsingar sem geta orðið kveikjan að stjórnsýslumáli sem lýkur með töku stjórnvaldsákvörðunar.
133. Í þeim málum sem að framan eru rakin, þar sem PFS (nú FST) hefur fjallað um fjárhagslegan aðskilnað Ljósleiðarans (þá Gagnaveitu Reykjavíkur), lauk stofnunin þeim öllum með töku stjórnvaldsákvarðana, þar sem tilteknar kvaðir voru lagðar á félagið, eða féluginu var eftir atvikum ekki heimilað einhver framkvæmd. Þessar úttektir á framkvæmd aðskilnaðar innan samstæðunnar komu til viðbótar hinni reglulegu og árlegu upplýsingargjöf, sem grunnur var m.a. lagður með ákvörðun PFS nr. 39/2010.
134. Sé litið til atvika málsins, sem hin kærða ákvörðun lýtur að, er ljóst að málið hófst með tilkynningu FST til Ljósleiðarans um upphaf úttektar stofnunarinnar á fjárhagslegum aðskilnaði félagsins en skv. 36. gr. laga nr. 81/2003 ber OR samstæðunni að halda

fjarskiptastarfsemi félagsins fjárhagslega aðskilinni frá annarri starfsemi eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. FST (áður PFS) framkvæmir úttektir sem koma til viðbótar hinni reglulegu og árlegu upplýsingargjöf. Verður því að líta svo á að málið hafi hafist með þessari tilkynningu FST hinn 3. maí 2021 til Ljósleiðarans, um upphaf úttektar stofnunarinnar á fjárhagslegum aðskilnaði félagsins, og hófst þá stjórnsýslumálið sbr. 14. gr. stjórnsýslulaga.

135. Sem fyrr segir tekur 1. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021, um Fjarskiptastofu, fyrst og fremst til stjórnvaldsákvarðana á stjórnsýslustigi sem binda enda á viðkomandi deilumál. ÚFP telur rétt að líta svo á að með framangreindri tilkynningu til félagsins hinn 3. maí 2021 hafi stjórnsýslumálið hafist og þar með skylda stofnunarinnar til að ljúka málinu með formlegum hætti, sem oftast er gert með töku stjórnvaldsákvörðunar um efni málsins, frávísun þess eða niðurfellingu. Þessu máli var svo lokið hjá FST með hinni kærðu ákvörðun, þar sem niðurstaðan var að fjárhagslegur aðskilnaður OR og Ljósleiðarans á árunum 2018-2020 væri í samræmi við 36. gr. laga nr. 81/2003. ÚFP telur rétt að líta svo á að í hinni kærðu ákvörðun felist lokaákvörðun FST í málinu að því er varðar fjárhagslegan aðskilnað OR og Ljósleiðarans og að um ákvörðun í skilningi 1. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021 sé að ræða.

136. Eftir stendur því álitamálið um hvort kærandi eigi aðild að hinni kærðu ákvörðun.

### 3.

137. Í athugasemdum FST og Ljósleiðarans birtist sú afstaða þeirra að kærandi eigi ekki slíka hagsmuni að gæta af hinni kærðu ákvörðun að rétt sé að ljá honum aðild að kærumáli þessu. Um úttekt sé að ræða sem beindist að Ljósleiðaranum sem var eini aðili málsins.
138. Stjórnsýslukæra er réttarúrræði til handa aðila máls, eða annars, sem á kærurétt samkvæmt lögum, til að skjóta stjórnvaldsákvörðun til æðra stjórnvalds. Þegar kæra berst, sem uppfyllir kæruskilyrði, skapar það úrskurðarskyldu hjá hinu æðra setta stjórnvaldi.
139. Í 26. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, er fjallað um kæruheimild. Þar segir að aðila máls sé heimilt að kæra stjórnvaldsákvörðun til æðra stjórnvalds til að fá hana fellda úr gildi eða henni breytt nema annað leiði af lögum eða venju. Í greinargerð með frumvarpi því er varð að stjórnsýslögum er fjallað um kæruaðild, en þar segir í VII. kafla:

*Í kaflanum er heldur ekki að finna ákvæði um kæruaðild, en samt sem áður er rétt að gera stuttlega grein fyrir þeim meginjónarmiðum sem hafa skal til viðmiðunar við ákvörðun á því hverjir eigi aðild að kærumálum. Svo sem áður er minnst á er ekki hægt að kveða á um það í eitt skipti fyrir öll, heldur verður það ávallt að metast eftir atvikum hverju sinni. Við ákvörðun á því hvort tiltekinn maður eða lögaðili eigi aðild verður að líta til þess hvort sá hinn sami eigi einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta af úrlausn málsins.*

