



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 3/2016

Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

I

Inngangur

Mál þetta varðar ágreining um það hvort bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 nái einungis til línulegra sjónvarpsútsendinga, eins og Síminn hf. (Síminn) heldur fram, eða jafnframt til ólínulegrar myndmiðlunar, eins og Fjarskipti hf. (Vodafone) heldur fram og fjölmiðlanefnd hefur tekið undir í álitinu sínu.

Samkvæmt umræddu ákvæði er fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Vodafone telur að með því að bjóða einungis upp á ólínulega myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á fjarskiptanetum Símasamstæðunnar, t.d. hliðræna þjónustu á borð við Frelsi og Tímaflakk, sé Síminn að brjóta gegn umræddu bannákvæði. Þeir sem áhuga hafi á að horfa á umrætt myndefni utan hefðbundinna sjónvarpsútsendingatíma geti ekki gert það á öðrum fjarskiptanetum en fjarskiptanetum Símasamstæðunnar og því gætu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja þurft að færa viðskipti sín yfir til Símans.

Áður en PFS metur hvort Síminn hafi hugsanlega brotið gegn umræddu bannákvæði telur stofnunin rétt að skera úr því álitafni hvort ólínuleg myndmiðlun heyri undir umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Verði það raunin mun PFS taka málið til frekari meðferðar í framhaldi af ákvörðun þessari.

II

Málavextir

2.1 Ákvörðun PFS nr. 30/2015

Í ákvörðun PFS nr. 30/2015, dags. 18. desember 2015, hafnaði PFS því að stofnunin skæri úr því hvort þjónustubættir þeir hjá Vodafone sem nefndust Tímavél og Frelsi teldust til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar samkvæmt flutningsreglum VII. kafla fjölmiðlalaga og vísaði málinu frá. PFS taldi sig því ekki bært stjórnvald til að skera úr um ágreining Símans og Vodafone um flutning Vodafone á myndefni Símans á

fjarskiptakerfum Vodafone, þar sem samningur sá sem í gildi væri á milli aðila um flutninginn væri reistur á frjálsum samningum á milli aðila en ekki á flutningsréttarákvæðum fjölmiðlalaga. Ágreiningur um túlkun umrædds samnings ætti því undir dómstóla.

Umræddur samningur á milli aðila gildir til 1. maí 2016. Sumarið 2015 bannaði Síminn Vodafone að bjóða upp á myndefni Sjónvarps Símans í hliðraðri (ólínulegri) dagskrá frá og með 1. október sl. Þegar horfið var frá innheimtu áskriftargjalds fyrir hina línulegu sjónvarpsdagskrá Skjásins. Vodafone varð ekki við þeirri kröfu að því er Tímavél varðar og taldi sig hafa rétt á því að halda slíkri myndmiðlun áfram á grundvelli ofangreinds samnings. Síminn lokaði hins vegar fyrir möguleika Vodafone á að bjóða upp á Frelsi frá umræddu tímamarki. Þann 16. desember fékk Síminn svo samþykkt lögbann hjá sýslumanninum á höfuðborgarsvæðinu við því að Vodafone tæki upp og miðlaði sjónvarpsefni sjónvarpsstöðvanna SkjásEins og SkjásEins HD með ólínulegum hætti. Lögbannsmál þetta er nú til meðferðar hjá héraðsdómi Reykjavíkur.

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 2. desember sl., sem fól í sér loka athugasemdir félagsins í ofangreindu máli sem PFS vísaði frá þann 18. desember sl., gerði Vodafone þá kröfu að PFS tæki bindandi stjórnvaldsákvörðun og beindi þeim fyrirmælum til Símans, að félagið léti þá þegar af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda væri háttsemin í andstöðu við tilgreint lagaákvæði.

Afstaða PFS til umræddrar kröfu Vodafone var sú að stofnunin taldi tilefni til að fjalla um hana í sérstöku máli. Fram kom að ljóst væri að ákvörðun um þetta álitamál þyrfti að taka að vel athuguðu máli og í kjölfar ítarlegrar rannsóknar, auk þess sem veita þyrfti aðilum færi á að tjá sig og koma sjónarmiðum sínum að áður en slík ákvörðun yrði tekin. Áður en slík ákvörðun yrði tekin þyrfti að mati PFS ennfremur að vera fullreynt hvort samningar gætu tekist á milli félaganna um hina ólínulegu myndmiðlun.

2.2 *Krafa Vodafone í tengslum við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga*

Eins og fram kemur hér að framan gerði Vodafone þá kröfu í bréfi sínu til PFS, dags. 2. desember 2015, að PFS fyrirskipaði Símanum af láta af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Í máli Vodafone kom fram að samkvæmt skýringum við frumvarpið sem orðið hefði að fjölmiðlalögum hefði markmiðið með flutningsreglunum verið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu því ljóst væri að það yrði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Við þessu væri brugðist í umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í frumvarpinu kæmi ennfremur fram að í ljósi reynslunnar yrði talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Fjarskiptafyrirtækjum yrði

heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu væri þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau gætu boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Það gætu fyrirtækin einungis gert ef þau hefðu aðgang að sambærilegu efni.

Þá vísaði Vodafone til þess að í greinargerð kæmi fram að ákvæðunum væri ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður fyrirtækja sem hefðu bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum notuðu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald). Fengi Vodafone ekki ekki betur séð, en að með háttsemi sinni hefði Síminn með alvarlegum hætti brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Samkvæmt 54. og 56. gr. fjölmiðlalaga sættu brot á ákvæði 5. mgr. 45. gr. bæði stjórnvaldssekt og refsingu.

Í reynd hefði umrætt lagaákvæði þá þýðingu að Síminn yrði að gæta jafnræðis milli fjarskiptaneta óháð því hvort um línulegar, seinkaðar eða hliðraðar útsendingar væri að ræða. Ástæðan væri augljóslega sú að annars væri samkeppni raskað. Í þessu sambandi skyldi hins vegar til hliðsjónar bent á ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.7194 (Liberty málið), en þar hefði verið gert að skilyrði að svokölluð „catch-up rights“ væru í boði á öðrum fjarskiptanetum en netum samrunaaðila málsins.

Síminn hefði lagt á það áherslu í máli því sem endaði með framangreindri ákvörðun PFS nr. 30/2015 að stofnunin væri bær til að túlka ákvæði fjölmiðlalaga. Ef sú væri raunin hlyti slíkt einnig að taka til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Vodafone teldi hins vegar allt að einu nauðsynlegt að PFS leitaði umsagnar fjölmiðlanefndar um rétta túlkun tilvísaðs lagaákvæðis áður en PFS tæki efnislega ákvörðun.

2.3 Athugasemdir Símans við kvörtun Vodafone

Með bréfi Símans til PFS, dags. 19. janúar 2016, bárust athugasemdir félagsins vegna framangreindrar kvörtunar Vodafone. Fram kom að þegar afdráttarlaus niðurstaða myndi liggja fyrir um það að hliðrað áhorf og frelsisþjónusta teldist ólínuleg myndmiðlun yrði PFS að vísa frá eða hafna málsmeðferð vegna kvörtunar um meint brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Síminn minnti á að PFS hefði vísað þessu úrlausnarefni frá í ákvörðun sinni nr. 30/2015, en fjölmiðlanefnd hefði í álitinu sínu til PFS í því máli, dags. 27. október 2015, komist að þeirri niðurstöðu að þjónusta á borð við Frelsi og Tímaflakk/Tímavél væri ólínuleg myndmiðlun en ekki línuleg sjónvarpsútsending. PFS hefði í raun einnig fallist á þetta í umræddri ákvörðun, þar sem stofnunin hefði tekið fram að áður en unnt væri að taka ákvörðun um hvort Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga „þyrfti að vera fullreynt hvort samningar gætu tekist á milli félaganna um hina hliðruðu (ólínulegu) dagskrá.“

Síminn byggði á því að mögulegt inngríp PFS samkvæmt VII. kafla fjölmiðlalaga ætti einungis við þegar um *sjónvarpsútsendingar* væri að ræða. Mögulegt brot á 5. mgr. 45. gr. laganna gæti því einungis átt við um sjónvarpsútsendingar eða seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Síminn teldi engan vafa leika á þessu en þar sem um grundvallaratriði í málinu væri að ræða kysi Síminn að rekja þetta með ítarlegum hætti.

Í texta allra fjögurra lagagreina VII. kafla fjölmiðlalaga (44.–47. gr.) kæmi fram að ákvæðin tækju til sjónvarpsútsendinga, þ.m.t. 1. mgr. 44. gr. um flutningsskyldu þar sem segði að fjarskiptafyrirtæki sem starfrækti almennt starfrænt fjarskiptanet sem notað væri til flutnings sjónvarpsútsendinga væri skylt að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum fjölmiðlaveitu um flutning á sjónvarpsútsendingum. Ennfremur 1. mgr. 45. gr. um flutningsrétt þar sem fram kæmi að fjölmiðlaveitu væri skylt að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um að fjarskiptafyrirtæki fengi að flytja sjónvarpsútsendingar. Í 1. mgr. 46. gr. laganna væri svo fjallað um málsmeðferð og framkvæmd þegar óskað væri eftir samningum um flutning á sjónvarpsútsendingu sem félli undir 44. eða 45. gr. Að lokum væri í 47. gr. fjallað um ákvörðun endurgjalds fyrir flutning sjónvarpsútsendinga.

Eins og sæist af framangreindum tilvitnunum yrði að telja augljóst að VII. kafla laganna ætti einungis við um það þegar sjónvarpsútsendingar væru til umfjöllunar enda hvergi minnst á það í lagatextanum að ákvæðin ættu við um ólínulega myndmiðlun. Til að taka af allan vafa um vilja löggjafans væri rétt að rekja skýringar í greinargerð með umræddum kafla laganna sem staðfesti framangreint. Þar segði (leturbreyting Símans):

„Lagt er til að lögfest verði ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Þessum ákvæðum er ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum.

Ákvæðin eiga við um stafræn fjarskiptanet sem flutt geta sjónvarpsútsendingar.“

„Því þarf að tryggja að áfram verði í boði flutningur á sjónvarpsútsendingum ótengdra fyrirtækja og ekki síst þarf að huga að möguleikum nýrra fjölmiðlaþjónustuveitenda til þess að koma útsendingum sínum til notenda.“

„Að sjálfsögðu er út frá því gengið í frumvarpinu að fyrirtækin freisti þess að semja sjálf um flutning sjónvarpsútsendinga í samræmi við þær skyldur sem kveðið er á um í frumvarpinu.“

„Að öllu framangreindu virtu má draga meginatriðin um flutningsskyldu og flutningsrétt saman með eftirfarandi hætti: Í fyrsta lagi geta fjölmiðlaþjónustuveitendur fengið dreifingu á sjónvarpsútsendingum sínum á fjarskiptanetum fjarskiptafyrirtækja óski þeir eftir því og að gættum nánari skilyrðum sem útfærð eru í frumvarpinu. Hér er því um svokallaða flutningsskyldu að ræða (e. must carry). Í öðru lagi geta fjarskiptafyrirtæki fengið að dreifa sjónvarpsútsendingum á fjarskiptanetum sínum óski þau eftir því og að gættum nánari skilyrðum sem útfærð eru í frumvarpinu. Hér er því um svokallaðan flutningsrétt að ræða (e. may carry/must offer). Í þriðja lagi er svo lögð til sú þýðingarmikla meginregla að samningsfrelsi milli fjölmiðlaþjónustuveitenda og fjarskiptafyrirtækja ber að virða í hvítetna, en Póst- og fjarskiptastofnun verði falið að skera úr reynist útilokað að komast að slíku samkomulagi.“

Í athugasemdum við einstök lagaákvæði kæmi vilji löggjafans einnig skýrt fram. Þannig segði í skýringum með 44. gr. fjölmiðlalaga (leturbreyting Símans):

„Í frumvarpsgreininni er fjallað um skyldu fjarskiptafyrirtækja til að verða við beiðni um flutning sjónvarpsútsendinga fjölmiðlaþjónustuveitenda. Fjarskiptanet

sem fallið geta undir þetta ákvæði eru net sem flutt geta sjónvarpsútsendingar á stafrænu formi.“

Í skýringum með 45. gr. fjölmiðlalaga segði (leturbreyting Símans):

„Í ákvæðinu er fjallað um flutningsrétt, þ.e. þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo að fjarskiptafyrirtæki geti krafist þess að fá að dreifa **sjónvarpsútsendingum** á stafrænu fjarskiptaneti sínu.“

Skýring með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri í heild sinni svohljóðandi (leturbreyting Símans):

„Með flutningsreglunum er markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því er ljóst að það verður hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Við þessu er brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með tengdu fjarskiptafyrirtæki er átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl í öðrum tilvikum. Í ljósi reynslunnar er talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyni að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki **sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum** muni áfram eiga erfitt uppdráttar. Fjarskiptafyrirtækjunum verður heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu er þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau geti boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Það geta fyrirtækin einungis gert ef þau hafa aðgang að sambærilegu efni.“

Í skýringum í greinargerð með 46. gr. fjölmiðlalaga segði síðan (leturbreyting Símans):

„Samkvæmt 1. mgr. ber fyrirtækjum sem falla undir ákvæði 44. og 45. gr. **að semja um flutning sjónvarpsútsendinga** eins fljótt og unnt er eftir að ósk um flutning er sett fram. Ekki er gert ráð fyrir afskiptum stjórnvalda af slíkum samningaumleitunum nema þær sigli í stand.“

„Póst- og fjarskiptastofnun hefur í rúman áratug fengist við mál er varða aðgang að fjarskiptanetum og verðlagningu á slíkum aðgangi. Það þykir því falla vel að starfsemi stofnunarinnar að taka til meðferðar **mál er varða flutning sjónvarpsútsendinga** á fjarskiptanetum.“

„Þá er í þessari málsgrein kveðið á um að Póst- og fjarskiptastofnun beri að leita álits fjölmiðlanefndar þegar **ósk um að fá sjónvarpsútsendingu** til flutnings kemur til meðferðar hjá stofnuninni.“

„Í 7. mgr. er samgönguráðherra veitt heimild til að setja reglugerð með nánari ákvæðum um málsmeðferð og framkvæmd flutnings **sjónvarpsútsendinga** samkvæmt þessum kafla.“

Framangreindar tilvitnanir í lagaákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga og skýringar í greinargerð með þeim, þ.m.t. 5. mgr. 45. gr. laganna, sýndu með mjög afgerandi hætti að við setningu

fjölmiðlalaga hefði vilji löggjafans staðið til þess að láta reglur um flutningsskyldu og flutningsrétt einungis ná til sjónvarpsútsendinga.

Það væri einungis á einum stað í skýringum í greinargerð með VII. kafla sem minnst væri á ólínulega myndmiðlun, þ.e. í skýringum með b-lið 1. mgr. 45. gr. laganna þar sem segði m.a. (leturbreyting Símans):

„Flutningsréttur nær hins vegar ekki til ólínulegrar hljóð- og myndmiðlunar, svo sem myndmiðlunar eftir pöntun þar sem myndefnið er ekki sent út samkvæmt dagskráráætlun og flokkast því ekki sem línuleg myndmiðlun.“

Af öllu framansögðu virtu yrði að telja það hafið yfir allan vafa að lagaákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga næðu einungis til þeirra tilvika þegar ágreiningur aðila snérist um flutningsrétt og flutningsskyldu að sjónvarpsútsendingum. Jafnframt lægi það fyrir að lögbundið hlutverk PFS næði einungis til „að taka til meðferðar mál er vörðudu flutning sjónvarpsútsendinga“. Þegar af þeirri ástæðu yrði að telja augljóst að útilokað væri að brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þegar um væri að ræða þjónustu sem ekki teldist vera sjónvarpsútsending (línuleg myndmiðlun).

Einnig yrði að minna á að ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldur bæri að túlka þröngt líkt og PFS hefði staðfest með afdráttarlausum hætti í ákvörðun PFS nr. 19/2012:

„Við túlkun umræddra ákvæða verður að beita þröngri lögskýringu og verður því ekki annað talið, út frá skýrum ákvæðum laganna, lögskýringargögnum og almennum lögskýringarsjónarmiðum, en að beiðni verði að koma fram af hálfu þess sem óskar aðgangs, að dreifikerfi eða efni. Um er að ræða íþyngjandi ákvæði enda fela þau í sér rétt aðila til aðgangs að eignum gagnadila sem telja verður að njóti verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 1. mgr. 72. gr. hennar.“

Þá virtist Vodafone reyndar halda því fram að fjölmiðlaveita ætti að hafa frumkvæðið að því að tryggja að sjónvarpsútsendingum yrði dreift yfir kerfi annarra, þ.e. línulegri myndmiðlun. Síminn vildi að gefnu tilefni leiðrétta þann misskilning Vodafone en í ákvörðun PFS nr. 19/2012 segði:

„Ákvæðið felur aftur á móti ekki í sér kröfu um að fjölmiðlaveita tryggi að efni hennar sé flutt eftir öðrum dreifikerfum en hennar eigin eða tengdra aðila.“

Það væri því skýrt að fjarskiptafyrirtæki yrði að hafa frumkvæði að því að óska eftir þeim sjónvarpsútsendingum sem félagið vildi dreifa um sitt kerfi. Þá væri það jafn ljóst að ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldur næðu ekki til ólínulegrar myndmiðlunar.

Í málatilbúnaði Vodafone kæmi fram að félagið teldi sig eiga rétt til ólínulegrar myndmiðlunar á efni Símans samkvæmt samningi aðila. Vodafone hefði hins vegar ekki óskað eftir aðgangi að hinu ólínulega efni með formlegri beiðni sem vísaði til ákvæða fjölmiðlalaga. Í forsendum niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 30/2015 hefði komið fram að PFS gæti ekki skorið úr því máli sem þar hefði verið til umfjöllunar þar sem engin beiðni hefði borist frá Vodafone um að stofnunin skæri úr um flutningsrétt. Hefði PFS í hyggju

að gæta samkvæmni hlytu sömu rök að eiga við þannig að leyst yrði úr ágreiningi um rétt til dreifingar á ólínulegu efni fyrir dómstólum eins og fram kæmi í samningi aðila. Í forsendum PFS væri lögð áhersla á það að ákvæði um flutningsskyldu og flutningsrétt skyldu sæta þröngri túlkun og hefði stofnunin m.a. vísað til framangreindrar ákvörðunar sinnar nr. 19/2012 í því sambandi. Niðurstaða PFS gæti því ekki vikið frá þeirri reglu sem stofnunin hefði byggt á og væri á þá leið að ef engin formleg beiðni hefði borist stofnuninni um aðgang gæti hún ekki tekið mál til meðferðar. Samkvæmt ákvörðuninni væri PFS því ekki bær aðili til að skera úr ágreiningi aðila heldur væri það í höndum dómstóla að leggja efnislegt mat á það hvað fælist í samningi aðila. Sá ágreiningur væri núna til meðferðar fyrir dómstólum þar sem Síminn hefði fengið lögbann á ólínulega miðlun Vodafone á efni Símans. PFS bæri því að láta dómstólum eftir að skera úr ágreiningi aðila.

Því teldi Síminn að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það að félaginu bæri að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila. Í því fælist jafnframt að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það hvort háttsemi Símans færi gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Réðist það fyrst og fremst af því að lagaheimildir PFS til að taka mál til stjórnslu meðferðar á grundvelli fjölmiðlalaga næði einungis til þess þegar ágreiningur væri um flutningsrétt eða flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum. Ákvæði PFS að taka ákvörðun um það hvort 5. mgr. 45. gr. hefði verið brotin í málinu væri augljóst að stofnunin myndi fara út fyrir valdsvið sitt og þar með brjóta gegn lögmætisreglu stjórnsluréttarins.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-2249/2014, dags. 26. október 2015, hefði úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 3/2013 verið felldur úr gildi, en í þeim úrskurði hefði ákvörðun PFS nr. 14/2013 hafði verið staðfest. Hefði dómurinn talið að PFS hefði farið út fyrir lögbundnar heimildir sínar og því hefði úrskurðarnefndinni ekki borið að staðfesta ákvörðun PFS með úrskurði sínum. Hefði slíkt brot á lögmætisreglu verið talinn verulegur annmarki á stjórnvaldsákvörðun og hefði úrskurðurinn þegar af þeirri ástæðu verið ógiltur.

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefði komist að sömu niðurstöðu með úrskurði í máli nr. 4/2014, dags. 21. apríl 2015, þar sem ákvörðun PFS nr. 16/2014 hefði verið felld úr gildi. Í forsendum niðurstöðu úrskurðarnefndar segði m.a.:

„Að mati úrskurðarnefndar og að teknu tilliti til ábendinga umboðsmanns Alþingis um túlkun á 6. mgr. 16. gr. laga um pósthjónustu, standa valdheimildir PFS samkvæmt ákvæðinu aðeins til þess að samþykkja eða hafna gjaldskrá innan einkaréttar sem rekstrarleyfishafi skal gefa út og leggja fyrir PFS fyrir gildistöku. Á grundvelli lögmætisreglu stjórnsluréttarins ná valdheimildir PFS því ekki til þess að kveða á í ákvörðunarorðum um ákveðin verð og þannig efnislega ákveða nýja gjaldskrá. Hin kærða ákvörðun er því að mati úrskurðarnefndar ekki í samræmi við ákvæði 6. mgr. 16. gr. um pósthjónustu.“

Með vísan til þessara tveggja mála væri ljóst að ákvörðun PFS, sem fæli í sér að tekin yrði afstaða í máli þar sem ágreiningur væri um dreifingu á ólínulegri myndmiðlun, væri haldin verulegum ógildingarannmörkum.

Í forsendum niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 19/2012 segði eftirfarandi á bls. 13-14:

„Er það almenn regla í íslensku réttarhari að lagaákvæði skal túlka út frá orðalagi þess, sé það skýrt, nema gild rök leiði til annars. Orðalag ákvæðisins gerir skýrar kröfur um að beiðni verði að koma frá þeim aðila sem óskar aðgangs að réttindum gagnaðila. Hið sama á við um 1. mgr. 45. gr. laganna og er slík krafa ítrekuð í ákvæðunum sjálfum, sbr. a-lið 1. mgr. 44. gr. og b-lið 1. mgr. 45. gr. Þá styðja athugasemdir við frumvarpið þessa túlkun enda er hvergi vikið að því að til beitingar á ákvæðunum geti komið án þess að beiðni liggi fyrir. Við túlkun umræddra ákvæða verður að beita þröngri lögskýringu og verður því ekki annað talið, út frá skýrum ákvæðum laganna, lögskýringargögnum og almennum lögskýringar-sjónarmiðum, en að beiðni verði að koma fram af hálfu þess sem óskar aðgangs að dreifikerfi eða efni. Um er að ræða íþyngjandi ákvæði enda fela þau í sér rétt aðila til aðgangs að eignum gagnaðila sem telja verður að njóti verndar eignaréttar-ákvæðis stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 1. mgr. 72. gr. hennar.“

Öll sömu sjónarmið og PFS lagði til grundvallar ákvörðunar nr. 19/2012 ættu við í því máli sem hér væri til umfjöllunar. Með túlkun á orðalagi 45. gr. fjölmiðlalaga og þegar VII. kafli laganna væri lesinn í heild, ásamt skýringum í greinargerð, yrði að telja augljóst að orðalagið benti til þess að lagaákvæðin, þ.m.t. 5. mgr. 45. gr., næðu einungis til ágreinings um dreifingu sjónvarpsútsendinga. PFS hefði jafnframt byggt á því að við túlkun umræddra lagaákvæða yrði að beita þröngri lögskýringu enda væri um að ræða íþyngjandi ákvæði sem nytu stjórnarskrárverndar 72. gr. stjórnarskrárinnar. Útilokað yrði að telja að beiting þröngrar lögskýringar gæti leitt til annars en að 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga næði einungis til ágreinings vegna flutningsréttar eða flutningssskyldu sjónvarpsútsendinga.

Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins (SE) nr. 20/2015 frá 2. júlí 2015 (*Breyting á skilyrðum vegna eignarhalds Símans á Skjánum – Niðurfelling ákvörðunar nr. 10/2005*) hefði SE fellt niður ákvörðun sína nr. 10/2005 og sett ný samrunaskilyrði. Ein af megin niðurstöðum þeirrar ákvörðunar hefði verið sú að skilið hefði verið á milli efnis sem teldist til sjónvarpsútsendinga annars vegar og ólínulegrar myndmiðlunar hins vegar. Kveðið hefði verið á um þetta í 3. mgr. 1. gr. ákvörðunarorðanna:

„Með Skjánum í sátt þessari er átt við rekstur innlendarar línulegrar sjónvarpsrásar í eigu Símans. Í dag eru þetta sjónvarpsstöðvarnar Skjáreinn og Skjárspott. Fjölgi sambærilegum sjónvarpsstöðvum hjá Skjánum/Símanum tekur ákvæði þetta einnig til þeirra. Önnur þjónusta en rekstur innlendarar línulegrar sjónvarpsrásar fellur ekki undir sátt þessa, þótt hún sé eða kunní að vera starfrækt síðar innan þeirrar einingar sem fer með rekstur Skjásins.“

Með framangreindri ákvörðun SE væri líkt og í fjölmiðlalögum gerður skýr greinarmunur á því hvort um væri að ræða sjónvarpsútsendingar eða ólínulega myndmiðlun. Ein af ástæðum þess væri sá grundvallarmunur sem væri á þessum tveimur aðskildu þjónustubáttum.

Markaður fyrir ólínulega myndmiðlun hefði tekið þannig stakkaskiptum á síðastliðnum árum að líkja mætti við byltingu í miðlun sjónvarpsefnis sem ekki sæi fyrir endann á. Í stað þess að markaðurinn byggðist á línulegri dagskrá þar sem landamæri væru dregin og samkeppni því mjög staðbundin væri þróun á markaði fyrir línulega myndmiðlun á þann

veg að öll landamæri væru að falla, samkeppnin væri alþjóðleg og færðist hratt yfir á internetið. Á markaðnum ættu íslensk fyrirtæki í samkeppni við alþjóðleg stórfyrirtæki, sem væru meðal stærstu fyrirtækja í heimi eins og Google, Apple og Netflix svo nokkur dæmi væru nefnd. Netflix hefði nýverið hafið að selja þjónustu sína á Íslandi og talið væri að áskriftir væru á bilinu 20-30 þúsund. Mætti því ætla að allt að 100.000 einstaklingar á Íslandi hefðu aðgang að þjónustunni. Önnur fyrirtæki ætluðu sér einnig stóra hluti á þessum markaði, m.a. Apple sem hefði sagt að framtíð sjónvarpsins væri í gegnum „öpp“.

Markaðir fyrir dreifingu og framboð sjónvarpsefnis væru samkvæmt ofangreindu í miklu umbreytingarferli þessi misserin. Yrði því að gjalda varhug við því að stjórnvald hefði afskipti af markaði sem væri í slíkri mótun. Gæti slíkt veikt möguleika Símanis til að keppa við erlend stórfyrirtæki og væri sú staða möguleg að samkeppnisfærni myndi tapast með óafturkræfum hætti. Stjórnvöldum væri því rétt að leyfa markaðnum að mótast og grípa ekki inn í nema sýnt væri fram á brýna nauðsyn.

Áskrift sem Síminn seldi undir nafninu „*SkjárEinn hjá Símanum*“ fæli í sér sölu á aðgangi að ólínulegu myndefni. Um væri að ræða viðbrögð við breyttum heimi í sjónvarpsdreifingu og viðleitni til að taka þátt í samkeppni við sum af stærstu fyrirtækjum heims. Í samanburði við þau fyrirtæki væri Síminn örfyrirtæki. Um væri að ræða eitt skref í breytingarferlinu. Inngrip PFS í þá þróun sem ætti sér stað með því að setja íslenskum fyrirtækjum skorður myndi einungis hafa það í för með sér að þeim yrði gert erfiðara og mögulega útilokað að taka þátt í samkeppni við mun öflugri alþjóðleg stórfyrirtæki. Hér skipti einnig máli að Vodafone hefði sömu tók og Síminn til að afla sér efnis til dreifingar og gerði það raunar undir merkjum Vodafone Play og annarri þjónustu sem félagið seldi.

Í kvörtun Vodafone hefði verið vísað til fréttatilkynningar samkeppnisdeildar framkvæmdastjórnar ESB (DG Competition) vegna samrunamáls M.7194 (*Liberty Global*). Í málinu hefði framkvæmdastjórnin fallist á kaup Liberty Global á ráðandi hlut í De Vijver sem væri eigandi stöðvanna Vier og Vijf. Hefði framkvæmdastjórnin talið að aðgangur dreifiveitna að þessum stöðvum væri nauðsynlegur í flæmska hluta Belgíu og í Brussel til að eiga möguleika í samkeppni við dótturfyrirtæki Liberty Global, Telenet. Málið hefði fyrst og fremst snúist um að tryggja rétt dreifiveitna til línulegrar myndmiðlunar umræddra sjónvarpsstöðva þar sem að öðrum kosti yrði röskun á samkeppni. Málið hefði verið hluti af sátt sem gerð hefði verið við samkeppnisyfirvöld. Samhliða setningu skilyrða um rétt til sjónvarpsútsendinga til dreifiveitna hefðu verið sett skilyrði um að frelsisþjónusta í sjónvarpi fylgdi með.

Samsvarandi ákvörðun hefði verið tekin á Íslandi með ákvörðun SE nr. 20/2015, sem hefði einnig verið samrunamál. Það hefði verið talið nægjanlegt til að tryggja samkeppni að með Skjánum væri einungis átt við sjónvarpsútsendingar en ekki ólínulega myndmiðlun. Um rétt til aðgangs að sjónvarpsefni færi eftir fjölmiðlalögum þar sem réttur til aðgangs næði til sjónvarpsútsendinga en ekki ólínulegrar myndmiðlunar. Yrði því ekki séð að fjarskiptayfirvöld á Íslandi leystu úr máli sem ráðið hefði verið til lykta af löggjafanum og auk þess fengið umfjöllun hjá hliðsettu stjórnvaldi.

Ekkert væri í framangreindri ákvörðun SE um skyldu Símans til þess að afhenda aðgang að ólínulegri þjónustu. „*SkjárEinn hjá Símanum*“ væri stök þjónusta sem fæli í sér ólínulega myndmiðlun eingöngu líkt og Netflix, Hulu eða önnur sambærileg þjónusta. Hulu t.a.m. sýndi eingöngu ólínulegt efni. Aukinheldur lægi ekkert fyrir um það að aðgangur að ólínulegri þjónustu Símans væri nauðsynlegur fyrir keppinauta Símans á markaði. Væri aftur vísað til framangreinds rökstuðnings PFS um að hér væri um að ræða eignarréttarvarin réttindi skv. stjórnarskrá sem sæta skyldi þröngri túlkun. Í þessu samhengi skipti máli að Vodafone byði upp á ólínulega þjónustu sem eingöngu væri í boði í gegnum Sjóntvarp Vodafone og yrði að telja ólíklegt að það væri nauðsynlegt fyrir keppinauta Vodafone sem bjóða upp á ólínulegt myndefni að hafa aðgang að framboði Vodafone til þess að keppa við félagið. Liberty Global málið gæti því vart haft fordæmisgildi í máli þessu nema þá aðeins til stuðnings því að ekki væru lagaforsendur fyrir því að PFS tæki málið til meðferðar.

Fyrir lægi að ekki hefði verið leitað eftir afstöðu fjölmiðlanefndar til kröfu Vodafone um meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Teldi PFS þrátt fyrir allt það sem að framan væri rakið að ástæða væri til að taka málið til meðferðar væri gerð krafa um að leitað yrði álits fjölmiðlanefndar.

Með vísan til alls þess sem að framan væri rakið yrði að telja óumdeilt að beiting 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga kæmi einungis til álita þegar ágreiningur snéri að eða tengdist með einhverjum hætti dreifingu á sjónvarpsútsendingum líkt og önnur ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga. Hliðrað áhorf og frelsisþjónusta í sjónvarpi væri ólínuleg myndmiðlun. Fjölmiðlanefnd og Samkeppniseftirlitið hefðu komist að þeirri niðurstöðu og raunar PFS einnig. Af því leiddi að PFS hefði ekki valdheimildir að lögum til að fjalla um ágreining aðila hvað þetta varðaði enda sættu ákvæðin þröngri lögskýringu skv. ákvörðunum PFS. Yrði PFS því að láta dómstólum eftir að skera úr ágreiningi aðila enda væri ágreiningsmál félaganna í málsmeðferð á þeim vettvangi. Andstæð niðurstaða væri í hrópanði ósamræmi við niðurstöðu PFS í máli nr. 30/2015. Ákvæði PFS að halda áfram málsmeðferð í málinu yrði það ekki gert nema með því að fyrst yrði boðað til sátta með aðilum og leitað álits fjölmiðlanefndar ef sættir tækjust ekki, sbr. 46. gr. fjölmiðlalaga.

2.4 Athugasemdir Vodafone við umsögn Símans

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 4. febrúar sl., bárust athugasemdir Vodafone við framangreindri umsögn Símans frá 19. janúar sl. Fram kom að óþarft væri að rekja málsatvik ítarlega, að því marki sem þau væru þau sömu og fjallað væri um í ákvörðun PFS nr. 30/2015. Rétt þætti þó að fjalla stuttlega um atvik sem gerst hefðu eftir að sú ákvörðun var tekin, sem og bæta við upplýsingum inn í þetta mál, sem staðfestu að Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna sannarlega að tengdu fjarskiptaneti í andstöðu við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Í fyrsta lagi sönnuðu meðfylgjandi færslur af Facebook síðu Símans með óbyggjandi hætti að svo væri. Væri þar um að ræða svar starfsmanns Símanns við fyrirspurn einstaklings um það hvort það væri krafa að þeir sem keyptu SkjárEinn hjá Símanum hefðu jafnframt netáskrift hjá Símanum. Samkvæmt þessum samskiptum lægi fyrir að fjölmiðlaþjónustuveitandinn Síminn/Skjárinn beindi viðskiptum að dótturfyrirtækinu

Mílu, og eftir atvikum einnig að heildsöluhluta Símans. Óumdeilt væri að Míla, líkt og Skjárinn, væri í fullri eigu Símans og þ.a.l. tengt fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Í öðru lagi skyldi vakin athygli á, að svo virtist sem Síminn væri ekki eingöngu að hygla eigin fjarskiptafyrirtæki, heldur einnig öðrum fjarskiptafyrirtækjum, sem væru með heildsöluviðskipti við Símann/Mílu. Upphaflega hefðu viðskiptavinir fjarskiptaþjónustu hjá 365 miðlum ehf. (365) t.a.m. ekki haft tök á að fá Tímaflakk eða Frelsi Skjásins. Að þessu leyti hefði Síminn í það minnsta ekki verið að mismuna fjarskiptafyrirtækjum sem starfrækt væru af þriðja aðila. Nú bæri hins vegar svo við, að á sama tíma og Síminn hefði fengið lögbann lagt við því að Vodafone gerði viðskiptavinum sínum kleift að nota þessa þjónustuþætti hefði Síminn heimilað 365 að gera viðskiptavinum með Sjóntarvörp 365 þetta kleift. Þarna kæmi m.a. fram að Sjóntarvörp 365 væri eingöngu aðgengilegt um ADSL eða Ljósnet á kerfum Símasamstæðunnar og að innifalið væri m.a. Tímaflakk og Frelsi. Viðskiptavinur sem væri með fjarskiptaþjónustu hjá 365 gæti því fengið Tímaflaks- og Frelsisþjónustu Skjásins með greiðslu viðbótargjalds, að því gefnu að viðkomandi hefði myndlykil frá Símanum.

Því hefði Síminn boðið 365 það sama og falist hefði í sáttatillögu PFS í tengslum við ákvörðun nr. 30/2015, þ.e. að gera viðskiptavinum fjarskiptafyrirtækis þriðja aðila kleift að nýta sér Tímavél og Frelsi Skjásins gegn gjaldi. Greinarmunurinn væri hins vegar sá að þetta byðist einungis fjarskiptafyrirtækjum sem væru í heildsöluviðskiptum við Símann og nýttu sér ADSL- og Ljósnets innviði dótturfélags Símans.

Síminn byggði á að Vodafone hefði ekki óskað eftir aðgangi að Tímavél og Frelsi Skjásins með formlegri beiðni sem vísaði til ákvæða fjölmiðlalaga og af þeirri ástæðu væri PFS ekki bær til að skera úr ágreiningi um 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þessi fullyrðing Símans væri ekki allskostar rétt. Í tölvupósti Vodafone til Símans í framhaldi af sáttafundi hjá PFS hinn 23. nóvember sl. hefði einmitt verið vísað til ákvæða fjölmiðlalaga en þar segði orðrétt:

„Við þökkum uppbyggilegan sáttafund í húsakynnum PFS fyrr í dag. Í samræmi við niðurstöðu fundarins áréttá ég beiðni Vodafone um að kaupa í heildsölu vöru Skjásins, sem gerir okkur kleift til frambúðar að bjóða viðskiptavinum Vodafone Sjóntarvörps Tímavél og Frelsi á kerfum Vodafone, sbr. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Við leggjum til að stuðst verði við svokallaða „retail minus“ aðferð við verðlagningu á heildsöluvörinni.“

Síminn hefði hafnað þessari beiðni og þar með einnig sáttatillögu PFS. Fengi Vodafone ekki séð af þörf væri á frekari beiðni um aðgang að Tímavél og Frelsi Skjásins. Staðreyndin væri sú að þegar hefði verið óskað eftir slíkum flutningi með vísan til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hefði sú ósk verið orðuð þannig að til frambúðar, þ.e. eftir að samningur aðila um dreifingu dagskrárefnis rynni út, yrði unnt að bjóða viðskiptavinum Vodafone Sjóntarvörps Tímavél og Frelsi Skjásins á kerfum Vodafone. Í 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga segði að ef ekki tækist samkomulag um flutning gæti aðili beint málinu til PFS. Hvorki 5. mgr. 45. gr. né 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga gerði áskilnað um að um ágreining um sjóntarvörpsútsendingu þyrfti að vera að ræða, enda kæmi það hugtak ekki fyrir í þessum ákvæðum.

Þá styddist krafa um atbeina PFS auk þess við ákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga, þar sem fram kæmi að PFS legði stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna. Væri því einsýnt að stofnunin væri bær til að taka íþyngjandi og bindandi stjórnvaldsákvörðun um þetta atriði, að fenginni lögbundinni umsögn fjölmiðlanefndar. Þegar af þessu ástæðum ættu sjónarmið Símans um meintan skort á valdbærni PFS ekki við um þetta tilgreinda ákvæði laganna.

Síminn byggði jafnframt á því að PFS yrði að láta dómstólum eftir að skera úr ágreiningu aðila og vísaði í því sambandi til staðfestingarmáls sem nú væri rekið fyrir héraðsdómi Reykjavíkur vegna lögbanns sem sýslumaðurinn á Höfuðborgarsvæðinu hefði lagt á í desember sl. Þrátt fyrir að PFS hefði með ákvörðun sinni nr. 30/2015 fallist á að ágreiningur þess máls varðaði á því stigi framkvæmd á einkaréttarlegum samningi og heyrði að svo stöddu ekki undir PFS, ítrekaði Vodafone allt að einu mikilvægi þess að fá efnislega niðurstöðu stofnunarinnar til samþýðanleika hinna samkeppnishindrandi aðgerða Símans við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Það álitafni varðaði einfaldlega túlkun á skýrt orðuðu lagaákvæði sem legði skýrt bann við þeim aðgerðum Símans að beina viðskiptamönnum Skjásins eingöngu inn á fjarskiptakerfi Símans/Mílu.

Vodafone benti á að í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga væri fjallað um tilgang og markmið VII. kafla laganna, sem hefði m.a. að geyma umrædda 45. gr. Þar segði m.a.:

„Ákvæðum um flutningsskyldu og flutningsrétt er ætlað að tryggja að notendum standi til boða fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þeir þurfi að tengjast mörgum fjarskiptanetum. Ákvæðunum er einnig ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtækið eða samstæður fyrirtækja sem hafa bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanet noti þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald). [...]

Koma verður í veg fyrir að það ástand skapist að notendur standi frammi fyrir því að við val á fjölmiðlaþjónustuveitanda eða fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að efni.“

Til þess að renna enn frekari stoðum undir þetta markmið hefði löggjafinn vísað til tillagna nefndar menntamálaráðherra um íslenska fjölmiðla frá í apríl 2005 þar sem m.a. hefði verið lagt til að sett yrðu í lög ákvæði um flutningsrétt- og skyldu, sbr. eftirfarandi:

„Nefndin telur það ekki samræmast hagsmunum neytenda að val þeirra á dreifiveitu geti mögulega ráðið kostum þeirra á efnisveitum. Nauðsynlegt er að neytendur geti valið þá efnisveitu sem þeir helst kjósa, sem og dreifiveitu óháð efninu.“

Þá hefði í fjarskiptaáætlun 2005-2010, sem gefin hefði verið út af samgönguráðuneytinu árið 2005, jafnframt verið að finna skýra pólitíska sýn á þetta atriði, þ.e.a.s. að æskilegt væri að dreifing á hljóð- og sjónvarpi þróaðist í lárétt fyrirkomulag, þannig að skýr aðgreining yrði milli þeirrar starfsemi sem viðkæmi dreifingu merkisins annars vegar og framleiðslu og sölu á myndefni hins vegar.

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna væri augljóslega ætlað að stemma stigu við ofangreindum aðstæðum sem löggjafinn hefði teiknað upp í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga,

eða með öðrum orðum að koma í veg fyrir að fyrirtækjasamstæður sem hefðu yfir að ráða bæði sjónvarpsefni og fjarskiptanetum, líkt og Síminn, notuðu þá aðstöðu til að binda framboð á tilteknu efni við ákveðin fjarskiptanet.

Í greinargerð Símans væri í löngu máli reynt að renna stoðum undir að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði einungis til sjónvarpsútsendinga og seinkaðra sjónvarpsútsendinga. Af því leiddi að ákvæðið tæki einungis til línulegrar myndmiðlunar. Þessu til stuðnings vísaði Síminn til hinna ýmsu ákvæða laganna þar sem hugtakið sjónvarpsútsending kæmi fyrir. Það væri í besta falli mikil einföldun að halda því fram að ákvæðið næði eingöngu til sjónvarpsútsendinga, eins og það væri skilgreint í lögnum. Þannig benti Vodafone á að hugtakið „sjónvarpsútsending“ væri alls ekki að finna í 5. mgr. 45. gr., og byggði á því að sú málsgrein hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega, seinkaða eða hliðraða útsendingu væri að ræða.

Af réttarheimildalegri stöðu lagaákvæða leiddi að leggja yrði þá merkingu til grundvallar, sem vafalaust leiddi af texta þess, nema veigamikil lögskýringasjónarmið leiddu til annars. Þetta væri grundvallarsjónarmið við alla lögskýringu og til þess hefði ítrekað verið vísað í dómum Hæstaréttar. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 475/2014 hefði t.a.m. verið vísað til þess að textaskýring á orðinu „fiskiskip“ í 3. mgr. 12. gr. laga nr. 116/2006 gæti engum vafa valdið.

PFS hefði einnig stuðst við slíkar skýringar, sbr. svofellt orðalag í forsendum ákvörðunar PFS nr. 19/2012:

„Það er viðurkennd meginregla í íslensku réttarfari að lagaákvæði skuli túlka út frá orðalagi þess, sé það skýrt, nema gild rök leiði til annars.“

Hefði þetta verið nefnt textaskýring eða almenn lögskýring. Þegar svo háttaði til að lagaákvæði væri orðað með skýrum og vafalausum hætti væri einfaldlega unnt að komast að niðurstöðu með einföldum lestri ákvæðisins samkvæmt orðanna hljóðan, en ákvæðið hljóðaði svo:

„Fjölmiðlaþjónustuveitendum er óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.“

Með hliðsjón af ofangreindu skyldi lagaákvæðið nú brotið til mergjar til að fá úr því skorið hvort orðalag þess gæti valdið vafa:

a) Fjölmiðlaþjónustuveitendum ...

Ágreinings- og vafalaust væri að eftir samruna Skjásins og Símans félli Síminn undir hugtakið fjölmiðlaþjónustuveitandi. Væri óþarft að fjalla frekar um það atriði.

b) ... er óheimilt

Orðalagið óheimilt fæli einfaldlega í sér að eitthvað væri bannað. Raunar væri orðalagið bannað notað í skýringum með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þannig að engin vafi ríkti um merkingu orðsins óheimilt í skilningi ákvæðisins.

c) ... að beina viðskiptum viðskiptamanna

Þetta orðalag skapaði engan skýringarvanda enda lægi fyrir samkvæmt almennri málvitund hvað átt væri við með viðskiptum og viðskiptamönnum.

d) ... að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Í málinu ætti að vera ágreiningslaust að fjölmiðlaþjónustuveitandinn Síminn væri að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki innan sömu samstæðu, Mílu, og eftir atvikum að heildsölu Símans. Með hliðsjón af skýru orðalagi ákvæðisins þyrfti hvorki að beita rýmkaði né þrengjandi lögskýringu, enda væri einungis gripið til slíkra lögskýringaraðferðar þegar vafi ríkti um merkingarfræðilegt inntak lagaákvæðis. Í máli þessu væri merking lagaákvæðisins einfaldlega vafalaus að lokinni textaskýringu. Einungis í algerum undantekningartilvikum og þegar sérstök og knýjandi rök réttlættu væri unnt að víkja frá texta svo skýrs og vafalauss lagaákvæðis sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri. Í greinargerð Símans væri ekki að finna hvaða sérstöku og knýjandi rök ættu að leiða til óndverðrar niðurstöðu en orðanna hljóðan ákvæðisins mælti fyrir um.

Þegar lagaákvæði væri svo vafalaust þyrfti strangt til tekið ekki heldur að styðja textaskýringuna með rannsókn á lögskýringargögnum. Mætti í þessu tilefni benda á orð Lárusar H. Bjarnasonar prófessors:

„Séu orðin einræð og skýr, hlýtur löggjafinn að hafa þann vilja, sem orðin lýsa. Í því falli þarf ekki að leita lengra.“

Til vara skyldi bent á, að lögskýringargögn, einkum skýringar í greinargerð með frumvarpinu sem orðið hefði að fjölmiðlalögum, styddu í öllu falli ótvírætt við orðalag þessa skýra lagaákvæðis. Svo sem fram hefði komið í bréfi Vodafone, dags. 2. desember sl., styddu markmiðsskýringar þá niðurstöðu að aðgerðir Símans væri í andstöðu við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Vísaðist um nánari rökstuðnings til kafla þess bréfs um markmiðsskýringar, en þar hefði verið rökstutt að aðgerðirnar færu gegn öllum helstu markmiðum fjarskipta- og fjölmiðlalaga. Í skýringum með 5. mgr. 45. gr. laganna væri eftirfarandi að auki sérstaklega áréttað:

„Með flutningsreglunum er markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því er ljóst að það verður hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.“

Með vísan til ofangreinds færi ekkert á milli mála hvert markmið með flutningsreglum fjölmiðlaga væri, þ.e.a.s. að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu. Frumvarpshöfundar gerðu sér hins vegar grein fyrir að þrátt fyrir markmið flutningsreglnanna, yrði enn til staðar hvati fyrir einstakar efnisveitur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, til að mynda með aukinni samþjöppun á markaði, sbr. samruni Símans og Skjásins. Af þessum sökum segði í beinu framhaldi í skýringum með ákvæðinu:

„Við þessu er brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.“

Tilvísað orðalag bæri eindregið með sér að 5. mgr. geymdi sjálfstæða bannreglu, sem væri ætlað víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér. Andlag reglunnar, þ.e. bann við að beina viðskiptum viðskiptamanna efnisveitunnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki, væri annað og víðtækara en réttur eða skylda til að kalla eftir eða dreifa línulegu sjónvarpsefni (sjónvarpsútsendingum). Ef vilji löggjafans hefði staðið til að afmarka bannreglu 5. mgr. 45. gr. laganna við línulega myndmiðlun hefði honum verið í lófa lagið að einfaldlega orða lagaákvæðið þannig að það tæki einungis til slíkra útsendinga. Í ljósi þess að löggjafinn takmarkaði ekki ákvæðið við línulega myndmiðlun yrði Síminn að gæta jafnræðis milli fjarskiptaneta óháð því hvort um línulegar, seinkaðar (hliðraðar) eða ólínulegar útsendingar væri að ræða. Ástæðan væri augljóslega sú að *í ljósi reynslunnar* væri samkeppni annars raskað.

