

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 30. maí 2008 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp endanlegan úrskurð í ágreiningsmáli nr. 2/2008.

### Og fjarskipti ehf.

gegn

### Póst- og fjarskiptastofnun

Nefndina skipa: Ólafur Garðarsson hrl. formaður og meðnefndarmennirnir Heimir Haraldsson endurskoðandi og Guðjón Kárason verkfræðingur. Aðstoðarmaður nefndarinnar í málinu var Garðar Steinn Ólafsson laganemi.

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Og fjarskiptum dags. 11. febrúar 2008, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 11. janúar 2008, en með henni tekur PFS ákvörðun um að birta tilteknar tölfræðiupplýsingar um íslenska fjarskiptamarkaðinn. Áður var úrskurðað um kröfu Og fjarskipta ehf, um frestun réttaráhrifa ákvörðunar PFS.

Krafa Og fjarskipta ehf. er að ákvörðun PFS frá 11. janúar 2008 um birtingu tölfræðiupplýsinga verði felld úr gildi.

Krafa PFS er að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

Þann 10. apríl s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd fyrir hönd PFS Inga Helga Jónsdóttir lögfræðingur, Snorri Þór Daðason og Óskar Þórðarson og fyrir hönd Og fjarskipta ehf. Dóra Sif Tynes hdl. og Jóhanna Helga Halldórsdóttir hdl. Gerðu aðilar þar grein fyrir málalíbúnaði sínum og kröfum, fengu tækifæri til þess að koma á framfæri sínum sjónarmiðum varðandi málflutning gagnaðila og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að því loknu var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar.

#### 1.0 Málavextir.

Þann 23. nóvember 2007 sendi PFS Og fjarskiptum ehf. bréf þar sem tilkynnt var að stofnunin hyggðist birta tilteknar tölfræðiupplýsingar um íslenska fjarskiptamarkaðinn í sérstakri skýrslu. Og fjarskipti ehf. svöruðu framangreindu bréfi hinn 10. desember 2007 og lýsti félagið sig mótfallið birtingu upplýsingana er um ræddi og óskaði eftir frekari rökstuðningi frá PFS.

Þann 17. desember 2007 barst Og fjarskiptum ehf. svar PFS við ósk félagsins um rökstuðning og beiðni um almennar upplýsingar um meðferð gagna. Stofnunin taldi Og fjarskipti ehf. ekki hafa rökstutt með fullnægjandi hætti hvers vegna umrædd birting upplýsinga væri ekki í samræmi við lög. Í því sambandi vísaði stofnunin til 2. mgr. 9. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 60/2003 og 5. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996.

Og fjarskipti ehf. svöruðu bréfi þessu hinn 20. desember 2007. Var þar ítrekuð afstaða fyrirtækisins um að það teldi framangreinda birtingu upplýsinga ekki eiga sér stoð í lögum enda kvæði 3. mgr. 8. gr. laga nr. 69/2003 eingöngu á um birtingu tölfraðiupplýsinga um magn viðskipta.

Þann 11. janúar 2008 kvað PFS síðan upp ákvörðun nr. 1/2008 þar sem kveðið er á um birtingu tölfraðiupplýsinga. Í ákvörðuninni er því hafnað að þær upplýsingar sem hér um ræðir teljist viðkvæmar upplýsingar um mikilvæga viðskipta- og fjárhagshagsmuni fyrirtækisins Og fjarskipta ehf. með vísan til ákvæða 8.gr. laga nr. 69/2003, sbr. einnig ákvæði upplýsingalaga nr. 50/1996.

Og fjarskipti ehf. kærðu ákvörðun PFS með kæru þann 11. febrúar 2008. Sú kæra er hér til umfjöllunar, en áður hefur nefndin fallist á kröfu um frestun réttaráhrifa.

## **2.0 Málástæður kæranda.**

Í kæru Og fjarskipta ehf. koma fram eftirfarandi sjónarmið um efnishlið málsins:

### **1. Almenn**

*Kærandi telur hina kærðu ákvörðun skorta lagastoð og því vera ógilda ex officio. Telji úrskurðarnefndin engu að síður að lagastoð sé fyrir hendi telur kærandi að rökstuðningi Póst og fjarskiptastofnunar sé verulega ábótavant auk þess sem að stofnunin hafi ekki gætt að meðalhófi. Er hér um verulega ágalla á hinni kærðu ákvörðun að ræða er veldur ógildi hennar.*

## **2. Reglur stjórnsluréttarins**

### **2.1. Lögmætisreglan**

*Ekki þarf að fjölyrða um að lögmætisreglan er grundvallarregla í íslenskri stjórnskipan. Í lögmætisreglunni felst, að það er löggjafinn, sem hefur vald til þess að mæla fyrir um það í lögum, innan þeirra marka, sem stjórnarskrá heimilar, að hvaða leyti og með hvaða hætti stjórnvöldum sé heimilt að íþyngja almennungi með ákvörðunum sínum og athöfnum.<sup>1</sup> Kærandi telur hina kærðu ákvörðun, sem verður að teljast íþyngjandi, ekki styðjast við fullnægjandi lagastoð eins og nánar verður vikið að hér á eftir.*

### **2.2. Rökstuðningur ákvörðunar**

*Kærandi telur rökstuðningi framangreindrar ákvörðunar PFS vera verulega áfátt. Tilgangurinn með rökstuðningi stjórnvaldsákvörðunar er að aðili máls geti áttað sig á forsendum ákvörðunar, hvers vegna niðurstaða máls varð sú sem raun varð og í framhaldinu tekið afstöðu til hennar. Til þess að rökstuðningur sé fullnægjandi verður þannig að miða við að eftir lestur hans geti málsaðili skilið ákvörðunina fullkomlega enda hafi öll atriði sem máli skiptu fyrir niðurstöðuna komið þar fram. Af rökstuðningi á þannig að vera hægt að greina hvaða málsatvik, réttarheimildir og sjónarmið niðurstaðan byggðist á. Rýr rökstuðningur getur bent til þess að stjórnvald hafi ekki lagt fullnægjandi grunn að ákvörðuninni. Stjórnvöld eiga að taka allar þær málástæður, sem aðilar færa fram og geta haft þýðingu fyrir málið til rökstuddrar*

---

<sup>1</sup> Sjá t.d. Skýrslu um störf Umboðsmanns Alþingis fyrir árið 1995.

úrlausnar. Kærandi telur skorta á að PFS hafi með tilhlýðlegum hætti tekið tillit til sjónarmiða kæranda um að birting umræddra upplýsinga kunni að stangast á við skyldur móðurfélags kæranda skv. 122. gr. laga um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007. Þá telur kærandi stofnunina ekki hafa rökstutt með fullnægjandi hætti að hvaða leyti birting upplýsinga í samræmi við hina kærðu ákvörðun stuðli að samkeppni á fjarskiptamarkaði.

### **2.3. Meðalhóf**

Samkvæmt 12. gr. stjórnslulaga skal stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til. Í þessari mikilvægu reglu felst að stjórnvaldi ber að taka tillit til hagsmuna og réttinda þeirra sem ákvörðun beinist gegn og velja það úrræði sem vægast er, þar sem völ er fleiri úrræða sem þjónað geta því markmiði sem að er stefnt.<sup>2</sup> Meðalhófsreglan kemur ávallt til skoðunar þar sem efni ákvörðunar er að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds.<sup>3</sup>

Kærandi telur verulega skorta á að gætt hafi verið meðalhófs við töku umræddrar ákvörðunar. Ljóst er að efni ákvörðunarinnar er að verulegu leyti komið undir mati stjórnvalds. Allt að einu hefur PFS ekki tekið tillit til hagsmuna og réttinda kæranda né freistað þess að meta hvort vægari úrræði séu tæk í málinu. Hér er um verulegan ágalla á ákvörðuninni að ræða. Við þetta má bæta að meðalhófsreglan telst til grundvallarreglna EES réttarins jafnframt sem lögð er áhersla á að gætt sé að meðalhófi í fjarskiptalöggjöf EES sem fjarskiptalögum hér á landi er ætlað að innleiða. PFS ber því einnig skyldur til þess að gæta meðalhófs að EES rétti.