140. Hvorki í stjórnsýslulögum nr. 37/1993 né í lögum um Fjarskiptastofu nr. 75/2021 er að finna skilgreiningu á því hver geti talist aðili máls. Því er niðurstaða um þetta háð mati sem byggist á viðurkennum reglum stjórnsýsluréttar, sbr. einnig 2. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, þar sem segir að m.a. að úrskurðarnefndin taki kæranlega ákvörðun til úrskurðar, að kröfu þess sem á sérstakra, verulegra og lögvarinna hagsmuna að gæta.
141. Í íslenskum stjórnsýslurétti hefur verið lagt til grundvallar að aðili máls teljist sá einstaklingur eða lögaðili sem á beina, verulega, sérstaka og lögvarða hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Um er að ræða matskennt hugtak sem ber að meta eftir atvikum hverju sinni og undirliggjandi hagsmunum viðkomandi, þ.á m. með tilliti til þess efnisréttar sem er undir.
142. Eins og áður segir lýtur hin kærða ákvörðun að reglubundinni úttekt FST á fjárhagslegum aðskilnaði Ljósleiðarans og OR, sbr. 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Kærandi krefst þess að ákvörðunin verði felld úr gildi og lagt verði fyrir FST að rannsaka málið með fullnægjandi hætti.
143. Kærandi var ekki aðili málsins við málsmeðferð þess hjá FST. Úrskurðarnefndin telur að það eitt og sér leiði ekki til þess að kærandi geti ekki átt aðild að máli þessu.
144. Af stjórnsýslukæru kæranda má ráða að hann styðji aðild sína að málinu við samkeppnishagsmuni, bæði sína eigin og dótturfélags síns, Mílu ehf., fyrri úrskurði ÚPF og dóm Hæstaréttar frá 19. júní 2003 í máli nr. 83/2003.
145. Dæmi eru um að samkeppnishagsmunir geti leitt til aðildar að stjórnsýslumáli, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 83/2003, sem kærandi vísar til í kæru sinni. Þó er ljóst, í samræmi við forsendur þess dóms, að ekki er unnt að leggja til grundvallar einhlítan mælikvarða, við mat á því hvort að einstaklingur eða lögaðili geti talist aðili stjórnsýslumáls, og ber að meta hvert tilvik með sjálfstæðum hætti. Það þarf því að meta í hverju tilviki hvernig hagsmunir viðkomandi tengjast hinni kærðu ákvörðun, þ.e. hvort um sé að ræða beina, verulega, sérstaka og lögvarða hagsmuni. Ekki er unnt að leggja fyrri fordæmi til grundvallar án slíkrar athugunar.
146. Ekki verður véfengt að kærandi hafi hagsmuni af niðurstöðu málsins, einkum hvort að Ljósleiðarin starfi í samræmi við lög, í ljósi þess að dótturfélag kæranda er í beinni samkeppni við Ljósleiðarann. Hins vegar verður ekki litið fram hjá því að ekkert í hinni kærðu ákvörðun bendir til þess að gengið hafi verið á hagsmuni kæranda, en niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar var að fjárhagslegur aðskilnaður Ljósleiðarans og OR hafi verið í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003.