Áfram segði í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. laganna (leturbreyting Vodafone):

„Í ljósi reynslunnar er talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyni að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum muni áfram eiga erfitt uppdráttar.“

Reynslan sem þarna væri vísað til hefði verið ástandið sem skapaðist á markaðnum áður en Samkeppniseftirlitið mælti fyrir um skilyrði til að sporna við lóðréttri samþættingu í efni og dreifingu með ákvörðunum sínum nr. 10 og 12/2005. Með kaupum sínum á Skjánum og þar með efnisrétti að enska boltanum hefði Síminn reynt að beina viðskiptum viðskiptamanna Skjásins eingöngu að Símanum. Ætlunin hefði verið að nýta hið eftirsóknarverða efni, enska boltann, til að selja sem mest af ADSL tengingum eingöngu hjá Símanum. Eftir að Samkeppniseftirlitið hefði samþykkt tilslakanir á skilyrðum í ákvörðun 10/2005 og samþykkt samruna Skjásins og Símans, stæðu eftir ákvæði fjölmiðlalaga til að koma í veg fyrir sams konar þróun nú, röskum 10 árum síðar. Í krafti markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði og hinum ýmsu undirmörkuðum hans, sem og efnahagslegs styrkleika, væri Síminn í þeirri stöðu og virtist fylgja þeirri stefnu, að geta keypt eftirsóknarvert efni og beint því eingöngu að eigin fjarskiptaneti og/eða fjarskiptaneti dótturfélagsins Mílu.

Þá segði í skýringum með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga (leturbreyting Vodafone):

„Fjarskiptafyrirtækjunum verður heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu er þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau geti boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Það geta fyrirtækin einungis gert ef þau hafa aðgang að sambærilegu efni.“

Orðalagið bæri með sér að fjarskiptafyrirtækjum yrði heimilt að bjóða „*alls kyns þjónustu*“. Þarna væri átt við annað og meira en línulega myndmiðlun og undir þetta orðalag félli augljóslega þjónusta á borð við Tímavél og Frelsi Skjásins. Í því sambandi skyldi á það minnt að það hefðu verið fjarskiptafyrirtækin, sem þróað hefðu slíka þjónustu þegar henni var komið á. Þetta gætu fjarskiptafyrirtækin eingöngu gert ef þau hefðu áfram „*aðgang að sambærilegu efni.*“

Lokamálsgrein skýringa við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hljóðaði svo:

„Rétt er að taka fram að brot á ákvæðum 4. og 5. mgr. varða bæði stjórnvaldssektir samkvæmt ákvæði 54. gr. frumvarpsins og refsingu skv. 56. gr. þess.“

Enn á ný benti þetta til þess að 5. mgr. 45. gr. laganna bæri að túlka sem sjálfstæða bannreglu, sem ætlað væri víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér. Vilji löggjafans væri augljós. Brot gegn bannreglunni, sem væri sjálfstæð, væri litið alvarlegri augum en brot gegn 1.-3. gr. 45. gr. laganna, en síðar nefndu ákvæðunum væri einkum ætlað að ná til sjónvarpsútsendinga (línulegrar myndmiðlunar).

Umfjöllun Símans um Liberty Global mál framkvæmdastjórnar ESB væri hafnað í heild sinni enda byggði hún ranglega á að í málinu hefðu fyrst og fremst verið sett skilyrði sem tækju til línulegs efnis. Skilyrðin hefðu hins vegar jafnframt tekið til svokallaðra „catch-up rights“, sem Síminn hefði jafnan haldið fram að teldust til ólínulegs efnis. Væri rökstuðningur Símans að þessu leyti mótsagnarkenndur.

Í greinargerð Símans hefði því verið haldið fram að túlka yrði 5. mgr. 45. gr. þrengjandi lögskýringu þar sem um væri að ræða ákvæði sem gripi inn í stjórnarskrárvarin réttindi, sbr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Þetta gæfi tilefni til að benda á að ákvæðið hefði að geyma bannákvæði sem væri af svipuðum meiði og bannákvæði 10. og 11. gr. samkeppnislaga. Þó væri bannákvæði fjölmiðlalaganna mun skýrara og ekki eins matskennt og bannreglur samkeppnislaganna. Í fjölmiðlalögum væri með þessum hætti lagt fortakslaust bann við því að fjölmiðlaþjónustuveitandi beindi viðskiptamönnum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, mismunaði þannig fjarskiptafyrirtækjum og raskaði samkeppnisstöðu þeirra. Hefðu dómstólar ekki talið rétt að beita þrengjandi lögskýringu um bannákvæði samkeppnislaga, þrátt fyrir að ákvæðin væru mun matskenndari og gripu að einhverju leyti inn í stjórnarskrárvarin réttindi. Þvert á móti hefðu ákvæðin ýmist verið skýrð samkvæmt orðanna hljóðan og ef vafi hefði ríkt um túlkun þeirra hefði verið gripið til markmiðsskýringa þar sem meginmarkmið samkeppnislaga um að efla virka samkeppni hefði verið lagt til grundvallar.

Jafnframt fælist í sjónarmiðum Símans krafa um allt annað og meira en þrengjandi lögskýringu í hefðbundinni merkingu. Slík þrengjandi skýring kæmi einungis til greina ef orðalagið ylli þannig vafa að fleiri en einn skýringarkostur kæmi til álita. Túlkun lagaákvæða með þeim hætti að þau þýddu annað en skýrlega kæmi fram í þeim ætti ekkert skylt við þrengjandi lögskýringu. Í reynd fælist í málatilbúnaði Símans krafa um að stjórnvaldið styddist einfaldlega ekki við ótvírætt lagaákvæði. Slíkt væri ljóslega í andstöðu við lögmatísreglu stjórnsýsluréttar, enda yrðu allar ákvarðanir stjórnvalda að styðjast við gilda lagaheimild og vera í samræmi við lög.

Vodafone mótmælti málatilbúnaði Símans í heild sinni. Fyrir lægi að Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna sannarlega að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá væri upplýst að Síminn byði einungis ótengdum fjarskiptafyrirtækjum, sem væru í heildsöluviðskiptum við Símann/Mílu, upp á að leyfa viðskiptamönnum sínum að kaupa aðgang að Tímavél og Frelsi Skjásins. Ljóst væri að ofangreind háttsemi bryti í bága við skýrt bannákvæði 5. mgr.

45. gr. fjölmiðlalaga um að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Vodafone mótmælti þeim málaltilbúnaði Símans að ofangreint bannákvæði næði eingöngu til sjónvarpsútsendinga og byggði á því að orðalag ákvæðisins innihéldi ekki slíkar takmarkanir. Þannig væri orðalag ákvæðisins skýrt og að það bæri að túlka í samræmi við almenna textaskýringu. Þá leiddi markmiðsskýring ákvæðisins til þess að túlka bæri það með þeim sama hætti, enda færi háttsemi Símans að þessu leyti í bága við öll helstu markmið fjarskipta- og fjölmiðlalaga.

2.5 Athugasemdir Símans við umsögn Vodafone

Með bréfi Símans til PFS, dags. 22. febrúar sl., bárust athugasemdir Símans við framangreindri umsögn Vodafone frá 4. febrúar sl. Krafðist Síminn þess að frekari málsmeðferð í málinu yrði hafnað þar sem PFS skorti valdbærni til að skera úr ágreiningi um aðgang að efni til ólínulegrar myndmiðlunar. Féllist PFS ekki á þá kröfu væri einsýnt að stofnunin kæmist að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Tók Síminn fram að athugasemdir félagsins, dags. 19. janúar sl., ættu að miklu leyti við sem svar Símans við umræddri umsögn Vodafone og yrði reynt að forðast endurtekningar.

Vodafone byggði á því að PFS bæri að skera úr ágreiningi um aðgang að ólínulegu myndefni, í þessu tilviki frelsisþjónustu og hliðraða dagskrá. Virtist helsta röksemd Vodafone sú að hvorki 5. mgr. 45. gr. né 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga gerðu þann áskilnað að um sjónvarpsútsendingu þyrfti að vera að ræða. Lögskýring Vodafone hvað þetta varðaði fengi ekki staðist. Þegar litið væri til 1. mgr. 46. gr. laganna kæmi fram að það ætti við um ósk um samninga um „*flutning á sjónvarpsútsendingum sem féllu undir 44. eða 45. gr.*“ Ákvæði 2. mgr. fjallaði síðan um það ef ekki tækjust samningar samkvæmt 1. mgr. og hvernig úr ágreiningi skyldi leyst. Augljóst yrði að telja að sá ágreiningur snérist um aðgang að flutningi sjónvarpsútsendinga. Væri þessi skilningur staðfestur í skýringum í greinargerð með umræddri 2. mgr. 46. gr. Aðkoma PFS að úrlausn ágreinings gæti því aðeins komið til ef samningaviðræður fjarskiptafyrirtækis og fjölmiðlaþjónustuveitu um dreifingu á sjónvarpsútsendingum sigldu í strand.

Síminn ítrekaði að í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga kæmi fram að „*í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar.*“ Jafnljóst væri af umræddri tilvitnun að ákvæðinu væri einungis ætlað að tryggja að öll fjarskiptafyrirtæki hefðu aðgang að *sjónvarpsútsendingum* til að flytja yfir fjarskiptanet sín.

Af framangreindu leiddi að PFS skorti valdheimildir til að skera úr um hvort Vodafone ætti rétt til aðgangs að ólínulegu efni til dreifingar á fjarskiptaneti sínu. Yrði því þegar af þeirri ástæðu að hafna frekari málsmeðferð í málinu. Væri rétt að minna á að Vodafone hefði ekki óskað eftir aðgangi að *sjónvarpsútsendingum* til dreifingar og þar af leiðandi gæti 5. mgr. 45. gr. ekki hafa verið brotin.

Síminn fengi heldur ekki séð að Vodafone hefði lögvarða hagsmuni af því að fá niðurstöðu í málinu og hefði ekki sett fram neina raunverulega kröfu sem félli undir fjölmiðlalög. Félagið gerði ekki kröfu um að Síminn byði sjónvarpsþjónustu sína yfir kerfi Gagnaveitu Reykjavíkur ehf., heldur kvartaði aðeins yfir því.

Vodafone gerði heldur ekki kröfu um að fá heildsöluaðgang að Sjónvarpi Símans til þess að Vodafone gæti boðið Sjónvarp Símans, enda væri það fráleitt í ljósi þess að Vodafone væri í markaðsráðandi stöðu á sjónvarpsdreifingarmarkaði. Þá hefði Vodafone ekki heldur óskað eftir sjónvarpsútsendingu Símans. Eingöngu væri verið að óska eftir almennu álitni á atriði sem hefði engin áhrif á réttindi eða skyldur Vodafone.

Leiddi framangreint til þess að kvörtun Vodafone uppfyllti ekki formskilyrði til að vera tekin til málsmeðferðar og bæri því að hafna henni af ofangreindum ástæðum.

Í athugasemdum Vodafone væri því haldið fram að Síminn bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að sjónvarpsdreifikerfi Símans væri einungis aðgengilegt yfir fjarskiptanet dótturfélagsins Mílu. Þessu væri hafnað. Ákvæðið fæli einfaldlega ekki í sér skyldu til þess að bjóða sjónvarpsþjónustu yfir öll möguleg fjarskiptakerfi.

Þá mætti vísa til sáttar Símans og Samkeppniseftirlitsins þar sem sérstaklega væri fjallað um aðgang að Sjónvarpi Símans. Nánar tiltekið væri um það að ræða að í 15. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar SE nr. 6/2013 (sem staðfest hefði verið að nýju sem 15. gr. ákvörðunar SE nr. 6/2015) væri í 2. mgr. sérstaklega tekið fram hvað átt væri við með heildsöluaðgangi að sjónvarpsþjónustu Símans, þ.e. Sjónvarpi Símans. Þar segði:

„Með heildsöluaðgangi að Sjónvarpi Símans skv. framangreindu er átt við aðgang fjarskiptafyrirtækja að Sjónvarpi Símans yfir aðgangskerfi Símans og aðgangsnét Mílu.“

Í 4. mgr. 15. gr. væri útskýrt með hvaða hætti heildsöluaðgangur skyldi afhentur. Þar segði:

„Síminn skal jafnframt bjóða heildsöluaðgang að Sjónvarpi Símans yfir önnur aðgangskerfi á aðgangsneti Mílu. Skyldur Símans skv. 14. gr. gilda þá jafnframt með þeim takmörkunum að Síminn skal ábyrgjast virkni þjónustunnar að skilpunkti þar sem þjónustan er afhent þjónustukaupendum, en þjónustukaupandi ber ábyrgð á þjónustunni frá skilpunkti til sinna viðskiptavina. Einungis er skylt að setja upp skilpunkt á þeim símsstöðvum þar sem Sjónvarp Símans er til staðar á hverjum tíma.“

Í 5. mgr. 15. gr. væri síðan tekið fram með afdráttarlausum hætti að Símanum væri ekki skylt að afhenda Sjónvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Í 6. og 7. mgr. 15. gr. væri fjallað um skyldu Símans til að birta viðmiðunartilboð um aðgang að Sjónvarpi Símans og úrræði sem þjónustukaupendur gætu beitt ef þeir teldu að hlutlægni eða jafnræðis væri ekki gætt.

Eins og sjá mætti af framangreindu hefði Samkeppniseftirlitið með tilvitnaðri ákvörðun sérstaklega mælt fyrir um það að Símanum bæri einungis að afhenda Sjónvarp Símans í heildsölu yfir aðgangsnét Mílu. Í því fælist að Símanum væri ekki skylt að afhenda þjónustuna yfir önnur aðgangsnét. Jafnframt fælist í því sá möguleiki fyrir Vodafone að

veita viðskiptavinum sínum, t.d. í internetþjónustu, aðgang að Sjónvarpi Símans og því efni sem þar væri hægt að nálgast með því að Vodafone sækti um heildsöluaðgang að Sjónvarpi Símans og seldi það viðskiptavinum sínum.

Umrædd sátt hefði verið gerð eftir viðræður Símans og Samkeppniseftirlitsins. Í aðdraganda beggja ákvarðananna hefðu PFS og Vodafone tekið þátt í umsagnarferli um mögulega sátt. Viðræðum Símans og Samkeppniseftirlitsins hefði síðan lokið með gerð sáttar þar sem viðurhlutamiklar íþyngjandi kvaðir hefðu verið lagðar á Símann og Mílu. Samkeppniseftirlitið hefði því ákveðið með bindandi hætti hvernig aðgangi að Sjónvarpi Símans skyldi háttáð og væri framkvæmdin á aðgangi í samræmi við það.

PFS gæti ekki tekið ákvörðun sem fjallaði að einhverju leyti um sömu tilvik og Samkeppniseftirlitið hefði fjallað um. Væri slík ákvörðun ógildanleg þar sem PFS skorti valdbærni, auk þess að fara gegn lögmatísreglu stjórnsýsluréttarins. Ásökunum Vodafone á þessum grundvelli yrði því að hafna.

Athugasemd Vodafone um aðgang 365 byggði á sömu rangtúlkun og gerð hefði verið grein fyrir hér að framan. Aðgangur að sjónvarpsþjónustu Símans, sem 365 markaðssetur sem Sjónvarp 365, hefði verið veittur fyrir framangreinda ákvörðun SE nr. 6/2013 en væri í samræmi við tilvitnaða 15. gr. ákvörðunar SE nr. 6/2015. Öllum fjarskiptafyrirtækjum byðist sami aðgangur á jafnræðisgrundvelli. Yrði það því að teljast fjarlæg ályktun að í því gæti falist brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Vodafone hefði jafnframt vakið athygli á því að 365 dreifði Frelsi í sjónvarpi og hliðruðu áhorfi í Sjónvarpi 365 á meðan farið hefði verið í lögbannsmál gegn Vodafone. Síminn furðaði sig á þessum málflutningi Vodafone. „*SkjárEinn í opinni dagskrá*“ væri í dag í boði með sama hætti á öllum stöðum og án allrar ólínulegrar þjónustu. Eini mismunurinn væri þegar Vodafone hefði tekið upp og dreift efni SkjásEins í opinni dagskrá með ólögmetum hætti og hefði lögbann þurft til. Ásakanir Vodafone um meinta mismunun héldu því ekki. Reyndar hefði Síminn leiðrétt þetta gagnvart Vodafone áður en félagið hefði skilað athugasemdum sínum til PFS, en Vodafone hefði engu að síður ákveðið að setja fram atriði sem væri augljóslega rangt.

Jafnvel þótt Síminn hefði samið við 365 um aðgang að *SkjárEinn hjá Símanum*, þá væri Símanum ekki skylt að semja við Vodafone um þessa tilteknu þjónustu enda Síminn ekki í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sjónvarp, sama til hvaða mælikvarða litið væri.

Síminn teldi rétt að vekja athygli á því að þegar Vodafone hefði tjáð sig gagnvart fjárfestum virtist félagið ekki eiga í miklum vandkvæðum í samkeppni á sjónvarpsmarkaði. Í tilkynningu félagsins til fjárfesta í tengslum við birtingu uppgjörs félagsins sem birt hefði verið þann 17. febrúar sl. segði:

„Fjarskiptageirinn er lifandi og skemmtilegur markaður sem er í mikilli þróun, ekki síst á sjónvarpsmarkaði. Þegar má sjá aukna gagnamagnsnotkun með tilkomu Netflix án þess að hafa haft áhrif á fjölda áskrifenda af sjónvarpsþjónustum félagsins. Hraður vöxtur er í fjölda áskrifenda að Vodafone PLAY, sjónvarpsþjónustu Vodafone. Áskrifendur eru nú í kringum 8.500 talsins en

meðalfjölgun áskrifenda hefur verið yfir 12% á mánuði frá því þjónustan var fyrst kynnt í maí síðastliðnum.“

Af þessu sæist að sjónvarpsþjónusta Vodafone væri í miklum vexti. Yrði því ekki séð að aðgangur að ólínulegu dagskrárefni frá Símanum hamlaði vexti félagsins og því óþarfur svo félagið gæti tekið virkan þátt í samkeppni.

Vodafone hefði máli sínu til stuðnings vísað til markmiða og tilgangs VII. kafla fjölmiðlalaga. Síminn teldi ótvírætt að þegar litið væri til tilgangs og markmiðs þessa kafla, eins og það birtist í skýringum í greinargerð, yrði ráðið að tilgangur löggjafans með setningu kaflans hefði verið að tryggja rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Það hefði verið mat löggjafans að nægilegt væri að flutningsréttur- og skylda næði til sjónvarpsútsendinga til að tryggja hættu sem stafaði af lóðréttu eignarhaldi. Hefði það verið markmið löggjafans að láta reglurnar einnig ná til ólínulegrar dagskrár hefði það verið tekið fram í lagatextanum sjálfum eða að lágmarki í skýringum með honum. Upphafsorð skýringa í greinargerð með VII. kafla staðfestu framangreint. Síminn teldi því liggja fyrir með ótvíræðum hætti að 5. mgr. 45. gr. eins og allur VII. kafli fjölmiðlalaga ætti einungis við um flutning á sjónvarpsútsendingum.

Í athugasemdum Vodafone væru færðar fram röksemdir fyrir því hvernig skýra bæri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Væri því haldið fram að skýra bæri ákvæðið þannig að það næði hvort tveggja til sjónvarpsútsendinga sem ólínulegrar myndmiðlunar. Síminn byggði hins vegar á því að í VII. kafla fjölmiðlalaga væru lögfest lagaákvæði sem fjölluðu um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum eins og ráðið yrði af lagatextanum sjálfum og skýringum sem fylgdu greinargerð með frumvarpinu. Af því leiddi að ákvæði VII. kafla laganna fjölluðu ekki um ólínulega myndmiðlun.

Röksemdir Vodafone fælu það í raun í sér að við skýringu á 5. mgr. 45. gr. skyldi málsgreinin lesin einangrað með bókstaflegum lestri án þess að nokkuð væri litið til samhengis ákvæðisins eða samræmis við aðrar málsgreinar 45. gr. eða annarra ákvæða VII. kafla. Vodafone gengi síðan enn lengra og bútaði einfaldlega setninguna niður í einstök orð sem hvert fyrir sig væri skýrt með einhvers konar orðabókarskýringu.

Aðferð Vodafone og framsetning fæli því í sér að rétt væri að leggja til eins konar lögskýringu í tómarúmi. Slík nálgun gengi augljóslega ekki líkt og fræðimenn hefðu bent á. Þannig segði eftirfarandi á bls. 47 í riti Róberts R. Spanó, „Túlkun lagaákvæða“ frá árinu 2007 (leturbreyting Símans):

„Þegar lagaákvæði er túlkað verður lagaleg merking þess ekki ráðin með því að horfa sjálfstætt (og einangrað) til hvers orðs eða hugtaks fyrir sig án nokkurs tillits til heildarmats á texta ákvæðisins að virtu samhengi hans.“

*„**Merking lagaákvæðisins** sem efnisregla, er felur í sér afmörkun á gildandi rétti, **verður ekki fengin með bókstaflegum lestri þeirra orða og hugtaka, sem textinn endurspeglar.**“*

Höfundur benti jafnframt á að túlkun lagaákvæða yrði að standast rökfræðilega skoðun. Þá segði á bls. 75 í umræddu riti:

„Almennt er því rétt að telja að þær aðferðir við túlkun lagaákvæða sem fullnægja ekki lágmarkskröfum rökfræðinnar, til dæmis um að vera innbyrðis samkvæmar, verða ekki haldbærar sem grundvöllur ályktana um gildandi rétt við túlkun lagaákvæða.“

Þá yrði að framkvæma heildstætt mat á samhengi lagaákvæðis því hvert lagaákvæði væri hluti af tilteknum lagabálki og yrði því að túlka til samræmis við önnur lagaákvæði en ekki sem einangraða eind líkt og Vodafone gerði. Á bls. 81 í umræddu riti segði eftirfarandi (leturbreyting Símans):

„Af því grundvallarviðmiði við lögskýringu, að leggja beri til grundvallar heildstætt mat á samhengi lagaákvæðis, leiðir að horfa verður til þess að hvert lagaákvæði er hluti af tilteknum lagabálki og jafnframt réttarkerfinu í heild sinni. Lagaákvæði ber því almennt að túlka til samræmis við önnur lagaákvæði en ekki sem einangraða eind.“

Höfundur gerði sérstakan greinarmun á innri og ytri samræmisskýringu. Sú fyrrnefnda ætti við þegar um væri að ræða lagaákvæði innan sama lagabálks en sú seinni um samræmi milli tveggja eða fleiri lagabálka. Þá segði á bls. 82 í umræddu riti:

„Til þess standa haldbær rök að vægi samræmisskýringar á milli orða, hugtaka, orðasambanda og efnisreglna í tveimur eða fleiri lagaákvæðum í sömu lögum sé að jafnaði meira en þegar tekin er afstaða til þess hvort ljá skuli orði eða hugtaki í mismunandi lögum sömu merkingu.“

Í því máli sem hér væri til umfjöllunar væri ákvæðið innan sama kafla lagabálks. Sá kafli fjallaði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Yrði því ekki hjá því komist að líta til þess samhengis. Loks segði höfundur á bls. 82:

„Almennt má ætla að gætt sé að því að samsvarandi ákvæði í einum og sama lagabálknum eigi, nema sýnt sé með rökum fram á annað, að hafa sama efnisinntak.“

Fyrir lægi að VII. kafli fjölmiðlalaga fjallaði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Kæmi þetta skýrt fram í lagaákvæðunum sjálfum og skýringum í greinargerð. Hvergi væri þess getið í þeim gögnum að ákvæðin næðu yfir rétt eða skyldu til flutnings á ólínulegu myndefni. Þvert á móti segði beinlínis í greinargerð með kaflanum að reglurnar næðu alls ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Hefði það verið ætlun löggjafans að láta ákvæðin ná til þess hefði það augljóslega verið tekið fram í lagatextanum sjálfum. Hvergi væri þess hins vegar getið í ákvæðum kaflans að þau næðu til ólínulegrar dagskrár. Rökrétt ályktun af því hlyti að vera sú að lagaákvæðunum hefði ekki verið ætlað að ná til flutningsréttar eða flutningsskyldu á ólínulegu myndefni.