## **3. Nánar um hina kærðu ákvörðun**

### **3.1. Ákvæði laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003**

Í hinni kærðu ákvörðun er vísað til þess að lögum nr. 81/2003 um fjarskipti sé ætlað að innleiða tilteknar gerðir Evrópusambandsins um fjarskipti í samræmi við skyldur íslenska ríkisins að EES rétti en megintilgangur þessara gerða sé að skapa skilyrði fyrir sjálfbæra samkeppni. Þannig sé það eitt meginmarkmið fjarskiptalaga að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þá er vikið að hlutverki PFS skv. lögum nr. 69/2003. Stofnunin tilgreinir tilteknar réttarheimildir fjarskiptalöggjafar sem hún telur skjóta stöðum undir hina kærðu ákvörðun.

Kærandi telur ljóst að þær réttarheimildir sem stofnunin tilgreinir í hinni kærðu ákvörðun geti ekki talist fullnægjandi lagastoð hinnar kærðu ákvörðunar. Þannig er t.d. ljóst af ákvæðum 5. gr. laga nr. 69/2003 að heimild PFS til að óska eftir upplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum er einvörðungu í afmörkuðum tölfræðilegum tilgangi eða vegna markaðsgreiningar. Ennfremur á heimildin við þegar nauðsynlegt þykir að afla upplýsinga við athugun einstakra mála. Skv. 2. mgr. 5. gr. ber stofnuninni og að gera fjarskiptafyrirtækjum grein fyrir í hvaða tilgangi á að nota upplýsingarnar. Að sama skapi er það áskilið í 11. gr. heimildartilskipunarinnar<sup>4</sup> að

<sup>2</sup> Páll Hreinsson, Stjórnslulögin. Skýringarrit, Reykjavík [1994], bls. 147.

<sup>3</sup> Páll Hreinsson, bls. 149.

<sup>4</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/20/EB frá 7. mars 2002 um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og – þjónustu.

fjarskiptafyrirtæki skuli vera gerð grein fyrir í hvaða tilgangi upplýsingar eru notaðar.

Óumdeilt er í málinu að Og fjarskipti voru ekki upplýst um að PFS hygðist nota þær upplýsingar sem nú stendur til að birta í þeim tilgangi sem hér um ræðir heldur var þeim safnað ýmist vegna reglulegrar vinnslu tölfraeðiupplýsinga eða vegna markaðsgreininga. Og fjarskipti voru aldrei upplýst um að til greina kæmi að birta upplýsingar með þeim hætti sem nú stendur til enda voru þær afhentar á sínum tíma sem trúnaðargögn.

Kærandi hafnar því alfarið sem fullyrt er í hinni kærðu ákvörðun að PFS sé einvörðungu skylt að greina fjarskiptafyrirtækjum frá fyrirhugaðri breyttri notkun á upplýsingum sem þau hafa afhent þar sem þær séu hvort eð er til staðar hjá stofnuninni. Vísun til lögskýringarsjónamiða um að túlka beri lagaákvæði þannig að þau feli í sér hagkvæma og skilvirka reglu getur ekki rutt úr vegi skýru orðalagi lagaákvæðis. Þá hefur stofnunin ekki vísað til lögskýringargagna eða sjónarmiða sem skjóta stöðum undir að vilji löggjafans standi til þess að umrætt ákvæði verði túlkað á þennan hátt.

Í hinni kærðu ákvörðun virðist PFS ennfremur byggja á því að stofnuninni sé heimilt að birta þær upplýsingar sem hér um ræðir með vísan til 3. mgr. 8. gr. laga nr. 69/2003. Umrætt ákvæði er undantekningarákvæði frá almennri þagnarskyldu starfsmanna PFS sem kveðið er á um í 1. og 2. mgr. 8. gr. Samkvæmt ákvæðinu er PFS heimilt að birta tölfraeðiupplýsingar um magn fjarskipta og skulu fjarskiptafyrirtæki láta stofnuninni slíkar upplýsingar í té. Í ákvörðuninni segir í kafla 3.3:

„...Ennfremur er ljóst að heimildin skv. ákvæðinu takmarkast ekki við heildarmagn fjarskipta eins og Og fjarskipti vilja halda fram, enda ber orðalag ákvæðisins það skýrlega með sér að um er að ræða heimild til þess að birta tölfraeðiupplýsingar um magn fjarskipta. Verður því að telja ljóst að löggjafinn hefur talið Póst- og fjarskiptastofnun sem eftirlitsaðila á íslenska fjarskiptamarkaðnum hæfa til þess að meta hvaða tölfraeðiupplýsingar mikilvægt er að birta hverju sinni... Hafi það verið ætlan löggjafans að takmarka heimild stofnunarinnar til að birta tölfraeðiupplýsingar við heildarmagn fjarskipta verður að telja að slíkt hefði þurft að koma skýrlega fram í lagaákvæðinu eða hlutaðeigandi lögskýringargögnum...“

Að mati kæranda fær framangreindur rökstuðningur PFS ekki staðist. Í fyrsta lagi ber að líta til þess að um er að ræða undantekningu frá hinni almennu reglu um þagnarskyldu starfsmanna PFS. Samkvæmt viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum ber að skýra undantekningarákvæði þröngt. Engin rök hníga því til þess að túlka beri orðlag ákvæðisins rýmra en svo að það taki til annarra upplýsinga en magns fjarskipta. Þá verður og að teljast almennt gildandi lögskýringarsjónarmið að ákvæði sem telja má íþyngjandi fyrir borgarana beri að skýra þeim í hag. Því verður að telja fráleita þá kenningu PFS að löggjafinn hefði með einhverjum móti átt að gefa það skýrar til kynna að orðalagið „magn fjarskipta“ ætti eingöngu við magn fjarskipta. Allt að einu er að mati kæranda með öllu óskiljanlegt hvernig unnt er að túlka orðalagið „magn fjarskipta“ þannig að það feli í sér fjárhagsupplýsingar ýmis konar s.s. tekjur af mismunandi starfsþáttum fjarskiptafyrirtækis.

### 3.2. *Upplýsingalög nr. 50/1996*

*Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að ákvæðum upplýsingalaga nr. 50/1996 er kveði á um aðgang almennings að upplýsingum úr fyrirliggjandi gögnum hjá stjórnvöldum og takmarkanir á birtingu ákveðinna upplýsinga. Kærandi telur að draga megi í efa að umrædd ákvæði eigi við í því máli sem hér er til umfjöllunar.*

*Í fyrsta lagi ber að líta til þess að ákvæði laga nr. 69/2003 verða að teljast sérlög gagnvart upplýsingalögum enda fela þau í sér sértækar reglur um birtingu upplýsinga er varða fjarskiptastarfsemi. Þá má og líta svo á að í þessum sérreglum felist ákveðin frumkvæðisskylda stjórnvalds að því er varðar birtingu upplýsinga sérstaklega er varðar verð og gæði fjarskiptaþjónustu í þágu notenda sbr. d. lið 2. mgr. 5. gr. laga nr. 69/2003. Upplýsingalög eru hins vegar sett í þeim tilgangi að veita almenningi aukinn rétt til aðgangs að gögnum er varða tiltekið mál. Þannig hefur úrskurðarnefnd um upplýsingamál oftsinnis tekið á því að skv. 1. mgr. 10. gr. upplýsingalaga verði beiðni um aðgang að gögnum að vera nægilega afmörkuð og varða tiltekið mál til þess að unnt sé að taka hana til greina.<sup>5</sup> Ekki verður því séð að ákvæði upplýsingalaga eigi við um þær upplýsingar sem hér um ræðir enda eru um að ræða tölfraeðigögn sem safnað hefur verið yfir tiltekið tímabil og varða ekki úrslausn tiltekins máls.*

*Ef úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála telur engu að síður að ákvæði upplýsingalaga komi til skoðunar í máli þessu telur kærandi að ákvæði þeirra um takmörkun á upplýsingarétti vegna einkahagsmuna séu til þess fallin að koma í veg fyrir birtingu þeirra upplýsinga sem hér um ræðir. Líkt og PFS tiltekur í hinni kærðu ákvörðun segir í greinargerð með frumvarpi til upplýsingalaga að það fari eftir efni og orðalagi sérákvæða í lögum um þagnarskyldu hvernig þau verði skýrð og samþýdd ákvæðum upplýsingalaga. Þannig hefur úrskurðarnefnd um upplýsingamál talið að séu um almennt þagnarskylduákvæði að ræða beri að taka afstöðu til þess á grundvelli 5. gr. upplýsingalaga hvort sanngjarnt sé og eðlilegt að upplýsingar sem óskað hefur verið aðgangs að fari leynt.*