147. Kærandi hefur vísað til þess að allir keppinautar Ljósleiðarans á starfssvæði félagsins eigi lögvarða hagsmuni af því hvort félag starfi í samræmi við 36. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Að beiðni kæranda afhenti FST honum lista með 10 fyrirtækjum sem voru sögð í samkeppni við Ljósleiðarann og var Míla eitt þeirra fyrirtækja. Telur úrskurðarnefndin það gefa til kynna að hagsmunir kæranda af úrlausn málsins séu ekki svo sérstakir og verulegir, umfram aðra aðila sem starfa á viðkomandi mörkuðum, að rétt sé að veita kæranda aðilastöðu í málinu.
148. Þá verður ekki fallist á það með kæranda að hann eigi almennt aðild að málum sem varða fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptafyrirtækja á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga.
149. Jafnframt verður ekki litið fram hjá því að þau samkeppnissjónarmið sem lágu m.a. til grundvallar í máli Hæstaréttar nr. 83/2003 og kærandi vísar til, þar sem um var að ræða fákeppnimarkað, er ekki hægt að jafna saman við þær markaðsaðstæður á fjarskiptamarkaði sem uppi eru í máli þessu.
150. Kærandi hefur jafnframt vísað til þess að burtséð frá starfsemi Mílu, sé kærandi sjálfur í samkeppni við Ljósleiðarann og eigi þar af leiðandi aðild að málinu. Úrskurðarnefndin getur þó ekki fallist á að þeir almennu samkeppnishagsmunir geti einir og sér skapað kæranda aðilastöðu í máli þessu, enda er skilyrði fyrir aðild að kærandi eigi sérstakra hagsmunu að gæta af úrlausn málsins um að Ljósleiðarinn starfi í samræmi við lög, n.t.t. 36. gr. fjarskiptalaga.
151. Þá er ekki unnt að fallast á með kæranda að fyrri úrskurðir úrskurðarnefndar, þar sem fallist var á aðild fyrir nefndinni, leiði sjálfkrafa til þess að skilyrði fyrir kæruaðild í máli þessu séu uppfyllt. Um er að ræða atviksbundið mat sem þarf að taka til skoðunar hverju sinni, eins og málið horfir við nefndinni.
152. Með vísan til framangreinds og þeirra málsástæðna sem aðilar hafa teft fram í málinu og að framan eru raktar, telur úrskurðarnefndin þá hagsmuni sem kærandi kveðst hafa af úrlausn málsins ekki tengjast því nægilega þannig að hann geti haft aðilastöðu í kærumáli þessu. Peir hagsmunir kæranda sem fallast má á að séu fyrir hendi, eru að mati nefndarinnar ekki nægilega sérstakir, verulegir og beinir til þess að veita kæranda aðilastöðu í samræmi við meginreglur stjórnsýsluréttar um málsaðild.
153. Í samræmi við framangreint er það því niðurstaða nefndarinnar að vísa stjórnsýslukærunni frá úrskurðarnefndinni þar sem kærandi hefur ekki þeirra hagsmunu að gæta við úrlausn þess, sem aðili máls verður að hafa samkvæmt reglum stjórnsýsluréttar.

#### 4.

154. Samkvæmt 5. mgr. 20. gr. laga um fjarskiptastofu nr. 75/2021, sbr. einnig 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, skal

úrskurðarnefnd kveða á um fjárhæð og skiptingu málskostnaðar í úrskurðarorðum sínum. Samkæmt ákvæðinu skal taka gjald vegna málskots fjarskiptafyrirtækja, rekstraraðila neta og póstrekenda til úrskurðarnefndar og málsméðferðar fyrir nefndinni. Gjaldið tekur mið m.a. mið af kostnaði vegna þóknunar nefndarmanna, reksturs máls fyrir nefndinni og gagnaöflunar.

155. Í samræmi við fyrirmæli framangreinds gjaldtökuákvæðis er það svo að tapist mál í grundvallaratriðum skal sá málsaðili sem tapar að jafnaði greiða málskostnað. Hvorki í lögum né lögskýringargögnum er upplýsingar um hvað er nánar átt við með þeim orðum að mál hafi tapast í „grundvallaratriðum“ eða að málsaðili sem tapar skuli greiða kostnaðinn „að jafnaði“. Í framkvæmd er þó, í samræmi við almenn sjónarmið, litið til þess hvort veruleg vafaatriði eru uppi og hver ástæða málsaðila til að skjóta málinu til nefndarinnar, sbr. til hliðsjónar 3. mgr 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála.
156. Með tilliti til þess sem framan er rakið telur nefndin ekki uppi þær aðstæður að rétt sé að skipta málskostnaði við reksturs málsins enda ekki slíkur vafi uppi um niðurstöðu málsins að það réttlæti slíka skiptingu. Að sama skapi var umfang málsins, þ.e. hvað varðar athugasemdir og greinargerðir kæranda, mun meira en efni stóðu til. Kallaði það á ítarlega skoðun nefndarinnar sem leiddi til þess málskostnaðar sem hér er kveðið á um, í samræmi við þá kostnaðarliði sem liggja að baki málskostnaði fyrir nefndinni.
157. Rétt þykir, í ljósi framangreindrar niðurstöðu málsins, að málskostnaður að fjárhæð 1.900.000 kr., falli á kæranda.
158. Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slík mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 20. gr. laga nr. 75/2021.

V. Úrskurðarorð

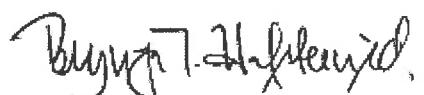
Stjórnsýslukæru Símans hf. á ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 1/2022, um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Ljósleiðaranum ehf. 2018-2020, er vísað frá úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Kærandi skal greiða 1.900.000 kr. vegna málskostnaðar sem renna í ríkissjóð.

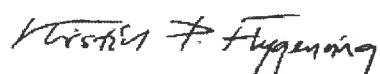
Reykjavík, 13. júlí 2022



Þórdur Bogason  
Pórður Bogason formaður



Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir



Kirstín P. Flygenring