Þegar framangreindar tilvitnanir væru dregnar saman lægi fyrir að við skýringu á einni málsgrein væri það andstætt viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum að líta til orðalags ákvæðisins sem einangraða eind og túlka það með bókstafstúlkun án þess að horfa til samhengis og samræmis við lagaákvæðið sem það væri hluti af og þess kafla sem það tilheyrði. Þegar beitt væri innri samræmisskýringu og litið væri með heildstæðum hætti á ákvæði 45. gr. og VII. kafla laganna yrði ekki hjá því komist að velja þann skýringarkost

að 5. mgr. 45. gr. tæki ekki til dreifingar á ólínulegri dagskrá. Því bæri að hafna kröfum Vodafone.

Fyrri umfjöllun Símans um Liberty Global málið stæði óhöggð. Þó svo sett hefðu verið skilyrði um að frelsisþjónusta í sjónvarpi fylgdi með hefði málið fyrst og fremst snúist um að tryggja rétt dreifiveitna til sjónvarpsútsendinga þar sem að öðrum kosti yrði röskun á samkeppni. Ekki hefði verið sýnt fram á að sambærilegar aðstæður væru uppi í því máli sem hér væri til umfjöllunar, sbr. fyrri umfjöllun um vöxt í sjónvarpsþjónustu Vodafone. Það skyldi einnig ítrekað að um hefði verið að ræða sátt við samkeppnisyfirvöld en ekki fjarskiptayfirvöld. Slík sátt gæti eðli málsins samkvæmt ekki orðið að lögskýringargagni varðandi túlkun á íslenskum fjölmiðlalögum líkt og Vodafone virtist halda fram.

Umfjöllun Vodafone um hvort ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga sættu þröngri lögskýringu væri með nokkrum ólíkindum. Byggði rökstuðningur Vodafone á því að 5. mgr. 45. gr. „*hefði að geyma bannákvæði sem væri af svipuðum meiði og bannákvæði 10. og 11. gr. samkeppnislaga en þó væri bannákvæði fjölmiðlalaganna mun skýrara og ekki eins matskennt og bannreglur samkeppnislaganna.*“ Framangreinda tilvitnun væri ekki hægt að taka alvarlega. Með umfjöllun sinni gerði Vodafone því skóna að háttsemi Símans jafnaðist á við samráð fyrirtækja sem talin væri alvarlegasta tegund samkeppnisbrota. Nærtækast væri að svara ekki svo röngum og villandi málatilbúnaði.

Meginatriðið sem Síminn hefði bent á í fyrri athugasemdum sínum væri að PFS hefði í ákvörðun sinni nr. 19/2012 kveðið á um það að við túlkun ákvæða 44. og 45. gr. fjölmiðlalaga yrði að beita þröngri lögskýringu og að um væri að ræða íþyngjandi ákvæði um rétt til aðgangs að stjórnarskrárvörðum eignaréttindum. Síminn teldi að PFS væri bundin af þeirri niðurstöðu hvað túlkun á umræddum ákvæðum varðaði. Að öðrum kosti væri jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga ekki gætt.

Þá hefði PFS í ofangreindri ákvörðun komist að þeirri niðurstöðu að ákvæðið fæli ekki í sér kröfu um að fjölmiðlaveita tryggði að efni hennar væri flutt eftir öðrum dreifikerfum en hennar eigin eða tengdra aðila. Þetta þýddi að mati Símans að jafnvel þegar verið væri að fjalla um sjónvarpsútsendingu þá væri fjölmiðla- og fjarskiptafyrirtæki ekki skylt að dreifa línulegum útsendingum yfir kerfi annarra, nema annað fjarskiptafyrirtæki setti fram beiðni þar um, og gæti því vel dreift sjónvarpsútsendingum eingöngu yfir eigin kerfi. Þessi afstaða lýsti því að túlkun Vodafone á 5. mgr. 45. gr. væri meira að segja röng hvað varðaði línulegar útsendingar. Ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga næði síðan ekki til ólínulegrar þjónustu.

Áréttað skyldi að á markaði fyrir dreifingu á ólínulegu myndefni keppti Síminn við sum af stærri fyrirtækjum heims. Samkeppnin hefði orðið áþreifanlegri en áður með innkomu Netflix á markaðinn. Samkvæmt nýlegri skoðanakönnun MMR frá 19. febrúar sl. væru 33,2% íslenskra heimila með Netflix. Yrði því að gæta sérstakrar varúðar af hálfu stjórnvalda að grípa ekki inn í þá þróun markaðarins og leggja kvaðir á sem torvelduðu Símanum að keppa við stórfyrirtækin þegar ekki væri hægt að segja fyrir með vissu hvernig markaðurinn myndi þróast.

2.6 Umsögn fjölmiðlanefndar vegna gildissviðs 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

Með bréfi fjölmiðlanefndar til PFS, dags. 29. febrúar sl., barst PFS umsögn fjölmiðlanefndar um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í samræmi við kröfur málsaðila ákvað PFS að leita umsagnar fjölmiðlanefndar í málinu. PFS ákvað þó að óska á þessu stigi aðeins eftir álitni nefndarinnar á því hvort umrætt ákvæði tæki aðeins til línulegrar myndmiðlunar eða einnig til ólínulegrar miðlunar myndefnis. Nefndin var því ekki beðin um að veita álit sitt á því hvort Síminn hafi brotið gegn umræddu bannákvæði ef niðurstaða nefndarinnar væri á þá leið að ákvæðið tæki ennfremur til ólínulegrar myndmiðlunar.

Fjölmiðlanefnd tók fram að samkvæmt 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í greinargerð með ákvæðinu segði að með flutningsreglunum væri markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því væri ljóst að það yrði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá segði að við þessu væri brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með tengdu fjarskiptafyrirtæki væri átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl í öðrum tilvikum. Í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Fjarskiptafyrirtækjunum yrði heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu væri þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau gætu boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Það gætu fyrirtækin einungis gert ef þau hefðu aðgang að sambærilegu efni.

Þá segði í greinargerð með VII. kafla laganna að ákvæðum kaflans væri ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Þannig væri ákvæðum um flutningsskyldu og flutningsrétt ætlað að tryggja að notendum stæði til boða fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þeir þyrftu að tengjast mörgum fjarskiptanetum auk þess sem þeim væri ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður fyrirtækja sem hefðu bæði yferráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum notuðu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðið fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald).

Af greinargerðinni mætti ráða að vilji löggjafans við setningu reglna um flutning myndefnis hefði verið tvíþættur; annars vegar að kveða á um flutningsrétt og flutningsskyldu og hins vegar að samstæður fyrirtækja, sem hefðu bæði yferráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum, notuðu ekki þá aðstöðu sína með því að binda framboð efnis við ákveðið fjarskiptanet. Yrði því að draga þá ályktun að ákvæði þau sem fjallað væri um í kaflanum ættu ekki einungis við um sjónvarpsútsendingar heldur ættu þau jafnframt við er framboð myndefnis væri bundið við ákveðið fjarskiptanet.

Fjölmiðlanefnd teldi jafnframt rétt að benda á að í greinargerð með frumvarpinu þar sem fjallað væri um 5. mgr. 45. gr. segði að fjarskiptafyrirtækjum yrði heimilt að bjóða *alls kyns þjónustu* en með ákvæðinu væri þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að

þau gætu boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Fjölmiðlanefnd teldi að með orðunum „*alls kyns þjónustu*“ væri vafalaust að gildissvið bannákvæðisins væri víðtækara og ætti við um annað og meira en aðeins sjónvarpsútsendingar. Þá væri hugtakið sjónvarpsútsending ekki að finna í 5. mgr. 45. gr. sem stýddi enn frekar þá túlkun að málsgreinin hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega miðlun væri að ræða.

Í þessu sambandi skyldi einnig nefnt að í greinargerð um VII. kafla væri jafnframt fjallað um þær miklu breytingar sem orðið hefðu á umhverfi fjölmiðla. Ákvæði kaflans væru þannig sett í sögulegt samhengi og minnt á það ástand sem skapast hefði þegar tveir hópar fyrirtækja hefðu verið settir saman af fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitu á árinu 2004. Þó að miklar breytingar hefðu orðið frá þeim tíma segði í greinargerðinni „*að koma yrði í veg fyrir að það ástand skapaðist að notendur stæðu frammi fyrir því að við val á fjölmiðlaþjónustuveitanda eða fjarskiptafyrirtæki takmarkaðist aðgangur þeirra að efni.*“

Fjölmiðlanefnd benti á að reglur um flutning myndefnis byggðu á skýrslu nefndar menntamálaráðherra um íslenska fjölmiðla sem gefin hefði verið út árið 2005 og vitnað væri til í greinargerð með frumvarpinu. Í skýrslunni væri ítarlega rakin sú staða sem verið hefði á markaðnum á þeim tíma og hvernig brugðist hefði verið við henni af hálfu Samkeppniseftirlitsins með ákvörðun 10/2005 (Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.) og 12/2005 (Samruni Og fjarskipta hf., 365-ljósvakamiðla ehf. og 365 prentmiðla ehf.). Í skýrslunni segði á bls. 260:

„Á það er þó minnst að framangreind viðskipti og samruni hefur nú sætt skoðun samkeppnisyfirvalda. Skoðast viðskipti þessi sem samruni í skilningi 18. gr. samkeppnislaga og samrununum hafa verið sett skilyrði, svo sem nánari grein er gerði fyrir í 4. kafla og lúta m.a. af sjálfstæði viðkomandi efnisveitna gagnvart dreifiveitunum. Þá miða skilyrðin að því að tryggja aðgang annarra efnis- og dreifiveitna að efni og dreifileiðum viðkomandi fyrirtækja. Við þýðingu niðurstaðna samkeppnisyfirvalda verður þó að setja þá fyrirvara að um sértækar stjórnvaldsáskvarðanir er að ræða sem eingöngu ná til viðkomandi samruna en fela ekki í sér almenna reglusetningu. Málsaðilar samþykktu sjálfir, með fyrirvara, þau skilyrði sem sett voru en málið er raunar ekki til lykta leitt þegar þetta er skrifað. Þá telur nefndin að forsendur umræddra ákvarðana beri þess merki að ekki sé sérstaklega tekið tillit til þeirra sjónarmiða sem eiga við á fjölmiðlamarkaði. Þá er vakin athygli á að á þessu stigi er ekki fyllilega fyrirséð til hvers boðaðar breytingar á samkeppnislögum og samkeppniseftirliti muni leiða fyrir fjölmiðlamarkaðinn. Að öllu þessu virtu er það mat nefndarinnar, hvað sem umræddum ákvæðum samkeppnisyfirvalda líður, að þörf sé á almennri reglusetningu til framtíðar lítið.“

Fjölmiðlanefnd teldi að umræddar reglur um flutning myndefnis hefðu verið settar til að tryggja tvíþættan vilja löggjafans, óháð einstökum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hverju sinni. Breytingar á skilyrðum í einstökum ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins fengu engu breytt um bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga um fjölmiðla.

Meginsjónarmiðið um það hvenær bæri að beita almennri lögskýringu væri það að væri orðalag ákvæðis skýrt ætti að velja almenna lögskýringu, nema gild rök leiddu til annars. Fjölmiðlanefnd teldi að þegar saman færu orðalag ákvæðis, tilgangur þess og

lögskýringargögn væru ekki gild rök til annars en að beita almennri lögskýringu við túlkun á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Fjölmiðlanefnd teldi það ekki skipta máli að á öðrum stöðum í sömu grein væri fjallað um sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun) þar sem orðalag ákvæðisins, tilgangur og forsaga væri algjörlega skýr. Teldi fjölmiðlanefnd því að bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða.

2.7 Athugasemdir Vodafone við álit fjölmiðlanefndar

Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 4. mars sl., bárust athugasemdir félagsins við framangreindu álit fjölmiðlanefndar. Fram kom að félagið sæi ekki ástæðu til að gera athugasemdir við álit fjölmiðlanefndar aðrar en þær að félagið tæki undir niðurstöðu nefndarinnar, enda væri hún að fullu í samræmi við málalögun félagsins. Þess væri hins vegar farið á leit við PFS að stofnunin hraðaði eftir föngum framhaldi málsins, bæði hvað varðaði afstöðu til álits fjölmiðlanefndar sem og til brota Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

2.8 Athugasemdir Símans við álit fjölmiðlanefndar

Með bréfi Símans til PFS, dags. 14. mars sl., bárust athugasemdir félagsins við framangreindu álit fjölmiðlanefndar. Fram kom að PFS hefði gefið það út að stofnunin myndi skera úr um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga áður en skorið yrði úr því hvort um brot á ákvæðinu gæti verið að ræða. Síminn teldi að gildissvið ákvæðisins næði til sjónvarpsútsendinga en ekki ólínulegrar myndmiðlunar.

Umsögn fjölmiðlanefndar ylli verulegum vonbrigðum. Nefndin hefði aðeins tekið sér fjóra vinnudaga til að skila PFS umsögn sinni. Í umsögninni væru helstu sjónarmið aðila reifuð. Í reifun á helstu sjónarmiðum Símans hefði verið vísað til hluta af því sem fram kæmi í seinni athugasemdum félagsins til PFS frá 22. febrúar sl.. Þar hefðu verið um að ræða andsvör við athugasemdum Vodafone frá 4. febrúar sl. Af umsögn fjölmiðlanefndar yrði hins vegar ráðið að nefndin virtist ekki hafa kynnt sér megin athugasemdir Símans frá 19. janúar sl. Yrði þetta að teljast slíkur ágalli á umsögn fjölmiðlanefndar að hún yrði að teljast ómarktæk. Jafnframt yrði að álykta að fjölmiðlanefnd hefði vart á svo skömmum tíma sem um ræddi gefist ráðrúm til að kynna sér öll gögn málsins og rannsaka það með fullnægjandi hætti. Hefði fjölmiðlanefnd því brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga. Við svo búid gæti umsögn nefndarinnar því ekki verið grundvöllur ákvörðunar PFS.

Síminn teldi hafið yfir allan vafa að gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði einungis til sjónvarpsútsendinga. Í því fælist jafnframt að ákvæðið næði ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Í VII. kafla laganna væri fjallað um flutning á myndefni. Í skýringum í greinargerð með lagakaflanum kæmi m.a. fram að lagt væri til að lögfest yrði ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum og að þessum ákvæðum væri ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Af tilvitnuninni yrði ekki annað ráðið en að tilgangurinn með lögfestingu reglna um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum væri að draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Ekki kæmi fram að reglurnar næðu til ólínulegrar myndmiðlunar eða að nauðsynlegt væri að kveða á um

rétt og skyldu til flutnings á ólínulegu myndefni til að draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds. Hefði það verið ætlun löggjafans hefði án nokkurs vafa verið kveðið á um það í frumvarpinu.

Ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga bæri heitið „Flutningsréttur á myndefni“. Í 1. mgr. segði að fjölmiðlaveitu væri skylt að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um að fjarskiptafyrirtæki fengi að flytja *sjónvarpsútsendingar* á stafrænu fjarskiptaneti sínu að uppfylltum nánar tilteknum skilyrðum. Ítrekað kæmi fram í greinargerð með umræddu ákvæði að það næði aðeins til sjónvarpsútsendinga. Þar kæmi einnig skýrt fram að flutningsrétturinn næði hins vegar ekki til ólínulegrar hljóð- og myndmiðlunar. Í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. kæmi fram að því ákvæði væri ætlað að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá segði að í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin *sjónvarpsútsendingum* myndu áfram eiga erfitt uppdráttar.

Af framansögðu yrði að telja ljóst að 5. mgr. 45. gr. væri ætlað að tryggja það að fjarskiptafyrirtæki *sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum* gætu fengið flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum. Annars hefði vart verið talin þörf á að taka það sérstaklega fram af hálfu löggjafans.

Samkvæmt 1. og 2. mgr. 46. gr. gæti aðili beint ágreiningi um flutning sjónvarpsútsendinga til PFS. PFS væri því einungis falið að fjalla um ágreining um flutning sjónvarpsútsendinga en ekki annað. Sýndi það enn og aftur að ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga fjallaði einungis um flutning sjónvarpsútsendinga en ekki um flutning ólínulegs dagskrárefnis. Aðkoma PFS á grundvelli fjölmiðlalaga gæti því einungis orðið ef ágreiningur væri um rétt eða skyldu til flutnings sjónvarpsútsendinga. PFS skorti valdbærni til umfjöllunar um rétt eða skyldu til aðgangs að ólínulegu myndefni. Rökrænt gengi það því ekki upp að gildissvið 5. mgr. 45. gr. næði til ólínulegs myndefnis.

Teldi Síminn með hliðsjón af ofangreindu að skýr ákvæði laga, auk skýringa í greinargerð leiddi til þeirrar niðurstöðu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ætti einungis við um sjónvarpsútsendingar. Léki nokkur vafi á því hvernig bæri að skýra ákvæðið yrði að líta til innra samræmis VII. kafla laganna auk rökræns samhengis við 45. gr. fjölmiðlalaga og önnur ákvæði lagakaflans.

Sú umsögn sem fjölmiðlanefnd hefði afhent PFS fæli klárlega í sér rýmkandi lögskýringu á bannákvæði en ekki almenna lögskýringu líkt og nefndin reyndi að halda fram. Eins og almennt væri þekkt bæri að túlka bannákvæði þröngri lögskýringu og hefði PFS reyndar staðfest að reglur fjölmiðlalaga lytu þröngri lögskýringu.

Í umsögn fjölmiðlanefndar segði að nefndin teldi að með orðunum „alls kyns þjónusta“ væri vafalaust að gildissvið bannákvæðisins væri víðtækara og ætti við um annað og meira en aðeins sjónvarpsútsendingar. Þá væri vísað til þess að hugtakið sjónvarpsútsending væri ekki að finna í sjálfu ákvæðinu og málsgreinin hefðu sjálfstætt gildi hvort sem um línulega

eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða. Að mati Símans ætti hverjum þeim sem læsi ákvæði 5. mgr. 45. gr. að vera ljóst að það væri engin þjónusta tilgreind í ákvæðinu og þegar af þeirri ástæðu gæti ákvæðið ekki náð til annarrar þjónustu en þeirrar sem fjallað væri um í 45. gr. Sú fullyrðing fjölmiðlanefndar að ákvæðið næði yfir alls kyns þjónustu, þar af leiðandi prentmiðla, vefmiðla, hljóðvarp o.s.frv. fengi því ekki staðist.

Ef ákvæðið hefði átt að ná yfir alla þjónustu sem fjölmiðill kynni að bjóða upp á, þá hefði það þurft að standa skýrt í ákvæðinu, sem það gerði ekki. Þar sem engin þjónusta væri tilgreind í ákvæðinu næði það ekki yfir aðra þjónustu en þá sem fjallað væri um í 45. gr. og það væri eingöngu línuleg myndmiðlun. Raunar segði skýrt að reglur um flutningsrétt næðu ekki til ólínulegrar myndmiðlunar og að hlutverk PFS væri afmarkað við að skera úr um ágreining vegna línulegrar myndmiðlunar.

Sú fullyrðing fjölmiðlanefndar að ákvæðið næði yfir alls kyns þjónustu fæli í sér almenna lögskýringu væri röng. Í reynd þýddi túlkun fjölmiðlanefndar að ákvæðið leiddi til ómöguleika þegar um væri að ræða eitt og sama fyrirtækið. Síminn, Vodafone og 365 væru hvort tveggja í senn fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitur. Þegar fyrirtækin seldu aðgang að myndefni væri það fjarskiptafyrirtækið sem seldi fjölmiðlaþjónustu og sendi reikning fyrir þjónustunni. Ef túlkun fjölmiðlanefndar væri rétt, sem hún væri ekki, þá gæti fjarskiptafyrirtækið ekki innheimt fyrir fjölmiðlaþjónustu. Þetta myndi skapa óskilvirkni fyrir innlend fyrirtæki sem erlendir aðilar þyrftu ekki að búa við.

Áréttu bæri að túlka bæri reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldur þröngt, sbr. ákvörðun PFS nr. 19/2012, en þar segði afdráttarlaust að við túlkun umræddra ákvæða 45. gr. yrði að beita þröngri lögskýringu. PFS væri bundið af fyrri ákvörðun sinni og á grundvelli 11. gr. stjórnarsýslulaga bæri PFS skylda til þess að fylgja fyrri framkvæmd. Það blasti við að fjölmiðlanefnd hefði algjörlega litið framhjá því við umsögn sína að fyrir lægi skýr stjórnvaldsákvörðun frá PFS sem kvæði á um þrönga túlkun vegna flutningsréttar- og skyldna. Þessi yfirsjón fjölmiðlanefndar leiddi til þess að umsögn nefndarinnar væri markleysa.

Þá þætti rétt að minna á eftirfarandi sem kæmi fram með skýrum hætti í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga (leturbreyting Símans):

„Að öllu framangreindu virtu má draga meginatriðin um flutningsskyldu og flutningsrétt saman með eftirfarandi hætt: Í fyrsta lagi geta fjölmiðlaþjónustuveitendur fengið dreifingu á sjónvarpsútsendingum sínum á fjarskiptanetum fjarskiptafyrirtækja óski þeir eftir því og að gættum nánari skilyrðum sem útfærð eru í frumvarpinu. Hér er því um svokallaða flutningsskyldu að ræða (e. must carry). Í öðru lagi geta fjarskiptafyrirtæki fengið að dreifa sjónvarpsútsendingum á fjarskiptanetum sínum óski þau eftir því og að gættum nánari skilyrðum sem útfærð eru í frumvarpinu. Hér er því um svokallaðan flutningsrétt að ræða (e. may carry/must offer). Í þriðja lagi er svo lögð til sú þýðingarmikla meginregla að sammingsfrelsi milli fjölmiðlaþjónustuveitenda og fjarskiptafyrirtækja ber að virða í hvívetna, en Póst- og fjarskiptastofnun verði falið að skera úr reynist útilokað að komast að slíku samkomulagi.“

Þetta styddi ennfremur að eingöngu línuleg myndmiðlun félli undir VII. kafla fjölmiðlalaga, en *öll önnur fjölmiðlaþjónusta*, sama hvaða nafni hún nefndist væri undanskilin kaflanum að öllu leyti. Að halda öðru fram fæli ekki eingöngu í sér rýmkandi lögskýringu á bannreglu heldur beinlínis brot á lögmatísreglunni. Jafnvel með almennri lögskýringu væri ekki unnt að færa ólínulega myndmiðlun undir ákvæðið. Ennfremur mætti benda á að í ræðu þáverandi mennta- og menningarmálaráðherra segði eftirfarandi um þau ákvæði sem ágreiningur væri um (leturbreyting Símans):

„Í frumvarpinu er lagt til að lögfest verði ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum sem er ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Ákvæðin eiga við um stafræn fjarskiptanet sem flutt geta sjónvarpsútsendingar.“

Samkvæmt almennri lögskýringu og á grundvelli viðeigandi lögskýringargagna væri enginn vafi á því að 45. gr. í heild sinni næði aðeins til sjónvarpsútsendinga, sem væri sérstaklega skilgreind í lögnum sem línuleg myndmiðlun. Væri þessi túlkun einnig í samræmi við vilja löggjafans sem endurspegladist í ræðu frummælanda frumvarps þess sem orðið hefði að fjölmiðlalögum.

Með vísan til framangreinds bæri PFS eingöngu að fjalla um ágreining vegna *línulegrar myndmiðlunar* á grundvelli fjölmiðlalaga og það fæli í sér brot á lögmatísreglunni ef PFS myndi hlutast til um aðra fjölmiðlaþjónustu, sama hvaða nafni hún kynni að nefnast. Í þeim tilfellum væri PFS því að fara út fyrir lögbundnar heimildir sínar með tilheyrandi afleiðingum, sbr. fyrrgreindur dómur héraðsdóms nr. E-2249/2014 (póstmálið).