*Ákvæði 5. gr. upplýsingalaga segir þannig að takmarkanir gildi um aðgang að gögnum er varði mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni fyrirtækja eða annarra lögaðila. Líkt og greint er frá í hinni kærðu ákvörðun segir í greinargerð með frumvarpi til upplýsingalaga:*

*„...Óheimilt er að veita almenningi aðgang að gögnum um mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni fyrirtækja og annarra lögaðila. Þannig er óheimilt að veita upplýsingar um atvinnu-, framleiðslu- og viðskiptaleyndarmál eða viðkvæmar upplýsingar um rekstrar- og eða samkeppnisstöðu svo og aðra mikilvæga viðskiptahagsmuni...“*

*Kærandi hafnar þeirri niðurstöðu PFS að framangreind ummæli greinargerðar leiði til þess að eingöngu beri meta verði hvort þær tölfraeðiupplýsingar sem hér um ræðir séu þess eðlis að teljast vera viðkvæmar upplýsingar um mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni.<sup>6</sup> Og fjarskipta enda ljóst að orðalagið er mun víðtækara en svo.*

<sup>5</sup> Sjá t.d. úrskurð nr. 5/1997 frá 4. mars 1997 í máli nr. A-5/1997.

<sup>6</sup> Undirstrikun kæranda

Þannig er í greinargerð tiltekið að um geti verið að ræða upplýsingar um viðskiptaleyndarmál, viðkvæmar upplýsingar um samkeppnisstöðu og aðra mikilvæga viðskiptahagsmuni. Úrskurðarnefnd um upplýsingamál hefur t.d. hafnað því að afhenda beri upplýsingar um greiðslur Tryggingarstofnunar ríkisins til lyfjabúða enda megi af þeim ráða markaðshlutdeild hvernar lyfjabúðar og sé þar um mikilvæga viðskiptahagsmuni að ræða.<sup>7</sup> Þannig er að mati kæranda ljóst að upplýsingar er varði mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni lögaðila falla undir ákvæði 5. gr. upplýsingalaga.

### **3.3. Lög um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007**

Í hinni kærðu ákvörðun kemst PFS að þeirri niðurstöðu að þær upplýsingar sem deilt er um í máli þessu séu ekki viðkvæmar upplýsingar um mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni svo notast sé við orðalag stofnunarinnar. Í ákvörðuninni segir eftirfarandi í kafla 3.2:

„ ...Að þessu tilefni vill Póst- og fjarskiptastofnun taka fram að í þeim tölfraeðiupplýsingum sem hér um ræðir felast ekki upplýsingar sem teljast mikilsverðar í þeim skilningi sem Og fjarskipti ræðir um eða til þess fallnar að hafa áhrif á markaðsvirði móðurfélags Og fjarskipta ehf., Teymi hf., á þann hátt að tilkynna þurfi þær sérstaklega til OMX á Íslandi...“

Röksemdir PFS fyrir framangreindri fullyrðingu virðast einkum vera þær að sambærilegar upplýsingar gefnar út af norrænum systurstofnunum hafi ekki kallað á tilkynningar til norrænna kauphalla, að móðurfélag Og fjarskipta ehf. gefi út útarlegar fjárhagsupplýsingar í afkomutilkynningum sem birtar eru á fréttavef OMX Nordic Exchange á Íslandi og að greiningaraðilar banka hafi gefið út verðmat á móðurfélaginu þar sem komi fram ýmsar áætlaðar fjárhagsupplýsingar.

Að mati kæranda er hins vegar ljóst að þær upplýsingar sem PFS áformar að birta eru þess eðlis að þær kunna að vera verðmótandi fyrir hlutabréf í móðurfélagi kæranda, Teymi hf. Teymi hf. birtir ársfjórðungslega afkomuupplýsingar samstæðunnar eins og lög og reglur OMX Nordic Exchange á Íslandi gera ráð fyrir. Afkomuupplýsingum samstæðunnar er skipt í tvo starfsþætti; fjarskipti og upplýsingatækni. Undir fjarskiptastarfsemi Teymis hf. heyrir félagin Og fjarskipti ehf., Ódýra símafélagið ehf. Mamma ehf. og P/F Kall. Fjarskiptastarfsemi samstæðunnar stendur undir ríflega helming af heildartekjum og um 75% af afkomunni fyrir vexti, afskriftir og skatta (EBIDTA). Og fjarskipti ehf. eru langstærsta félagið í fjarskiptahluta Teymis. Það er því ljóst að fjárhagsupplýsingar er varða Og fjarskipti ehf. eru til þess fallnar að hafa verðmótandi áhrif á hlutabréf í Teymi hf. Tilvísun til fjarskiptafyrirtækja á Norðurlöndunum sem skráð eru á skipulegan verðbréfamarkað breyta hér engu um enda mismunandi eftir félögum hvernig skipulagi þeirra er háttað og hvernig greint er á milli starfsþátta í afkomutilkynningum. Þá ber og að hafa það í huga að í nágrannalöndunum eru fleiri fjarskiptafyrirtæki starfandi á markaði og því eru upplýsingar sem norrænar systurstofnanir PFS birta ekki eins sundurgreinanlegar eftir fyrirtækjum. Slík tilvísun breytir heldur ekki skýlausri lagaskyldu Teymis hf. skv. 122. gr. laga um verðbréfavíðskipti að gæta jafnræðis milli fjárfesta með því að birta allar upplýsingar sem eru til þess fallnar að hafa áhrif á verð hlutabréfa í félaginu á þar til greindum vettvangi. Að sama skapi hefur að mati

<sup>7</sup> Sjá úrskurð nr. 48/1998 frá 22. júní 1998 í máli nr. A-48/1998.

kærandi enga þýðingu að vísa til verðmats sem greiningardeildir banka hafa birt að því er Teymi varðar. Ekki er unnt að jafna saman skýrslu þar sem greiningaraðili áætla stærðir til þess að komast að tiltekinni niðurstöðu og skýrslu gefinni út af opinberum eftirlitsaðila.

### **3.4. Lög um fjarskipti nr. 81/2003**

Í hinni kærðu ákvörðun er fjallað nokkuð um hið almenna markmið fjarskiptalaga nr. 81/2003 að stuðla að samkeppni á fjarskiptamarkaði. Í ákvörðuninni segir að tvíkeppni eða fákeppni á helstu mörkuðum á fjarskiptamarkaði (sic) sé alvarlegt umhugsunarefni þar sem ljóst sé að fákeppni geti með alvarlegum hætti dregið úr virkni markaða og þar með takmarkað samkeppni þar sem hún sé til þess fallin að útiloka keppinauta á markaði (e. exclusionary abuse) með tilheyrandi skaða fyrir almenning og atvinnulífið. Ef greinargóðar upplýsingar liggi ekki fyrir geti það útaf fyrir sig verið aðgangshindrun fyrir aðra aðila sem annars gætu hugsad sér að koma inn á markaðinn.

Að mati kæranda eru framangreindar röksemdir í hróplegri andstöðu við þær markaðsgreiningar sem PFS hefur birt til þessa. PFS hefur þannig komist að þeirri niðurstöðu að dótturfyrirtæki Skipta hf., Síminn og Míla, séu aðilar sem njóta umtalsverðs markaðsstyrks á þeim mörkuðum sem greindir hafa verið. Útilokun samkeppni er markaðshegðun sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk kann að sýna af sér á tilteknum markaði. Viðkomandi fyrirtæki þarf þannig að njóta markaðsyfírráða annað hvort eitt sér eða sameiginlega með öðrum aðila. PFS hefur hins vegar í framangreindum markaðsgreiningum hafnað því að um sameiginleg markaðsyfírráð Og fjarskipta og Símans sé að ræða á íslenskum fjarskiptamarkaði. Að mati kæranda er birting þeirra upplýsinga sem um ræðir í máli þessu einmitt til þess fallin að veita dótturfyrirtækjum Skipta hf. en frekar forskot á markaði en nú er.