Síminn teldi að af lestri lagaákvæðis 45. gr. fjölmiðlalaga og annarra ákvæða VII. kafla fjölmiðlalaga yrði eftirfarandi ráðið: Í VII. kafla væri fjallað um flutningsrétt og flutningsskyldu að sjónvarpsútsendingum líkt og fram kæmi í lagatexta og skýringum í greinargerð. Í lögnum eða skýringum í greinargerð kæmi hvergi fram að ákvæðin fjölluðu um flutningsrétt eða flutningsskyldu að ólínulegu sjónvarpsefni. Í 45. gr. væri fjallað um flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum. Ákvæðið næði hins vegar ekki til ólínulegrar myndmiðlunar líkt og sérstaklega væri tekið fram í greinargerð með ákvæðinu. Lögskýring fjölmiðlanefndar fæli í sér rýmkandi lögskýringu á 5. mgr. 45. gr. sem væri í andstöðu við fyrri ákvarðanir PFS um túlkun ákvæðisins og stæðist því ekki. Teldi Síminn ótvírætt að skilja bæri 5. mgr. 45. gr. með þeim hætti að það næði einungis til sjónvarpsútsendinga.

III.

Lagaumhverfi

3.1 Almennt um fjölmiðlalög

Þann 15. apríl 2011 samþykkti Alþingi lög um fjölmiðla, nr. 38/2011. Um var að ræða nýja heildarlöggjöf um starfsemi fjölmiðla hér á landi. Í 1. gr. getur að líta markmiðsákvæði laganna. Þar segir að markmið laganna sé að stuðla að tjáningarfrelsi, rétti til upplýsinga, fjölmiðlalæsi, fjölbreytni og fjölræði í fjölmiðlun sem og að efla vernd neytenda á þeim vettvangi. Ennfremur að koma á samræmdri löggjöf á vettvangi fjölmiðlunar óháð því

miðlunarformi sem notað er. Í greinargerð frumvarpsins með þessari grein segir að frumvarpinu sé ætlað að taka til hljóð- og myndmiðlunar í víðtækustu merkingu.

Í VIII. kafla almennra athugasemda með frumvarpinu er fjallað nánar um markmið frumvarpsins, helstu efnisatriði, breytinga og nýmæli. Fram kemur að fjölþættar ástæður liggi því að baki er lagt er upp í þá gagngeru endurskoðun á löggjöf á þessu sviði sem stefnt sé að með frumvarpinu, m.a. örar tækniframfarir. Þá segir að frumvarpinu sé skipt í einstaka kafla, m.a. VII. kafla er fjallar um reglur um flutning *myndefnis*. Þá kemur fram að skilgreiningum sé fjölgað verulega og leitast sé við að skilgreina og skýra öll þau sértæku hugtök sem frumvarpið hefði að geyma. Þar kemur m.a. fram að myndmiðlun geti verið með tvennum hætti, annars vegar hefðbundin sjónvarpsútsending (línuleg dagskrá) og hins vegar myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun).

Í 2. gr. er fjallað um skilgreiningar hugtaka, þ.m.t. myndmiðlun eftir pöntun. Í greinargerð við þá lagagrein segir að slík þjónusta sé eðlislík hefðbundnu sjónvarpi að því leyti að hún keppir um sömu áhorfendur og svipar til hennar að formi til. Hún sé hins vegar ólík hefðbundnum sjónvarpsútsendingum að því er varðar það val og þá stjórn sem notandinn hefur.

Með fjölmiðlalögum er sett á fót sjálfstæð stjórnarsýslunefnd, fjölmiðlanefnd, sem annast eftirlit og daglega stjórnarsýslu þess sem fellur innan gildissviðs laganna. Aftur á móti er PFS í ákveðnum tilvikum ætlað sérstakt stjórnarsýsluhlutverk á grundvelli laganna, sbr. umræddan VII. kafla laganna.

3.2 Almennt um ákvæði VII. kafla laga fjölmiðlalaga

Í fjölmiðlalögum er að finna reglur er kveða á um flutning myndefnis, sbr. VII. kafla laganna. Er þar um að ræða flutningsskyldu, sbr. 44. gr. laganna, þ.e. skyldu fjarskiptafyrirtækis sem rekur stafrænt fjarskipanet að flytja efni fjölmiðlaveitu og flutningsrétt, sbr. 45. gr. laganna, þ.e. skyldu fjölmiðlaveitu um að veita fjarskiptafyrirtæki heimild til að flytja dagskrá veitunnar á fjarskiptaneti þess. Þá er enn fremur kveðið á um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds nái fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki ekki samkomulagi um slíkt, sbr. 46. og 47. gr. laganna.

Eins og að ofan greinir er að finna ákvæði um flutningsrétt á myndefni í 45. gr. laganna. Fjallar 1. mgr. um flutningsrétt og nánari skilyrði fyrir honum. Í 2. mgr. er kveðið á um seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Í 3. mgr. er fjallað um staðbundinn flutningsrétt og í 4. mgr. er kveðið á um að við kaup á sjónvarpsefni sé fjölmiðlaveitu skylt að semja svo við réttihafa að flytja megi sjónvarpsefnið um öll stafræn fjarskiptanet. Í 5. mgr. er svo að finna það ákvæði sem mál þetta varðar, þ.e. að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í 6. og 7. mgr. getur loks að líta ákvæði er varða samskipti fjölmiðlaveitna að því er varðar aðgang að stuttum myndskaiðum af viðburðum sem vekja mikinn áhuga meðal almennings. Tvær síðastgreindu málsgreinarnar bættust við 45. gr. fjölmiðlalaga með 12. gr. laga nr. 54/2013.

Ljóst er að 1. - 3. mgr. 45. gr. fjalla um eiginlegan flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á myndefni fjölmiðlaveitu. Önnur ákvæði kaflans fjalla um atriði sem tengjast ekki hinum

eiginlegu flutningsréttarreglum eða að minnsta kosti ekki með beinum hætti, þ.e. umrætt bannákvæði, ákvæði um kaup á sjónvarpsefni og ákvæðin um stuttu myndskaiðin er fjalla um samskipti tveggja fjölmiðlaveitna en ekki samskipti fjölmiðlaveitu annars vegar og fjarskiptafyrirtækis hins vegar. Ákvæði 4. – 7. mgr. 45. gr. hefðu því getað verið í sérstökum lagaákvæðum í fjölmiðlalögunum þar sem engin rökbundin nauðsyn virðist vera fyrir því að þau séu staðfett í umræddri 45. gr. fjölmiðlalaga.

Í greinargerð með VII. kafla fjölmiðlalaga kemur fram að lagt sé til að lögfesti verði ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Þessum ákvæðum væri ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifiveitum.

Þá kemur fram að ákvæðin ættu við um stafræn fjarskiptanet sem flutt gætu sjónvarpsútsendingar. Til fjarskiptanets teldust bæði fjarskiptanet sem eingöngu væru notuð til sjónvarpsútsendinga og fjarskiptanet sem einnig væru notuð til að veita annars konar fjarskiptaþjónustu. Mikil aukning ætti sér nú stað í notkun stafrænnar sjónvarpsþjónustu. Stafrænar sjónvarpsútsendingar væri hægt að flytja á ýmiss konar fjarskiptanetum, sbr. t.d. þráðlaus net, ADSL net og ljósleiðaranet. Stafræn fjarskiptanet gætu flutt mikinn fjölda sjónvarpsdagskráa og þess vegna væri yfirleitt mögulegt að koma flestum ef ekki öllum íslenskum sjónvarpsútsendingum til notenda í gegnum eitt og sama netið. Ákvæðum um flutningsskyldu og flutningsrétt væri ætlað að tryggja að notendum stæði til boða fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þeir þyrftu að tengjast mörgum fjarskiptanetum. Ákvæðunum væri einnig ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður fyrirtækja sem hefðu bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum notuðu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald).

Töluverða umfjöllun er að finna í greinargerðinni um þær ákvarðanir sem Samkeppniseftirlitið tók á árinu 2005 gagnvart Símanum og Skjánum (ákvörðun SE nr. 10/2005) annars vegar og forvera Vodafone og 365 (ákvörðun nr. 12/2005) hins vegar sem ætlað var að koma í veg fyrir skaðleg áhrif samþjöppunar umræddra fyrirtækjablokka á fjarskipta- og fjölmiðlamörkuðum á neytendum. Þá kemur eftirfarandi fram:

„Frá árinu 2005 þegar ákvarðanirnar voru teknar hefur landslag fjölmiðla og fjarskipta að sönnu breyst. Alls kyns breytingar hafa orðið á þeim félagasamstæðum sem um er að ræða og þá hafa rekstrarskilyrði og afkoma bæði í fjölmiðlum og fjarskiptum versnað til muna á síðustu misserum. Allt að einu er það svo að ákveðin grundvallaratriði eru óbreytt. Ráðandi fyrirtæki, þ.e. Síminn og Skjárinn annars vegar og Sýn (áður 365 miðlar) og Vodafone hins vegar, geta í krafti stærðar sinnar boðið heildarlausnir fyrir heimili, þ.m.t. stafrænar sjónvarpsrásir, hljóð- og myndmiðlun eftir pöntun, heimasíma, nettengingu, farsíma og hverja þá þjónustu sem þróuð verður í framtíðinni. Síminn stendur vel að vígi með öflugt fjarskiptakerfi auk eignarhalds á fjölmiðlaþjónustuveitanda sem býður áskriftarsjónvarp (Skjár einn), erlent endurvarp (Skjár heimur) og myndmiðlun eftir pöntun (Skjár bíó). Sýn (áður 365 miðlar) hefur sterka stöðu sem stærsti fjölmiðlaþjónustuveitandinn á þessum markaði. Þar er um að ræða flestar einkareknar íslenskar sjónvarpsstöðvar og einkaréttarsamninga á vinsælu erlendu íþróttæfni, svo sem ensku knattspyrnunni og Formúlu 1. Fyrirtækin sem um ræðir eru í dag með samninga um dreifingu

sjónvarpsútsendinga hvort við annað. Það var þó ekki fyrir en eftir að samkeppnisyfirvöld höfðu sett skilyrði vegna samruna fjölmiðla- og fjarskiptafyrirtækjanna að samningar um gagnkvæma dreifingu komust á. Því þarf að tryggja að áfram verði í boði flutningur á sjónvarpsútsendingum ótengdra fyrirtækja og ekki síst þarf að huga að möguleikum nýrra fjölmiðlaþjónustuveitenda til þess að koma útsendingum sínum til notenda.

Þá kom fram að koma yrði í veg fyrir að það ástand skapaðist að notendur stæðu frammi fyrir því að við val á fjölmiðlaþjónustuveitanda eða fjarskiptafyrirtæki takmarkaðist aðgangur þeirra að efni. Það væri að sjálfsögðu fagnaðarefni þegar slíkt væri tryggt með frjálsum samningum. Það væri hins vegar óvarlegt að treysta því að slíkt verði jafnan leyst á grundvelli samninga. Til þess að tryggja þessi markmið til frambúðar væri heldur ekki nægilegt að styðjast við framangreindar ákvarðanir samkeppnisyfirvalda sem beindust aðeins að tilteknum fyrirtækjum við tiltekna aðstæður og legðu þar að auki aðeins flutningsskyldu á aðra fyrirtækjasamstæðuna. Því væri talin þörf á því að lögfesta reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu.

Þá er í greinargerðinni vísað til tillagna nefndar menntamálaráðherra um íslenska fjölmiðla frá því í apríl 2005 þar sem eftirfarandi forsenda kæmi fram fyrir því að sett yrðu í lög ákvæði um flutningsrétt og flutningsskyldu:

„Nefndin telur það ekki samræmast hagsmunum neytenda að val þeirra á dreifiveitu geti mögulega ráðið kostum þeirra á efnisveitum. Nauðsynlegt er að neytendur geti valið þá efnisveitu sem þeir helst kjósa, sem og dreifiveitu óháð efninu.“

Auk þess hefði nefndin talið að vegna smæðar og sérstöðu íslenska markaðarins væri mikilvægt að lögfesta reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu. Slík löggjöf myndi auka val neytenda og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds.

Þá er í frumvarpinu vísað til fjarskiptaáætlunar 2005-2010 sem samgönguráðherra hefði sett. Fram kom að þó að ekki væri minnst á flutningsreglur í fjarskiptaáætlun hefði þar verið talið æskilegt að skýr skil væru á milli dreifingar sjónvarpsefnis annars vegar og framleiðslu og sölu efnisins hins vegar. Þá hefði verið talið mikilvægt að aðgengi neytenda að sjónvarpsefni væri ekki bundið við dreifikerfi tiltekinna aðila. Segja mætti að sú aðgreining sem leiddi af flutningsreglum og fæli í sér aðgreiningu dreifiveitna og fjölmiðlaþjónustuveitenda með þessum hætti samræmdist vel umræddri fjarskiptaáætlun.

Að lokum kom fram í umfjöllun greinargerðarinnar um VII. kafla að draga mætti meginatriðin um flutningsskyldu og flutningsrétt saman með eftirfarandi hætti. Í fyrsta lagi gætu fjölmiðlaþjónustuveitendur fengið dreifingu á sjónvarpsútsendingum sínum á fjarskiptanetum fjarskiptafyrirtækja óskuðu þeir eftir því og að gættum nánari skilyrðum sem útfærðu væru nánar í frumvarpinu. Hér væri um flutningsskyldu að ræða. Í öðru lagi gætu fjarskiptafyrirtæki fengið að dreifa sjónvarpsútsendingum á fjarskiptanetum sínum óskuðu þau eftir því og að gættum nánari skilyrðum sem útfærð væru í frumvarpinu. Hér væri um flutningsrétt að ræða. Í þriðja lagi væri svo lögð til sú þýðingarmikla meginregla að samningsfrelsi milli fjölmiðlaþjónustuveitenda og fjarskiptafyrirtækja bæri að virða í hvívetna, en PFS yrði falið að skera úr reyndist útilokað að komast að slíku samkomulagi.

3.2 Ákvæði um flutningsskyldu og flutningsrétt

Á grundvelli flutningsskylduákvæðis, 1. mgr. 44. gr. er fjarskiptafyrirtæki sem rekur fjarskiptanet skylt að verða við beiðnum fjölmiðlaveitu um flutning á sjónvarpsútsendingum veitunnar að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Ákvæðið byggir á 31. gr. alþjónustutíðskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/22/EB.

Samkvæmt flutningsréttarákvæði 1. mgr. 45. gr. laganna skal fjölmiðlaveita verða við beiðnum fjarskiptafyrirtækja um að þau fái að flytja sjónvarpsútsendingar veitunnar á fjarskiptaneti sínu að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Í ákvæðinu er að finna speglun á ákvæði um flutningsskyldu. Í greinargerð með 45. gr. laganna er sérstaklega tekið fram að flutningsréttur nái ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Það sama á við um flutningsskylduna. Samkvæmt 2. mgr. 45. gr. skulu flutningsréttarreglurnar þó einnig ná til seinkaðra sjónvarpsútsendinga.

Líkt og fram kemur í athugasemdum við frumvarpið er löggjafanum ekki kunnugt um að reglur um flutningsrétt hafi verið settar í öðrum löndum. Umræða um slíkt hefur þó verið um nauðsyn þess að fjarskiptafyrirtæki fái aðgang að efni til að geta verið samkeppnishæf með dreifileiðir sínar. Hefur þannig verið haldið fram að það séu í raun eigendur fjarskiptaneta sem séu þeir sem leiti efnis en ekki efnisveitendur sem leiti dreifileiða. Kemur það m.a. til af því sjónarmiði að með því að fá inn á dreifikerfi sitt vinsælt sjónvarpsefni auki það samkeppnishæfni fjarskiptafyrirtækisins enda þyrfti fyrirtækið þá ekki að setja upp og fjárfesta í eigin efni.

Með ákvæðum um flutningsrétt og flutningsskyldu er lögð íþyngjandi skylda á hvort tveggja fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitur. Er fyrirtækjunum skylt að veita öðrum aðila, sem setur fram beiðni þar um, aðgang að eignum sínum, þ.e. fjarskiptaneti eða efni, og er eðlilegt að metið verði hvort greiða beri fyrir slíkan aðgang og hver fjárhæð slíkra greiðslna skuli vera. Er aðilum falið að komast að slíku samkomulagi en sigli þær í strand er það í höndum PFS, að beiðni aðila, að ákvarða þar um. Er fjallað um hlutverk PFS, málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun greiðslu í ákvæðum 46. og 47. gr. laganna.

Samkvæmt almennum athugasemdum frumvarpsins er flutningsréttarákvæðinu ætlað að gera notendum kleift að velja bæði hljóð- og myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskipum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki, ásamt því að tryggja aðkomu nýrra aðila á markað. Þannig er fjarskiptafyrirtækjum sem eru samkeppnishæf um verð og þjónustu, veitt tækifæri til að fá aðgang að efni og komast inn á markaðinn án þess að þurfa að leggja í miklar fjárfestingar á, oft á tíðum, dýru efni. Er fjarskiptafyrirtækjunum því veittur réttur til að óska eftir aðgangi að efni fjölmiðlaveitunnar til að flytja á dreifikerfi sínu, að uppfylltum nánar tilteknum skilyrðum.

Í 5. mgr. 45. gr. er að finna ákvæði sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í greinargerð með 45. gr. kemur enn fremur fram að markmiðið með flutningsreglunum sé m.a. að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu. Er fjölmiðlaþjónustuveitendum því t.a.m. bannað að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, sbr. 5. mgr. 45. gr. Í athugasemdum við umrædda 5. mgr. í frumvarpi því er varð að fjölmiðlalögum segir svo:

„Með flutningsreglunum er markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því er ljóst að það verður hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Við þessu er brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. ... Í ljósi reynslunnar er talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyni að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum muni áfram eiga erfitt uppdráttar. Fjarskiptafyrirtækjum verður heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu er þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau geti boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Það geta fyrirtækin einungis gert ef þau hafa aðgang að sambærilegu efni.“

Með þessu ákvæði fjölmiðlalaga er því leitast við að tryggja að notendur geti valið um efni á þeim fjarskiptaleiðum sem í boði eru. Geta fjarskiptafyrirtæki, sjái þau sér hag í því, boðið viðskiptavinum sínum, sem slíkt kjósa, upp á efni fjölmiðlaveitna í gegnum ljósleiðara eða ADSL og bætt þannig stöðu sína á markaði, aukið samkeppnishæfni sína og valfrelsi notenda. Þannig geti notendur nálgast fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þurfa að tengjast mörgum dreifikerfum. Er þar með einnig dregið úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum með þeim hætti að komið er í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður sem hvort tveggja hafa yfirráð yfir efni og dreifikerfi getið bundið aðgang að efninu við ákveðin fjarskiptanet.

3.3 Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds

Í 46. gr. laganna er fjallað um málsmeðferð og framkvæmd flutningsreglna þeirra er fram koma í 44. og 45. gr. fjölmiðlalaga. Í 1. mgr. segir:

„Nú er óskað eftir samningum um flutning á sjónvarpsútsendingu sem fellur undir 44. gr. eða 45. gr. og skulu þá fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki semja um það svo fljótt sem verða má. ...“

Ákvæði 2. mgr. sömu greinar hljóðar svo:

„Ef ekki tekst samkomulag um flutning eða ef til ágreinings kemur um flutning á síðari stigum getur aðili beint málinu til Póst- og fjarskiptastofnunar. Stofnunin skal þá leita sátta með aðilum. Takist ekki að ná sáttum skal skorið úr ágreiningi með ákvörðun eins fljótt og við verður komið. Áður en ákvörðun er tekin skal Póst- og fjarskiptastofnun leita álits fjölmiðlanefndar.“

Þarna er sett fram sú meginregla að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skulu sjálf semja, svo fljótt sem verða má, um þann flutning sem fellur undir 44. og 45. gr. laganna. Ákvæðið kveður einnig á um málsmeðferð nái aðilar ekki samkomulagi um flutning eða til ágreinings kemur á síðari stigum. Geta aðilar þá beint málinu til PFS sem skal þá í fyrstu leita sátta milli aðila en að öðrum kosti skera úr ágreiningi um flutning með ákvörðun. Áður en til ákvörðunar kemur er PFS skylt að leita álits fjölmiðlanefndar enda fjölmiðlanefnd með sérþekkingu er varðar myndefni, sbr. athugasemdir við greinina. Ákvæðið á við um samkomulag um flutninginn sjálfan og hvaða sjónarmiða aðilar verði að gæta í samningum sín á milli fyrir slíkan flutning. Sigli samningaviðræður um flutning í strand hefur hvor aðili rétt til að óska atbeina PFS til að leita sátta með aðilum eða ákvarða í málinu.

Í almennum athugasemdum við VII. kafla frumvarps þess er varð að fjölmiðlalögum segir m.a.:

„Að sjálfsögðu er út frá því gengið í frumvarpinu að fyrirtækin freisti þess að semja sjálf um flutning sjónvarpsútsendinga í samræmi við þær skyldur sem kveðið er á um í frumvarpinu. Ef aðilum tekst að komast að samkomulagi er ekki gert ráð fyrir að stjórnvöld hafi afskipti af málum. Það er fyrst undir þeim kringumstæðum að slíkir samningar takast ekki sem hægt verður að leita til stjórnvalda um lausn á ágreiningi.“

Í ákvæði 47. gr. laganna er fjallað um ákvörðun endurgjalds þegar fyrir liggur að til flutnings á efni komi. Er PFS gert að ákveða, nái aðilar ekki samkomulagi þar að lútandi, hvort fjarskiptafyrirtæki eða fjölmiðlaveita fær greiðslu fyrir flutning eða efni og fjárhæð þeirra greiðslna. Er í greininni kveðið nánar á um þau sjónarmið sem stofnunin skal styðjast við þegar til ákvörðunar á endurgjaldi kemur þegar fallist hefur verið á annað hvort flutningsrétt eða flutningsskyldu skv. 44. eða 45. gr. laganna. Með ákvæðinu er stuðlað að því að eðlilegt og sanngjarnt verð sé greitt fyrir flutning og efni.

3.4 Viðurlagaákvæði

Í 54. gr. fjölmiðlalaga er kveðið á um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og PFS leggja á aðila sem brjóta gegn nánar tilteknum ákvæðum fjölmiðlalaga. Í 3. mgr. kemur fram að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna. Í 4. mgr. segir að sektir geti numið allt að 10 millj. kr. og að við ákvörðun sektar skuli m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það ætti við.

Í 56. gr. fjölmiðlalaga er kveðið á um refsingar vegna brota á nánar tilteknum ákvæðum fjölmiðlalaga. Í 1. mgr. segir að ábyrgðarmaður, starfsmenn fjölmiðlaveitu eða stjórnarmenn sem framkvæma eða láta framkvæma brot gegn umræddum ákvæðum laganna skuli sæta sektum eða fangelsi allt að sex mánuðum ef sakir eru miklar. Í o-lið umrædds ákvæðis kemur fram að það eigi við um brot gegn 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna.

Brot á öðrum ákvæðum VII. kafla laganna sæti ekki stjórnvaldssektum né refsingum, þ.m.t. ákvæðin um flutningsskyldu og flutningsrétt.

Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. laganna kemur fram að brot gegn umræddum ákvæðum sæti aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kærðu PFS. Í 2. mgr. kemur fram að varði brot bæði refsíabyrgð fyrir einstakling og lögaðila meti PFS með tilliti til grófleika brots og réttarvörslusjónarmiða hvort mál skuli kært til lögreglu að hluta eða í heild. Ef brot eru meiri háttar er PFS skylt að vísa þeim til lögreglu. Í 4. mgr. kemur svo fram að telji ákærandi að ekki séu efni til málshöfðunar vegna ætlaðrar refsiverðrar háttsemi sem jafnframt varðar stjórnsýsluviðurlögum getur hann sent eða endursent mál sem varðar umrædd brot til PFS til meðferðar og ákvörðunar.

IV.

Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

4.1 Almenn

Mál þetta varðar ágreining um það hvort bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 nái einungis til línulegra sjónvarpsútsendinga, eins og Síminn heldur fram, eða jafnframt til ólínulegrar myndmiðlunar, eins og Vodafone heldur fram og fjölmiðlanefnd hefur tekið undir í álitinu sínu.