Kærandi álitur þannig að birting þeirra upplýsinga sem hér um ræðir sé helst til þess fallin að gagnast dótturfyrirtækjum Skipta hf. til að viðhalda umtalsverðum markaðsstyrk. Kærandi getur ekki fallist á að nauðsynlegt sé að birta verðmótandi fjárhagsupplýsingar um Og fjarskipti til þess að nýir aðilar geti tekið ákvörðun um innkomu á fjarskiptamarkað. Í því sambandi er rétt að benda á að félögum á íslenskum fjarskiptamarkaði hefur fjölgað undan farið ár eins og starfsemi Nova á farsímamarkaði og úthlutun tíðna til Amitelo og Bebbicell er til vitnis um. Allt að einu hlýtur að verða að gera þá kröfu að PFS rökstyðji með fullnægjandi hætti að hvaða leyti birting verðmótandi fjárhagsupplýsinga um Og fjarskipti stuðli að samkeppni á markaði.

### **4. Niðurstöður og samantekt**

Með vísan til framangreinds er það krafa Og fjarskipta ehf. að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Kærandi telur þannig að PFS hafi ekki sýnt fram á að hin kærða ákvörðun njóti viðhlítandi lagastöðar. Þá er það og mat kæranda að rökstuðningi ákvörðunarinnar sé ábótavant bæði að því er varðar heimild til þess að víkja frá skýlausum ákvæðum laga nr. 69/2003 annars vegar og upplýsingalaga nr. 50/1996 hins vegar. Ennfremur hefur stofnunin ekki sýnt fram á að birting hinna umdeildu upplýsinga sé líkleg til þess að hafa svo veruleg áhrif á samkeppnisumhverfi fjarskiptamarkaðar að það réttlæti að víkja til hliðar réttindum kæranda. Kærandi

telur rétt að ítreka að hann telur sérstaklega alvarlegt að stofnunin hyggi birta upplýsingar á þennan hátt sem afhentar hafa verið sem trúnaðarmál.

Vísast að öðru leyti í kærur félagsins.

### **3.0 Málsástæður PFS.**

Málsástæður PFS koma fram í greinargerð stofnunarinnar frá 11. mars 2008 og fer sá kafli hennar hér á eftir:

#### **2.1. Reglur stjórnsluréttarins**

*Í kæru Og fjarskipta ehf. kemur fram að kærandi telji hina kærðu ákvörðun íþyngjandi og ekki styðjast við fullnægjandi lagastoð og vísar í því sambandi til lögmatísreglu stjórnsluréttarins, reglna um röstuðning stjórnvaldsákværðana og meðalhófsreglu stjórnsluréttarins.*

##### **2.1.1. Lögmatísreglan**

*Að mati kæranda er það dregið í efa hvort nægjanleg lagaheimild standi til birtingu tölfraeðiupplýsinga samkvæmt hinni kærðu ákvörðun.*

*Í íslenskum rétti er það meginregla að stjórnslan er lögbundin og að starfsemi stjórnvalda verður að vera í samræmi við lög og eiga í þeim fullnægjandi stoð. Þessi regla er í fraeðunum nefnd lögmatísregla og samkvæmt henni byggjast valdheimildir stjórnvalda á heimildum í lögum. Stjórnvöld geta því að jafnaði ekki tekið ákværðanir um réttarstöðu borgaranna nema lagaheimild standi til þess.*

*Að mati PFS er í lögum nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, að finna skýra lagaheimild fyrir stofnunina til að afla og birta tölfraeðiupplýsingar samkvæmt hinni kærðu ákvörðun. Skylda þeirra sem stunda starfsemi sem fellur undir lög um fjarskipti nr. 81/2003 til að veita Póst- og fjarskiptastofnun allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála er lögbundin, sbr. 5. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, og nánar verður vikið að hér á eftir. Þá eru lögbundin verkefni Póst- og fjarskiptastofnunar að stuðla að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu og gæta hagsmuna almennings með því m.a. að stuðla að vernd neytenda í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki og stuðla að birtingu skýrra upplýsinga fyrir notendur, sbr. c- og d-lið 4. töluliðar 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Jafnframt er kveðið á um heimild PFS til að birta tölfraeðilegar upplýsingar um magn fjarskipta í 3. mgr. 8. gr. sömu laga. Aukinheldur kveður sama ákvæði á um skýra skyldu fjarskiptafyrirtækja til að láta stofnuninni í té slíkar upplýsingar.*

*Að framangreindu virtu verður að telja ljóst að nægjanleg lagaheimild standi til birtingu tölfraeðiupplýsinga samkvæmt hinni kærðu ákvörðun.*

##### **2.1.2. Rökuðuðningur ákvörðunar**

*Eins og fram kemur í kærinni telur kærandi rökuðuðningi hinnar kærðu ákvörðunar PFS vera verulega áfátt. Að mati PFS á framangreind fullyrðing kæranda ekki við rök*



*að styðjast. Í hinni kærðu ákvörðun, sem er 17 blaðsíður, er gerð útarleg grein fyrir lagagrundvelli, rökstuðningi og þeim meginsjónarmiðum sem réðu niðurstöðu ákvörðunarinnar á 11 blaðsíðum. Samræmist því hin kærða ákvörðun fyrir mælum 1. mgr. 22. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 um að í rökstuðningi skuli vísað til þeirra réttarreglna sem ákvörðun stjórnvalds sé byggð á og, að því marki sem ákvörðun byggist á mati, sé greint frá þeim meginsjónarmiðum sem ráðandi voru við matið.*

*Ljóst er að ákvæði 22. gr. stjórnslulaga felur ekki í sér nákvæma lýsingu á inntaki rökstuðnings stjórnvaldsákvæðana og það kveður ekki á um það hversu útarlegur rökstuðningur skuli vera. Af síðari málslið 1. mgr. greinarinnar má ráða að gera skal grein fyrir þeim meginsjónarmiðum sem réðu niðurstöðu ákvörðunar, að því marki sem ákvörðun byggðist á mati.<sup>8</sup> Í athugasemdum með ákvæðinu í frumvarpi því sem síðan varð að stjórnslulögum nr. 37/1993 segir að rökstuðningur stjórnvaldsákvæðana eigi að meginsteftu til að vera stuttur, en þó það greinargóður að búast megi við því að aðili geti skilið af lestri hans hvers vegna niðurstaða máls hefur orðið sú sem raun varð á. Það fer því ávallt eftir atvikum hverju sinni hversu útarlegur rökstuðningur þarf að vera svo að hann uppfylli framangreint skilyrði.<sup>9</sup>*

*Í rökstuðningi hinnar kærðu ákvörðunar er gerð grein fyrir málsatvikum og öllum þeim atriðum, sem beinlínis áttu þátt í því að niðurstaða ákvörðunar varð sú sem raun bar vitni. Gerð er grein fyrir þeim réttarheimildum sem ákvörðunin byggir á og þeim meginsjónarmiðum sem voru ráðandi við niðurstöðu málsins. Í ljósi framangreinds verður ekki séð annað en að rökstuðningur PFS hafi verið í samræmi við kröfur um efni rökstuðnings stjórnvaldsákvæðana samkvæmt 22. gr. stjórnslulaga. Að mati PFS ætti því ekki að vejjast fyrir aðila málsins, né öðrum, hverjar forsendur hinnar kærðu ákvörðunar eru og hvers vegna niðurstaða málsins varð sú sem raun varð.*

### **2.1.3. Meðalhóf**

*Kærandi telur verulega skorta á að gætt hafi verið meðalhófs við töku hinnar kærðu ákvörðunar og að PFS hafi ekki tekið tillit til hagsmuna og réttinda kæranda né metið hvort vægari úrræði væru tæk í málinu.*

*Í meðalhófsreglunni, sem er lögfest í 12. gr. stjórnslulaga, felast þrjár meginþættir. Í fyrsta lagi er gerð sú krafa að efni ákvörðunarinnar sé til þess fallið að ná því markmiði sem stefnt er að. Í öðru lagi er gerð sú krafa að velja skuli það úrræði sem vægast er þar sem fleiri úrræða er vöð er þjónað geta því markmiði sem stefnt er að og í þriðja lagi er gerð sú krafa að gætt sé hófs í beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið.<sup>10</sup> Íþyngjandi ákvörðun skal þannig aðeins taka að ekki sé vöð vægara úrræðis sem þjónað geti markmiðinu.<sup>11</sup>*

*Að mati PFS er niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar í fullu samræmi við kröfu um meðalhóf samkvæmt 12. gr. stjórnslulaga. PFS gætir í hvívetna hófs við meðferð þess valds sem stofnuninni er falið með lögum nr. 69/2003, um Póst- og*

<sup>8</sup> Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3303.