Samkvæmt umræddu ákvæði er fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Vodafone telur að því að bjóða einungis upp á ólínulega myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á fjarskiptanetum Símasamstæðunnar, t.d. hliðræna þjónustu á borð við Frelsi og Tímaflakk, sé Síminn að brjóta gegn umræddu bannákvæði. Þeir sem áhuga hafi á að horfa á umrætt myndefni utan hefðbundinna sjónvarpsútsendingatíma geti ekki gert það á öðrum fjarskiptanetum en fjarskiptanetum Símasamstæðunnar og því gætu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja þurft að færa viðskipti sín yfir til Símans.

Áður en PFS metur hvort Síminn hafi hugsanlega brotið gegn umræddu bannákvæði telur stofnunin rétt að skera úr því álitaefni hvort ólínuleg myndmiðlun heyri undir umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Verði það raunin mun PFS taka málið til frekari meðferðar í framhaldi af ákvörðun þessari.

4.2 Sjónarmið Vodafone

Í málinu fer Vodafone fram á að PFS fyrirskipi Símanum af láta af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Eins og fyrr greinir mun PFS í þeirri ákvörðun sem hér verður tekin aðeins skera úr um gildissvið ákvæðisins en ekki um hugsanlegt brot á því. Verði niðurstaðan sú að ákvæðið taki einnig til ólínulegrar myndmiðlunar mun PFS í framhaldinu taka ákvörðun um hvort Síminn kunnir að hafa brotið gegn ákvæðinu og hvaða afleiðingar það hafi í för með sér.

Vísaði Vodafone m.a. til greinargerðar með frumvarpi því sem varð að fjölmiðlalögum þar sem fram kæmi að markmiðið með flutningsreglunum væri að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu þar sem hvati yrði fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendum að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Við þessu væri brugðist í umræddri 5. mgr. 45. gr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi reynslunnar yrði talin hætta á að slík staða kæmi upp, auk þess sem fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Ákvæðum 5. mgr. 45. gr. væri því ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefðu bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýttu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald).

Að mati Vodafone væri markmið ákvæðisins því alveg skýrt. Í greinargerðinni væri auk þess vísað til tillagana nefndar menntamálaráðherra frá árinu 2005 og fjarskiptaáætlunar samgönguráðuneytisins (nú innanríkisráðuneytisins) vegna árána 2005-2010. Af þessu mætti vera ljóst að tilgangur ákvæðisins væri að koma í veg fyrir að fyrirtækjasamstæður sem bæði hefðu yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýttu þá aðstöðu til að binda framboð á tilteknu efni við ákveðin fjarskiptanet. Slíkt skaðaði samkeppni og þar af leiðandi hagsmuni neytenda sem hefðu þá færri valkosti.

Í reynd hefði umrætt lagaákvæði þá þýðingu að Síminn yrði að gæta jafnræðis milli fjarskiptaneta óháð því hvort um línulegar, seinkaðar eða hliðraðar útsendingar væri að ræða. Ástæðan væri augljóslega sú að annars yrði samkeppni raskað. Í þessu sambandi mætti einnig benda á ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Liberty málinu, en þar hefði verið gert að skilyrði að svokölluð „catch-up rights“ yrðu í boði á öðrum fjarskiptanetum en netum samrunaaðila málsins í hluta af Belgíu.

Vodafone teldi einsýnt að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga tæki til ólínulegrar myndmiðlunar, auk línulegra sjónvarpsútsendinga. Vodafone benti á að hugtakið *sjónvarpsútsending* væri ekki að finna í 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og því hefði málsgreinin sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega, seinkaða eða hliðraða útsendingu væri að ræða.

Benti félagið á að af réttarheimildalegri stöðu lagaákvæða leiddi að leggja yrði þá merkingu til grundvallar sem vafalaust leiddi af texta þess, nema veigamikil lögskýringarsjónarmið leiddu til annars. Væri þetta nefnt textaskýring eða almenn lögskýring sem væri grundvallarsjónarmið við alla lögskýringu, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 475/2014 þar sem orðið „fiskiskip“ hefði verið skilgreint samkvæmt orðanna hljóðan. Þá hefði PFS stuðst við slíka skýringu í ákvörðun sinni nr. 19/2012 (RÚV málið) þar sem fram hefði komið að það væri viðurkennd meginregla að túlka skyldi út frá orðalagi lagaákvæðis, væri það skýrt, nema gild rök leiddu til annars.

Teldi Vodafone að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri orðað með skýrum og vafalausum hætti og með einföldum lestri ákvæðisins samkvæmt orðanna hljóðan væri ljóst hvað ákvæðið fæli í sér. Með hliðsjón af skýru orðalagi ákvæðisins þyrfti að mati Vodafone hvorki að beita rýmkandi né þrengjandi lögskýringu, enda væri einungis gripið til slíkra lögskýringaaðferða þegar vafi ríkti um merkingafræðilegt inntak lagaákvæðisins, en hér væri merking lagaákvæðisins vafalaus að lokinni textaskýringu. Þannig væri einungis í algerum undantekningartilvikum, og þegar sérstök og knýjandi þörf réttlætti, unnt að víkja frá texta svo skýrs og vafalauss lagaákvæðis sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri. Túlkun ákvæðisins með þeim hætti sem Síminn legði til, þ.e. að lagaákvæði þýddu annað en skýrlega kæmi fram í þeim, ætti ekkert skylt við þrengjandi lögskýringu. Í reynd fælist í málalíbúnaði Símans krafa um að PFS styddist einfaldlega ekki við ótvírætt lagaákvæði. Slíkt væri augljóslega í andstöðu við lögmatísreglu stjórnisýsluréttar, enda yrðu ákvarðanir stjórnvalda að styðjast við og vera í samræmi við lög.

Til vara væri bent á að lögskýringargögn, einkum skýringar í greinargerð með frumvarpinu sem orðið hefði að fjölmiðlalögum, styddu í öllu falli ótvírætt við orðalag þessa skýra lagaákvæðis. Ennfremur styddu markmiðsskýringar þessa niðurstöðu.

Síminn héldi því fram að túlka yrði 5. mgr. 45. gr. þrengjandi lögskýringu þar sem um væri að ræða ákvæði sem gripu inn í stjórnarskrárvarin réttindi, sbr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Vodafone benti á að umrætt bannákvæði væri af svipuðum meiði og bannákvæði 10. og 11. gr. samkeppnislaga (ólögmætt samráð og bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu). Þó væri umrætt bannákvæði fjölmiðlalaganna mun skýrara og ekki eins matskennt og umræddar bannreglur samkeppnislaga. Dómstólar hefðu t.a.m. ekki talið rétt að beita þrengjandi lögskýringu gagnvart bannákvæðum samkeppnislaga, þrátt fyrir að þau kynnu að einhverju leyti að grípa inn í stjórnarskrárvarin réttindi. Þvert á móti hefðu ákvæðin verið skýrð samkvæmt orðanna hljóðan og ef vafi hefði ríkt um túlkun þeirra hefði verið gripið til markmiðsskýringa, þar sem meginmarkmið samkeppnislaga um að efla virka samkeppni hefði verið lagt til grundvallar.

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefðu gagngert verið sett til að bregðast við þeim vandamálum sem skapast gæti vegna ofangreinds lóðréttis eignarhalds. Ákvæðið bannaði fjölmiðlaþjónustuveitendum skýrum stöfum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þetta benti eindregið til þess að 5. mgr. hefði að geyma sjálfstæða bannreglu, sem ætlað væri víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér. Andlag reglunnar væri annað og víðtækara en réttur eða skylda til að kalla eftir eða dreifa sjónvarpsútsendingum. Ef vilji löggjafans hefði staðið til að afmarka umrædda bannreglu við línulega myndmiðlun hefði honum verið í lófa lagið að orða ákvæðið einfaldlega þannig að það tæki einungis til slíkra útsendinga.

Þegar búið hefði verið að fjalla ítarlega um umrætt bann í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. kæmi fram að fjarskiptafyrirtækjum væri hins vegar heimilt að bjóða „alls kyns þjónustu“, en með ákvæðinu væri þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau gætu boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Tekið hefði verið fram að það gætu fyrirtækin einungis gert ef þau hefðu aðgang að sambærilegu efni. Með „alls kyns þjónustu“ væri að mati Vodafone átt við annað og meira en línulega myndmiðlun og undir þetta orðalag félli augljóslega þjónusta á borð við Tímaflakk og Frelsi Skjásins. Minnt skyldi á að það hefðu verið fjarskiptafyrirtækin sem þróað hefðu þá þjónustu þegar henni hefði verið komið á. Þetta gætu fjarskiptafyrirtækin aðeins gert af þau hefðu áfram „aðgang að sambærilegu efni“ eins og þetta hefði verið orðað í greinargerðinni.

Fengi Vodafone ekki ekki betur séð, en að með háttsemi sinni hefði Síminn með alvarlegum hætti brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Samkvæmt 54. og 56. gr. fjölmiðlalaga sættu brot á ákvæðinu bæði stjórnvaldssekt og refsingu. Væri því einsýnt að PFS væri bært stjórnvald til að taka íþyngjandi og bindandi ákvörðun um brot Símans á 5. mgr. 45. gr. Þótt Síminn héldu öðru fram og léti í veðri vaka að málið ætti undir dómstóla. Því gæti ekki verið fyrir að fara skort á valdbærni PFS. Framangreind viðurlagaákvæði bentu eindregið til þess að 5. mgr. 45. gr. laganna bæri að túlka sem sjálfstæða bannreglu, sem ætlað væri víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu eins og sér. Vilji löggjafans væri augljós. Brot gegn hinni sjálfstæðu bannreglu væri litið alvarlegri

augum en brot gegn 1. – 3. mgr. 45. gr. laganna, en síðarnefndu ákvæðunum væri einkum ætlað að ná til sjónvarpsútsendinga.

4.3 Álit fjölmiðlanefndar

Í framangreindu álti fjölmiðlanefndar er nefndin sammála Vodafone um að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar. Samkvæmt ákvæðinu væri fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Af greinargerð með fjölmiðlalögunum mætti ráða að vilji löggjafans við setningu reglna um flutning myndefnis hefði verið tvíþættur; annars vegar að kveða á um flutningsrétt og flutningsskyldu og hins vegar að samstæður fyrirtækja, sem hefðu bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum, notuðu ekki þá aðstöðu sína með því að binda framboð efnis við ákveðið fjarskiptanet. Yrði því að draga þá ályktun að ákvæði þau sem fjallað væri um í VII. kafla fjölmiðlalaga ættu ekki einungis við um sjónvarpsútsendingar heldur jafnframt um þær aðstæður þegar framboð myndefnis væri bundið við ákveðið fjarskiptanet.

Í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. kæmi ennfremur fram að þrátt fyrir umrætt bannákvæði yrði fjarskiptafyrirtækjum heimilt að bjóða *alls kyns þjónustu* en með ákvæðinu væri þrýst á um aukna verð- og þjónustusamkeppni milli þeirra. Með orðunum „*alls kyns þjónustu*“ væri vafalaust að gildissvið bannákvæðisins væri víðtækara og ætti við um annað og meira en aðeins sjónvarpsútsendingar. Þá væri hugtakið sjónvarpsútsending ekki að finna í 5. mgr. 45. gr. sem styddi enn frekar þá túlkun að málsgreinin hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega miðlun væri að ræða.

Í greinargerðinni væri jafnframt fjallað um þær miklu breytingar sem orðið hefðu á umhverfi fjölmiðla. Ákvæði kaflans væru þannig sett í sögulegt samhengi og minnt á það ástand sem skapast hefði þegar tveir hópar fyrirtækja hefðu verið settir saman af fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitu á árinu 2004. Í kjölfarið hefði Samkeppniseftirlitið tekið ákvarðanir á árinu 2005, m.a. gagnvart Símanum og Skjánum, sem koma hefðu átt í veg fyrir að það ástand skapaðist að notendur stæðu frammi fyrir því að við val á fjölmiðlaþjónustuveitanda eða fjarskiptafyrirtæki takmarkaðist aðgangur þeirra að efni. Ákvörðunum þessum hefði verið breytt af hálfu Samkeppnisyfirvalda árið 2015. Fjölmiðlanefnd teldi eins og áður segir að umræddar reglur um flutning myndefnis hefðu verið settar til að tryggja tvíþættan vilja löggjafans, og það óháð einstökum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hverju sinni. Breytingar á skilyrðum í einstökum ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins fengu því engu breytt um umrætt bannákvæði.

Meginsjónarmiðið um það hvenær bæri að beita almennri lögskýringu væri það að væri orðalag ákvæðis skýrt ætti að velja almenna lögskýringu, nema gild rök leiddu til annars. Fjölmiðlanefnd teldi að þegar saman færi orðalag ákvæðis, tilgangur þess og lögskýringargögn væru ekki gild rök til annars en að beita almennri lögskýringu við túlkun á umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Fjölmiðlanefnd teldi það ekki skipta máli að á öðrum stöðum í sömu grein væri fjallað um sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun) þar sem orðalag ákvæðisins, tilgangur og forsaga væri algjörlega skýr. Teldi fjölmiðlanefnd því að umrætt bannákvæði hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða.

4.4 Sjónarmið Símans

Ítarlega umfjöllun um kröfur, sjónarmið og rökstuðning Símans er að finna í köflum 2.3, 2.5 og 2.8 hér að framan, en sú umfjöllun telur um 17 blaðsíður. Vísast hér með til þeirrar reifunar. Hér verður þó stiklað á stóru varðandi kröfur, sjónarmið og rökstuðning Símans.

Aðalkrafa Símans er sú að PFS vísi frá kvörtun Vodafone varðandi meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem stofnunin skorti valdheimildir til að taka slíka ákvörðun. Þetta væri augljóst þegar afdráttarlaus niðurstaða myndi liggja fyrir um það að hliðrað áhorf og frelsisþjónusta teldist ólínuleg myndmiðlun. PFS hefði vísað því úrlausnarefni frá í ákvörðun sinni nr. 30/2015, en fjölmiðlanefnd hefði í áliti sínu til PFS í því máli komist að þeirri niðurstöðu að slíkar þjónustur væru ólínuleg myndmiðlun en ekki línuleg sjónvarpsútsending. PFS hefði í raun einnig fallist á þennan skilning í umræddri ákvörðun sinni með því að taka það fram að áður en unnt væri að taka ákvörðun um hvort Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. þyrfti að vera fullreynt hvort samningar gætu tekist á milli félaganna um hina ólínulegu myndmiðlun.

Vodafone byggði á því að PFS bæri að skera úr ágreiningi um aðgang að ólínulegu myndefni. Virtist helsta röksemd Vodafone sú að hvorki 5. mgr. 45. gr. né 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga gerðu þann áskilnað að um sjónvarpsútsendingu þyrfti að vera að ræða. Þetta fengi ekki staðist. Þegar litið væri til 1. mgr. 46. gr. kæmi fram að ákvæðið ætti við um ósk um samninga um flutning á *sjónvarpsútsendingum* sem féllu undir 44. eða 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjallaði síðan um það ef samningar tækjust ekki samkvæmt 1. mgr. og hvernig úr skyldi leyst. Augljóst yrði að telja að sá ágreiningur snérist um aðgang að flutningi sjónvarpsútsendinga. Aðkoma PFS gæti því aðeins komið til ef samningaviðræður fjarskiptafyrirtækja og fjölmiðlaþjónustuveitu um rétt eða skyldu til dreifingar á sjónvarpsútsendingum sigldu í strand.

Vodafone teldi að félagið ætti rétt til ólínulegrar myndmiðlunar á efni Símans samkvæmt samningi félaganna. Vodafone hefði hins vegar ekki óskað eftir aðgangi að hinu ólínulega efni með formlegri beiðni með vísan til ákvæða fjölmiðlalaga. Gæti PFS því ekki tekið málið til meðferðar, sbr. sjónarmið þau sem fram komu í ákvörðun PFS nr. 30/2015. Síminn fengi heldur ekki séð að Vodafone ætti lögvarða hagsmuni af því að fá niðurstöðu í málinu þar sem félagið hefði ekki sett fram neina raunverulega kröfu sem félli undir fjölmiðlalög. Félagið gerði t.a.m. ekki kröfu um að Síminn byði sjónvarpsþjónustu sína yfir kerfi Gagnaveitu Reykjavíkur þótt félagið kvartaði yfir því með óljósum hætti. Vodafone gerði heldur ekki kröfu um að fá heildsöluaðgang að Sjónvarpi Símans til þess að Vodafone gæti boðið sjónvarp Símans, enda væri það fráleitt í ljósi þess að Vodafone væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sjónvarpsdreifingu. Þá hefði Vodafone heldur ekki óskað eftir sjónvarpsútsendingu Símans heldur aðeins almennu áliti á atriði sem engin áhrif hefði á réttindi eða skyldur Vodafone. Kvörtun Vodafone uppfyllti því ekki formskilyrði til að vera tekin til málsmeðferðar og bæri því að hafna henni.

Að ofangreindu virtu væri PFS því ekki bær aðili til að skera úr ágreiningi aðila heldur væri það dómstóla að leggja efnislegt mat á hvað fælist í umræddum samningi aðila. Sá ágreiningur væri nú til meðferðar fyrir dómstólum. Því teldi Síminn að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það að félaginu bæri að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega

myndmiðlun til annarra aðila. Í því fælist jafnframt að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það hvort háttsemi Símans færi gegn 5. mgr. 45. gr. Í dómi héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-2249/2014 (Póstmál) hefði úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sem staðfest hefði ákvörðun PFS, verið felldur úr gildi. Dómurinn hefði talið að PFS hefði farið út fyrir valdheimildir sínar. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefði svo komist að sömu niðurstöðu í tengdu máli í úrskurði sínum nr. 4/2014.

Til vara byggði Síminn á því að mögulegt inngríp PFS samkvæmt VII. kafla fjölmiðlalaga ætti einungis við þegar um sjónvarpsútsendingar væri að ræða. Mögulegt brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæti því einungis átt við um sjónvarpsútsendingar eða seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Síminn teldi engan vafa leika á því að umrætt ákvæði næði aðeins til sjónvarpsútsendinga en ekki til ólínulegrar myndmiðlunar.

Máli sínu til stuðnings vísaði Síminn til þess að texti allra greina VII. kafla laganna ætti einungis til sjónvarpsútsendinga, þ.e. 1. mgr. 44. gr. sem fjallaði um flutningsskyldu, 1. mgr. 45. gr. sem fjallaði um flutningsrétt, 1. mgr. 46. gr. sem fjallaði um málsmeðferð hjá PFS og 47. gr. sem fjallaði um ákvörðun endurgjalds fyrir flutning sjónvarpsútsendinga. Hvergi væri tekið fram að ákvæðin ættu við um ólínulega myndmiðlun. Vísaði Síminn til umfjöllunar í greinargerð með fjölmiðlalögum máli sínu til frekari stuðnings. Í greinargerð með VII. kafla laganna kæmi m.a. fram að lagt væri til að lögfest yrðu ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á *sjónvarpsútsendingum* og að ákvæðin skyldu eiga við um stafræn fjarskiptanet sem flutt gætu *sjónvarpsútsendingar*. Ennfremur kæmi fram í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. að í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin *sjónvarpsútsendingum* myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Því yrði að telja ljóst að 5. mgr. væri ætlað að tryggja það að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða *eigin sjónvarpsútsendingum* gætu fengið flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum. Annars hefði vart verið talin þörf á að taka það sérstaklega fram af hálfu löggjafans.

Framangreindar tilvitnanir í ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga og skýringar í greinargerð með þeim, þ.m.t. 5. mgr. 45. gr. laganna, sýndu því með mjög afgerandi hætti að við setningu fjölmiðlalaga hefði vilji löggjafans staðið til þess að láta reglur um flutningsskyldu og flutningsrétt einungis ná til sjónvarpsútsendinga. Það væri einungis á einum stað í skýringum í greinargerð með kaflanum sem minnst væri á ólínulega myndmiðlun. Væri það í b-lið 1. mgr. 45. gr. laganna þar sem segði að flutningsréttur næði ekki til ólínulegrar myndmiðlunar.

Þá skyldi minnt á að ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldur bæri að túlka þröngt líkt og PFS hefði staðfest með afdráttarlausum hætti í ákvörðun sinni nr. 19/2012 (RÚV málið). PFS hefði m.a. byggt á því að við túlkun umræddra ákvæða VII. kafla fjölmiðlalaga yrði að beita þröngri lögskýringu enda væri um að ræða íþyngjandi ákvæði sem nytu stjórnarskrárverndar 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar. Öll sömu sjónarmið og PFS hefði lagt til grundvallar í þeirri ákvörðun ættu við í þessu máli. PFS væri bundinn af þeirri niðurstöðu hvað túlkun á umræddum ákvæðum varðaði. Að öðrum kosti væri jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga ekki gætt. Útilokað yrði að telja að beiting

Þröngrar lögskýringar gæti leitt til annars en að 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga næði einungis til ágreinings vegna flutningsréttar og flutningsskyldu sjónvarpsútsendinga.

Við skýringu á einni málsgrein væri það andstætt viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum að líta á orðalag ákvæðisins sem einangraða eind og túlka það með bókstafstúlkun án þess að horfa til samhengis við lagaákvæðið sem það væri hluti af og þann kafla sem það tilheyrði. Röksemdir Vodafone fælu það í sér að málsgreinin skyldi lesin einangrað með bókstaflegum lestri án þess að nokkuð væri litið til samhengis ákvæðisins eða samræmis við aðrar málsgreinar 45. gr. né annarra ákvæða VII. kafla laganna. Athugasemdir væru gerðar við það að ákvæðið væri bútað niður í einstök orð sem skýrð væru hvert fyrir sig með eins konar orðabókarskýringu, sem fæli í raun í sér eins konar lögskýringu í tómarúmi. Slík nálgun gengi augljóslega ekki upp. Túlkun lagaákvæða þyrfti ennfremur að standast rökfræðilega skoðun. Léki nokkur vafi á því hvernig bæri að skýra 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga yrði að líta til innra samræmis VII. kafla laganna auk rökræns samhengis við 45. gr. laganna og önnur ákvæði kaflans. Máli sínu til stuðnings vísaði Síminn til nánar tiltekinnar umfjöllunar um samræmisskýringar í riti Róberts R. Spanó, „Túlkun lagaákvæða“ frá 2007. Síminn teldi því hafið yfir allan vafa að ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga fjallaði aðeins um flutningsrétt og flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum.

Þá teldi Síminn ótvírætt að þegar litið væri til markmiða VII. kafla fjölmiðlalaga, eins og þau birtust í greinargerð með lögnum, yrði ráðið að tilgangur löggjafans með setningu kaflans hefði verið að tryggja rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Það hefði verið mat löggjafans að nægilegt væri að flutningsréttur og flutningsskylda næði til sjónvarpsútsendinga til að koma í veg fyrir hættu sem stafaði af lóðréttu eignarhaldi. Hefði það verið markmið löggjafans að láta reglurnar einnig ná til ólínulegrar myndmiðlunar hefði það verið tekið fram í lagatextanum sjálfum eða a.m.k. í skýringum með honum.

Umsögn fjölmiðlanefndar hefði valdið Símanum verulegum vonbrigðum. Hefði nefndin aðeins tekið sér fjóra vinnudaga til að skila PFS umsögn sinni. Af umfjöllun nefndarinnar um sjónarmið aðila virtist nefndin ekki hafa kynnt sér megin athugasemdir Símans í málinu, dags. 19. janúar sl., heldur aðeins athugasemdir Símans, dags. 22. febrúar sl., sem fólu fyrst og fremst í sér andsvör Símans við athugasemdum Vodafone frá 4. febrúar sl. Yrði þetta að teljast slíkur ágalli á umsögn fjölmiðlanefndar að hún yrði að teljast ómarktæk. Jafnframt yrði að álykta að fjölmiðlanefnd hefði vart á svo skömmum tíma sem um ræddi gefist ráðrúm til að kynna sér öll gögn málsins og rannsaka það með fullnægjandi hætti. Hefði fjölmiðlanefnd því brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga. Við svo búið gæti umsögn nefndarinnar því ekki verið grundvöllur ákvörðunar PFS.