<sup>9</sup> Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3303.

<sup>10</sup> Páll Hreinsson. *Stjórnslulögin. Skýringarrit*, Reykjavík [1994], bls. 147

<sup>11</sup> . Alþt. 1992—1993, A-deild, bls. 3294.

fjarskiptastofnun. Eins og fram hefur komið, og nánar er kveðið á um í hinni kærðu ákvörðun, er hluti af lögbundnum verkefnum PFS að stuðla að birtingu skýrra upplýsinga um fjarskiptamarkaðinn. Við matið á því hvort og hvaða upplýsingar um fjarskiptamarkaðinn skulu birta hverju sinni er fyrst og fremst litið til þeirra markmiða sem stefnt er að með birtingunni, þ.e. að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði og stuðla að birtingu skýrra upplýsinga fyrir hagsmunaaðila á markaðinum. Við mat á þeim upplýsingum sem PFS hyggst birta hverju sinni er ávallt tekið tillit til hagsmuna og réttinda hlutaðeigandi einstaklinga og lögaðila. Hvað varðar þær tölfraediupplýsingar sem hin kærða ákvörðun tekur til var þess sérstaklega gætt að vega og meta alla þá hagsmuni sem til staðar eru í málinu og reynt að fara ákveðinn meðalveg á milli andstæðra sjónarmiða í málinu.

Þegar kom að því að meta hlutaðeigandi tölfraediupplýsingar með tilliti til þess hvort þær væru þess edlis að rétt væri að undanþiggja þær aðgangi almennings, í ljósi þess að um væri að ræða upplýsingar sem væru viðkvæmar upplýsingar um mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni kæranda, var m.a. litið til þess hvort þar væri um að ræða svo mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni að ætla mætti, með tilliti til aðstæðna, að það væri til þess fallið að valda kæranda tjóni, yrðu upplýsingarnar birtar. Þá var jafnframt litið til þess hvaða líkur væru á því að tjón mundi hljóta, yrðu upplýsingarnar birtar. Að auki var skoðað hvort upplýsingarnar, eða hluti þeirra, væru almennt þekktar og hvort kærandi hefði sjálfur fjallað um þær áður eða birt á opinberum vettvangi. Niðurstaða þessa mats leiddi til þess að PFS taldi rétt að birta meirihluta þeirra upplýsinga sem um ræddi. Þau meginsjónarmið er voru þar að baki, auk samkeppni- og neytendasjónarmiða, voru að þótt lítill hluti upplýsinganna hafi ekki birst áður í nákvæmlega því formi sem hin kærða ákvörðun kveður á um að eigi að birta er ljóst að nefndar upplýsingar hafa birst áður í einhverju formi á öðrum vettvangi, sbr. umfjöllun PFS í kafla 3.2. í hinni kærðu ákvörðun. Margvíslegar og útarlegar fjárhagslegar upplýsingar hafa þegar verið birtar á vegum móðurfélags kæranda í tengslum við skráningarlýsingar og afkomuuppgjör félagsins. Þá hefur Kaupþing banki jafnframt birt útarlega greiningu á móðurfélagi kæranda. Aukinheldur hefur kærandi fram að þessu ekki vísað til ákveðinna og sérstaklega tilgreindra upplýsinga sem óskað er að haldið verði leyndum, heldur aðeins óskað að ekki verði birtar neinar nýjar tölfraeditöflur sem ekki hafa birst áður. Í ljósi þess að þær tölfraediupplýsingar sem hin kærða ákvörðun kveður á um að skuli birta sýna að mestu magntölur úr fortíðinni, og hluti upplýsinganna er ekki sundurgreinanlegur á fjarskiptafyrirtæki, var það mat PFS að ekki væri hægt að sjá hvernig nefndar tölfraediupplýsingar gætu valdið kæranda tjóni, enda, eins og fram hefur komið, hafa hlutaðeigandi upplýsingar birst áður í einhverju formi. Þrátt fyrir framangreint var það mat PFS að fallast á að halda leyndum upplýsingum um tekjur kæranda af reiki (upplýsingar í töflum T 11 og T 12, sjá töflu á bls. 16 í hinni kærðu ákvörðun).

Hvað meðalhóf snertir vill PFS að lokum árétta það sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að „þar sem um er að ræða reglur á grundvelli fjarskiptalöggjafar ESB gilda sambærilegar reglur um fjarskiptamarkaðinn í þessum löndum og hér á landi. Þar þykir sjálfsagt að birta upplýsingar um einstaka markaðsaðila sem eru með 1-3% eða meiri markaðshlutdeild á viðkomandi markaði. Það að tvö fyrirtæki hafi verið langstærst á íslenska markaðinum réttlætir út af fyrir sig með engu móti að önnur vinnubrögð skulu viðhöfð hér á landi en í nágrannalöndum Íslands, enda var það eitt af yfirlýstum markmiðum fjarskiptalöggjafar ESB sem innleidd var hér á landi með lögum nr. 81/2003, um fjarskipti, að ná fram einsleitni á innri markaðinum. Þá er ein

af þeim skyldum sem lögð var á eftirlitsstofnanir, með áðurnefndri rammatilskipun, að hafa meira samráð sín á milli, sem og við framkvæmdastjórn ESB og ESA, Eftirlitsstofnun EFTA, sbr. athugasemdir við III. kafla í frumvarpi því er varð að lögum nr. 81/2003, um fjarskipti. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er því ekki verið að ganga lengra hér á landi en í nágrannalöndunum með fyrirhugaðri birtingu tölfraediupplýsinga, heldur þvert á móti.—<sup>512</sup>

Með vísan til alls framangreinds verður að telja ljóst að málsmeðferð PFS í því máli sem hér er til umfjöllunar hafi fullnægt kröfum 12. gr. stjórnssýslulaga um að gæta meðalhófs.

### **3. Nánar um hina kærðu ákvörðun og svör PFS við athugasemdum kæranda**

#### **3.1. Ákvæði laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun**

##### **3.1.1. Ákvæði 5. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun**

Í kæru Og fjarskipta ehf. kemur fram að kærandi telji ljóst að þær réttarheimildir sem PFS tilgreinir í hinni kærðu ákvörðun geti ekki talist fullnægjandi lagastoð hinnar kærðu ákvörðunar. Vísar kærandi í þessu sambandi til þess að ljóst sé af ákvæðum 5. gr. laga nr. 69/2003 að heimild PFS til þess að óska eftir upplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum sé einvörðungu í afmörkuðum tölfraeðilegum tilgangi eða vegna markaðsgreiningar.

Hvað framangreinda fullyrðingu snertir skal það tekið fram að fyrirtéð ákvæði 5. gr., er byggir á 11. gr. heimildartilskipunarinnar,<sup>13</sup> inniheldur upptalningu í sex liðum um það hvenær PFS getur krafð fjarskiptafyrirtæki um upplýsingar í sambandi við almennar heimildir, réttindi eða sérstakar kvaðir. Auk þess er sérstaklega tekið fram í athugasemdum með ákvæðinu í frumvarpi því sem síðan varð að lögum nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, að upptalningin í ákvæðinu er ekki tæmandi, enda má það vera ljóst af ákvæðinu sjálfu. Í fyrstu málsgrein ákvæðisins segir að PFS geti krafð þá sem stunda starfsemi sem fellur undir lög um fjarskipti um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála. Þá er sérstaklega vísað til þess í annarri málsgrein að PFS geti krafð fjarskiptafyrirtæki um upplýsingar í sambandi við almenna heimild, réttindi eða sérstakar kvaðir, **meðal annars** í þeim tilgangi sem kveðið er á um í þeim sex liðum sem taldir eru upp í ákvæðinu. Þar á meðal má t.d. nefna d-lið, þar sem kveðið er á um heimild PFS til að krefjast upplýsinga vegna útgáfu upplýsinga um samanburð á gæðum og verði þjónustu í þágu notenda, og e-lið, þar sem kveðið er á um heimild PFS til að krefjast upplýsinga í afmörkuðum tölfraeðilegum tilgangi. Af framangreindu ætti því að vera full ljóst að sú fullyrðing kæranda „að heimild PFS til að óska eftir upplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum er einvörðungu í afmörkuðum tölfraeðilegum tilgangi eða vegna markaðsgreiningar— er einfaldlega röng. Vill PFS áréttta í þessu sambandi að upptalningin í lögnum um það hvenær PFS getur krafð fjarskiptafyrirtæki um upplýsingar er **ekki tæmandi**, sbr. fyrrnefndar athugasemdir með ákvæðinu í frumvarpi til laganna. Er því ljóst að

<sup>12</sup> Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 1/2008, kafla 3.2, bls. 13

<sup>13</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/20/EB frá 7. mars 2002 um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og -þjónustu.

*löggjafinn hefur meðvitað eftirlátið stofnuninni ákveðið svigrúm til mats um það hvenær stofnunin telur þörf á að afla upplýsinga og í hvaða tilgangi.*

*Auk framangreindra heimilda PFS til að krefjast upplýsinga er kveðið á um upplýsingaskyldu fjarskiptafyrirtækja í reglum nr. 345/2005, um almenna heimild til að reka fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu, sbr. 13. gr. reglnanna, er hljóðar svo: „Fjarskiptafyrirtæki skulu verða við öllum kröfum Póst- og fjarskiptastofnunar um upplýsingar vegna eftirlits í samræmi við 5. gr. laga nr. 69/2003. Upplýsingarnar skal veita á því formi sem stofnunin óskar og innan þeirra tímamarka sem hún setur.—*

*Í kærinni vísar kærandi jafnframt til þess að samkvæmt 2. mgr. 5. gr. laganna beri stofnuninni að gera fjarskiptafyrirtækjum grein fyrir í hvaða tilgangi eigi að nota upplýsingarnar og sé það sama áskilið í 11. gr. heimildartilskipunarinnar. Þá telur kærandi það óumdeilt í málinu að PFS hafi ekki upplýst kæranda um að nota ætti upplýsingarnar í þeim tilgangi sem hin kærða ákvörðun kveður á um.*

*Í þessu sambandi vill PFS benda á að stofnunin safnar upplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum reglulega og í margvíslegum tilgangi. Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun hafa þau bréf sem stofnunin hefur sent hagsmunaaðilum á fjarskiptamarkaði, í þeim tilgangi að kalla eftir upplýsingum, verið nokkuð stöðluð og almennt orðuð. Þó er þar sérstaklega vísað til þess að nota eigi umbeðnar upplýsingar í hvort tveggja, tölfræðilegum tilgangi og vegna markaðsgreiningar, en ekki einungis í síðarnefnda tilganginum. Sú fullyrðing kæranda að „Og fjarskipti voru aldrei upplýst um að til greina kæmi að birta upplýsingar með þeim hætti sem nú stendur til (...)— er hreinlega röng. Vísast í þessu sambandi til bréfs PFS, dags. 23. nóvember 2007, sem sent var til hagsmunaaðila á fjarskiptamarkaði hér á landi, þ.á m. kæranda. Í bréfi þessu var tilkynnt um áform stofnunarinnar um að birta umræddar tölfræðiupplýsingar um íslenska fjarskiptamarkaðinn og hagsmunaaðilum gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum sínum eða færa fram rökstuddar óskir um að tiltekna upplýsingar skuli njóta leyndar, með vísan til 2. mgr. 9. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, sbr. og 5. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996.*

*Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun lágu umræddar tölfræðiupplýsingar þegar fyrir hjá stofnuninni, m.a. í tengslum við greiningu stofnunarinnar á samkeppni á þeim 18 mörkuðum sem stofnuninni er skylt að greina skv. V. kafla fjarskiptalaga. Var það því mat PFS að óþarfi hafi verið að óska aftur eftir sömu upplýsingum hjá hlutaðeigandi fjarskiptafyrirtækjum, enda telur stofnunin að ekki sé hægt að skýra 3. mgr. 5. gr. laga nr. 69/2003 eða 2. mgr. 11. gr. heimildartilskipunarinnar á þá leið að stofnuninni þurfi að afla upplýsinga að nýju frá fjarskiptafyrirtækjunum þegar sömu upplýsingar liggja þegar fyrir hjá stofnuninni, svo framarlega sem hlutaðeigandi aðilum er tilkynnt um fyrirhugaða notkun upplýsinganna. Enda er það viðurkennt lögskýringarsjónarmið að túlka ber lagaákvæði á þá leið að þau feli í sér hagkvæma og skilvirka reglu. Lítur PFS svo á að í þeim tilvikum sem stofnunin hyggst nota frekar upplýsingar sem stofnunin hefur þegar aflað beri stofnuninni að greina hlutaðeigandi fjarskiptafyrirtækjum frá áformum um notkun á upplýsingum og tilganginum þar að baki, eins og var gert með fyrrnefndu bréfi stofnunarinnar þann 23. nóvember sl. Þannig hafi stofnunin gætt að þeim sjónarmiðum og hagsmunum sem búa að baki framangreindum ákvæðum og gefið hlutaðeigandi fyrirtækjum tækifæri til þess að andmæla fyrirhugaða birtingu tölfræðiupplýsinga eða koma að athugasemdum sínum í samræmi við 6. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og*

fjarskiptastofnun, sem og meginreglu stjórnarsýsluréttar um andmælarétt. Eins og fram kemur hér á undan eru heimildir PFS til að krefjast upplýsinga ekki tæmandi taldar í lögnum og er stofnuninni því eftirlátið ákveðið svigrúm til mats um það hvenær stofnunin telur þörf á að afla upplýsinga og í hvaða tilgangi. Að mati PFS styður framangreint það að vilji löggjafans standi til þess að ákvæði 3. mgr. 5. gr. laga nr. 69/2003 (og 2. mgr. 11. gr. heimildartilskipunarinnar) sé túlkað á fyrrgreindan hátt.

Að ofangreindu virtu er rétt að áréttta að PFS hefur fram að þessu ekki birt upplýsingar sem fyrirtæki hafa óskað að njóti leyndar, enda hafi stofnunin talið að uppfyllt væru skilyrði 2. mgr. 9. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, og 5. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996, og upplýsingarnar varðað mikilvæga fjárhags- og viðskiptahagsmuni viðkomandi fyrirtækis. Þá skal það árétttað að stofnunin birtir ekki áður óbirtar tölfræðiupplýsingar um einstaka fjarskiptafyrirtæki nema tilkynna um það áður og gefa hlutadeigandi fyrirtækjum tækifæri til þess að koma að andmælum sínum eða athugasemdum við fyrirhugaðri birtingu.

### 3.1.2. Ákvæði 8. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun

Að mati kæranda fær rökstuðningur PFS fyrir því að stofnuninni sé heimilt að birta þær upplýsingar sem hér um ræðir með vísan til 3. mgr. 8. gr. laganna ekki staðist.