Umsögn fjölmiðlanefndar fæli klárlega í sér rýmkandi lögskýringu á bannákvæði en ekki almenna lögskýringu líkt og nefndin reyndi að halda fram. Eins og þekkt væri bæri að túlka bannákvæði þröngri lögskýringu og hefði PFS reyndar staðfest það í framangreindri ákvörðun sinni nr. 19/2012 (RÚV málið). Að halda öðru fram fæli ekki eingöngu í sér rýmkandi lögskýringu á bannreglu heldur beinlínis brot á lögmætisreglunni. Jafnvel með almennri lögskýringu væri ekki unnt að færa ólínulega myndmiðlun undir ákvæðið. Ennfremur mætti benda á að þáverandi menntamálaráðherra hefði í framsöguræðu sinni er hann mælti fyrir frumvarpi til fjölmiðlalaga sagt að lagt væri til að lögfest yrðu ákvæði um

rétt og skyldu til flutnings á *sjónvarpsútsendingum* sem ætlað væri að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum og að ákvæðin ættu við um stafræn fjarskiptanet sem flutt gætu *sjónvarpsútsendingar*.

Í umsögn fjölmiðlanefndar segði að nefndin teldi að með orðunum „alls kyns þjónusta“ væri vafalaust að gildissvið bannákvæðisins væri víðtækara og ætti við um annað og meira en aðeins sjónvarpsútsendingar. Þá væri vísað til þess að hugtakið sjónvarpsútsending væri ekki að finna í sjálfu ákvæðinu og málsgreinin hefðu sjálfstætt gildi hvort sem um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða. Að mati Símans ætti hverjum þeim sem læsi ákvæði 5. mgr. 45. gr. að vera ljóst að það væri engin *þjónusta* tilgreind í ákvæðinu og þegar af þeirri ástæðu gæti ákvæðið ekki náð til annarrar þjónustu en þeirrar sem fjallað væri um í 45. gr. Sú fullyrðing fjölmiðlanefndar að ákvæðið næði yfir alls kyns þjónustu, þ.a.l. prentmiðla, vefmiðla, hljóðvarp o.s.frv. fengi því ekki staðist. Ef ákvæðið hefði átt að ná yfir alla þjónustu sem fjölmiðill kynni að bjóða upp á, þá hefði það þurft að standa skýrt í ákvæðinu. Þar sem engin þjónusta væri tilgreind í ákvæðinu næði það ekki yfir aðra þjónustu en þá sem fjallað væri um í 45. gr., þ.e. línuleg myndmiðlun.

Eins og áður greindi væri sú fullyrðing fjölmiðlanefndar röng að almenn lögskýring leiddi til þess ákvæðið næði yfir alls kyns þjónustu. Í reynd þýddi túlkun fjölmiðlanefndar að ákvæðið leiddi til ómöguleika þegar um væri að ræða eitt og sama fyrirtækið. Síminn, Vodafone og 365 væru hvort tveggja í senn fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitur. Þegar fyrirtækin seldu aðgang að myndefni væri það fjarskiptafyrirtækið sem seldi fjölmiðlaþjónustu og sendi reikning fyrir þjónustunni. Ef túlkun fjölmiðlanefndar væri rétt þá gæti fjarskiptafyrirtækið ekki innheimt fyrir fjölmiðlaþjónustuna. Þetta myndi skapa óskilvirkni fyrir innlend fyrirtæki sem erlendir aðilar þyrftu ekki að búa við.

Árétta bæri að túlka bæri reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldur þröngt, sbr. ákvörðun PFS nr. 19/2012. PFS væri bundið af fyrri ákvörðun sinni og á grundvelli 11. gr. stjórnisýslulaga bæri PFS skylda til þess að fylgja fyrri framkvæmd. Það blasti við að fjölmiðlanefnd hefði algjörlega litið framhjá því við umsögn sína að fyrir lægi skýr stjórnvaldsákvörðun frá PFS sem kvæði á um þrönga túlkun vegna flutningsréttar- og skyldna. Þessi yfirsjón fjölmiðlanefndar leiddi til þess að umsögn nefndarinnar væri markleysa.

Síminn mótmælti ummælum Vodafone þess efnis að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði að geyma bannákvæði sem væri af svipuðum meiði og bannákvæði 10. og 11. gr. samkeppnislaga um ólögmaðtt samráð og bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu en þó væri bannákvæði fjölmiðlalaganna mun skýrara og ekki eins matskennt og bannreglur samkeppnislaga. Þessa umfjöllun væri ekki hægt að taka alvarlega. Með umfjöllun sinni gerði Vodafone því skóna að háttsemi Símans jafnaðist á við samráð fyrirtækja sem væri alvarlegasta tegund samkeppnisbrota.

Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015 hefði sú stofnun fellt niður ákvörðun sína nr. 10/2005 og sett ný samrunaskilyrði gagnvart Símanum og Skjánum. Ein af megin niðurstöðum þeirrar ákvörðunar hefði verið sú að skilið hefði verið á milli efnis sem teldist

til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar. Ættu þau skilyrði er nú hvíldu á Símanum samkvæmt hinni endurskoðuðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins einungis við um sjónvarpsútsendingar.

Liberty Global málið sem Vodafone hefði vísað til snérist fyrst og fremst um að tryggja rétt dreifiveitna til línulegrar myndmiðlunar tiltekinna sjónvarpsstöðva. Samhliða setningu ofangreindra skilyrða hefðu verið sett skilyrði um að frelsisþjónusta í sjónvarpi fylgdi með. Málið hefði verið hluti af sátt Liberty við samkeppnisyfirvöld og gæti slík sátt eðli málsins samkvæmt ekki orðið að lögskýringargagni varðandi túlkun á íslenskum fjölmiðlalögum líkt og Vodafone virtist halda fram. Samsvarandi ákvörðun hefði verið tekin á Íslandi með ofangreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015. Þar hefði ekki þótt ástæða til að kvaðir á Símanum tækju til ólínulegrar myndmiðlunar. Yrði því ekki séð að fjarskiptayfirvöld á Íslandi gætu leyst úr máli sem ráðið hefði verið til lykta af löggjafanum og auk þess fengið umfjöllun hjá hliðsettu stjórnvaldi. Auk þess lægi ekkert fyrir um það að aðgangur að ólínulegri þjónustu Símans væri nauðsynlegur fyrir keppinauta Símans á markaði.

Markaður fyrir ólínulega myndmiðlun hefði tekið stakkaskiptum á síðustu árum og ekki sæi fyrir endann á þessari þróun. Í stað þess að markaðurinn byggðist á línulegri dagskrá þar sem landamæri væru dregin og samkeppni því staðbundin væri þróunin öll á þann veg að landamæri væru að falla, samkeppnin væri alþjóðleg og færðist hratt yfir á Internetið. Íslensk fyrirtæki ættu nú í samkeppni við erlenda rísa á borð við Netflix, Google og Apple. Þess mætti geta að yfir 33% íslenskra heimila væru nú í áskrift að Netflix. Vegna þessarar þróunar yrði að gjalda varhug við því að stjórnvald hefði afskipti af markaði sem væri í slíkri mótun. Stjórnvöldum væri því rétt að leyfa markaðnum að mótast og grípa ekki inn í nema sýnt væri fram á brýna nauðsyn.

Af öllu framansögðu virtu yrði að telja það hafið yfir allan vafa að ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga næðu einungis til þeirra tilvika þegar ágreiningur aðila snérist um flutningsrétt og flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum. Lögbundið hlutverk PFS næði því einungis til þess að taka til meðferðar mál er vörðuðu flutning sjónvarpsútsendinga. Þegar af þeirri ástæðu væri útilokað að Síminn hefði brotið gegn umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

4.5 Niðurstaða PFS varðandi kröfu Símans um frávísun málsins

Samkvæmt 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Eins og áður greinir mun ákvörðun þessi aðeins skera úr um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þ.e. hvort undir ákvæðið falli einungis sjónvarpsútsendingar eða einnig ólínuleg myndmiðlun. Verði raunin sú að ákvæðið taki einnig til ólínulegrar myndmiðlunar mun PFS taka málið til frekari meðferðar í framhaldi af ákvörðun þessari og lagt mat á það hvort Síminn hafi brotið gegn umræddu ákvæði, eins og Vodafone hefur haldið fram.

Síminn gerir kröfu um að PFS vísi kvörtun Vodafone í málinu frá þar sem stofnunin skorti valdheimildir til að taka ákvörðun í málinu. Vísaði Síminn m.a. til þess að PFS hefði í ákvörðun sinni nr. 30/2015 vísað því úrlausnarefni frá hvort hliðrað áhorf og frelsisþjónusta

teldust vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun þar sem málið var talin heyra undir dómstóla. Vodafone teldi að félagið ætti rétt til ólínulegrar myndmiðlunar á efni Símans samkvæmt samningi félaganna. Að mati Símans væri það því dómstóla að leggja mat á hvað fælist í umræddum samningi aðila og væri sá ágreiningur nú fyrir dómstólum. Því teldi Síminn að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það að félaginu bæri að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila. Í því fælist jafnframt að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það hvort háttsemi Símans færi gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Með dómi héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-2249/2014 hefði dómurinn t.a.m. komist að þeirri niðurstöðu að PFS hefði farið út fyrir valdheimildir sínar í póstmáli.

Þá kom fram í máli Símans að Vodafone hefði þar að auki ekki óskað eftir aðgangi að hinu ólínulega efni með formlegri beiðni með vísan til ákvæða fjölmiðlalaga og ætti Vodafone því ekki lögvarða hagsmuni af því að fá niðurstöðu í málinu. Kvörtun Vodafone uppfyllti því ekki formskilyrði til að vera tekin til málsmeðferðar og bæri því að vísa henni frá. Ennfremur að aðkoma PFS gæti aðeins komið til samkvæmt 46. gr. fjölmiðlalaga, er fjallar um málsmeðferð, þegar ágreiningur væri um flutninga sjónvarpsútsendinga og þá eftir að samningaviðræður fjarskiptafyrirtækja og fjölmiðlaþjónustuveitu um rétt eða skyldu til dreifingar á sjónvarpsútsendingum skv. 44. og 45. gr. laganna hefðu siglt í strand.

Í fjölmiðlalögnum er að finna reglur er kveða á um flutning myndefnis, sbr. VII. kafla laganna. Er þar um að ræða flutningsskyldu, sbr. 44. gr. laganna, þ.e. skyldu fjarskiptafyrirtækis sem rekur stafrænt fjarskipanet að flytja efni fjölmiðlaveitu og flutningsrétt, sbr. 45. gr. laganna, þ.e. skyldu fjölmiðlaveitu um að veita fjarskiptafyrirtæki heimild til að flytja dagskrá veitunnar á fjarskiptaneti þess. Þá er enn fremur kveðið á um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds náí fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki ekki samkomulagi um slíkt, sbr. 46. og 47. gr. laganna.

Eins og að ofan greinir er að finna ákvæði um flutningsrétt á myndefni í 45. gr. laganna. Fjallar 1. mgr. um flutningsrétt og nánari skilyrði fyrir honum. Í 2. mgr. er kveðið á um seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Í 3. mgr. er fjallað um staðbundinn flutningsrétt og í 4. mgr. er kveðið á um að við kaup á sjónvarpsefni sé fjölmiðlaveitu skylt að semja svo við rétthafa að flytja megi sjónvarpsefnið um öll stafræn fjarskiptanet. Í 5. mgr. er svo að finna það ákvæði sem mál þetta varðar, þ.e. að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í 6. og 7. mgr. getur loks að líta ákvæði er varða samskipti fjölmiðlaveitna að því er varðar aðgang að stuttum myndskaiðum af viðburðum sem vekja mikinn áhuga meðal almennings.

Ljóst er að 1. - 3. mgr. 45. gr. fjalla um eiginlegan flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á myndefni fjölmiðlaveitu. Önnur ákvæði kaflans fjalla um atriði sem tengjast ekki hinum eiginlegu flutningsréttarreglum með beinum hætti, þ.e. umrætt bannákvæði, ákvæði um kaup á sjónvarpsefni og ákvæðin um stuttu myndskaiðin er fjalla um samskipti tveggja fjölmiðlaveitna en ekki samskipti fjölmiðlaveitu annars vegar og fjarskiptafyrirtækis hins vegar.

PFS telur ekki ágreining um það í málinu að 1. mgr. 44. gr. og 1. mgr. 45. gr. er fjalla um flutningsskyldu og flutningsrétt eigi við um rétt og skyldu til flutnings

sjónvarpsútsendinga. Vodafone hefur tekið undir þetta með því að segja að ákvæðin taki fyrst og fremst til flutnings sjónvarpsútsendinga. Það sama má segja um ákvæði 46. og 47. gr. laganna sem fjalla um málsmeðferð og ákvörðun endurgjalds í tengslum við flutningsskyldu og flutningsrétt.

Það mál sem er hér er til meðferðar varðar hins vegar ekki túlkun á umræddum ákvæðum um flutningsskyldu eða flutningsrétt. Málið varðar kvörtun Vodafone þess efnis að Síminn hafi brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. PFS telur sig hafa fullar valdheimildir til að túlka umrætt ákvæði, þ.e. bæði gildissvið þess og svo hvort háttsemi Símans kunni að fara gegn ákvæðinu. En eins og fyrr greinir mun aðeins vera skorið úr um gildissvið ákvæðisins í þessari ákvörðun.

PFS er sammála fjölmiðlanefnd um að markmið löggjafans við setningu VII. kafla fjölmiðlalaga hefði verið tvíþætt, þ.e. annars vegar að kveða á um flutningsrétt og flutningsskyldu á myndefni og hins vegar að koma í veg fyrir að samstæður fyrirtækja, sem hafa bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum, noti þá aðstöðu sína til að binda framboð efnis við ákveðið fjarskiptanet. Ágreiningsefni þessa máls varðar seinna atriðið. Þetta tvíþætta markmið fær einnig stoð í 54. og 56. gr. fjölmiðlalaga sem fjalla um stjórnvaldssektir og refsingar vegna brota á lögunum. Þar kemur fram að brot gegn 5. mgr. 45. gr. laganna getur varðar hvort sem er stjórnvaldssektum af hálfu PFS eða refsingu. Það sama gildir ekki um brot á ákvæðum 1. mgr. 44. gr. og 1. mgr. 45. gr. laganna um flutningsskyldu og flutningsrétt. Því er ljóst að löggjafinn lítur brot á 5. mgr. 45. gr. mun alvarlegri augum en brot gegn ákvæðunum um flutningsskyldu og flutningsrétt.

Tilvísun Símans til ákvörðunar PFS nr. 30/2015, þar sem PFS vísaði frá ágreiningsmáli Símans og Vodafone um það hvort þjónustuþættirnir Frelsi og Tímaflakk heyrðu undir 1. mgr. 45. gr. um flutningsrétt, á ekki við hér. Það mál varðaði ekki túlkun á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. PFS taldi að sá ágreiningur heyrði undir dómstóla þar sem samningur var í gildi á milli aðila sem ekki hefði komið til með vísan til fjölmiðlalaga. Ekki er unnt að fallast á það með Símanum að það ágreiningsmál sem hér er til meðferðar heyrir ekki undir PFS heldur dómstóla. Hér er ekki um að ræða túlkun á umræddum samningi aðila heldur túlkun á lagaákvæði sem einsýnt er að PFS hefur lagaheimild til að túlka og m.a. að leggja á stjórnvaldssekt ef brot hefur átt sér stað. Með því að túlka umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. er PFS því ekki að kveða á um það að Vodafone eigi flutningsrétt á ólínulegu myndefni skv. 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda er túlkun á síðargreinda ákvæðinu ekki til umfjöllunar í máli þessu.

Þá vísar Síminn til dóms héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-2249/2014 máli sínu til stuðnings. PFS telur að engin líkindi séu með dómi þessum og því ágreiningsefni sem til meðferðar er í ákvörðun þessari. Umræddur dómur fjallar um túlkun á tilteknu ákvæði póstlaga og var niðurstaðan sú að PFS hefði ekki haft lagaheimild til að leggja til breytingar á gjaldskrá Íslandspóst heldur aðeins að samþykkja eða hafna henni. Sú ákvörðun sem hér er til meðferðar varðar túlkun á gildissviði bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Því ber ekki að vísa málinu frá á þessum grundvelli, enda er umrætt bannákvæði mun skýrara en það ákvæði póstlaga sem lá til grundvallar framangreindum í framangreindum dómi.

Síminn getur síðan að sjálfsögðu skotið úrlausn PFS um þetta atriði til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála eða dómstóla uni félagið ekki niðurstöðu PFS.

Þá hafnar PFS því alfarið að Vodafone hafi ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Um er að ræða samkeppnisaðila á fjarskiptamarkaði. Telji fjarskiptafyrirtæki að Síminn sé að misnota lóðrétt eignarhald innan Símasamstæðunnar með því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að fjarskiptafyrirtækinu Símanum telur PFS einsýnt að Vodafone hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Því ber ekki að vísa málinu frá á þessum grundvelli.

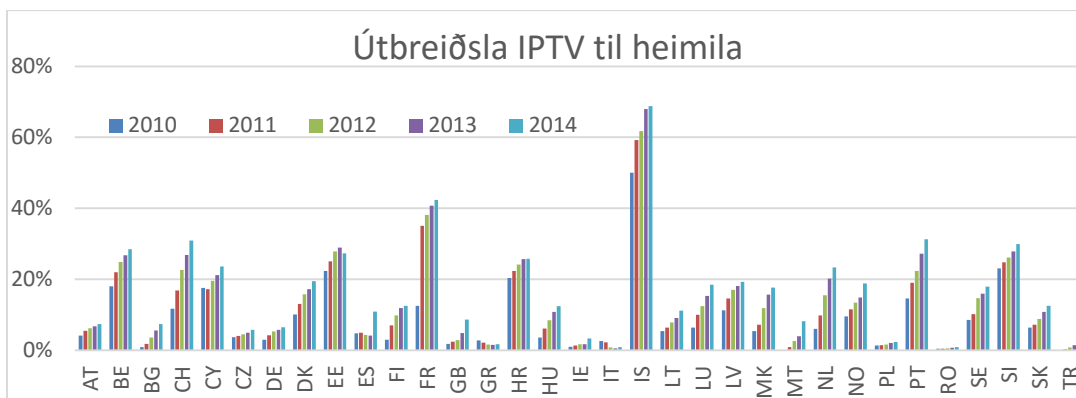
Að öllu ofangreindu virtu telur PFS engin efni til að vísa kvörtun Vodafone frá og mun PFS því taka ákvörðun um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í ákvörðun þessari.

4.6 Niðurstaða PFS varðandi gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

4.6.1 Inngangur

Samkvæmt 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er fjölmiðlaveitu eins og áður segir óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með ákvörðun þessari mun PFS aðeins skera úr um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þ.e. hvort undir ákvæðið falli einungis sjónvarpsútsendingar eða einnig ólínuleg myndmiðlun, en ekki hvort Síminn kunnir að hafa brotið gegn ákvæðinu.

Áður en lengra verður haldið er rétt að horfa til aðdraganda setningar fjölmiðlalaga og þá sérstaklega umrædds VII. kafla laganna. Í ríkjum EES hefur víða verið sett ákvæði um flutningsskyldu en fá ríki hafa sett ákvæði um flutningsrétt og engin ríki, svo PFS sé kunnugt um, sett ákvæði á borð við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ástæðuna fyrir setningu ákvæðis um flutningsrétt og umrædds bannákvæðis 5. mgr. má rekja til þeirra einstöku aðstæðna sem uppi hafa verið á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis á Íslandi um margra ára skeið. Vægi fjarskiptafyrirtækja við dreifingu sjónvarpsefnis er gríðarlega mikið hér á landi og mun meira en þekktist annars staðar í Evrópu. Á þetta ekki síst við um IPTV kerfi fjarskiptafyrirtækjanna. Eins og sjá má á neðangreindri mynd notuðu um 60% íslenskra heimila IPTV kerfi til að horfa á sjónvarp á árinu 2011 þegar fjölmiðlalög voru sett. Þetta hlutfall hefur svo hækkað enn meira og var orðið nær 70% á árinu 2014. Því hefur þörfin fyrir reglur þessar síst minnkað.



Heimild: Póst- og fjarskiptastofnun, European Audiovisual Observatory og Cullen International

Af þessari stöðu má sjá að sterk staða IPTV sjónvarps hér á landi býður þeirri hættu heim að hægt sé að „loka“ áskrifendur inni á tilteknu fjarskiptaneti í krafti þess efnis sem þar stendur til boða. Þessi áhrif verða meiri því hærri sem markaðshlutdeild IPTV sjónvarps er sem hlutfall af sjónvarpsdreifingu í viðkomandi landi og því áhugaverðara sem sjónvarpsefnið er sem einskorðast við tiltekin fjarskiptanet. Þá hefur vægi vörufléttna (e. bundling) í fjarskiptum aukist mjög mikið í Evrópu og hér á landi á síðustu árum og líklegt er að sú þróun haldi áfram. Þetta lýsir sér í því að neytendur kjósa í síauknum mæli að versla alla þjónustupætti hjá sama fjarskiptafyrirtækinu, t.d. talsíma, farsíma, nettengingu og sjónvarp. Neikvæð samkeppnisstaða gæti því komið upp á íslenskum fjarskiptamarkaði ef Símanum eða öðrum fjarskiptafyrirtækjum yrði heimilt að einskorða tiltekið form af myndmiðlun, þ.e.a.s. ólínulega myndmiðlun, við eigin fjarskiptanet. Þróun síðustu missera er öll í þá átt að ólínuleg myndmiðlun er að aukast á kostnað hinnar línulegu og mun sú þróun án efa halda áfram.¹ Því áhugaverðara sem efnið verður því skaðlegri áhrif myndu hljóta af slíku fyrirkomulagi. Slík staða myndi skaða samkeppni verulega og þar með valda neytendum tjóni í formi hærri verða og færri valkosta.

Að áliti PFS verður að skoða 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í ljósi framangreindrar stöðu, þ.e. tæknilegri högun á sjónvarpsdreifingu auk áhrifa sem leiða af staðháttum hér á landi. Í því ljósi verður að líta svo á að löggjafinn hafi talið það mikilvægt að koma í veg fyrir að samkeppni á fjarskiptamarkaði yrði raskað með slíku lóðréttu fyrirkomulagi og að fjölmiðlafyrirtæki gætu þannig beint viðskiptavinum sínum í lóðrétt samþætt fjarskiptanet með þeim afleiðingum að neytendur gætu þurft að tengjast fleiri en einu fjarskiptaneti til þess að hafa aðgang að því efni sem þeir hafa áhuga á, með tilheyrandi aukakostnaði fyrir þá.

4.6.2 Sjónarmið Vodafone, Símans og fjölmiðlanefndar

Vodafone og fjölmiðlanefnd telja að umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. taki bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar. Er vísað til skýrs orðalags ákvæðisins og skýringa í greinargerð með fjölmiðlalögunum. Ákvæðið hefði því að geyma sjálfstæða bannreglu, sem ætlað væri víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér. Ennfremur að við skýringu á umræddu lagaákvæði yrði að leggja þá merkingu til grundvallar sem vafalaust leiddi af texta þess, nema veigamikil lögskýringarsjónarmið leiddu til annars. Væri þetta nefnt textaskýring eða almenn lögskýring. Þegar saman færi orðalag ákvæðisins, tilgangur þess og lögskýringargögn væru ekki gild rök til annars en að beita almennri lögskýringu við túlkun ákvæðisins. Umrætt bannákvæði hefði því sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða.

Síminn var hins vegar ósammála ofangreindri túlkun Vodafone og fjölmiðlanefndar og taldi einsýnt að ákvæði 5. mgr. 45. gr. tæki aðeins til sjónvarpsútsendinga og seinkaðra sjónvarpsútsendinga, en ekki til ólínulegrar myndmiðlunar á borð við Frelsi og Tímaflakk. Máli sínu til stuðnings benti Síminn á að ákvæði allra ákvæða VII. kafla fjölmiðlalaga tækju einungis til sjónvarpsútsendinga. Hvergi væri tekið fram að ákvæðin ættu við um

¹ Sjá nánar um þróun þessa skýrslu sem Gallup gerði fyrir PFS sem ber heitið „Skýrsla um þróun á sjónvarpsáhorfi og hlutdeild hliðraðs áhorfs 2012-2015“. Skýrslan birtist í frétt á heimasíðu PFS þann 2. febrúar 2016.