Telur PFS að ákveðins misskilnings gæti við túlkun kæranda á rökstuðningi PFS í hinni kærðu ákvörðun fyrir birtingu upplýsinga á grundvelli 3. mgr. 8. gr. laganna. Í kærinni kemur fram að „engin rök hníga því til þess að túlka beri orðalag ákvæðisins rýmra en svo að það taki til annarra upplýsinga en magns fjarskipta. (...) Allt að einu er að mati kæranda með öllu óskiljanlegt hvernig unnt er að túlka orðalagið „magn fjarskipta— þannig að það feli í sér fjárhagsupplýsingar ýmis konar s.s. tekjur af mismunandi starfsþáttum fjarskiptafyrirtækis.— Í þessu sambandi vill PFS taka fram að hvergi í hinni kærðu ákvörðun er að finna orðalag sem gefur í skyn að stofnunin túlki ákvæðið á framangreindan hátt. Að mati PFS verður ekki um villst hver skilningur stofnunarinnar á framangreindu ákvæði er, sbr. orðalag kafla 3.3 í hinni kærðu ákvörðun:

„Að mati stofnunarinnar verður að telja ljóst að með orðalaginu „heimilt að birta tölfræðilegar upplýsingar— er átt við að hlutadeigandi upplýsingar eigi að vera aðgengilegar almenningsi þar sem að í orðunum „að birta— felst að „láta koma fyrir almenningssjónir—, sbr. skilgreiningu á orðinu í þriðju útgáfu Íslenskrar orðabókar (Ritstj. Mördur Árnason, Edda-útgáfa hf., 2002). Ennfremur er ljóst að heimildin skv. ákvæðinu takmarkast ekki við heildarmagn fjarskipta eins og Og fjarskipti vilja halda fram, enda ber orðalag ákvæðisins það skýrlega með sér að um er að ræða heimild til þess að birta tölfræðiupplýsingar um magn fjarskipta. Verður því að telja ljóst að löggjafinn hefur talið Póst- og fjarskiptastofnun, sem eftirlitsaðila á íslenska fjarskiptamarkaðinum, hæfa til þess að meta hvaða tölfræðiupplýsingar mikilvægt er að birta hverju sinni í þeim tilgangi að stuðla að því að skilgreindum markmiðum fjarskiptalaga verði náð. Hafi það verið ætlan löggjafans að takmarka heimild stofnunarinnar til að birta tölfræðiupplýsingar við heildarmagn fjarskipta verður að telja að slíkt hefði þurft að koma skýrlega fram í lagaákvæðinu eða hlutadeigandi lögskýringagögnum—

Hvergi í ofangreindum rökstuðningi er vísað til þess að PFS telji stofnuninni heimilt, á grundvelli ákvæðis 3. mgr. 8. gr. laga nr. 69/2003, að birta fjárhagsupplýsingar ýmis konar eða tekjur af mismunandi starfsþáttum fjarskiptafyrirtækja, heldur er í hinni kærðu ákvörðun aðeins að finna rökstuðning PFS fyrir því að stofnuninni sé heimilt að birta tölfraðilegar upplýsingar um magn fjarskipta á grundvelli framangreinds ákvæðis og að heimildin samkvæmt ákvæðinu takmarkist ekki við heildarmagn fjarskipta.

### **3.2. Ákvæði upplýsingalaga nr. 50/1996**

Í kærinni er dregið í efa að ákvæði upplýsingalaga eigi við í því máli sem hér er til umfjöllunar og vísar kærandi í þessu sambandi m.a. til þess að líta beri til þess að ákvæði laga nr. 69/2003 verði að teljast sérlög gagnvart upplýsingalögum.

Í hinni kærðu ákvörðun er að finna útarlega umfjöllun um hlutaðeigandi ákvæði upplýsingalaga og að hvernig þau eiga við í fyrirliggjandi máli að mati PFS. Álitur PFS engu við þann rökstuðning að bæta og vísast því til kafla 3.1.2. í hinni kærðu ákvörðun í þessu sambandi.

Hvað varðar tilvísun kæranda til úrskurðar úrskurðarnefndar um upplýsingamál nr. 48/1998 frá 22. júní 1998, er að mati PFS um svo ólík mál að ræða að enginn grundvöllur er fyrir því að líkja þeim sjónarmiðum sem réðu niðurstöðu framangreinds máls við þau sjónarmið sem eiga við hér. Í því máli kærði einstaklingur synjun Tryggingastofnunar ríkisins um að veita honum upplýsingar um greiðslur stofnunarinnar til einstakra lyfjabúða á tilteknu tímabili og jafnframt upplýsingar "um innbyrðis stærðarhlutföll einstakra lyfjabúða, reiknuð út frá þessum fjárhæðum". Niðurstaða þessa máls, þ.e. að synja um aðgang að upplýsingum sökum þess að „það kynni að skaða mikilvæga viðskiptahagsmuni þeirra, sem eiga og reka lyfjabúðir, ef upplýsingar um greiðslur Tryggingastofnunar til þeirra væru á hverjum tíma á almanna vitorði—, er í fullu samræmi við þau sjónarmið sem gilda um takmörkun á upplýsingarétti á grundvelli þess að vernda tiltekna viðskiptahagsmuni. Sömu sjónarmið eiga ekki við á sama grundvelli í fyrirliggjandi máli, enda verður, í tengslum við hina kærðu ákvörðun, að líta til ólíkra lögbundinna verksviða þeirra stofnana sem um ræðir. Í framangreindu máli komu ekki til álita nein sjónarmið um hlutverk viðkomandi stofnunar um að kalla eftir upplýsingum í tölfraðilegum tilgangi og stuðla að birtingu skýrra upplýsinga fyrir hagsmunaaðila á viðkomandi markaði. Verður því að teljast ótækt að vísa til framangreinds máls sem rök fyrir því að halda leyndum þeim upplýsingum sem hin kærða ákvörðun kveður á um að skuli birta.

### **3.3. Lög um verðbréfavíðskipti nr. 108/2007**

Að mati PFS eru röksemdir kæranda fyrir því að halda leyndum upplýsingum, sem hin kærða ákvörðun kveður á um að skuli birta, á grundvelli sjónarmiða um að umræddar upplýsingar séu til þess fallnar að hafa verðmótandi áhrif á hlutabréf í Teymi hf., móðurfélags kæranda, með öllu haldlausar. Líta verður til þess að, eins og fram kemur í kærinni, birtir Teymi hf., móðurfélag kæranda, ársfjórðungslega afkomuupplýsingar samstæðunnar eins og lög og reglur OMX Nordic Exchange á Íslandi gera ráð fyrir. Auk þess, eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun, hafa komið út reglulegar afkomutilkynningar með sundurliðunum og útarlegar skráningarlýsingar voru gefnar út í mars 2005, apríl 2006 og nóvember 2006. Í

Þessum gögnum koma til dæmis fram, auk lýsinga á markaðaaðstæðum og framtíðaráformum félagsins, upplýsingar um rekstur, efnahag, fjárfestingar og upplýsingar um markaðshlutdeild í heild og á einstökum sviðum, velta einstakra sviða fjarskipta og afkoma fjarskiptasviðs félagsins. Þessar þegar birtu upplýsingar eru í eðli sínu mun útarlegri og viðkvæmari upplýsingar en þær tölfrædiupplýsingar sem hér um ræðir og PFS hefur í hyggju að birta. Þá birti Kaupþing banki vandaða og útarlega greiningu á Teymi þann 11. september. s.l. með ýmsum upplýsingum fyrir árin 2003 til 2006, sem fengnar eru m.a. af heimasíðu Póst- og fjarskiptastofnunar, frá Teymi hf. og áætlað er af bankanum. Þar eru m.a. upplýsingar um veltu Og fjarskipta ehf. (hlutfall af heildarveltu Teymis hf.), fjarskiptatekjur, EBITDA afkoma fjarskiptasviðs, markaðshlutdeild í farsíma, fjöldi áskrifenda, markaðshlutdeild Og fjarskipta ehf. í fastlínu, fjöldi áskrifenda í fastlínu, markaðshlutdeild Og fjarskipta ehf. í ADSL áskriftum, o.fl. Ekki er vitað til þess að Teymi hafi mótmælt þessari umfjöllun Kaupþings banka eða talið þessar upplýsingar skaðlegar þó að bankinn hafi áætlað ýmsar stærðir. Samkvæmt þessu er því ljóst að ekki er um nýbreytni að ræða að birta upplýsingar af því tagi sem hin kærða ákvörðun kveður á um. Að mati PFS verður ekki séð hvernig þær upplýsingar sem hin kærða ákvörðun kveður á um að skulu birta, sem að mestu eru magntölur úr fortíðinni, geti haft verðmótandi áhrif á hlutabréf í Teymi hf., móðurfélagi kæranda, sem þegar hefur birt margvíslegar fjárhagsupplýsingar um samstæðuna. Þá hefur kærandi ekki fært fram nein haldbær rök þess efnis eða tiltekið hvaða sérstöku upplýsingar hann telji að geti haft þessi áhrif.

### **3.4. Lög um fjarskipti nr. 81/2003**

Að mati kæranda er birting þeirra upplýsinga sem hér um ræðir helst til þess fallin að gagnast dótturfyrirtækjum Skipta hf. til að halda umtalsverðum markaðsstyrk. PFS vísar á bug framangreindum fullyrðingu kæranda. PFS starfar eftir skýrum ákvæðum laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, þar sem m.a. er kveðið á um að lögbundin verkefni stofnunarinnar eru m.a. að annast framkvæmd laga um fjarskipti og stuðla að því að markmið þeirra náist, sbr. 1. mgr. 3. gr. laganna. Lögbundin markmið fjarskiptalaga nr. 81/2003 eru m.a. að virkja samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 3. mgr. 1. gr. laganna. Verkefni og aðgerðir PFS eru ávallt í framangreindum tilgangi og beitir stofnunin aðeins þeim aðgerðum sem henni er heimilt að beita á grundvelli fjarskiptalaga og laga um Póst- og fjarskiptastofnun. Fyrir utan veigamikið hlutverk stofnunarinnar við að greina markaði og aðgerðir PFS á grundvelli markaðsgreininga skv. V. kafla fjarskiptalaga, má jafnframt nefna eftirfarandi verkefni og aðgerðir á grundvelli 3. gr. laga nr. 69/2003: vinna gegn röskun eða takmörkun á samkeppni á fjarskiptamarkaði, vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptaþjónustu og fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist, stuðla að því að gætt sé jafnræðis meðal fjarskiptafyrirtækja, gæta hagsmuna almennings með því að stuðla að vernd neytenda í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki og stuðla að birtingu skýrra upplýsinga fyrir notendur. Þá hefur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála jafnframt í úrskurðum sínum lagt áherslu á mikilvægi þess að PFS hafi lögbundið hlutverk sitt um að efla samkeppni að leiðarljósi við lagatúlkun og málsmeðferð alla, sbr.:

„Í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands og samræmingu regluverks innan Evrópska efnahagssvæðisins, sbr. EES-samningurinn: XI. viðauki og tilskipanir 90/388/EB, 2002/19/EB, 2002/20/EB, 2002/21/EB og rammatilskipun 2002/22/EB,

*hefur Póst- og fjarskiptastofnun verið falið það verkefni í samvinnu við samkeppnisyfirvöld að stuðla að eðlilegri þróun fjarskiptamarkaðsins og að stuðla að því að samkeppni megi verða sem öflugust á þeim vettvangi. Þetta hlutverk PFS ber stofnuninni að hafa að leiðarljósi við lagatúlkun sína og málsmeðferð alla.— (leturbr. PFS).<sup>14</sup>*

*Að mati PFS eru þær upplýsingar, er hin kærða ákvörðun kveður á um að skuli birta, til þess fallnar að vera upplýsandi almennt og gera markaðinn gagnsærri til hagsbóta fyrir markaðsaðila, neytendur, sem og aðra hagsmunaaðila er máli skipta. Öllum fullyrðingum um að birting nefndra upplýsinga muni hygla ákveðnum fjarskiptafyrirtækjum á kostnað annarra er vísað á bug.*

Vísast að öðru leyti á rökstuðning hinnar kærðu ákvörðunar og málflutning PFS fyrir nefndinni.

#### **4.0 Niðurstaða.**

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur kynnt sér gögn málsins, athugað lög, reglugerðir og aðrar réttarheimildir og fundað um ágreiningsefnið. Að störfum sínum loknum hefur nefndin komist að niðurstöðu.

Málsástæður kæranda Og fjarskipta ehf. eru meðal annars meint brot PFS á meginreglum stjórnýslu við úrlausn málsins sem varði ógildingu ákvörðunar. Rökstuðningi væri áfátt, meðalhófs hafi ekki verið gætt og ekki væri nægileg lagastoð fyrir umræddri ákvörðun.

Ekki verður séð að slíkar ambögur séu á rökstuðningi PFS að leiði til ógildingar ákvörðunar. Það er ekki venjan í íslenskum rétti að skortur á rökstuðningi einn og sér leiði til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar ef ekki er um verulegan annmarka á ákvörðunni að ræða og ef ekki þykir sýnt að annmarkinn hafi haft áhrif á niðurstöðu ákvörðunar. Telur nefndin að við málflutning beggja aðila fyrir henni hafi ekki verið leitt í ljós að þau atriði sem Og fjarskipti ehf. telur ábótavant í rökstuðningi hafi valdið verulegum annmörkum á niðurstöðu ákvörðunarinnar.

Kærandi hefur heldur ekki fært á það sönnur að birting umræddra upplýsinga sé til þess fallin að skaða viðskiptahagsmunum félagsins eða brjóti í bága við lög um verðbréfavíðskipti 108/2007. Verður að telja að hugsanleg verðmótandi áhrif tölfræðiupplýsinga um fjarskiptarekstur kæranda séu óveruleg, auk þess að nákvæmar fjárhagsupplýsingar eru reglulega birtar af kæranda sjálfum og/eða tengdum félögum samkvæmt ofangreindum lögum.

Að sama skapi virðist val PFS á aðferð til þess að ná lögboðnu markmiði sínu og beiting stofnunarinnar á umræddri aðferð vera í fullu samræmi við meðalhófsreglu stjórnýslunnar. Aðgangur annarra markaðsaðila og neytenda að upplýsingum um aðstæður á fjarskiptamarkaði virðist til þess fallinn að stuðla að aukinni samkeppni og vinna gegn aðgangshindrunum. Ekki fær nefndin séð að brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu á neinn hátt né að ákvörðun PFS fái ekki samræmst góðum stjórnýslumháttum að öðru leyti.

<sup>14</sup> Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, dag. 3. júlí 2006, í máli nr. 7/2006, bls. 24



Málið snýst því aðallega um lögmæti ákvörðunar PFS, þ.e. hvort stoð sé fyrir ákvörðuninni í lögum. Því kemur til túlkun á 3. mgr. 8. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, sem er svohljóðandi:

Póst- og fjarskiptastofnun er heimilt að birta tölfraðilegar upplýsingar um magn fjarskipta og pósts og skulu fjarskiptafyrirtæki og póstrekendur láta stofnuninni í té slíkar upplýsingar.

Greinin er samhljóða 3. mgr. 6. gr. fyrri laga nr. 110/1999 um Póst- og fjarskiptastofnun. Í athugasemdum með frumvarpinu kemur eftirfarandi fram:

Nær öll ríki birta tölfraðilegar upplýsingar um magn fjarskipta og pósts og um fjölda notenda, afgreiðslustaði o.s.frv. Póst- og fjarskiptastofnun er skv. 3. mgr. veitt heimild til að birta slíkar upplýsingar sem leyfishöfum kann að vera skylt að afhenda henni samkvæmt frumvarpi til laga um fjarskipti.

Samkvæmt þessu virðist nefndinni að vilji löggjafans standi til þess að birting tölfraðiupplýsinga sé ekki einskorðuð við magn fjarskipta. Ef slíkt hefði verið ætlunin væri orðalagið „...og um fjölda notenda, afgreiðslustaði, o.s.frv.“ algerlega ónauðsynlegt og villandi. Af ofangreindri setningu í undirbúningsgögnum laganna virðist mega ráða að 3. mgr. 9. gr. laga nr. 69/2003 geri ráð fyrir því að birtingu á tölfraðiupplýsingum hér á landi sé háttáð á sama hátt og í öðrum löndum sem við berum okkur saman við. Með því að ekki eru tæmandi taldar þær upplýsingar sem birta skal ályktar nefndin að PFS sé falið ákveðið mat til að taka ákvörðun um það, í samræmi við lögbundið hlutverk stofnunarinnar, önnur lög og alþjóðasáttmála, góða stjórnarsýsluhætti og eðli máls.

Af þessum ástæðum telur úrskurðarnefndin rétt að staðfesta ákvörðun PFS nr. 1/2008 um birtingu tölfraðiupplýsinga með vísun til forsenda hennar.

## 5.0 Úrskurðarorð

**Hin kærða ákvörðun PFS nr. 1/2008 frá 11. janúar 2008 er staðfest með vísun til forsendna sinna.**

**Ef aðilar máls vilja ekki una úrskurði þessum þarf að bera hann undir dómstóla innan sex mánaða frá því að aðilar fengu vitneskju um hann.**

Reykjavík, 30. maí 2008

---

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

---

Guðjón Kárason, verkfr.

---

Heimir Haraldsson, endursk.