ólínulega myndmiðlun. Þá vísaði Síminn til umfjöllunar í greinargerð með fjölmiðlalögum og taldi ótvírætt að vilji löggjafans hefði aðeins staðið til þess að láta reglur um flutningsskyldu og flutningsrétt ná til sjónvarpsútsendinga.

Að mati Símans yrði að túlka ákvæði VII. kafla þröngri lögskýringu enda væri um að ræða íþyngjandi ákvæði sem nyttu eignarréttarverndar 72. gr. stjórnarskrárinnar. Við skýringu á einni málsgrein væri það andstætt viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum að líta á orðalag ákvæðisins sem einangraða eind og túlka það með bókstafstúlkun án þess að horfa til samhengis við lagaákvæðið sem það væri hluti af og þann kafla sem það tilheyrði. Léki nokkur vafi á því hvernig bæri að skýra 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga yrði að líta til innra samræmis VII. kafla laganna auk rökræns samhengis við 45. gr. laganna og önnur ákvæði kaflans. Auk slíkrar samræmisskýringar leiddi markmiðsskýring einnig til þeirrar niðurstöðu að ákvæði 5. mgr. tæki aðeins til sjónvarpsútsendinga. Hefði það verið markmið löggjafans að láta reglurnar einnig ná til ólínulegrar myndmiðlunar hefði það verið tekið fram í lagatextanum sjálfum eða a.m.k. í skýringum með honum.

Að mati Símans fæli umsögn fjölmiðlanefndar klárlega í sér rýmkandi lögskýringu á bannákvæði en ekki almenna lögskýringu líkt og nefndin héldi fram. Eins og þekkt væri bæri að túlka bannákvæði þröngri lögskýringu. Að halda öðru fram fæli einnig í sér brot á lögmætisreglunni. Jafnvel með almennri lögskýringu væri ekki unnt að færa ólínulega myndmiðlun undir ákvæðið.

4.6.3 Niðurstaða PFS

PFS er sammála sjónarmiðum Vodafone og fjölmiðlanefndar varðandi skýringu á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og telur það eiga við um ólínulega myndmiðlun, auk sjónvarpsútsendinga. PFS telur orðalag ákvæðisins skýrt en þar segir að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þau viðskipti fjölmiðlaveitu sem þarna er rætt um eru samkvæmt ákvæðinu ekki takmörkuð við sjónvarpsútsendingar, eins og raunin er varðandi mörg ákvæði VII. kafla laganna. Löggjafanum hefði því verið í lófa lagið að taka fram í ákvæðinu ef það hefði átt að einskorðast við sjónvarpsútsendingar. PFS telur því að beita beri almennri lögskýringu við skýringu á umræddu ákvæði enda er það eins og fyrr greinir orðað með skýrum hætti og er augljóslega um víðtækt bannákvæði að ræða. Engin lögskýringarsjónarmið standa því til þess að beita þrengjandi lögskýringu í þessu tilviki eins og Síminn krefst.

Lögskýringarsjónarmið um samræmisskýringu geta ekki breytt ofangreindri niðurstöðu, enda hefur það verið rökstutt hér að framan að ákvæði 5. mgr. 45. gr. annars vegar og annarra ákvæða VII. kafla laganna hins vegar, sérstaklega 1. mgr. 44. gr., 1. mgr. 45. gr., 46. gr. og 47. gr. er fyrst og fremst varða flutningsskyldur og flutningsrétt, eru af ólíkum meiði m.t.t. markmiða og gildissviðs. Þá myndu sjónarmið um markmiðsskýringu einnig leiða til þeirrar niðurstöðu sem hér er fengin, ef þörf væri á að beita öðrum lögskýringaraðferðum en almennri lögskýringu, sem eins og fyrr greinir er ekki þörf á.

Þessi skýringarkostur fær einnig stuðning í lögskýringargögnum málsins og þá fyrst og fremst skýringum með greinargerð við umræddan kafla fjölmiðlalaganna. Samkvæmt

greinargerðinni er ákvæðinu ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hafa bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýti þá aðstöðu sína með því að binda framboð á *efni* við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur að markmiðið með flutningsreglunum sé að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á *efni* og dreifingu þar sem hvati geti verið fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi reynslunnar var talin hætta á að slík staða kæmi upp, auk þess sem fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Þá kemur fram í almennum athugasemdum í greinargerðinni að flutningsréttarákvæðinu sé ætlað að gera notendum kleift að velja bæði *hljóð- og myndmiðlunarefni* og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki.

Að ofangreindu virtu er ljóst að ákvæði 5. mgr. 45. gr. hefur að geyma sjálfstæða bannreglu, sem ætlað er víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér. Í greinargerðinni er þannig talað um að brjóta upp lóðrétt eignarhald á „efni“ og að koma í veg fyrir að framboð á „efni“ sé bundið við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur að gera notendum kleift að velja bæði „myndmiðlunarefni“ og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Þarna er augljóslega átt við sjónvarpsefni en ekki aðeins sjónvarpsútsendingar. Sjónvarpsefni getur bæði verið í formi rauntíma sjónvarpsútsendingar eða ólínulegrar myndmiðlunar.

Þá er PFS sammála því sem fram hefur komið í máli fjölmiðlanefndar, að þrátt fyrir umrætt bannákvæði kæmi skýrt fram í greinargerð með ákvæðinu að fjarskiptafyrirtækjum yrði heimilt að bjóða „alls kyns þjónustu“. Með ákvæðinu væri þrýst á um aukna samkeppni í verðum og þjónustu á milli þeirra og það gætu fyrirtækin aðeins ef þau hefðu aðgang að sambærilegu *efni*. Með orðunum „alls kyns þjónustu“ væri vafalaust að gildissvið bannákvæðisins væri víðtækara en svo að það ætti einungis við um sjónvarpsútsendingar. Því væri ótvírætt að þjónusta á borð við ólínulega myndmiðlun ætti undir ákvæðið. Þá væri hugtakið „sjónvarpsútsending“ ekki að finna í 5. mgr., sem styddi enn frekar þá túlkun að ákvæðið hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða. PFS tekur einnig fram að ekki sé getið um hugtakið „sjónvarpsútsendingu“ í ákvæðinu heldur er þvert á móti kveðið á um „viðskipti“ sem ekki gæti haft aðra en víðtæka skírskotun.

Síminn mótmælti því að tilvísun greinargerðarinnar til „alls kyns þjónustu“ yrði skýrð á ofangreindan hátt. Að mati Símans ætti hverjum þeim sem læsi ákvæði 5. mgr. 45. gr. að vera ljóst að það væri engin *þjónusta* tilgreind í ákvæðinu og þegar af þeirri ástæðu gæti ákvæðið ekki náð til annarrar þjónustu en þeirrar sem fjallað væri um í 45. gr. Sú fullyrðing fjölmiðlanefndar að ákvæðið næði yfir alls kyns þjónustu, þ.a.l. prentmiðla, vefmiðla, hljóðvarp o.s.frv. fengi því ekki staðist. Ef ákvæðið hefði átt að ná yfir alla þjónustu sem fjölmiðill kynni að bjóða upp á, þá hefði það þurft að standa skýrt í ákvæðinu. Þar sem engin þjónusta væri tilgreind í ákvæðinu næði það ekki yfir aðra þjónustu en þá sem fjallað væri um í 45. gr., þ.e. línulega myndmiðlun.

Hafna verður þessum sjónarmiðum Símans. Ákvæðið í 5. mgr. 45. gr. er skýrt og bannar að beina „viðskiptum“ viðskiptamanna fjölmiðlaveitu að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þetta

er augljóslega víðtækt bann. Í greinargerðinni er þetta svo skýrt þannig að þrátt fyrir þetta bann væri fjarskiptafyrirtækjum heimilt að bjóða upp á „alls kyns þjónustu“ sem gæti stuðlað að aukinni samkeppni. Þar er átt við sjónvarpsþjónustu hvort sem hún er línuleg eða ólínuleg. Þá kemur m.a. fram í greinargerð með lögnum að tilgangur ákvæðisins sé að gera notendum kleift að velja bæði hljóð- og myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskipum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Með „alls kyns þjónustu“ er augljóslega ekki átt við t.d. prentmiðla, en t.d. hljóð- og myndmiðlun í hinu ýmsa formi á skýrlega þar undir.

Síminn ítrekaði að sú fullyrðing fjölmiðlanefndar væri röng að almenn lögskýring leiddi til þess ákvæðið næði yfir „alls kyns þjónustu“. Í reynd þýddi túlkun fjölmiðlanefndar að ákvæðið leiddi til ómöguleika þegar um væri að ræða eitt og sama fyrirtækið. Síminn, Vodafone og 365 væru hvort tveggja í senn fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitur. Þegar fyrirtækin seldu aðgang að myndefni væri það fjarskiptafyrirtækið sem seldi fjölmiðlaþjónustu og sendi reikning fyrir þjónustunni. Ef túlkun fjölmiðlanefndar væri rétt þá gæti fjarskiptafyrirtækið ekki innheimt fyrir fjölmiðlaþjónustuna. Þetta myndi skapa óskilvirkni fyrir innlend fyrirtæki sem erlendir aðilar þyrftu ekki að búa við.

PFS telur að þessi sjónarmið geti ekki haft áhrif á túlkun 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þó þessar vangaveltur væru réttar, sem PFS er ekki viss um, gætu þær ekki haft áhrif á túlkun ákvæðisins. Sjónarmið um óskilvirkni við innheimtu væru ekki gild sjónarmið við lögskýringar.

Þá hafnar PFS því alfarið að túlkunarkostur þessi feli í sér rýmkandi lögskýringu á bannákvæði eins og Síminn heldur fram. Eins og áður segir er ákvæðið skýrt og orðar víðtækt bann við tiltekinni háttsemi sem talin er mjög skaðleg fyrir þróun fjarskiptamarkaða. Markmiðið með ákvæðinu er einnig mjög skýrt. Því getur ekki verið um rýmkandi skýringu að ræða enda engin þörf á slíkri lögskýringaraðferð við þessar aðstæður.

Síminn tók fram að í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. kæmi fram að í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin *sjónvarpsútsendingum* myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Því yrði að telja ljóst að 5. mgr. væri ætlað að tryggja það að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða *eigin sjónvarpsútsendingum* gætu fengið flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum. Annars hefði vart verið talin þörf á að taka það sérstaklega fram af hálfu löggjafans.

PFS telur ofangreinda ályktun ekki standast. Orðalag þetta í greinargerð getur ekki breytt skýrum texta ákvæðis 5. mgr. 45. gr. né annarri umfjöllun í sömu greinargerð sem grein hefur verið gerð fyrir hér að framan. Það orðalag að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða *sjónvarpsútsendingum* myndu áfram eiga erfitt uppdráttar vegna hinnar lóðréttu sambættingar sem bannákvæðið væri ætlað að koma í veg fyrir getur ekki eitt og sér leitt til þess að bannákvæði 5. mgr. nái aðeins til sjónvarpsútsendinga. Þessi lýsing snýr að þeim sem brotið er á en ekki þeim sem brjóta af sér.

Síminn benti á að þáverandi menntamálaráðherra hefði í framsöguræðu sinni, er hann mælti fyrir frumvarpi til fjölmiðlalaga, sagt að lagt væri til að lögfest yrðu ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á *sjónvarpsútsendingum* sem ætlað væri að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum og að ákvæðin ættu við um stafræn fjarskiptanet sem flutt gætu *sjónvarpsútsendingar*.

Að mati PFS er þarna að verið að vísa til lögfestingar reglna um flutningsrétt og flutningsskyldna í þröngri skilningi en ekki til umrædds bannákvæðis. Ekki er þarna verið að fjalla um bannákvæði 5. mgr. 45. gr. Það sem mestu máli skiptir í tilvitnuðum ummælum Símans er að kveðið er á um að reglunum sé ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu „sjónvarpsefni“. Það er einmitt það sem skín í gegn í greinargerð með fjölmiðlalögnum, þ.e. að neytendum sé tryggt „sjónvarpsefni“ án tillits til þess á hvaða fjarskiptanetum þeir eru. Ljóst er að sjónvarpsefni má nálgast á fjölbreyttari hátt en einungis í gegnum sjónvarpsútsendingar í rauntíma.

Þá vísaði Síminn til þess að ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldur bæri að túlka þröngt líkt og PFS hefði staðfest með afdráttarlausum hætti í ákvörðun sinni nr. 19/2012 (RÚV málið). PFS hefði m.a. byggt á því að við túlkun umræddra ákvæða VII. kafla fjölmiðlalaga yrði að beita þröngri lögskýringu enda væri um að ræða íþyngjandi ákvæði sem nyttu stjórnarskrárverndar 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar. Öll sömu sjónarmið og PFS hefði lagt til grundvallar í þeirri ákvörðun ættu við í þessu máli. PFS væri bundin af þeirri niðurstöðu hvað túlkun á umræddum ákvæðum varðaði. Að öðrum kosti væri jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga ekki gætt. Útilokað yrði að telja að beiting þröngrar lögskýringar gæti leitt til annars en að 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga næði einungis til ágreinings vegna flutningsréttar og flutningsskyldu sjónvarpsútsendinga.

Með ákvörðun PFS nr. 19/2012 leysti stofnunin úr ágreiningsmáli á milli Vodafone og RÚV vegna kröfu Vodafone um greiðslu fyrir flutning á sjónvarpsútsendingum RÚV um dreifikerfi félagsins. RÚV taldi sér ekki skylt að greiða fyrir flutninginn þar sem félagið hafði ekki óskað eftir slíkum flutningi. PFS komst að þeirri niðurstöðu að ekki væru forsendur, á grundvelli 47. gr. fjölmiðlalaga, til að stofnunin ákvarðaði endurgjald fyrir flutning Vodafone á sjónvarpsútsendingum RÚV á dreifikerfi félagsins þar sem RÚV hefði ekki óskað eftir slíkum flutningi, sbr. 44. gr. fjölmiðlalaga. Ennfremur að við túlkun flutningsskyldu- og flutningsréttarákvæða fjölmiðlalaga yrði að beita þröngri lögskýringu. Út frá skýrum ákvæðum laganna, lögskýringargögnum og almennum lögskýringarsjónarmiðum yrði ekki annað talið en að beiðni yrði að koma fram af hálfu þess sem óskaði aðgangs að dreifikerfi eða efni, svo að til greiðsluskyldu gæti komið á grundvelli laganna. Ákvæðin væru sjálfstæð í beitingu en ekki svo samofin að til greina kæmi að aðili gæti krafist endurgjalds án þess að fyrir lægi ósk um slíkt frá gagnaðila líkt og málalátillit Vodafone byggði m.a. á.

Samkvæmt ofangreindri ákvörðun komst PFS að þeirri niðurstöðu að túlka bæri flutningsskyldu- og flutningsréttarákvæði fjölmiðlalaga þröngri skýringu í því máli sem þar um ræddi. Var það gert m.t.t. þess skýringarkosts að ekki bæri að ákvarða endurgjald vegna flutnings á myndefni sem RÚV hefði ekki óskað eftir samkvæmt fjölmiðlalögum.

Þessar aðstæður eru ekki uppi í því máli sem hér er til umfjöllunar. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. varðar ekki flutningsrétt né flutningsskyldu heldur víðtækt og afdráttarlaust bannákvæði. Því ber ekki að beita þrengjandi lögskýringu í þessu tilviki. Hvergi í umræddri ákvörðun PFS er fjallað um að beita beri þrengjandi lögskýringu við skýringu á umræddu bannákvæði eða önnur ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga sem ekki varða flutningsrétt eða flutningsskyldu með beinum hætti. Að ofansögðu virtu getur ekki verið um neitt brot á jafnræðisskyldu að ræða af hálfu PFS.

Í máli Símanum kom fram að umsögn fjölmiðlanefndar hefði valdið Símanum verulegum vonbrigðum. Hefði nefndin aðeins tekið sér fjóra vinnudaga til að skila PFS umsögn sinni. Af umfjöllun nefndarinnar um sjónarmið aðila virtist nefndin ekki hafa kynnt sér megin athugasemdir Símanum í málinu, dags. 19. janúar sl., heldur aðeins athugasemdir Símanum, dags. 22. febrúar sl., sem fólu fyrst og fremst í sér andsvör Símanum við athugasemdum Vodafone frá 4. febrúar sl. Yrði þetta að teljast slíkur ágalli á umsögn fjölmiðlanefndar að hún yrði að teljast ómarktæk. Jafnframt yrði að álykta að fjölmiðlanefnd hefði vart á svo skömmum tíma sem um ræddi gefist ráðrúm til að kynna sér öll gögn málsins og rannsaka það með fullnægjandi hætti. Hefði fjölmiðlanefnd því brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga. Við svo búið gæti umsögn nefndarinnar því ekki verið grundvöllur ákvörðunar PFS.

PFS er algjörlega ósammála Símanum varðandi umsögn fjölmiðlanefndar. Verður ekki annað séð en að um órökstuddar dylgjur sé að ræða í garð nefndarinnar. Álitid er mjög skýrt og vel rökstutt. Það er ekki Símanum að ákveða hve langan tíma stjórnvald tekur sér í tilteknum málum. PFS sendi fjölmiðlanefnd formlega beiðni um álit með tölvupósti þriðjudaginn 23. febrúar sl. kl. 11.05. Álit nefndarinnar barst svo mánudaginn 29. febrúar sl. kl. 14.55. Áður en PFS sendi fjölmiðlanefnd hina formlegu álitsbeiðni höfðu stjórnvöldin átt með sér fund þann 13. febrúar sl. þar sem þetta mál bar m.a. á góma. Þar kynnti PFS málið fyrir fjölmiðlanefnd og afhenti nefndinni þau gögn sem þegar lágu fyrir í málinu. Lagði PFS þá áherslu á að vinna við álitsgerðina yrði sett í forgang hjá nefndinni. Nefndin hafði aðgang að öllum gögnum málsins frá og með 23. febrúar sl. og ekkert í álitinu benti til þess að nefndin hefði ekki kynnt sér þau öll. Álit fjölmiðlanefndar fjallar án nokkurs vafa um aðalatriði málsins og hafnar PFS því alfarið að álitid teljist markleysa. Að mati PFS hafa engar málsmeðferðarreglur stjórnsýslulaga verið brotnar af hálfu nefndarinnar.

Þá mótmælti Síminn ummælum Vodafone þess efnis að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði að geyma bannákvæði sem væri af svipuðum meiði og bannákvæði 10. og 11. gr. samkeppnislaga um ólögmaðt samráð og bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu en þó væri bannákvæði fjölmiðlalaganna mun skýrara og ekki eins matskennt og bannreglur samkeppnislaga. Þessa umfjöllun væri ekki hægt að taka alvarlega. Með umfjöllun sinni gerði Vodafone því skóna að háttsemi Símanum jafnaðist á við samráð fyrirtækja sem væri alvarlegasta tegund samkeppnisbrota.

Það er ekki skilningur PFS að Vodafone hafi verið að væna Símann um að hafa brotið gegn umræddum ákvæðum samkeppnislaga. Vodafone benti á að umrætt bannákvæði væri í ætt við umrædd bannákvæði samkeppnislaga nema hvað það væri skýrara og ekki eins

matskennt og þau. PFS getur verið sammála því. Umrædd bannákvæði samkeppnislaga eru mjög almennt orðuð og við túlkun þeirra ber að taka mið af meginreglum samkeppnisréttar á EES-svæðinu, þ.m.t. viðamikilli dómaframkvæmd. Umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er mun afmarkaðra og varðar einungis tiltekna háttsemi lóðréttis samþætts fyrirtækis sem hefur bæði yfir að ræða fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki.

Þá tók Síminn fram að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015 hefði sú stofnun fellt niður ákvörðun sína nr. 10/2005 og sett ný samrunaskilyrði gagnvart Símanum og Skjánum. Ein af megin niðurstöðum þeirrar ákvörðunar hefði verið sú að skilið hefði verið á milli efnis sem teldist til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar. Ættu þau skilyrði er nú hvíldu á Símanum samkvæmt hinni endurskoðuðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins einungis við um sjónvarpsútsendingar.

Ofangreint er rétt hjá Símanum eins langt og það nær. Eins og fjölmiðlanefnd hefur bent á í álitinu getur slík ákvörðun Samkeppniseftirlitsins ekki haft áhrif á túlkun skýrs bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Engin dæmi eru um að ákvarðanir einstakra stjórnvalda geti breytt lagaákvæðum. Þvert á móti þurfa ákvarðanir að vera í samræmi við lög samkvæmt lögmatísreglunni.

Bæði Vodafone og Síminn vísa til Liberty Global málsins. Þar setti framkvæmdastjórn ESB það skilyrði í sátt við Liberty í tengslum við samruna fyrirtækja í Belgíu að öðrum fjarskiptafyrirtækjum yrði veittur aðgangur að bæði línulegu og ólínulegu myndefni. Mál þetta hefur ekki sérstök áhrif á þá úrlausn sem hér er til meðferðar að öðru leyti en því að hún sýnir að samkeppnisyfirvöld í Evrópu hafa áhyggjur af því að skortur á aðgengi að ólínulegri myndmiðlun getur ekki síður en skortur á línulegri myndmiðlun skert samkeppni og þannig skaðað neytendur. Við þessum var hins vegar brugðist á Íslandi með setningu umræddrar 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Að lokum tók Síminn fram að markaður fyrir ólínulega myndmiðlun hefði tekið stakkaskiptum á síðustu árum og ekki sæi fyrir endann á þessari þróun. Í stað þess að markaðurinn byggðist á línulegri dagskrá þar sem landamæri væru dregin og samkeppni því staðbundin væri þróunin öll á þann veg að landamæri væru að falla, samkeppnin væri alþjóðleg og færðist hratt yfir á Internetið. Íslensk fyrirtæki ættu nú í samkeppni við erlenda rísa á borð við Netflix, Google og Apple. Þess mætti geta að yfir 33% íslenskra heimila væru nú í áskrift að Netflix. Vegna þessarar þróunar yrði að gjalda varhug við því að stjórnvald hefði afskipti af markaði sem væri í slíkri mótun. Stjórnvöldum væri því rétt að leyfa markaðnum að mótast og grípa ekki inn í nema sýnt væri fram á brýna nauðsyn.

Vangaveltur sem þessar hafa að sjálfsögðu ekki áhrif á túlkun skýrs lagaákvæðis. Við skýringu lagaákvæða verður fyrst og fremst að horfa til texta ákvæðisins og líta til lögskýringargagna. Vangaveltur þessar eru ekki gild lögskýringargögn við skýringar ákvæðisins. Á hinn bóginn er rétt að geta þess að þjónusta á borð við Netflix er veitt með þeim hætti að allir þeir endanotendur sem koma sér upp nauðsynlegum búnaði geta notið þjónustunnar án tillit til þess á hvaða aðgangsneti þeir eru hérlendis. Netflix, eða sambærilegir aðilar, einskorða vöruframboð sitt því ekki við tiltekin fjarskiptanet hérlendis eða beina viðskiptavinum sínum að tilteknu fjarskiptaneti. Hegðun þessara aðila kemur því

ekki til skoðunar í tengslum við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, a.m.k. ekki meðan svo er. Ekki verður því séð að hið lokaða fyrirkomulag ólínulegrar sjónvarpsþjónustu Símans sé því sambærilegt við tilhögun framangreindra þjónustu.

Að ofangreindu virtu telur PFS einsýnt að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái til ólínulegrar myndmiðlunar, auk sjónvarpsútsendinga. PFS mun nú taka málið til frekari meðferðar í framhaldi af ákvörðun þessari og leggja mat á það hvort Síminn hafi brotið gegn ákvæðinu með því beina viðskiptavinum að fjarskiptanetum samstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi standi almennt ekki til boða á öðrum fjarskiptanetum.

Ákvörðunarorð

Kröfu Símans hf. um að Póst- og fjarskiptastofnun vísi frá kvörtun Fjarskipta hf. (Vodafone) um meint brot Símans á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 er hafnað.

Bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 nær bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar.

PFS mun taka málið til frekari skoðunar og leggja í framhaldinu mat á það hvort Síminn hafi með háttsemi sinni brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 11. apríl 2016

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson