



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 27/2019

**Ítrekað brot Símans hf. gegn bannákvæði
5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga**

(Mál nr. 2018070020)

25. nóvember 2019

Efnisyfirlit

1.	Inngangur	8
2.	Málavextir og bréfaskipti	10
2.1.	Kvörtun Sýnar - 9. júlí 2018.....	10
2.2.	Tölvupóstur PFS til Símans – 11. júlí 2018	10
2.3.	Bréf Símans til PFS – 27. ágúst 2018.....	11
2.3.1.	Almennt.....	11
2.3.2.	Athugasemdir við kvörtun Vodafone.....	11
2.3.3.	Ítrekun á kröfu um álagningu stjórnvaldssektar á Vodafone vegna brots gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	12
2.4.	Athugasemdir Vodafone – 7. september 2018	12
2.5.	Kvörtun Gagnaveitu Reykjavíkur – 7. september 2018.....	14
2.5.1.	Almennt.....	14
2.5.2.	Sjónvarp Símans óháð neti, ein og sér, dýrari en Sjónvarp Símans um kerfi Mílu	15
2.5.3.	Kostnaður neytenda við aðgang að efnisveitu Símans (Sjónvarpi Símans óháð neti) mun hærri ef þeir hafa aðra dreifiveitu en Mílu.....	16
2.5.4.	Kostnaður neytenda við að bæta við auka myndlykli margfalt meiri í OTT-lausn.....	16
2.5.5.	Aðgangur neytenda að efni í Sjónvarpi Símans óháð neti er ekki það sama og aðgangur að efni í Sjónvarpi Símans Premium.	17
2.5.6.	Vöndlun Símans á efnisþjónustu og fjarskiptaþjónustu hefði mikil áhrif á ákvörðun neytenda um það, að hvaða fjarskiptafyrirtæki þeir beindu viðskiptum sínum.....	18
2.5.7.	Óljóst væri hvort afhendingargæði á efnisveitu Símans yfir OTT-lausn, Sjónvarp Símans óháð neti, væru þau sömu og á efnisveitu Sjónvarpsþjónustu Símans um kerfi Mílu.....	19
2.5.8.	Áhrif á samkeppni og samkeppnisaðila á markaði fyrir dreifiveitur (fjarskiptafyrirtæki) væri þegar veruleg og myndi aukast	20
2.5.9.	Beiðni um fund	21
2.6.	Tölvupóstur PFS til Símans – 11. september 2018	21
2.7.	Krafa Símans um frestun – 24. september 2018	22
2.7.1.	Inngangur	22
2.8.	Tölvupóstur PFS til Símans – 25. september 2018	22
2.9.	Upplýsingaöflun PFS til Símans og Vodafone – 28. september 2018....	22
2.10.	Kvörtun Nova – 1. október 2018.....	23

2.10.1.	Kröfugerð	23
2.10.2.	Málsástæður og lagarök, önnur atvik	24
2.11.	Tölvupóstur PFS til Símans – 2. október 2018.....	28
2.12.	Athugasemdir Vodafone - 5. október 2018	28
2.12.1.	Um retail mínus eða fastar lágmarksgreiðslur.....	28
2.12.2.	Um heimildir til endurupptöku og/eða afturköllunar	29
2.13.	Stefna Símans – 9. október 2018	30
2.14.	Upplýsingar Vodafone – 11. október 2018	30
2.15.	Athugasemdir Símans – 18. október 2018.....	31
2.15.1.	Lögmætisregla stjórnarsýsluréttar	31
2.15.2.	Upplýsingabeiðni/Trúnaðarupplýsingar.....	32
2.15.3.	Krafa um frestun málsmeðferðar.....	34
2.15.4.	Bann við framsali í dreifingarsamningum.....	35
2.15.5.	Aðild GR að málinu yrði hafnað	36
2.15.6.	Þýðing ákvörðunar PFS nr. 19/2012	37
2.15.7.	Athugasemdir Símans við erindi Vodafone, Nova og GR	37
2.16.	Tölvupóstar PFS til málsaðila – 18. og 19. október 2018	41
2.17.	Svarbréf PFS til Símans – 23. október 2018	42
2.18.	Aðild GR – 25. október 2018	47
2.18.1.	Erindi GR, sjónarmið Símans og fyrri úrlausnir um sama álitafni 47	
2.18.2.	Hagsmunir GR gefa félaginu aðilastöðu	49
2.18.3.	Lausari tengsl við málið gætu jafnvel dugað til aðilastöðu.....	52
2.18.4.	Niðurlag.....	53
2.19.	Tölvupóstur PFS til Símans – 25. október 2018.....	53
2.20.	Beiðni GR um frest – 31. október 2018.....	53
2.21.	Krafa Símans um frestun málsmeðferðar – 31. október 2018.....	53
2.21.1.	Inngangur	53
2.21.2.	Fresta bæri málsmeðferð	54
2.22.	Svar Símans til PFS – 31. október	57
2.23.	Svarbréf PFS til Símans – 1. nóvember 2018.....	57
2.24.	Krafa Símans um að hafna aðild GR – 2. nóvember 2018	58
2.24.1.	Almennt.....	58
2.24.2.	Athugasemdir Símans við greinargerð GR	59
2.25.	Bréf PFS til GR vegna aðildar GR – 2. nóvember 2018	61

2.26.	Svar GR til PFS vegna aðildar GR – 6. nóvember 2018	61
2.27.	Bréf Símans um yfirburðastöðu Vodafone – 8. nóvember 2018.....	62
2.28.	Bréf Vodafone vegna frestun málsmeðferðar – 9. nóvember 2018.....	63
2.28.1.	Síminn misskildi kröfugerð Vodafone	63
2.28.2.	Fleiri aðilar að ágreiningsmáli um ítrekunarbrotið	64
2.28.3.	Önnur atriði sem Síminn týndi til.....	64
2.29.	Bréf Vodafone vegna ítrekunarbrots – 9. nóvember 2018	65
2.29.1.	Formathugasemdir Símans	65
2.29.2.	Efnisathugasemdir Símans	67
2.29.3.	Niðurlag.....	71
2.30.	Tölvupóstur PFS til Símans – 9. nóvember 2018.....	72
2.31.	Bréf Nova til PFS – 12. nóvember 2018	72
2.32.	Tölvupóstur PFS til Símans – 13. nóvember 2018.....	75
2.33.	Ákvörðun PFS nr. 22/2018 um aðild GR – 13. nóvember 2018	75
2.34.	Tölvupóstur PFS til GR – 13. nóvember 2018	76
2.35.	Bréf GR til PFS – 21. nóvember 2018.....	77
2.35.1.	Almennt.....	77
2.35.2.	Önnur atriði í umsögn Símans.....	78
2.36.	Tölvupóstur PFS til Símans – 21. nóvember 2018.....	79
2.37.	Svarbréf Símans til PFS – 3. desember 2018	80
2.37.1.	Umfjöllun um gildissvið fjölmiðlalaga o.fl.....	80
2.37.2.	Frestun málsmeðferðar	83
2.37.3.	Ekki hefði verið brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	86
2.37.4.	Fyrirspurn PFS í tölvupósti 21. nóvember 2018	89
2.37.5.	Um leiðbeiningarskyldu stjórnvalds.....	91
2.37.6.	Beiting stjórnisýsluviðurlaga.....	92
2.37.7.	Sérstök áskorun til PFS	92
2.38.	Bréf Mílu um aðild - 4. desember 2018.....	93
2.39.	Tölvupóstur PFS til málsaðila – 4. desember 2018.....	93
2.40.	Tölvupóstur PFS til Mílu – 12. desember 2018.....	93
2.41.	Athugasemdir GR – 19. desember 2018.....	93
2.41.1.	Almennt.....	93
2.41.2.	Athugasemdir Símans vegna beiðni GR	94
2.42.	Tölvupóstur PFS til Símans – 21. desember 2018.....	94

2.43.	Bréf Mílu til PFS – 8. janúar 2019	94
2.44.	Tölvupóstur PFS til málsaðila – 9. janúar 2019.....	95
2.45.	Bréf Símans til PFS – 17. apríl 2019	96
2.46.	Bréf Símans til PFS – 7. júní 2019	97
2.47.	Tölvupóstur PFS til Símans – 11. júní 2019.....	98
2.48.	Synjun PFS um frestun málsmeðferðar – 24. júní 2019.....	99
2.49.	Tölvupóstur PFS til málsaðila – 24. júní 2019.....	99
2.50.	Tölvupóstur PFS til Símans – 28. júní 2019.....	99
2.51.	Athugasemdir Símans – 15. ágúst 2019	100
2.51.1.	Krafa um að málsmeðferð verði hætt.....	100
2.51.2.	Krafa um frestun málsmeðferðar.....	100
2.51.3.	Ekki um ólögmdæta háttsemi að ræða	101
2.52.	Tölvupóstur PFS til málsaðila – 21. ágúst 2019.....	101
2.53.	Bréf GR til PFS – 29. ágúst 2019	101
2.54.	Bréf Vodafone til PFS – 29. ágúst 2019.....	102
2.55.	Tölvupóstur PFS til Vodafone – 21. október 2019.....	103
2.56.	Tölvupóstur PFS til Nova – 21. október 2019.....	103
2.57.	Tölvupóstur Nova til PFS – 21. október 2019.....	103
2.58.	Tölvupóstur PFS til Símans - 23. október 2019	103
2.59.	Tímalína Nova – 23. október 2019.....	105
2.60.	Tölvupóstur Símans til PFS – 25. október 2019.....	105
2.61.	Tölvupóstur PFS til Símans – 25. október 2019.....	105
2.62.	Tölvupóstur PFS til Mílu – 7. nóvember 2019.....	106
2.63.	Tölvupóstur Símans til PFS – 7. nóvember 2019.....	106
2.64.	Tölvupóstur PFS til Símans – 7. nóvember 2019.....	107
2.65.	Svarbréf Símans – 12. nóvember 2019.....	107
2.65.1.	Almennt um samskipti við Sýn	107
2.65.2.	Viðræður við Sýn um heildsölu á myndefni	108
2.65.3.	Viðræður við Nova.....	108
2.65.4.	Um frummat Samkeppnsieftirlitsins	108
2.65.5.	Spurningar PFS	108
2.66.	Svarbréf Nova – 19. nóvember 2019.....	110
2.67.	Tölvupóstur PFS til Símans – 20. nóvember 2019.....	110
2.68.	Lokaathugasemdir Símans – 20. nóvember 2019.....	110

3.	Lagaumhverfi.....	111
3.1.	Almennt um fjölmiðlalög.....	111
3.2.	Almennt um ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga	113
3.3.	Ákvæði um flutningsskyldu, flutningsrétt og bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki	115
3.4.	Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds	117
3.5.	Viðurlagaákvæði	118
4.	Úrlausnir PFS, úrskurðarnefndar og dómstóla í tengslum við mál þetta.....	120
4.1.	Ákvörðun PFS nr. 19/2012 – Ágreiningur Vodafone og RÚV.....	120
4.2.	Ákvörðun PFS nr. 30/2015 – Ágreiningur Vodafone og Símans um línulega og ólínulega myndmiðlun - Frávísun	121
4.3.	Ákvörðun PFS nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	122
4.4.	Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	128
4.5.	Úrskurður héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-1676/2017 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	131
4.6.	Ákvörðun PFS nr. 13/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu	131
4.7.	Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu	132
4.8.	Ákvörðun PFS nr. 10/2018 um brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	132
4.9.	Ákvörðun PFS nr. 22/2018 – Aðild GR að máli er varðar meint ítrekað brot Símans hf. á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	135
4.10.	Ákvörðun PFS nr. 16/2019 - Meint brot Vodafone á fjölmiðlalögum 136	
5.	Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar.....	138
5.1.	Almennt um ágreining málsins	138
5.2.	Framsetning OTT lausnar Símans.....	139
5.3.	Markaðssetning og verðlagning OTT lausnar Símans	142
5.4.	Tímaflakk og frelsisþjónusta.....	143
5.5.	Gæði OTT lausnar	143
5.6.	Heildsölusamningar um miðlun efnisréttinda	144
5.7.	Mat á samningsvilja Símans.....	145
5.8.	Samandregin niðurstaða	147
5.9.	Viðurlög	148
5.9.1.	Krafa Nova um beitingu hæfilegra stjórnisluviðurlaga	148

5.9.2.	Um viðurlagaákvæði 54. gr. fjölmiðlalaga	148
5.9.3.	Niðurstaða PFS um viðurlög.....	150
5.9.4.	Andlag viðurlaga og skilyrði fyrir beitingu	151
5.9.5.	Ákvörðun um tegund viðurlagaúrræðis	151
5.9.6.	Veiting andmæla	151
5.9.7.	Umfang og tímalengd brots	152
5.9.8.	Möguleg áhrif brots.....	152
5.9.9.	Stjórnvaldssekt.....	152
Ákvörðunarrorð.....		154

1. Inngangur

(1) Mál þetta varðar meint ítrekað brot Símans hf. (hér eftir vísað til sem Síminn) gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sem kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í almennum athugasemdum með frumvarpi því sem varð að framangreindum fjölmiðlalogum kom fram að þeim kafla laganna sem fjallaði um reglur um flutning myndefnis (VII. kafli) væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskipum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Í athugasemdum með umræddri 5. mgr. 45. gr. kom fram að ákvæðinu væri m.a. 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. Ennfremur væri markmiðið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaveitur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(2) Aðilar að málinu eru 5, þ.e. Síminn hf. (hér eftir Síminn), Míla ehf. (hér eftir Míla) Sýn hf. (hér eftir Vodafone), Nova hf. (hér eftir Nova) og Gagnaveita Reykjavíkur ehf. (hér eftir GR).

(3) Síminn rekur bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi. Fjölmiðlaveitan samanstendur af Sjónvarpi Símans (áður SkjárEinn), sem sendir út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun) og efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium. Frá því að þjónusta sú sem nú nefnist Sjónvarp Símans Premium fór í loftið í október 2015 og þar til í ágúst sl. var sú þjónusta hrein ólínuleg myndmiðlun eða myndmiðlun eftir pöntun. Frá ágúst sl. er Enski boltinn í beinni útsendingu einnig hluti af umræddri þjónustu og því er þjónusta sú sem heyrir undir Sjónvarp Símans Premium orðin blanda af línulegri og ólínulegri myndmiðlun. Síminn stundar síðan fjölþætta fjarskiptastarfsemi, bæði á smásölu- og heildsölustigi, og starfrækir m.a. IPTV sjónvarpsdreifikerfi, sem býður m.a. upp á framangreinda þjónustubætti Sjónvarps Símans. Auk þess er Síminn móðurfélag Mílu, sem starfrækir umfangsmestu fjarskiptanetin á heildsölumarkaði hér á landi. Símasamstæðan, ýmist Síminn og/eða Míla, hafa lengstum verið í markaðsráðandi stöðu hér á landi á hinum ýmsu fjarskiptamörkuðum. Míla er t.a.m. með umtalsverðan markaðsstyrk á heimtauga- og bitastraumsmarkaði, sbr. ákvörðun PFS nr. 21/2014, og þar með hvíla viðeigandi kvaðir á félaginu.

(4) Vodafone stundar einnig fjarskiptastarfsemi, ásamt því að starfrækja fjölmiðlaveitu. Vodafone hefur um árabíl starfrækt ólínulega efnisveitu, sem lengi gekk undir nafninu Vodafone Play en heitir nú Stöð 2 Marabon, auk þess sem félagið keypti á árinu 2017 tiltekna eignir og rekstur 365 miðla ehf., þ.m.t. sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2 og Stöð 2 Sport og ólínulegu efnisveituna Stöð 2 Marabon. Gengu kaupin formlega í gegn þann 1. desember 2017. Þá starfrækir Vodafone einnig IPTV sjónvarpsdreifikerfi í samkeppni við Símann. Vodafone og Síminn eru því samkeppnisaðilar bæði á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði. Þess má

geta að vægi IPTV við sjónvarpsdreifingu hér á landi er gríðarlega mikið og sú langmesta í Evrópu. Yfir 70% heimila hér á landi nýta sér slíka tækni og fór hlutfallið síhækkandi til ársloka 2017, en örlítil fækkun hefur átt sér stað síðan. Þessi þróun hefur átt sér stað þrátt fyrir tilkomu OTT tækni við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum.

(5) Nova hefur stundað fjarskiptastarfsemi frá árinu 2007, lengst af aðeins í formi farsímaþjónustu, en félagið hefur boðið internet þjónustu fyrir heimili yfir ljósleiðarakerfi GR frá því í apríl 2016. Þá hóf Nova fremur nýlega að veita sjónvarpsþjónustu, Nova TV, yfir netið (Over The Top) sem felur í sér að neytandi getur sótt OTT forrit fyrir farsíma, fartölvur, spjaldtölvur og Apple TV viðtökubox og getur notað þjónustuna óháð fjarskiptaneti á Íslandi.

(6) GR á og rekur stærsta ljósleiðarakerfið (FTTH) á höfuðborgarsvæðinu og á því í samkeppni við Mílu sem á VDSL kerfi nánast um land allt, auk þess sem félagið hefur á síðustu misserum staðið í umfangsmikilli ljósleiðaraútbreiðslu (FTTH), fyrst og fremst á höfuðborgarsvæðinu.

(7) Ágreiningur málsins snýr fyrst og fremst að því hvort Síminn teljist enn brotlegur gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. En upphaf þess máls má rekja til haustdaga 2015 þegar Síminn ákvað að gera sjónvarpsstöðina SkjáEinn að opinni frístöð og ólínulega efnisveitan Sjónvarp Símans Premium var samhliða sett á laggirnar.

(8) Var niðurstaða PFS sú að frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu Símans, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans sjálfs, en ekki á IPTV kerfi Vodafone, eins og raunin var fyrir þann tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og Frelsi, né hafi hún verið tiltæk eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. með OTT lausn sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það sama mætti segja um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Þetta hefði leitt til þess að þeir tugþúsundir viðskiptavina Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, sem notuðu ljósleiðaranet GR sem undirlag, hefðu ekki átt þess kost að nálgast umrætt myndefni, nema að færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags Símans, Mílu, eða kaupa heimtaugar af bæði Mílu og GR. Taldi PFS þetta hafa skapað alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa Símans og Vodafone og takmarkað valkosti þeirra sem keyptu þjónustu af Vodafone og öðrum þjónustuveitendum. Enn fremur hefði þetta skapað alvarlegan aðstöðumun á milli Mílu og GR á samkeppnismarkaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet. Komst PFS að þeirri niðurstöðu í málinu að Síminn hefði þann 1. október 2015 fullframið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem legði bann við því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Að mati PFS hefði Símanum staðið til boða að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist á þessum tíma m.a. með því að bjóða upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum.

(9) Í ágúst 2018 kynnti Síminn til sögunnar OTT (e. Over The Top) dreifileið, þ.e. dreifikerfi á sjónvarpi í gegnum internetið (streymisþjónusta), fyrir línulegt og ólínulegt sjónvarpsefni sitt, sem félagið kvað óháð fjarskiptanetum.

(10) Sýn, GR og Nova telja umrædda lausn Símans ófullnægjandi og að hún losi Símann ekki undan framangreindu broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Að mati félaganna geri framsetning, verðlagning og gæði OTT lausnarinnar það að verkum að viðskiptum viðskiptamanna er í reynd, enn beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki, m.a. með því að gera það að skilyrði að eingöngu er hægt að nota sjónvarpskerfi og búnað (myndlykil) Símans.

(11) Síminn heldur því fram að umrædd OTT lausn sé fullnægjandi lausn óháð fjarskiptaneti og leysi félagið undan broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og Míla tekur undir málsstað Símans þess efnis.

(12) Við úrlausn málsins þarf því að leggja mat á umrædda OTT lausn Símans, þ.e. framsetningu, markaðssetningu, verðlagningu og eftir atvikum gæði hennar.

2. Málavextir og bréfaskipti

2.1. Kvörtun Sýnar - 9. júlí 2018

(13) Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 9. júlí 2018, kvartaði félagið yfir meintu ítrekuðu broti Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018 og óskaði eftir að PFS tæki málið til meðferðar og beitti viðeigandi úrræðum vegna þess. Í bréfinu kom fram að Vodafone taldi samskipti Símans við félagið, þar sem Vodafone óskaði eftir aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium til endursölu til viðskiptavina Vodafone, sanna að enginn samningsvilji væri til staðar af hálfu Símans heldur þvert á móti virtist vilji félagsins standa til að ítreka brot sitt.

(14) Jafnframt kom fram að Síminn vísaði m.a. til fyrirhugaðrar OTT lausnar í samskiptum við Vodafone, en Vodafone fengi með engu móti séð að framboð á vöru, þar sem gert væri að skilyrði að notast væri eingöngu við sjónvarpskerfi og búnað (myndlykil) frá Símanum gæti samrýmst 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá myndu þeir viðskiptavinir Vodafone, sem ekki hefðu áhuga á OTT lausn (sem væri lakari að gæðum en dreifing yfir IPTV), þurfa að fara með viðskipti sín til Símasamstæðunnar til að fá aðgang að ólínulegu efni Sjónvarps Símans í viðunandi gæðum. Ójafnræðið yrði því fest í sessi og viðskiptum áfram beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki í andstöðu við ákvæðið.

2.2. Tölvupóstur PFS til Símans – 11. júlí 2018

(15) PFS áframsendi kvörtun Vodafone til Símans með tölvupósti þann 11. júlí 2018 og veitti Símanum frest til 13. ágúst 2018 til að tjá sig um hina innkomnu kvörtun.

2.3. Bréf Símans til PFS – 27. ágúst 2018

2.3.1. Almenn

(16) Í bréfi Símans til PFS, dags. 27. ágúst 2018, kom fram að Síminn teldi að félagið hefði aldrei brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 og að Síminn undirbyggi að skjóta ákvörðun nr. 10/2018 til dómstóla. Þannig teldi Síminn að niðurstaða PFS í málinu væri röng og forsendur sem lagðar væru til grundvallar stæðust ekki þ.m.t. meintur skortur á samningsvilja Símans við Vodafone.

2.3.2. Athugasemdir við kvörtun Vodafone

(17) Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri það niðurstaða stofnunarinnar að markaðssetning Símans á lausn sem væri óháð netum hefði getað komið í veg fyrir brot félagsins á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þannig segði í kafla 5.6.6.5:

„Síminn hefði getað komið í veg fyrir brotið með því að semja við Vodafone eða bjóða upp á umrædda þjónustu með OTT hætti óháð kerfum.“

(18) Í kafla 5.8.3 segði síðan:

„Eins og fyrr segir hefði Síminn getað komið í veg fyrir brot það gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem PFS hefur komist að niðurstöðu um í máli þessu að félagið hafi fullframið þann 1. október 2015, með því m.a. að bjóða upp á fullnægjandi OTT lausn við dreifingu á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitu sinnar, sem væri óháð fjarskiptanetum. Enn fremur hefði Síminn síðan þá getað undið ofan af umræddu broti með slíkri lausn, en umrætt brot stendur enn þá yfir að mati PFS.“

(19) Þar sem Síminn byði nú uppá sjónvarpslausn óháð neti væri ljóst að hann hefði „undið ofan af umræddu broti...“ svo notað væri orðalag PFS. Enginn vafi gæti leikið á því að um væri að ræða fullnægjandi lausn óháð neti. Þannig segði í markaðsfærslu¹:

„Sjónvarp fyrir alla.

Sjónvarp hjá Símanum – óháð neti

Nú geta öll nettengd heimili fengið Sjónvarp Símans Premium, óháð því hvar þau eru með netið. Yfir 7.500 klukkustundir af heilum þáttaröðum, talsett barnaefni og kvikmyndir í miklu úrvali, 10 erlendar rásir og app í snjalltækin.“

(20) Af framansögðu væri ljóst að með markaðssetningu sjónvarpslausnar óháð neti væri það hafið yfir allan vafa að Síminn bryti ekki gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Um væri að ræða lausn sem gerði öllum kleift sem væru nettengdir

¹ Sjá m.a.: <https://www.siminn.is/forsida/sjonvarp/askrift/ohad-neti>

(farsíma eða fastlínu) að kaupa þjónustuna óháð neti. Af þeim sökum væri gerð krafa um að PFS hafnaði kröfugerð Vodafone í málinu og léti af frekari málsmeðferð.

(21) Kvörtun Vodafone byggði á því að Síminn hefði ekki sýnt vilja til að semja við Vodafone um aðgang að sjónvarpsefni. Þetta væri rangt. Síminn hefði ítrekað lýst yfir vilja sínum til að aðilar næðu saman og boðið Vodafone aðgang að efni með sömu aðferð og tíðkaðist í viðskiptum um kaup og sölu á sjónvarpsefni. Ástæða þess að aðilar hefðu ekki náð saman væri fyrst og fremst að rekja til afstöðu Vodafone sem virtist ekki hafa raunverulegan vilja til að semja. Þá hafnaði Síminn því að hægt væri að líta svo á að þegar tveir aðilar næðu ekki að semja sín á milli væri hægt að kenna viljaleysi annars aðilans um frekar en að líta svo á að um verulega hagsmuni væri að ræða og vandasamt að ná viðunandi lausn fyrir báða aðila. Hér yrði að áréttu að Vodafone væri í markaðsráðandi stöðu á markaði yfir dreifingu sjónvarps með yfir 70% markaðshlutdeild og hefði verið það til mjög langs tíma. Eftir kaupin á 365 varð félagið í markaðsráðandi stöðu í sölu áskriftarsjónvarps með yfir 60% markaðshlutdeild og réði yfir 50% af efniskaupamarkaðnum, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017. Einu áhrifin af túlkun PFS á fjölmiðlalögum væri að styrkja þegar markaðsráðandi stöðu Vodafone á framangreindum mörkuðum og gengi það gegn þeim markmiðum sem Samkeppniseftirlitið stefndi að með ákvörðun nr. 42/2017 sem var að auka samkeppni við Vodafone.

(22) Síminn teldi það blasa við að markmið Vodafone væri að styrkja enn frekar markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir sjónvarpsdreifingu, markaðsráðandi stöðu félagsins í áskriftarsjónvarpi og draga úr hvata annarra fyrirtækja til þess að keppa við Vodafone í efniskaupum þar sem Vodafone væri með yfir 50% hlutdeild.

(23) Þar sem markaðssetning sjónvarpslausnar Símans óháð neti gerði það hins vegar að verkum að Síminn teldist ekki lengur brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga eins og PFS túlkaði ákvæðið væri ekki ástæða til að bregðast frekar við kvörtun Vodafone.

2.3.3. *Ítrekun á kröfu um álagningu stjórnvaldssektar á Vodafone vegna brots gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga*

(24) Þá ítrekaði Síminn kvörtun félagsins vegna meintra brota Vodafone gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga og skoraði á PFS að hraða málsmeðferð í því máli.

2.4. Athugasemdir Vodafone – 7. september 2018

(25) Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 7. september 2018, bárust andmæli félagsins við athugasemdum Símans. Vodafone taldi að kjarninn í andmælum Símans virtust einföld tilvísun í eftirfarandi setningu úr forsendum ákvörðunar PFS nr. 10/2018:

„Síminn hefði getað komið í veg fyrir brotið með því að semja við Vodafone eða bjóða umrædda þjónustu með OTT hætti óháð kerfum.“

(26) Sá galli væri hins vegar á málatilbúnaði Símans að OTT lausn Símans væri alls ekki óháð kerfi því hún væri háð því að vera með myndlykil frá Símanum og tengingu við sjónvarpskerfi þeirra. Þannig væri lausnin alfarið bundin við (sjónvarps) kerfi Símans og vöndul sem innifæli:

1. Myndlyklagjald
2. Aðgengi að Sjónvarpi Símans Premium
3. 10 erlendar stöðvar
4. Á 7.900 kr. á mánuði

(27) Það væri með engum öðrum hætti hægt að fá þjónustuna Sjónvarp Símans Premium um OTT, en þegar varan væri seld stök um IPTV kerfi Símans kostaði Premium áskrift 5.000 kr., auk myndlyklagjalds sem væri 2.200 kr.

(28) Þá væri ekki hægt að hafa aðgang að tímaflakki og/eða frelsisþjónustu Sjónvarps Símans (línulegu stöðinni) án þess að vera með Sjónvarp Símans yfir IPTV (um þeirra fjarskipta- og sjónvarpskerfi) eða Sjónvarp Símans óháð neti (um þeirra sjónvarpskerfi/fjarskiptanet og bundið því að viðskiptavinir kaupi Premium og erlendar rásir, samtals 7.900 kr.). Þá væri tímaflakkið einungis 48 tímar í OTT lausninni en allt að vika í Sjónvarpi Símans yfir IPTV.

(29) Reyndin væri jafnframt sú að þjónustan væri bundin við kaup á OTT myndlykli frá Símanum (endabúnaður en ekki hugbúnaður/app eins og hjá Vodafone) sem væri verðlagður þannig að áfram væri í reynd verið að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafélagi. Munaði þar mestu að innifalið í Sjónvarpi Símans yfir IPTV væri einn aðalmyndlykill og allt að fjórir aukamyndlyklar, af því gefnu að efnið færi um net tengds fjarskiptafyrirtækis. OTT lausn Símans byði hins vegar ekki upp á aukamyndlykil. Þannig yrði að kaupa hvern og einn OTT myndlykil Símans fullu verði. Verðmunurinn yrði því gífurlegur, eða 39.500 kr. á heimili sem notaði fimm OTT myndlykla, samanborið við 7.200 kr. fyrir sama heimili sem kysi að nota Sjónvarp Símans yfir IPTV, með fjórum aukamyndlyklum inniföldum.

(30) Til samanburðar væri hægt að kaupa vöruna Stöð 2 Maraþon á sama mánaðarverði á kerfum Vodafone og Símans (sama vara, sama verð á báðum kerfum). Einnig væri hægt að kaupa Stöð 2 Maraþon (áður Vodafone Play) án þess að leigja myndlykil af Vodafone eða Símanum. Ekki væri þörf á að kaupa vöruna í vöndli með myndlyklagjaldi og erlendum stöðvum.

(31) Vodafone teldi samkvæmt framansögðu að OTT lausn Símans dygði ekki til að vinda ofan af broti félagsins á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í ljósi hinna rýru andsvara Símans þætti hins vegar ekki þörf á að rökstyðja þá afstöðu frekar, enda hlyti sönnunarbyrði um hið gagnstæða að hvíla alfarið á Símanum í ljósi þess að fyrir lægi stjórnvaldsákvörðun um brot félagsins. Hins vegar væri áskilinn réttur til ítarlegri rökstuðnings, eftir því sem tilefni gæfist til.

(32) Upphaflegt brot Símans fólst einkum í því að banna Vodafone frá og með 1. október 2015 að bjóða upp á ólínulegt myndefni Skjásins (nú Sjónvarps Símans), nánar tiltekið tímaflakk og frelsi. Stöðvar Sýnar (Miðla) á IPTV kerfi Símans væru á hinn bóginn allar með tímavél og frelsi. Brot Símans hefði í reynd verið ítrekað sbr. rökstuðning Vodafone í kvörtuninni vegna ítrekunarbrotsins. Viðskiptavinir Vodafone Sjónvarps ættu enn ekki kost á að horfa á tímavél og frelsi nema um IPTV kerfi Símans og OTT lausnin breytti engu þar um.

(33) Með vísan til alls framangreinds væru fyrri kröfur ítrekaðar og allur réttur áskilinn. Auk þess sem farið var þess á leit að málsmeðferð vegna ítrekunarbrotsins yrði skilvirk og að Símanum yrði einungis gefin ein önnur umferð til andmæla, líkt og drög að nýjum málsmeðferðarreglum PFS ráðgerðu.

2.5. Kvörtun Gagnaveitu Reykjavíkur – 7. september 2018

2.5.1. Almenn

(34) Með bréfi til PFS, dags. 7. september 2018, vísaði GR til ákvörðunar PFS nr. 10/2018, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. En ákvæðið legði bann við því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Síminn hefði mismunað neytendum hvað varðaði aðgang að fjölmiðlaveitu í eigu Símans eftir því hvar neytendur væru með internettengingu og tekið fram í ákvörðuninni að brotið stæði enn yfir.

(35) GR vísaði í að Síminn hefði undir rekstri þess stjórnsýslumáls sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018 upplýst að félagið væri að skoða aðrar leiðir til dreifingar á sjónvarpsþjónustu félagsins. Í ákvörðuninni kæmi fram að Síminn hefði unnið að gerð svokallaðrar OTT lausnar og kynnt það í einhverri mynd í maí 2017. Fram kæmi í fyrrnefndri ákvörðun nr. 10/2018 að Síminn hefði ekki, á þeim tíma sem lausnin var kynnt PFS, ákveðið endanlega hvernig varan yrði markaðsfærð. Gerði Síminn fyrirvara um að slík ákvörðun myndi liggja fyrir þegar afdrif samruna Vodafone og 365 væru ljós (meðal annars eftir meðferð Samkeppniseftirlitsins) og þess hvort Síminn myndi fá aðgang að aðgangsneti GR.

(36) Í tengslum við kröfu Símans um aðgang að aðgangsneti GR í aðdraganda fyrra máls benti GR meðal annars á að ef og þegar Síminn myndi bjóða upp á OTT þjónustu þá gæti það ekki orðið skilyrði fyrir aðgangi að slíkri þjónustu að neytandi þyrfti að vera með myndlykil frá Símanum, sbr. bréf GR þann 24. janúar 2018. Aðrar streymisveitur líkt og Netflix, Amazon og fleiri veittu aðgang að þjónustu óháð OTT myndlykli og án samninga við GR um afhendingu á slíkri þjónustu. Það eina sem neytandi þyrfti til að komast í samband við þær streymisveitur væri internettenging og notendaviðmót/forrit til að geta notað streymisþjónustu enda væri OTT þjónusta í eðli sínu óháð dreifikerfi/dreifiveitu.

(37) Í ákvörðun nr. 10/2018 kæmi fram að Síminn hefði getað komið í veg fyrir brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að bjóða upp á fullnægjandi OTT

lausn við dreifingu á ólínulegu myndefni á fjölmiðlaveitu Símans, óháð fjarskiptafyrirtæki (dreifiveitu).

(38) Í ágúst 2018 hóf Síminn markaðssetningu og sölu á OTT þjónustu sem félagið nefndi Sjónvarp Símans - óháð neti, og auglýsti undir slagorðinu „nú geta öll nettengd heimili fengið Sjónvarp Símans óháð því hvar þeir eru með netið.“ Miðað við málflutning Símans undir rekstri stjórnslumálsins fyrir PFS yrði að ætla að Síminn teldi sig með henni vera að bjóða upp á fullnægjandi OTT lausn, óháða dreifiveitu og þannig tryggja neytendum jafnan aðgang að efnisveitu óháð dreifiveitu í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(39) GR teldi í fyrsta lagi að ekki væri um hefðbundna OTT lausn að ræða þar sem hún byggði á þeirri forsendu að neytandinn yrði að leigja sérstakan vélbúnað til að geta nýtt sér OTT lausn Símans (myndlykil/vélbúnaðarlausn). Með því að neytandi þyrfti áskrift af sérsökum myndlykli frá Símanum væri félagið enn að beina neytendum í viðskipti til tengds fjarskiptafélags sem fæli í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr.

(40) Í öðru lagi leiddi OTT lausn Símans til þess að neytandi sem væri í viðskiptum við annað fjarskiptafyrirtæki (dreifiveitu) en Mílu og vildi kaupa aðgang að efnisveitu Símans endaði á að greiða verð sem væri 10-60% hærra en ef neytandinn myndi kaupa aðgang að efnisveitu Símans og fjarskiptaþjónustu af Mílu. Þannig væri komin á aðgangshindrun í formi kostnaðar og gjalds sem gerði fjarskiptafyrirtæki ósamkeppnishæf í verðum við Símann og Mílu við að bjóða aðgang að efnisveitu Símans yfir OTT lausn. Þar með væri neytendum beint í viðskipti til Mílu sem fæli í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(41) Í þriðja lagi væri að mati GR vísbendingar um að gæði þeirrar þjónustu sem fælist í aðgangi að efnisveitu Símans í gegnum framangreinda OTT lausn ekki þau sömu og neytendur fengju sem væru að kaupa hvort tveggja fjarskiptaþjónustu af Mílu og sjónvarpsþjónustu af Símanum.

2.5.2. *Sjónvarp Símans óháð neti, ein og sér, dýrari en Sjónvarp Símans um kerfi Mílu*

(42) Uppbygging og verðlagning OTT lausnar Símans væri ósamkeppnishæf. Væri aðgangsgjald að efnisveitu Símans um OTT lausnina borið saman við aðgang að IPTV sjónvarpsþjónustu Símans væri OTT lausnin um 10% dýrari.

(43) Sjónvarp Símans óháð neti (OTT lausnin) sem fæli í sér sjónvarpsaðgang um myndlykil og sjónvarpsáskrift væri vöndlað saman á kr. 7.900,- á mánuði. Sjónvarpsþjónusta Símans þ.e. sem fæli í sér áskrift af fjarskiptaþjónustu Símans og fjarskiptasambandi í gegnum Mílu, dótturfélag Símans, væri á kr. 7.200,- á mánuði (Premium áskrift kr. 5.000,- og sjónvarpsaðgangur í gegnum myndlykil (1 stk.) kr. 2.200,-).

(44) Af þessu mætti sjá að OTT-lausnin væri ósamkeppnishæf í verði og afar ólíklegt að neytandi sæi sér hag í því að kaupa umrædda lausn í gegnum önnur fjarskiptafyrirtæki.

2.5.3. *Kostnaður neytenda við aðgang að efnisveitu Símans (Sjónvarpi Símans óháð neti) mun hærri ef þeir hafa aðra dreifiveitu en Mílu*

(45) Væri kostnaður neytenda við að tryggja sér aðgang að Sjónvarpi Símans óháð neti borinn saman við kostnað af að fá aðgang að Sjónvarpi Símans með því að kaupa fjarskiptaþjónustu af Mílu væri verðmunurinn enn óhagstæðari fyrir neytendur. Þeim verðmun næði Síminn meðal annars fram með vöndlun á fjarskiptaþjónustu sem leiddi til þess að neytandi yrði að greiða allt að 60%² herra verð, vildi neytandi fá aðgang að Sjónvarpi Símans óháð neti og hafa að mestu sambærilega þjónustu og neytanda myndi bjóðast í viðskiptum við Símann og Mílu.

2.5.4. *Kostnaður neytenda við að bæta við auka myndlykli margfalt meiri í OTT-lausn*

(46) Ef neytandi keypti Sjónvarp Símans um kerfi Mílu byðist honum einn aðalmyndlykill og fjórir aukamyndlyklar. Með því gæti neytandi speglað sjónvarpsáskrift milli allt að fjögurra myndlykla og þannig veitt fjölskyldumeðlimum eða íbúum samtímis aðgang að þeim fjölmörgu stöðvum sem neytandinn hefði keypt aðgang að. [...] ³ heimila með sjónvarpsþjónustu vilja hafa fleiri en einn myndlykil á heimili til að gera fjölskyldumeðlimum kleift að horfa á mismunandi efni á sama tíma og því skiptir þessi valkostur mjög miklu máli fyrir neytendur í dag.

(47) Sjónvarp Símans óháð neti byði ekki upp á aukamyndlykil. Þannig yrði neytandi sem vildi hafa framangreindan valkost fyrir heimilismenn að kaupa tvær eða fleiri áskriftir að Sjónvarpi Símans óháð neti á fullu verði til þess að geta horft á mismunandi efni á sama tíma.

(48) Með áskrift neytanda að Sjónvarpi Símans Premium um kerfi Mílu gæti neytandi fengið fimm myndlykla fyrir kr. 11.900,- en ef neytandinn keypti áskrift að Sjónvarpi Símans óháð neti, þyrfti hann að greiða kr. 39.500,- fyrir aðgang að fimm myndlyklum til að hafa samtímis aðgang að efnisveitunni, eða rúmlega þrefalt herra verð. Aðrar sjónvarpsáskriftir, eins og t.d. Stöð 2, speglast ekki milli þessara myndlykla og því þarf að greiða fullt áskriftargjald fyrir hvern myndlykil, ólíkt hefðbundnum myndlyklum.

(49) Sem dæmi mætti nefna neytanda sem vildi skipta um gagnaflutningskerfi, af kerfi Mílu yfir á kerfi GR. Neytandi sem þegar væri með fleiri en einn myndlykil myndi upplifa skerðingu á þjónustu þar sem hann þyrfti að greiða mun herra verð á kerfi GR til að halda sömu upplifun og á kerfi Mílu. Þannig væri komin á aðgangshindrun í formi kostnaðar.

² Samanburður milli Vodafone og Símans og Hringdu og Símans.

³ Fellt brott vegna trúnaðar.

2.5.5. Aðgangur neytenda að efni í Sjónvarpi Símans óháð neti er ekki það sama og aðgangur að efni í Sjónvarpi Símans Premium.

(50) Þá vísaði GR til þess að Neytandi sem keypti Sjónvarp Símans óháð neti, fengi ekki sömu virkni og efni og ef hann keypti aðgang að Sjónvarpi Símans sem færi um kerfi Mílu.

(51) Neðangreindur samanburður á þjónustunum leiddi eftirfarandi í ljós:

Sjónvarp hjá Símanum óháð neti	Sjónvarpsþjónusta Símans um kerfi Mílu
Tímaflakk um dagskrá 48 klukkustundir	Tímaflakk um dagskrá 168 klukkustundir
10 sjónvarpsrásir í boði	64 sjónvarpsrásir í boði
Aukamyndlyklar ekki í boði með áskift. Neytandi verður að kaupa aðra áskrift til að hægt sé að horfa á efni samtímis	Hægt að hafa allt að 5 myndlykla í boði tengda við eina áskrift sem tryggir að hægt er að horfa á efni samtímis
Speglun sjónvarpsáskrifta ekki í boði	Speglun sjónvarpsáskrifta í boði
Aðgangur að 10 erlendum rásum innifalinn	Aðgangur að 13 erlendum rásum gegn greiðslu á kr. 1.000,-
Gjald fyrir þjónustu 7.900 kr. fyrir hvern myndlykil	Gjald fyrir þjónustu frá 2.200 og aukalega 1.100-1.300 fyrir hvern auka myndlykil
Tafla 1.	

(52) Að mati GR sýndi ofangreind tafla glögglega að ekki væri um sambærilega þjónustu að ræða og því ljóst að munurinn hefði veruleg áhrif á hvert neytandi beindi viðskiptum sínum þegar hann veldi aðgang að efnisveitu, þ.e. efnisval og eiginleikar leiddu til þess að hann veldi að eiga viðskipti við Mílu, dótturfélag Símans.

(53) Þá mætti sjá mun á framboði erlendra stöðva annars vegar með Sjónvarpi Símans óháð neti og hins vegar Sjónvarp Símans um kerfi Mílu. Grunnpakki erlendra stöðva Sjónvarps Símans um kerfi Mílu innhéldi 13 stöðvar og hægt væri að kaupa allt að 64 stöðvar um kerfi Mílu en um Sjónvarp Símans óháð neti væru aðeins framangreindar 10 stöðvar í boði. Á neðangreindri mynd mætti sjá muninn á þessum tveimur grunnpökkum; annars vegar „Grunnur“ um kerfi Mílu sem fæli í sér allar 13 stöðvarnar og hins vegar óháð neti sem innifæli 10 stöðvar, þ.e. ekki þær sem búið væri að merkja með rauðu x-i á myndinni.



(54) Til þæginda væri einnig búið að taka saman erlendar rásir og muninn á þjónustu í boði í töflu 2 hér:

Sjónvarp hjá Símanum óháð neti	Sjónvarpsþjónusta Símans	
	Heimur Grunnur	Heimur Allt
Food Network, Jim Jam, H2, Boomerang, National Geographic, BBC Brit, Sky News, SVT1, NRK1, DR1.	Food Network, Jim Jam, H2, Boomerang, National Geographic, BBC Brit, Sky News, SVT1, NRK1, DR1, Box hits, France24, VH1.	Food Network, Jim Jam, H2, Boomerang, National Geographic, BBC Brit, Sky News, SVT1, NRK1, DR1, Box hits, France24, VH1, Mezzo, Mezzo live HD, Extreme Sports, Motorsport.TV, Fine Living, National Geographic HD, CNBC, Bloomberg, CNN, Fox News, Cartoon Network, Disney XD, Baby TV, E!, GINX Esports TV, Travel Channel, TLC, Food, Network HD, MTV Hits, Magic, ARD, Pro Sieben, Sat1, 2DF, TVP Polonia, NRK Super, Eurosport, Eurosport 2, CBS reality, BBC Earth, BBC World News, History, History HD, Animal Planet, Discovery channel, Discovery World, Discovery Science, Investigation Discovery, TVE Rai Uno, Arte, M6, France 2, KVF SVT2, SVT1 HD, NRK2, DR Utra, DR3, DR2, DR1 HD.
Tafla 2.		

(55) Eins og sjá mætti á töflu 2 væri allt annað og meira framboð um sjónvarpsþjónustu Símans um kerfi Mílu heldur en um þjónustu „óháð neti“.

2.5.6. *Vöndlun Símans á efnisþjónustu og fjarskiptaþjónustu hefði mikil áhrif á ákvörðun neytenda um það, að hvaða fjarskiptafyrirtæki þeir beindu viðskiptum sínum*

(56) Síminn hefði frá árinu 2015 vöndlað saman fjarskiptaþjónustu og sjónvarpsþjónustu með góðum árangri fyrir Símasamstæðuna. Ráðið yrði af efni ákvörðunar PFS nr. 10/2018 að með því að vöndla saman þjónustu sína í bland með skermun hefði Símanum tekist að fjölga áskrifendum Símans mjög mikið.

(57) Sú OTT-lausn sem Síminn hefði nú hafið markaðssetningu og sölu á fæli í sér að vöndlað væri saman internetaðgangi, ótakmörkuðum heimasíma, sjónvarpsþjónustu Símans og tilboði um áskrift fyrir fimm farsíma með tífoldu gagnamagni í áskrift fyrir hvern farsíma. Augljóst væri að með því væri Síminn sem fjölmiðlaveita og umráðaaðili Sjónvarpsþjónustu Símans að beina viðskiptum að Mílu, tengdu fjarskiptafyrirtæki. Gengi framangreint í berhögg við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(58) Þá yrði að hafa í huga að tæknilega væri nokkur munur á framangreindum lausnum. IPTV lausn færi um lokað net og væri óháð gagnamagnstalningu, þ.e. notandi þyrfti ekki að kaupa gagnamagn til þess að nota IPTV efnisveitu. OTT

lausnir noti hins vegar mælt gagnamagn og því gæti það haft veruleg áhrif á val neytanda þegar OTT lausn væri stillt upp gegn vöndli með netáskrift með mjög rúmu eða jafnvel ótakmörkuðu gagnamagni.

(59) Neytandi sem keypti Sjónvarpsþjónustu Símans óháð neti yfir t.d. fjarskiptanet Vodafone þyrfti að greiða rúmlega 50% hærra verð til að fá sömu þjónustu og neytandi fengi með framangreindu vöndli Símans. Framangreindur verðmunur á þjónustu í vöndli kæmi skýrt fram í neðangreindri mynd:



Mynd 1.

(60) Að mati GR væru áhrif vöndulsins þau að fjölmiðlaveita Símans yrði ráðandi þáttur í að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki þvert á ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá virkaði 10x innifalið gagnamagn í fastagjaldi sem hvati fyrir neytendur til þess að horfa á fjölmiðlaveitu Símans yfir farsímanet án þess að greiða fyrir gagnamagn. Hafa mætti í huga að meðalgagnamagnsnotkun á farsíma á mánuði samkvæmt tölfræði PFS fyrir árið 2017 væri rétt tæplega 3 GB á mánuði. Í samantekt á mynd 1 væri gert ráð fyrir að viðskiptavinur keypti *Þrennu* sem væri áskriftarþjónusta farsíma sem fæli í sér 5 GB af gagnamagni og þar sem viðkomandi keypti einnig heimilispakka Símans þá fengi hann 50 GB sökum tífoldunar gagnamagns.

2.5.7. Óljóst væri hvort afhendingargæði á efnisveitu Símans yfir OTT-lausn, Sjónvarp Símans óháð neti, væru þau sömu og á efnisveitu Sjónvarpsþjónustu Símans um kerfi Mílu

(61) [...]

(62) ...

(63) ...]⁴

2.5.8. *Áhrif á samkeppni og samkeppnisaðila á markaði fyrir dreifiveitur (fjarskiptafyrirtæki) væri þegar veruleg og myndi aukast*

(64) Að mati GR tryggði OTT-lausn Símans neytendum ekki sama aðgang að fjölmiðlaveitu Símans og aðgangur að fjölmiðlaveitu Símans í gegnum Mílu.

(65) Þannig beindi Síminn sem fjölmiðlaveita viðskiptum neytenda að tengdu fjarskiptafyrirtæki með því að stilla upp tæknilegum lausnum sem ekki væru sambærilegar að gæðum eða umfangi þjónustu auk þess sem OTT lausnin væri mun dýrari.

(66) Framangreindar tæknilegar hindranir, verðmunur og vöndlun við aðrar fjarskiptaþjónustur hefði þau áhrif að fjölmiðlaveita Símans væri enn læst inni á fjarskiptanetum Símans og Mílu. Neytendum væri ekki tryggður jafn og sambærilegur aðgangur að fjölmiðlaveitu óháð neti líkt og Síminn fullyrti.

(67) Væru brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þannig áframhaldandi og fengi GR ekki séð að fyrirtækið hefði látið af þeirri háttsemi með framangreindri OTT lausn. Í reynd virtist OTT lausn Símans svara þörfum mjög lítils hluta neytenda, jafnvel engum, þar sem hún væri dýrari valkostur en vöndull Símans, með færri valkosti og virtist vera verri að gæðum fyrir neytendur. Hún væri í raun þjónusta sem fáir vildu og myndi ýta undir að neytendur sæju sér frekar hag í að taka tilboðum Símans sem fælust í vöndlun á þjónustum og þannig til lengri tíma minnka samkeppni og fækka valkostum á samkeppnismarkaði. Mætti segja að Síminn hefði stillt upp tveimur valkostum þar sem annar yrði nánast alltaf undir í samanburði, og mætti nýta sem sölupunkt af framlínu Símans. Kostnaður fyrir heimili að taka fleiri en einn myndlykil „óháð neti“ yrði slíkur að vandséð væri að nokkurt heimili myndi nýta sér þá þjónustu þegar henni væri stillt upp á móti heildarpakka hjá Símanum, Heimilispakkanum, sbr. samantekt á mynd 1.

(68) GR vísaði að öðru leyti til efnis ákvörðunar nr. 10/2018 og áréttaði að mjög brýnt væri að PFS tæki mál þetta til ítarlegrar skoðunar og eftir atvikum beindi hluta af þeim álitaeftum sem til úrlausnar væru til Samkeppniseftirlitsins, þar sem verulegar líkur væru til þess að sú háttsemi Símans sem að framan hefði verið lýst fæli einnig í sér brot gegn ákvæðum Samkeppnislaga nr. 44/2005, einkum 11. gr. þeirra laga.

(69) Þá væri ótalin sú staðreynd að við boð á þjónustu sinni byði Síminn viðskiptavinum enn áskrift á þjónustu sinni án endurgjalds í 2-3 mánuði. GR væri að fara inn í fjórða árið þar sem brot Símans stæði yfir og hefði nú þegar valdið GR skaða og héldi áfram að gera með óbreyttu ástandi.

⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

2.5.9. Beiðni um fund

(70) GR fór þess á leit við PFS að fulltrúar GR fengju fund með PFS til að útskýra frekar þau sjónarmið sem rakin voru í bréfinu.

(71) Sá fundur var haldin í húsakynnum PFS þann 26. september 2018.

2.6. Tölvupóstur PFS til Símans – 11. september 2018

(72) Þann 11. september 2018 sendi stofnunin Símanum tölvupóst með athugasemdum Vodafone, dags. 7. september 2018, og kvörtun GR, dags. 7. september 2018 um meint ítrekunarbrott Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í tölvupóstinum var Símanum jafnframt tjáð að þar sem kvartanir Vodafone og GR sneru að sömu háttsemi Símans og vörðuðu túlkun á sama lagaákvæði hefði PFS ákveðið að reka kvartanirnar tvær í einu og sama málinu.

(73) Aðilar málsins yrðu því Síminn, Vodafone og GR og hygðist PFS afhenda GR framangreint erindi Vodafone, dags. 9. júlí 2018, svarbréf Símans, dags. 27. ágúst 2018 og svarbréf Vodafone, dags. 7. september 2018. Enn fremur hygðist PFS afhenda Vodafone kvörtun GR, dags. 7. september 2018.

(74) Símanum var veittur frestur til þriðjudagsins 2. október 2018, til að tjá sig um bréf Vodafone og GR.

(75) Enn fremur óskaði PFS eftir því að Síminn gerði ítarlega grein fyrir þeirri OTT lausn sem félagið markaðssetti um miðjan ágúst 2018, m.a. að því er varðaði neðangreind atriði:

- tæknilega högun
- verð og samanburð verðs fyrir OTT og IPTV lausnir (t.d. með tilliti til vöndla og t.d. hvort 2-3 mánaða ókeypisskrif áskrift að Sjónvarpi Símans Premium væri í boði í báðum lausnum, verð fyrir aukamyndlykla o.fl.)
- Gæði (t.d. afhendingargæði, HD, seinkun, pakkastærðir o.fl.)
- Úrval/efnisval/valkostir
- Eiginleikar (t.d. innifalin þjónusta, aukamyndlyklar o.fl.)

(76) Enn fremur óskaði PFS eftir því að Síminn færði rök fyrir því að umrædd lausn væri fullnægjandi og fæli ekki í sér mismunun samanborið við þá IPTV lausn sem Síminn hefði árum saman boðið upp á, þannig að Síminn væri ekki áfram að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(77) Þá óskaði PFS eftir upplýsingum um fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium þann 1. október 2018, sundurliðað eftir umræddum tæknileiðum, þ.e. OTT annars vegar og IPTV hins vegar.

2.7. Krafa Símans um frestun – 24. september 2018

2.7.1. Inngangur

(78) Með tölvupósti til PFS, dags. 24. september 2018, kom fram að Síminn væri búinn að krefjast endurupptöku á máli nr. 10/2018 í ljósi þess að Vodafone neitaði afhendingu mikilvægra upplýsinga og gaf villandi og/eða leyndi upplýsingum fyrir PFS, og óskaði eftir að málinu yrði frestað þar til afstaða yrði tekin til kröfu Símans um endurupptöku málsins.

2.8. Tölvupóstur PFS til Símans – 25. september 2018

(79) Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 25 september 2018, kom fram að ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri í gildi og hefði bindandi réttaráhrif. Erindi Vodafone sem varðaði meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri nýtt mál sem ekki hefði bein áhrif á fyrri ákvörðun, enda reyndi á önnur atriði en voru til úrlausnar í fyrri ákvörðun, t.d. þýðingu OTT lausnarinnar til að leysa Símann undan broti. Krafa um endurupptöku eða afturköllun á ákvörðun nr. 10/2018 gæti því ekki frestað kvörtunarmáli um meint áframhaldandi brot Símans. Ekki frekar en að réttaráhrif stjórnvaldsákvörðunar frestaðist þegar hún væri kærð, sbr. 1. mgr. 29. gr. stjórnsýslulaga.

(80) PFS gæti því ekki orðið við beiðni Símans um frestun á máli um meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar til leyst hefði verið úr kröfu Símans um endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar nr. 10/2018.

(81) Þá var jafnframt upplýst að Nova hefði líst því yfir við stofnunina að félagið hygðist kvarta undan hinni nýju OTT lausn Símans og von væri á innleggi þeirra á allra næstu dögum.

2.9. Upplýsingaöflun PFS til Símans og Vodafone – 28. september 2018

(82) Með tölvupóstum PFS til Símans og Vodafone dags. 28. september 2018, óskaði PFS eftir eftirfarandi upplýsingum frá Símanum og Vodafone:

1. Hver var heildarfjöldi áskrifenda að IPTV félagsins þann 1. janúar 2017 annars vegar og 1. október 2018 hins vegar?

Þar af á xDSL _____

Þar af á ljósleiðara _____

2. Hver var heildarfjöldi myndlykla sem þeir áskrifendur voru með virka á sömu tímapunktum?

Þar af á xDSL _____

Þar af á ljósleiðara _____

3. Fjöldi áskrifenda á sömu tímamörktum með:		
	á xDSL	á ljósleiðara
1 myndlykil	_____	_____
2 myndlykla	_____	_____
3 myndlykla	_____	_____
4 myndlykla	_____	_____
5 myndlykla	_____	_____
..		
..		
..		

Taflan óskaðist framlengd þar til tæmandi talningu væri náð.

(83) Þá var jafnframt óskað eftir að Síminn veitti eftirfarandi upplýsingar sérstaklega:

4. Fjöldi áskrifenda Sjónvarps Símans Premium á IPTV 1. apríl, 1. maí, 1. júní, 1. júlí, 1. ágúst, 1. september og 1. október 2018?
5. Fjöldi áskrifenda að OTT lausn Símans 1. september og 1. október 2018?
6. Fjöldi áskrifenda að Heimilispakka Símans á sömu dagsetningum og í spurningu nr. 4.?
7. Er hægt að kaupa sjónvarpsþjónustu Símans á OTT án áskriftar að Sjónvarpi Símans Premium?
8. Er hægt að fá auka myndlykil í OTT þjónustunni á sama verði og aukamyndlykils í IPTV þjónustu Símans?
9. Er hægt að spegla myndefni í OTT þjónustu Símans á sama hátt og í IPTV þjónustu Símans, þ.e. að nýta áskrift á aukamyndlykil?
10. Er HD í boði í OTT lausninni?
11. Hefur Síminn að undanförunni verið að veita áskriftir að Sjónvarpi Símans Premium frítt í tiltekinn tíma (t.d. 2-3 mánuði)? Ef svo er gildir það bæði um IPTV og OTT lausnina?
12. Hefur Síminn að undanförunni verið að veita fjarskiptaþjónustu frítt í tiltekinn tíma (t.d. 2-3 mánuði)? Ef svo er hvaða fjarskiptaþjónusta er það?

2.10. Kvörtun Nova – 1. október 2018

(84) Með bréfi dags. 1. október 2018 kvartaði Nova vegna brota Símans á ákvæðum fjölmiðlalaga nr. 38/2011.

2.10.1. Kröfugerð

(85) Í kvörtun Nova krafðist félagið þess að PFS úrskurðaði að OTT lausn Símans vegna dreifingar á ólínulegu sjónvarpsefni, þar með talið Sjónvarp Símans Premium, fæli í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Jafnframt var þess krafist

að PFS legði á þær kvaðir sem PFS teldi valdheimildir sínar standa til þannig að Nova gæti dreift ólínulegu sjónvarpsefni Símans, þar með talið Sjónvarpi Símans Premium, eftir flutningsleið sem væri í reynd óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Loks var þess krafist að Síminn yrði látinn sæta hæfilegum stjórnsýsluviðurlögum í formi stjórnvaldssektar, sbr. 3. og 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011.

2.10.2. *Málsástæður og lagarök, önnur atvik*

(86) Nova hefði frá því í apríl 2016 boðið neytendum internetþjónustu fyrir heimili. Að afloknum miklum undirbúningi í tengslum við veitingu þjónustunnar var tekin ákvörðun af hálfu forsvarsmanna Nova um að internetþjónusta Nova yrði boðin yfir ljósleiðaranet Gagnaveitu Reykjavíkur (GR). Var enn fremur ákveðið að fyrst um sinn að minnsta kosti yrði þjónustan ekki í boði yfir fjarskiptanet Símans, þ.e. með heildsöluviðskiptum við dótturfyrirtæki Símans, Mílu. Ástæða þess var sú að þótt að vissulega hafi verið fyrir hendi kvaðir sem skylduðu Mílu til að veita umrædda þjónustu þá gat Nova ekki greint raunverulegan vilja hjá forsvarsmönnum eða þjónustuaðilum Mílu til að veita þjónustuna. Hið gagnstæða gildi um GR sem frá upphafi hefði lagt sig mjög fram við að veita Nova sem allra bestu þjónustu, bæði hvað varðaði gæði og afhendingu. Frá upphafi hefði Nova því einbeitt sér að veitingu internetþjónustu til heimila yfir ljósleiðaranet GR, en á þeim tíma sem liðinn væri hefði ekki orðið vart við mikinn áhuga Mílu á að keppa við GR um þessi viðskipti Nova.

(87) Nova hóf í ágúst 2018 að veita sjónvarpsþjónustu yfir netið, þ.e. með svokallaðri OTT leið. Hún fól í sér að neytendur gætu sótt sér OTT forrit (app) fyrir farsíma, fartölvur og Apple TV viðtökubox. Í fyrsta áfanga var eingöngu boðið upp á íslenskt sjónvarpsefni þriðju aðila í opinni, línulegri dagskrá. Þar var um að ræða RÚV, RÚV2, Sjónvarp Símans, Hringbraut, N4, opna glugga Stöðvar 2 og Tónlist.

(88) Þar sem lausnin væri fullkomin OTT lausn nægði neytandanum að sækja sér forrit/app án endurgjalds í mismunandi notkunartækjum, svo sem farsíma eða Apple TV. Gæti notandinn þá notað þjónustuna, algerlega óháð fjarskiptaneti sem hann væri tengdur og aðeins bundið við að notandinn væri staðsettur á Íslandi. Nova hygðist svo bæta við möguleika notenda til að kaupa sjónvarpsefni, svo sem áskriftarstöðvum Sýnar og sem flestu öðru efni sem Nova myndi fá möguleika til að endurselja í gegnum þessa aðgengilegu lausn, með heildsölusamningum við viðkomandi rétthafa efnis. Vegna þessa hefði Nova átt í viðræðum við ýmsa aðila varðandi efniskaup, svo sem fulltrúa Sýnar og Símans.

(89) Fjölmarginir viðskiptavinir Nova, sem höfðu nýtt sér internetþjónustu félagsins á þessum tíma sem liðinn var, hefðu sýnt því áhuga að hafa aðgang að sjónvarpsefni, svo sem því sem nú væri aðgengilegt í NovaTV, en einnig áskriftarefni, svo sem frá 365 Miðlum þegar það fyrirtæki starfaði, frá Vodafone og frá Símanum. Að mati Nova færi ekki á milli mála að fjölmarginir neytendur afreðu að nota ekki þjónustu Nova þar sem það gæti haft í för með sér að viðkomandi hefði ekki aðgengi að því sjónvarpsefni sem hún/hann óskaði sér.

(90) Þó væri sú staða uppi að þeir sem nota internet Nova gætu samt sem áður keypt sér aðgang að sjónvarpsefni Sýnar, þar sem það beindi ekki efnisviðskiptum eingöngu að ákveðnu fjarskiptaneti, heldur gerði mögulegt að það væri í boði yfir m.a. fjarskiptanet GR. Viðskiptavinir Nova í interneti hefðu hins vegar aldrei getað keypt aðgang að sjónvarpsefni Símans (Síminn Premium og IPTV lausnir Símans) og hefði það augljóslega verið hamlandi fyrir internetþjónustu Nova. Væri ástæða þessa að Síminn hefði ekki viljað nýta sér aðgangsléið fjarskiptakerfis GR. Væru þessar kringumstæður og atvik ítarlega rakin í ákvörðun PFS nr. 10/2018 en Nova kannaði nú réttarstöðu sína gagnvart broti Símans sem staðreynt var í þeirri ákvörðun og áhrifum þess á útbreiðslu þjónustu Nova.

(91) Á liðnum misserum hefði, eins og rakið væri í ákvörðun PFS, staðið yfir málarekstur þar sem aðilar á markaði hefðu amast yfir þeirri stöðu að Síminn hefði einskorðað vinsæla og eftirsóttu sjónvarpsþjónustu sína við eigið fjarskiptanet. Ákveðin kaflaskil urðu með ákvörðun PFS nr. 10/2018 þegar stofnunin að undangenginni ítarlegri rannsókn komst að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði gerst brotlegur við 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptum að eigin fjarskiptaneti. Taldi Nova að ákvörðun PFS hefði verið eðlileg, byggji á faglegri og viðamikilli rannsókn og að ekki léki vafi á réttleika hennar.

(92) Fram kæmi í ákvörðun PFS nr. 10/2018, sem tekin var 3. júlí 2018, að Síminn hefði haft möguleika á því að uppfylla skilyrði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með OTT lausn en þar sem Síminn hafði á þeim tíma ekki kynnt slíka lausn væri PFS ómögulegt að taka afstöðu til þess hvort að lausn, sem Síminn myndi hugsanlega kynna á seinni stigum, yrði talin fullnægjandi.

(93) Í ágúst 2018 kynnti Síminn svo umrædda lausn sem að mati Nova væri alls ekki OTT lausn og væri afbökun að kalla lausnina því nafni um leið og lausnin drægi augljóslega taum fjarskiptakerfis Símans. Að mati Nova uppfyllti lausnin ekki áskilnað 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og ástundaði Síminn því enn brot á því lagaákvæði að mati Nova.

(94) Síminni kynnti að neytendur gæti nú keypt aðgang að svokölluðu Sjónvarpi Símans Premium óháð fjarskiptaneti. Það væri rétt, svo langt sem það næði, að neytendur gætu gerst áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium og fengið myndlykil hjá Símanum sem væri tæknilega óháður fjarskiptaneti, þ.e. nefndur myndlykill gæti tengst yfir þráðlaust net (wifi) óháð þjónustuveitanda tengingarinnar, svo lengi sem gæði tengingar væru nægileg. Engu að síður væri um að ræða myndlykil sem notandinn yrði að útvega sér hjá Símanum, þ.e. sérstakt tæki fyrir þessa ákveðnu þjónustu. Á sama tíma hefði notandinn einnig möguleika á að sækja sér forrit/app í farsíma, en myndlykillinn væri þó nauðsynlegur grunnbúnaður. Kostnaður fyrir þessa þjónustu væri þess utan hærri ef neytandinn keypti ekki fjarskiptaþjónustu hjá Símanum en ef annars væri, auk þess sem þjónustan væri mun takmarkaðri en sú hefðbundna myndlyklapjónusta sem Síminn veitti.

(95) Nova hefði sem fyrr sagt hleypt af stokkunum OTT lausn sem neytendur gætu nýtt sér á Íslandi og fengið þar gott aðgengi að opnu efni íslenskra sjónvarpsstöðva í gegnum NovaTV. Nova hyggðist einnig sem fyrr segði auka framboð efnis í NovaTV og myndi gera það með heildsöluviðskiptum við efnisréthafa.

(96) Nú stæðu yfir samningaviðræður Nova og Sýnar og stæðu vonir til þess að áður en langt um liði myndi áskriftarefni frá Sýn verða aðgengilegt í NovaTV. Sama gilti um efni frá fleiri aðilum. Með þessu hefði Nova opnað nýtt markaðstorg á Íslandi fyrir sjónvarpsefni sem viðkomandi efnisveitandi byði upp á sem og um leið þær auglýsingar sem fylgdu viðkomandi efnisveitanda og efni hans. NovaTV væri þannig miðlari efnis en Nova væri ekki framleiðandi efnis eða réttihafi, nema þá óbeint svo sem gegnum NovaSnappið og þvíumlíkt. Tilraunir Nova til að ná samningum við Símann um miðlun efnis frá Sjónvarpi Símans hefðu hinsvegar eingöngu náð til opinnar dagskrár og 48 tíma endurbirtingar á efni með auglýsingum. Eftir að hafa átt nokkra fundi með forráðamönnum Símans taldi Nova ljóst að Síminn hefði ekki áhuga á því að Nova hefði milligöngu um sölu á Sjónvarpi Símans Premium. Ekki hefði skapast grundvöllur til viðskipta um dreifingu á Premium hlutanum, sem Síminn þó kappkostaði að kynna víða og legði kapp á að selja sem flestar áskriftir að. Fyrir þessari tregðu af hálfu Símans lægi að mati Nova eingöngu sú ástæða að Síminn sem fjölmiðlaveita vildi beina viðskiptum áskrifenda að tengdu fjarskiptaneti, þ.e. fjarskiptakerfi Símans.

(97) Nova taldi að hin nýja lausn Símans gæti því engan veginn talist fullnægjandi m.t.t. áskilnaðar 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda fæli lausnin í sér að viðskiptavinum Símans með sjónvarpsefni væri beint til fjarskiptanets Símans, þó að út af fyrir sig væri tæknilega mögulegt fyrir viðskiptavininn að nálgast efnið yfir önnur fjarskiptanet. Svo sem fram hefði komið fælist í lausninni í fyrsta lagi að notandinn þyrfti að fá sér sérstakan myndlykil Símans, í öðru lagi að þjónustan væri takmarkaðri og óhagkvæmari en þegar hún var keypt ásamt fjarskipta/internetþjónustu Símans og í þriðja lagi og síðast en ekki síst að Nova væri ekki veitt tækifæri til þess að miðla sjónvarpsefni Sjónvarpi Símans Premium yfir OTT lausn Nova, NovaTV.

(98) Hvað fyrsta atriðið varðaði þá fælist í þjónustu Símans að neytandinn skyldi hafa yferráð yfir myndlykli og umræddur myndlykill veitti aðgang að þjónustunni. Þjónustan væri auglýst á 7.900 kr. og samkvæmt upplýsingum Nova væri lykillinn takmarkaður við einn notanda, ólíkt hefðbundinni áskrift á fjarskiptaneti Símans þar sem í boði væru allt að fimm aukalyklar fyrir sömu áskrift. Það að spyrða þjónustuna við myndlykil Símans fæli í sér að um væri að ræða hefðbundna myndlyklaþjónustu. Eina breytingin væri að þessum myndlykli væri leyft að tengjast á þráðlausan hátt við hvaða þráðlausu net sem er. Af þessu atriði leiddi að ekki væri um að ræða OTT þjónustu og lausnin drægi auk þess taum fjarskiptakerfis Símans í gegnum verðlagningu hennar.

(99) Hvað annað atriðið varðaði þá væri ljóst að bæði ofangreind takmörkun, sem og verðlagning þjónustunnar, ýtti undir að neytendur kysu frekar að taka þjónustuna með hefðbundnum hætti í gegnum fjarskiptaþjónustu Símans. Grunnverð þjónustunnar væri t.a.m. 7.200 kr. í hefðbundinni sjónvarpsáskrift Símans en 7.900 kr. í þessari nýju og takmörkuðu leið Símans. Með Heimilispakkanum, sem spyrðir saman fjölmarga þjónustupætti, ykist munurinn verulega og allt hnígi þetta að sama marki, að draga fram ávinning tengdu fjarskiptaneti Símans.

(100) Síðast en ekki síst taldi Nova að það að Nova byðist ekki að miðla sölu á efnisréttindum Símans í gegnum NovaTV væri sönnun þess að Síminn legði sig í líma við að beina viðskiptum að eigin fjarskiptaneti. Ef Síminn sem fjölmiðlaveita væri með öllu ótengd fjarskiptaneti Símans væri dagljóst að það hlyti að vera fagnaðarerindi fyrir Símann að gera heildsölusamninga við öflugra miðlara á efnisréttindum Símans sem er það sem Nova óskaði eftir varðandi Sjónvarp Símans Premium. Með því móti næði Síminn að auka fjölda áskrifta og afla aukinna tekna fyrir þjónustuna. Því væri hins vegar ekki að heilsa, forráðamenn Símans virtust ekki hafa áhuga á því að nýta sér áhrifamikla miðlun efnisréttinda þeirra, vegna þess að það drægi ekki taum fjarskiptakerfis Símans. Með slíkri afstöðu væri Síminn, hvað varðar brot félagsins og ákvörðun PFS nr. 10/2018, að flagga lausn sem ætti í orði að heita opnun á þjónustu yfir önnur fjarskiptanet en Símans en væri það ekki í raun. Um leið væri lokað fyrir eðlilegt viðskiptasamband þar sem Síminn myndi hafa hag af sölu sem flestra efnisáskrifta, í þeim tilgangi að nota efnið til þess að verja og hampa eigin fjarskiptaneti.

(101) Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga er fjallað um ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna með eftirfarandi hætti: „*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.*“

(102) Að mati Nova léki ekki vafi á því að bannregla 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, gegn því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, tæki bæði til tæknilegra og viðskiptalegra aðferða sem fjölmiðlaveita kynni að beina í þessu skyni. Augljóst væri að þau skilyrði og þeir skilmálar sem Síminn viðhefði varðandi aðgengi að Sjónvarpi Símans Premium

beindi, beint eða óbeint, viðskiptum viðskiptamanna Sjónvarps Símans að fjarskiptaneti Símans. Enga nauðsyn bæri til þess af hálfu Símans að setja þessi skilyrði fyrir aðgengi að efninu. Þannig fæli hin svokallaða OTT lausn Símans í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(103) Að öðru leyti tæki Nova undir rökstuðning og forsendur ákvörðunar PFS nr. 10/2018 varðandi úrlausn um háttsemi Símans og heimfærslu til ákvæða fjölmiðlalaga.

(104) Það væri von Nova að leikreglur á markaði væru sanngjarnar og veittu íslenskum neytendum eðlilegt val og nauðsynlegt aðgengi að þjónustubáttum á sem margvíslegastan hátt, eftir vilja og áherslu neytandans í takt við þá miklu tækni- og þjónustuframþróun sem nú ætti sér stað. Með því móti einu næði ásetningur löggjafans með setningu fjölmiðlalaga fram að ganga, sbr. í þessu sambandi einkum 5. mgr. 45. gr. þeirra. Þannig gæti samkeppni átt sér stað á viðskiptalegum forsendum þar sem fjölbreytni réði ríkjum um leið og efnisrétthafi hefði tækifæri til þess að hámarka arðsemi af framboði sínu.

2.11. Tölvupóstur PFS til Símans – 2. október 2018

(105) Með tölvupósti dags. 2. október 2018 framsendi PFS kvörtun Nova dags. 1. október 2018, um meint ítrekunarbrott Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga til Símans. Þá var Símanum jafnframt tjáð að þar sem kvartanir Vodafone, GR og Nova sneru allar að sömu háttsemi Símans og vörðuðu túlkun á sama lagaákvæði hefði PFS ákveðið að reka kvartanirnar í einu og sama máli.

(106) Aðilar málsins yrðu því Síminn, Vodafone, GR og Nova og var Símanum veittur frestur til 10. október til að tjá sig.

2.12. Athugasemdir Vodafone - 5. október 2018

(107) Með bréfi, dags. 5. október 2018, bárust PFS athugasemdir Vodafone vegna erindis Símans frá 24. september sama ár, þar sem farið var fram á endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Erindið hefði verið sent Vodafone til upplýsinga en gefinn kostur á að koma að athugasemdum til 5. október.

(108) Erindi Símans byggði á svo veikum grunni að mati Vodafone að það gæfi ekki tilefni til umfangsmikillar umfjöllunar en hér færu helstu athugasemdir:

2.12.1. Um retail mínus eða fastar lágmarksgreiðslur

(109) Að mati Vodafone væri hallað réttu máli og framsetning Símans einkennst af vanstillingu. Kjarni málsins væri sá að Vodafone hefði aldrei haldið fram undir rekstri málsins að önnur hvor aðferðin (retail mínus eða fastar lágmarksgreiðslur) væri algild regla. Hins vegar hefði félagið bent á og PFS tók undir þá ábendingu að eins og á stóð í málinu, hefði verið ómálefnalegt af Símanum að krefjast himinhárra lágmarksgreiðslna. Flóknara væri það ekki.

(110) Þá væri það alrangt, sem haldið væri fram í erindi Símans, að engin dæmi myndu í innlendum samningum um retail mínus aðferðina. Undir rekstri málsins hefði verið bent á dæmi um innlenda samninga þar sem stuðst hefði verið við retail mínus og væri óþarfi að endurtaka það í þessu máli enda réði það engu um niðurstöðu málsins.

(111) Þá lagði Síminn fram samning frá 5. október 2011, milli Fjarskipta og Skjásins og byggði endurupptökukröfu á því gagni. Hefði félaginu verið í lófa lagt að leggja þann samning fram á fyrri stigum og hefði hann augljóslega enga þýðingu á þessu stigi. Ekki skyldi því þó haldið fram að Síminn hefði kosið að leyna þessum samningum fram til þessa.

(112) Þá hélt Síminn því fram að Vodafone hefði leynt dreifingarsamningi Vodafone og 365. Öllum slíkum dylgjum væri vísað á bug sem tilhæfulausum. Samningurinn hefði einfaldlega ekki haft neitt sjálfstætt gildi í málinu, enda krafa Símans um lágmarksgreiðslur ómálefnaleg eins og á stóð. Gilti einu hverjar innlendar eða erlendar viðskiptavenjur kynnu að hafa verið á þeim tíma.

2.12.2. *Um heimildir til endurupptöku og/eða afturköllunar*

(113) Síminn virtist byggja endurupptökukröfu sína á að ákvörðun PFS hafi byggst á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik. Samkvæmt ummælum í greinargerð með frumvarpinu sem varð að stjórnarsýslulögum yrði að vera um að ræða upplýsingar sem byggt hefði verið á við ákvörðun málsins en ekki rangar eða ófullnægjandi upplýsingar um atvik sem hefðu mjög litla þýðingu við úrlausn þess.

(114) Væru forsendur ákvörðunar PFS greindar kæmi í ljós að PFS byggði alls ekki úrlausn sína á þeim atvikum sem Síminn héldi nú fram að hefði haft verulega þýðingu við úrlausn málsins. Með öðrum orðum hafði ágreiningur um hvort retail mínus eða lágmarksgreiðslur væru meginreglur í viðskiptum af þessu tagi og þar með samningarnir sem Síminn vísaði nú til, enga eða a.m.k. mjög takmarkaða þýðingu við úrlausn málsins.⁵

⁵ Orðrétt sagði um þetta í forsendum PFS: “Þá ber að geta þess að krafa um „minimum guarantee“ verður að mati PFS því ómálefnalegri því fleiri sem viðskiptavinirnir eru sem Síminn hefur fengið til sín í áskrift að Sjónvarpi Símans Premium, sem flestir eru einnig viðskiptavinir Símans með Heimilispakkann. Eins og áður segir voru viðskiptavinir Símans með Sjónvarp Símans Premium orðnir um [...] í árslok 2016 og hafði þá fjölgað um [...] á því rúma ári sem leið frá því að Síminn kynnti hið nýja fyrirkomulag til sögunnar. Í dag eru þessi viðskiptavinir orðnir um [...] og hefur ekki fjölgað að ráði frá haustinu 2017. Því virðist markaður fyrir Sjónvarp Símans Premium vera orðinn vel mettaður í dag og var í raun orðinn það að miklu leyti í árslok 2016, miðað við þróunina síðan. Við þessar kringumstæður, sérstaklega þegar liða tók á árið 2016 og allar götur síðan, verður að telja að Vodafone hefði verið afar þröngur stakkur sniðinn við að tryggja nauðsynlegan fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium til að hafa upp í lágmarksgjald það sem Síminn var með í huga, sem Síminn að vísu opinberaði ekki fyrr en seint á árinu 2017, og þá með skilyrði á þá leið að viðskiptavinir Vodafone á kerfum GR (um [...]%) viðskiptavina Vodafone) gætu ekki nýtt sér þjónustuna. Að mati PFS gerði það skilyrði það að verkum að hið umrædda tilboð Símans var óaðgengilegt fyrir Vodafone. Með því að ganga að umræddu tilboði hefði Vodafone verið að mismuna viðskiptavinum sínum um aðgang að sjónvarpsefni eftir því hvaða fjarskiptanet væri

(115) Ákvörðun PFS byggði hins vegar á fjölmörgum öðrum atvikum, sem virt heildstætt, töldust sönnun á broti og vísaðist til ákvörðunar PFS hvað það varðaði.

(116) Krafa Símans um afturköllun á þeim grundvelli að ákvörðun PFS væri ógildanleg væri ekkert rökstudd. Því væri einungis haldið fram að málið hefði ekki verið rannsakað en málið hefði hlotið ítarlega rannsókn um þriggja ára skeið og líklega um umfangsmestu rannsókn í sögu PFS og væri málsástæðunni því mótmælt sem haldlausri. Með vísan til alls framangreinds var þess krafist af Vodafone að beiðni Símans um endurupptöku og/eða afturköllun ákvörðunar PFS nr. 10/2018 yrði alfarið hafnað.

2.13. Stefna Símans – 9. október 2018

(117) Síminn höfðar mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þann 9. október 2018 gegn PFS, Vodafone, GR og Mílu.

(118) Síminn krafðist þess aðallega að ákvörðun PFS nr. 10/2018 yrði felld úr gildi í heild sinni og til vara að 6. tl. um álagningu stjórnvaldssektar yrði felld úr gildi, eða sektarfjárhæð lækkuð verulega auk kröfu um málskostnað.

2.14. Upplýsingar Vodafone – 11. október 2018

(119) Með tölvupósti dags. 11. október 2018 bárust PFS svör Vodafone vegna upplýsingaöflunar PFS um IPTV þjónustur Vodafone og Símans sem sent var með tölvupósti dags. 28. september 2018.

1. Hver var heildarfjöldi áskrifenda að IPTV félagsins þann 1. janúar 2017 annars vegar og 1. október 2018 hins vegar?

1.1.2017

1.10.2018

Heildarfjöldi áskrifenda:

Þar af á xDSL:

Þar af á ljósleiðara:

2. Hver var heildarfjöldi myndlykla sem þeir áskrifendur eru með virka á sömu tímapunktum?

1.1.2017

1.10.2018

Heildarfjöldi myndlykla:

Þar af á xDSL:

Þar af á ljósleiðara:

undirbyggjandi. Telur PFS að umrætt skilyrði undirstriki þann ásetning Símans að binda umrætt myndefni við net tengds fjarskiptaþyrtaekis.”

3. Fjöldi áskrifenda á sömu tímapunktum með:

1.1.2017		1.10.2018	
á xDSL	á ljósleiðara	á xDSL	á ljósleiðara

1 myndlykil
2 myndlykla
3 myndlykla
4 myndlykla
5 myndlykla
6 myndlykla
7 myndlykla ⁶

2.15. Athugasemdir Símans – 18. október 2018

(120) Athugasemdir Símans við erindum Vodafone, GR og Nova bárust með bréfi dags. 18. október 2018.

(121) Í athugasemdum Símans kom fram að meint brot Símans skv. Vodafone, GR og Nova væru einkum talin felast í því að sjónvarpsþjónusta Símans, Sjónvarp hjá Símanum – óháð neti, sem nýlega hefði verið markaðsfærð væri ekki fullnægjandi „OTT“ lausn og bryti því gegn ákvæðum fjölmiðlalaga. Síminn hafnaði því að markaðsfærsla þjónustunnar færi gegn ákvæðum fjölmiðlalaga. Framboð á þjónustunni gerði það þvert á móti að verkum að Síminn byði nú fullnægjandi OTT lausn sem væri óháð kerfum og gæti því ekki talist brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ef horft væri til forsendna fyrir niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Af þeirri ástæðu væri frekari málsmeðferðar í málinu óþörf.

(122) Með bréfi dags. 27. ágúst 2018 skilaði Síminn athugasemdum við upphaflegri kvörtun Vodafone í málinu. Var vísað til þeirra sjónarmiða sem þar kæmu fram. Að öðru leyti byggði Síminn á þeim sjónarmiðum sem á eftir færu.

2.15.1. Lögmætisregla stjórnisýsluréttar

(123) Síminn krefðist þess að PFS hafnaði því að taka erindi GR, Vodafone og Nova til meðferðar þar sem lagaheimild til handa stjórnvaldinu skorti. Taldi Síminn því málsmeðferð PFS ekki styðjast við viðhlítandi lagaheimild sem áskilið væri samkvæmt lögmætisreglu stjórnskipunar og stjórnisýsluréttar.

(124) Síminn byggði á því að þegar fjölmiðlalög væru lesin í heild, sér í lagi VII. kafli laganna væri ljóst að PFS væri ekki ætlað að skera úr ágreiningi aðila vegna sjónvarpsefnis til myndmiðlunar eftir pöntun. Eina lagastoð fyrir aðkomu PFS vegna ágreinings um myndefni væri að finna í 46. gr. fjölmiðlalaga. Samkvæmt 2. mgr. 46. gr. gæti aðili þegar ekki tækist samkomulag um flutning sjónvarpsútsendinga beint málinu til PFS sem skæri úr ágreiningi aðila með ákvörðun ef ekki reyndist mögulegt að sætta aðila máls. Hvergi í lögnum væri hins vegar mælt fyrir um heimild PFS til aðkomu að ágreiningi aðila vegna ágreinings sem snýr að myndmiðlun eftir pöntun. Í skýringum með 45. gr. laganna væri

⁶ Fellt brott vegna trúnaðar.

sérstaklega tekið fram að það nái ekki til myndmiðlunar eftir pöntun. Skortur á lagastoð ætti jafnframt við um upplýsingabeidni PFS sem sýndi í raun hversu langt PFS væri komin út fyrir valdsvið sitt. Í málinu væri tekist á um stjórnarskrárvarin réttindi um friðhelgi eignaréttinda og réttinn til atvinnufrelsis, sbr. 72. og 75. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, sem óheimilt væri að skerða nema með lögum. Yrði að túlka allar íþyngjandi ráðstafanir stjórnvalda í þá veru þröngt.

(125) Síminn byggði á því að flutningsréttur skv. 45. gr. fjarskiptalaga næði einungis til sjónvarpsútsendinga eins og fram kæmi í lagatextanum sjálfum og staðfest væri enn frekar í umfjöllun í greinargerð. Þar væri sérstaklega tiltekið að flutningsréttur gildi ekki um myndmiðlun eftir pöntun. Þar sem 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga heimili PFS einungis að beita stjórnvaldssektum ef brotið er gegn flutningsrétti kæmi beiting þess ekki til greina þar sem brot gegn flutningsrétti væri ómögulegt þegar um væri að ræða myndmiðlun eftir pöntun. Rök Símans hvað þetta varðaði hefðu verið ítarlega rakin undir málsmeðferð í máli nr. 10/2018. Á þessi stigi málsins væri ekki talin ástæða til að endurtaka öll fyrri rök sem farið hefði verið yfir undir rekstri þess máls. Allur réttur væri þó áskilinn eftir því sem tilefni yrði til héldi málsmeðferð PFS áfram í málinu.

2.15.2. *Upplýsingabeidni/Trúnaðarupplýsingar*

(126) Samhliða framsendingu erinda Vodafone og GR óskaði PFS með tölvupóstum dags. 25. og 28. september 2018, eftir ítarlegum upplýsingum frá Símanum.

(127) Áður en endanlega afstaða yrði tekin til upplýsingabeidni PFS yrði tvennt að liggja fyrir að mati Símans.

(128) Í fyrsta lagi óskað Síminn eftir því að PFS upplýsti um á grundvelli hvaða lagaheimildar upplýsingabeidni PFS byggði. Eina lagaheimild PFS til að afla upplýsinga frá aðilum máls vegna VII. kafla fjölmiðlalaga væri að finna í 5. mgr. 46. gr. laganna. Þar kæmi fram að aðilum væri skylt að láta PFS í té allar upplýsingar og gögn sem hún teldi nauðsynleg vegna meðferðar mála samkvæmt þeirri grein. Hvergi annars staðar í lögnum væri veitt lagaheimild til að afla gagna frá aðilum máls.

(129) Lagaákvæði 46. gr. fjallaði um það að ef fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki næðu ekki saman um flutning sjónvarpsútsendinga þá gæti aðili beint málinu til PFS sem bæri að skera úr ágreiningi aðila eins og nánar er mælt fyrir um í ákvæðinu.

(130) Allar ákvarðanir og athafnir stjórnvalda yrðu að eiga sér viðhlítandi stoð í lögum samkvæmt lögætisreglu stjórnsýsluréttar. Í reglunni fælist að einungis löggjafinn hefði vald til að mæla fyrir um það með lögum, innan þeirra marka sem stjórnarskrá heimilar, að hvaða leyti og með hvaða hætti stjórnvöldum sé heimilt að íþyngja aðilum máls með ákvörðunum og/eða athöfnum sínum.

(131) Samkvæmt tilvitnuðu lagaákvæði 5. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga takmarkaðist lagaheimild PFS til upplýsingaöflunar við að afla gagna vegna ágreinings aðila við gerð samnings um flutning sjónvarpsútsendinga. Síminn teldi því lagaheimild skorta fyrir upplýsingabeidni stofnunarinnar frá 25. og 28. september 2018.

(132) Í þessu sambandi þætti Símanum jafnframt vert að minna á það að við málsmeðferð í máli nr. 10/2018 óskaði PFS eftir upplýsingum frá Vodafone um samninga félagsins við efnisrétthafa. Var sú beiðni gerð að undangenginni kröfu Símans um að PFS, í samræmi við 10. gr. stjórnarsýslulaga, rannsakaði og aflaði gagna um það hvort það væri meginregla í viðskiptum um kaup á efni til dreifingar að samið væri um fastar lágmarksgreiðslur (e. minimum guarantee). Vodafone hafnaði því að veita þessar upplýsingar. Á fundi sem haldinn var hjá PFS með Símanum var því lýst yfir að höfnun Vodafone á því að verða við upplýsingabeidni PFS yrði metin félaginu í óhag, þ.e. þannig að málatilbúnaður Símans að þessu leyti yrði lagður til grundvallar. Af þeim sökum taldi Síminn ekki ástæðu til að ganga frekar á eftir rannsókn PFS hvað þetta varðaði. Í endanlegri ákvörðun PFS var hins vegar komist að þeirri niðurstöðu, án rannsóknar, að fastar lágmarksgreiðslur væri ekki sú aðferð sem almennt væri notuð við kaup á efni til dreifingar.

(133) Í kjölfar ákvörðunarinnar hefði Síminn átt í samskiptum við Vodafone þar sem Vodafone lagði fram skjal sem sýndi það svart á hvítu að það er meginregla í samningum um dreifingu á sjónvarpsefni að samið sé um fastar lágmarksgreiðslur. Síminn sendi PFS meðfylgjandi samninga þar sem framangreind meginregla væri staðfest.

(134) Með framgöngu sinni og höfnun á því að afhenda PFS upplýsingar hefði Vodafone í raun leynt upplýsingum og haft áhrif á niðurstöðu málsins með því.

(135) Í annan stað hefði Vodafone í sérstöku máli óskað eftir aðgangi að upplýsingum sem Síminn sendi PFS í trúnaði undir rekstri máls nr. 10/2018. Um væri að ræða viðkvæmar viðskiptaupplýsingar um starfsemi Símans. Síminn gerði kröfu um að PFS upplýsti um það að hvaða marki upplýsingarnar yrðu afhentar öðrum aðilum málsins. Síminn teldi að málarekstur Vodafone skýrðist ekki af raunverulegum vilja til að fá aðgang að efni Símans. Ef svo væri hefðu aðilar samið sín á milli fyrir löngu síðan. Síminn taldi að málarekstur Vodafone skýrðist ekki síst af því að ákvarðanir Vodafone nýttust félaginu í samkeppni við Símann. Upplýsingabeidni Vodafone sýndi að í ofanálag gerði félagið kröfu um að fá aðgang að trúnaðarupplýsingum Símans til að nýta í sinni starfsemi

(136) Með hliðsjón af framansögðu skyldi það varla undra að Síminn vildi fara varlega í það að afhenda PFS viðkvæmar viðskiptaupplýsingar félagsins. Væri því gerð sú krafa, áður en Síminn tæki afstöðu til upplýsingabeidni PFS, á hvaða lagaheimild hún byggði og jafnframt að PFS rökstyddi hvaða þýðingu upplýsingarnar hefðu fyrir málsmeðferð í málinu. Aukinheldur væri rétt að PFS myndi upplýsa um það fyrirfram hvort eitthvað af umbeðnum upplýsingum myndu

verða afhentar öðrum aðilum málsins ef gerð yrði krafa um aðgang að upplýsingunum.

2.15.3. *Krafa um frestun málsmeðferðar*

(137) Síminn krafðist þess að málsmeðferð í málinu yrði frestað. Röksemdir fyrir frestun væru þær að Síminn hefði höfðað mál til að fá ákvörðun nr. 10/2018 ógilda. Ákvörðunin væri verulega þyngjandi fyrir Símann og fæli í sér verulegt inngríp af hálfu PFS á markað sem væri í mikilli mótun. Því gætu afleiðingar af ráðstöfunum og málsmeðferð sem PFS héldi uppi þar til endanlega yrði skorið úr málinu verið óafturkræfar og/eða mjög vandasamt að vinda ofan af þeim.

(138) Í þessu sambandi skipti einnig máli að verulegur vafi léki á lögmæti ákvörðunar PFS. Taldi Síminn að réttmætur vafi væri til staðar um lögmæti ákvörðunarinnar og því yrði félagið að fá að njóta vafans í þeim skilningi að fá svigrúm til að láta reyna á málið fyrir dómstólum. Um væri að ræða flókið álitaefni enda ákvörðun PFS nærri 500 bls. ef málavaxtalýsing í viðauka væri talin með. Á fundum með starfsmönnum PFS hefði því jafnframt verið list af hálfu stofnunarinnar að um væri að ræða flóknasta mál sem stofnunin hefði tekist á við. Í svo viðamiklu og flóknu máli sem gæti haft verulega þýðingu fyrir þróun þeirra markaða sem málið varðaði væri eðlilegt að stjórnvöld veittu aðilum máls svigrúm til að fá endanlega úrlausn sinna mála nema sérstök rök leiddu til annarrar niðurstöðu. Samræmdist það einnig sjónarmiðum um meðalhóf.

(139) Síminn vísaði einnig til þess að í niðurstöðu ákvörðunar PFS í máli nr. 10/2018 kæmi fram að Síminn hefði getað komið í veg fyrir meint brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að semja við Vodafone um aðgang að sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun eða með því að bjóða OTT lausn við dreifingu á ólínulegu myndefni sem væri óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum.⁷

(140) Hvað varðaði samninga við Vodafone væri það niðurstaða PFS að Síminn hefði ekki sýnt nægilegan samningsvilja í samningaviðræðum við Vodafone og það þrátt fyrir að PFS teldi að ástæður þess að samningar tókust ekki mætti einnig rekja til Vodafone.⁸ Síminn hafnaði því alfarið að ástæður þess að samningar á milli aðila hefðu ekki tekist, mætti frekar rekja til hans en Vodafone. Eins og PFS væri kunnugt

⁷ Á bls. 180 í ákvörðun PFS nr. 10/2018 segir m.a.: „Í fyrsta lagi hefði félagið getað samið við Vodafone um aðgang þess félags að umræddu ólínulegu myndefni gegn eðlilegu endurgjaldi ef Síminn hefði kosið að gera slíkan samning og félögin hefðu náð saman á viðskiptalegum forsendum. Í öðru lagi hefði Síminn getað boðið upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það gerði Síminn ekki, en félagið hefur upplýst um það undir rekstri málsins að slík lausn væri í þróun og nú nýlega tilkynnti Síminn um að félagið hygðist taka slíka lausn í notkun, m.a. við dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium, í ágúst næstkomandi. Það á svo eftir að koma í ljós hvort sú lausn verði fullnægjandi til að aflétta því ástandi sem uppi hefur verið frá haustinu 2015.“

⁸ Sjá m.a. umfjöllun á bls. 127 í ákvörðun nr. 10/2018: “Þegar horft er yfir sögu málsins má þó einnig segja að Vodafone hefði getað haft uppi markvissari kröfugerð sem byggði skýrar á viðskiptasambandi efnissala og dreifingaradila, sérstaklega eftir að fordæmi um slíkan samning liggur fyrir með samningi málsaðila um dreifingu EM í knattspyrnu á línulegu sjónvarpsrásinni Síminn Sport og ólínulegu efni sem henni fylgdi.“

um gerði Síminn kröfu um það í samningum sínum við Vodafone að samið yrði um lágmarksgreiðslur. Vodafone hefði ekki á nokkru stigi málsins verið til viðræðu um að greiða lágmarksgreiðslur. Eftir að ákvörðun PFS var tekin hefði síðan komið í ljós að í þeim samningum sem Vodafone hefði gert um kaup á myndefni hefði verið samið um lágmarksgreiðslur en ekki notuð smásölumínusaðferð. Vísaði Síminn í því sambandi til fylgiskjala 1-3 sem fylgdu erindinu.

(141) Síminn taldi það liggja fyrir að Vodafone væri sá aðili sem kæmi í veg fyrir að aðilar næðu samningi sín á milli með því að hafna alfarið samningsgrundvelli sem byggði á þeim meginviðmiðum sem notuð væru í samningum um myndefni til dreifingar og gerðu í stað kröfu um að beitt yrðu viðmiðum sem þekktust almennt ekki. Boð Símans um að samið yrði á milli aðila og miðað við fastar lágmarksgreiðslur stæði enn. Því hefði ekki verið, og væri ekki, skortur á samningsvilja af hálfu Símans. Því væri ljóst að Síminn hefði ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hvorki þá né nú. Af þeim sökum fengi ákvörðun nr. 10/2018 ekki lengur staðist.

(142) Í nýlegu máli sem hefði verið talsvert í fréttum vegna úrskurðar úrskurðarnefndar í auðlinda- og umhverfismálum þar sem leyfi fyrir fiskeldi voru felld úr gildi sá ríkisstjórn Íslands sérstaka ástæðu til að leggja fram lagafrumvarp til að tryggja að aðilar málsins fengju ráðrúm til að leita niðurstöðu dómstóla án þess að starfseminni yrði raskað á meðan. Sjónarmið af þeim toga ættu við í tilviki Símans þó málin væru ekki að öllu leyti sambærileg. Væri vísað til sjónarmiða sem lægju að baki vilja löggjafans í því máli, sem jafnframt nyti stuðnings ríkisstjórnar, að gætt væri meðalhófs og ekki komið í veg fyrir það í raun að Síminn fengi leitað réttar síns að fullu. Ættu því að mörgu leyti sömu sjónarmið við og um heimild til frestunar réttaráhrifa.⁹

(143) Taldi Síminn að hagsmunir félagsins í þessu sambandi væru mun ríkari en hagsmunir þeirra aðila sem hefðu kvartað til PFS. Ekki yrði t.d. séð að niðurstaða þessa máls hefði nokkra þýðingu fyrir GR. Með réttu ætti GR ekki að vera aðili að málinu. Vodafone væri markaðsráðandi aðili á mörkuðum fyrir dreifingu á sjónvarpsefni og sölu á áskriftarsjónvarpi og allar ráðstafanir PFS því fyrst og fremst fallnar til þess að styrkja þá stöðu.

(144) Það væri því sanngjörn krafa og í samræmi við meðalhóf að PFS frestaði málsmeðferð í málinu þar til endanleg úrlausn um það hvort ákvörðun nr. 10/2018 fengi að standa.

2.15.4. *Bann við framsali í dreifingarsamningum*

(145) Síminn byggði á því að ómöguleiki væri til staðar fyrir því að kröfur kvartenda um aðgang að efni í Sjónvarpi Símans Premium næðu fram að ganga. Réðist það af því að í samningum við efnisrétthafa væri almenn venja að bann væri lagt við framsali til óskylds þriðja aðila. Af þeim sökum þyrfti Síminn að leita

⁹ Sjá m.a. rökstuðning af svipuðum toga: Þorvaldur Heiðar Þorsteinsson, Tímarit lögfræðinga 2. tbl. 2014, Heimildir stjórnvalda.

samþykkis allra efnisrétthafa ef afhenda ætti efni til þriðja aðila. Þar sem um fjölda efnisrétthafa væri að ræða og mikinn fjölda samninga við hvern og einn efnisrétthafa í mörgum tilvikum væri ljóst að þar væri um að ræða verulega umfangsmikið verk. Taldi Síminn að þeir samningar sýndu að nærri lægi að ómöguleiki væri til staðar fyrir því að hægt væri að fallast á kröfur kvartenda í málinu. Jafnframt fæli það í sér að líkindi væru fyrir því að ákvörðun PFS nr. 10/2018 stæðist ekki eðli málsins samkvæmt.

(146) Framangreint kæmi jafnframt heim og saman við ummæli um b. lið 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um að flutningsréttur taki ekki til myndmiðlunar eftir pöntun. Væri í skýringum nefnt að það væri óþarfi af þeim ástæðum að fjarskiptafyrirtæki gætu samið beint við efnisrétthafa þar sem m.a. einkaréttarsamningar hefðu almennt ekki verið gerðir um efnið.

2.15.5. Aðild GR að málinu yrði hafnað

(147) Síminn krafðist þess að PFS hafnaði aðild GR að málinu. Byggði Síminn þá kröfu á forsendum niðurstöðu PFS í ákvörðun stofnunarinnar nr. 10/2018. Með tilvitnaðri ákvörðun komst PFS að því að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að veita efni fjölmiðlaveitu yfir sjónvarpskerfi sama fyrirtækis. Síminn teldi niðurstöðu PFS ranga og hefði höfðað mál til að fá ákvörðunina ógilda. Engu að síður yrði að horfa til forsendna ákvörðunarinnar á meðan henni hefði ekki verið hrundið af dómstólum.

(148) Ef horft væri til niðurstöðu PFS í málinu væri ljóst að GR ætti ekki beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu málsins.¹⁰ Af rökstuðningi í erindi GR yrði ekki séð hverjir hagsmunir GR væru af niðurstöðu málsins. Þá lægi einnig fyrir að GR hefði ekki óskað eftir aðgangi að sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun hjá Símanum.

(149) Á bls. 185, sbr. einnig bls. 128, í ákvörðun PFS kæmi fram að það væri mat PFS að hefði Síminn samið um flutning á sjónvarpsþjónustu sinni yfir net GR hefði það leitt til þess að brot Símans hefði verið yfirfært yfir á net GR. Ummæli PFS væru reyndar dæmalaus því þau fælu í sér að PFS teldi það vera skaðlegt að Síminn tæki þátt í samkeppni um viðskiptavinum.¹¹

(150) GR væri sammála PFS hvað þetta varðaði líkt og fram kæmi í umfjöllun á bls. 155 í ákvörðun PFS, sbr. bréf GR frá 5. mars 2018.

¹⁰ Sjá nánar um skilyrði fyrir aðild að stjórnsýslumáli: Páll Hreinsson, Aðili stjórnsýslumáls, Tímarit lögfræðinga 2005, bls. 387 og áfram.

¹¹ Sbr. m.a. eftirfarandi á bls. 128: “Í raun má með góðum rökum halda því fram að sú leið, ein og sér, feli í sér að Vodafone yrði í enn verri stöðu en með óbreyttu ástandi, þar sem Síminn kæmi inn á net GR sem öflugur keppinautur og sá eini sem byði þar upp á ólínulegt sjónvarpsefni Símans. Þá verður ekki annað séð en að sú leið myndi eining geta verið skaðleg fyrir minni þjónustuveitendur, sem gætu misst fjarskiptaviðskiptavinum yfir til Símans, m.a. sökum aðdráttarafls Sjónvarps Símans Premium.”

(151) Rannsókn í þessu máli snúi einungis að samskiptum og viðskiptum Símans við önnur fjarskiptafyrirtæki sem byggt hafa upp IPTV kerfi og bjóða upp á sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun. GR hefði hvorki byggt upp IPTV kerfi né óskað eftir aðgangi að ólínulegu myndefni.

(152) Með vísan til framangreinds gerði Síminn þá kröfu að aðild GR að málinu yrði hafnað. Féllist PFS ekki á þá kröfu Símans væri þess krafist að stofnunin tæki kæránlega stjórnvaldsákvörðun um það hvort GR skyldi njóta aðilastöðu í málinu.

(153) Í úrskurði úrskurðarnefndar um fjarskipta- og póstmál nr. 5/2016 var það niðurstaða nefndarinnar að henni bæri að taka kæru um það hvort fyrirtæki teldust aðilar að málum til úrskurðar. Af þeim sökum taldi Síminn að PFS kæmist ekki hjá því að taka afstöðu til kröfu Símans um að aðild GR að málinu yrði hafnað með sjálfstæðri ákvörðun.

2.15.6. Þýðing ákvörðunar PFS nr. 19/2012

(154) Þá sagði í bréfi Símans að í forsendum niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 19/2012 segði m.a. að flutningsréttarákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga fæli ekki í sér kröfu um að fjölmiðlaveita tryggði að efni hennar væri flutt eftir öðrum dreifikerfum en hennar eigin eða tengdra aðila.

(155) Ítrekaði Síminn að hann teldi að 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja ætti einungis við um sjónvarpsútsendingar en ekki myndmiðlun eftir pöntun. Hvað sem því liði væri PFS bundið af fyrri úrlausnum sínum, m.a. með vísan til jafnræðisreglu stjórnarsýsluréttar og sjónarmiða um réttmætar væntingar. Símanum bæri því ekki að tryggja að efni félagsins væri flutt eftir öðrum dreifikerfum en hans eigin. Óskuðu þriðju aðilar eftir því að fá aðgang að efni fjölmiðlaveitu Símans yrðu aðilar að ná saman um verð og aðra skilmála fyrir afhendingu efnisins. Í þeim samningum yrði að veita báðum aðilum svigrúm til að gæta hagsmuna sinna. Í 46. og 47. gr. væru PFS svo fengnar valdheimildir til að skera úr málum þegar aðilar næðu ekki saman um afhendingar sjónvarpsútsendinga.

(156) Þegar litið væri til ákvörðunar PFS nr. 19/2012 lægi því fyrir að mati Símans að það gæti ekki talist brot gegn flutningsrétti ef ekki hefði samist um skilmála fyrir afhendingu myndefnis frá fjölmiðlaveitu til fjarskiptafyrirtækis.

2.15.7. Athugasemdir Símans við erindi Vodafone, Nova og GR

2.15.7.1 Almenn

(157) Síminn taldi að erindi Nova og Vodafone byggðu á misskilningi á túlkun ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Erfitt væri að skilja hvað byggi að baki erindi GR auk þess sem það væri haldið svo mikið af rangfærslum að vandséð væri hver væri tilgangur GR með kvörtuninni. Það sem vakti sérstaka athygli var að GR lofsamaði umrædda lausn á eigin heimasíðu, sjá fylgiskjal nr. 4. Hvað sem þessum athugasemdum liði þá væri lausn Símans eins fullkomin fjölmiðlalausn og hægt væri að gera kröfu um. Að mati Símans væri umrædd lausn sú besta sem völ væri á

í þeim skilningi að hún ætti að geta höfðað til sem flestra með sem minnstum kostnaði. Þar með væru líkur til þess að hún næði sem víðtækastri útbreiðslu.

(158) Þá yrði að áréttu að flutningsréttur næði ekki til myndmiðlunar eftir pöntun en erindi kvartenda virtust byggjast á því. Að mati Símans hlýti það að skrifast á að fyrirtækin virtust misskilja bæði ákvæði fjölmiðlalaga sem og ákvörðun PFS. Þá var tekið fram að félögin hefðu ekki óskað eftir því að selja lausn Símans, heldur fá aðgang að öllu myndefni sem Síminn hefði fjárfest í og markaðssett undir Sjónvarp Símans Premium, með ákveðnu viðmóti og útliti eins og Netflix og Amazon Prime hafa gert. Þvert á móti vildu félögin bjóða myndefnið í gegnum eigin lausnir, með eigin vörumerki og eigin viðmóti. Nova tæki t.a.m. skýrt fram að félagið vildi nota eigið vörumerki til að markaðssetja þjónustuna. Engin fordæmi væru fyrir slíkri nálgun. Öll félögin gætu nálgast sambærilegt myndefni og boðið upp á eigin efnisveitu sem þau auðkenndu þá undir eigin vörumerki. Sem dæmi mætti nefna að þótt Síminn hefði heimild til þess að endurselja Spotify þjónustu, þá hefði Síminn ekki heimild til þess að setja tónlistina inn í viðmót Símans.

2.15.7.2 *Sjónvarp Símans óháð kerfi*

(159) Síminn hafnaði þeim sjónarmiðum að Sjónvarp Símans Premium (SSP) óháð fjarskiptaneti teldist ekki fullnægjandi. Umrædd lausn væri sett fram í þeim tilgangi að geta þjónustað alla þá aðila sem vilja kaupa þjónustu félagsins, óháð þeirri fjarskiptaþjónustu eða tæki sem viðkomandi notar. Sú aðferð sem Vodafone og Nova byðu upp á í OTT lausn væru ekki fullkomnar eins og Nova virtist halda fram í erindi sínu. Þannig væri Nova að gera kröfu um að notandi keypti sér tæki frá Apple til að geta notað þjónustu sína með fullnægjandi hætti í sjónvarpi. Hinn kosturinn væri að viðkomandi fjárfesti í nokkuð dýrum snjallsíma eða spjaldtölvu. Hið sama gildi um Vodafone. Lausn Símans stæði hinum takmörkuðu OTT lausnum Nova og Vodafone framar.

(160) Þannig gætu notendur sem væru með snjalltæki sem styðst við annað stýrikerfi en það sem Google eða Apple hefur framleitt, notað lausn Símans. Til viðbótar gætu viðskiptavinir með spjaldtölvur eða snjallsíma með iOS stýrikerfi eða Android stýrikerfi notað þjónustu Símans. Notendur þyrftu ekki að kaupa sér viðbótar búnað til þess að geta notað þjónustuna. Viðskiptavinir þyrftu ekki að vera með fjarskiptaþjónustu á tilteknum stað til þess að geta notað þjónustuna. Hægt væri að nota þjónustuna með flestum sjónvarpstækjum.

(161) Sú þróun hefði átt sér stað að hægt væri að horfa beint á efnisveitur án endabúnaðar í gegnum sjónvarp en sú leið fæli í sér að hanna þyrfti sérstakan hugbúnað fyrir hverja og eina tegund sjónvarpstækis. Í þessu samhengi mætti nefna að Síminn hefði þurft að hanna tugi af mismunandi hugbúnaði, einungis fyrir Samsung sjónvörp og sömu vinnu hefði þurft að inna af hendi fyrir allar aðrar sjónvarpstegundir á markaði. Þessi leið hefði reynst gríðarlega kostnaðarsöm og óraunhæf fyrir þann smáa markað sem hér um ræddi. Þá hefði líka verið ósvarað hvernig koma ætti lausninni til þeirra einstaklinga sem ekki hefðu aðgang að

snjallsjónvarpi. Að mati Símans væri ljóst að slíkt væri því ekki raunhæft eins og sakir stæðu.

(162) Við mat á því hvort SSP lausnin óháð neti teldist fullnægjandi bæri einungis að líta til þess hvort viðskiptavinur gæti horft á myndefni óháð fjarskiptaneti líkt og túlkun PFS var. Sú lausn sem Síminn byði nú upp á fullnægði þessum kröfum og var sett fram á þann hátt, að lausnin myndi ná til sem flestra landsmanna en ekki takmörkuð við ákveðin sjónvörp eða annan endabúnað. Að mati Símans væri lausnin til þess fallin að ná til sem flestra með sem einföldustum og ódýrustum hætti. Framboð á appi fyrir Apple TV hefði t.a.m. ekki ná eins víðtækri útbreiðslu.

(163) Síminn vakti jafnframt athygli á því að ef félagið myndi hanna hugbúnað fyrir öll stýrikerfi, samhæft með öllum spjaldtölvum og öllum snjallsjónvörpum, þá yrði kostnaður við slíka þróun margfalt hærri en við þá lausn sem félagið byði upp á í dag. Það væri síðan með öllu óljóst hvort það væri raunverulega eftirspurn eftir slíkri lausn. Í öllu falli væri lausn Símans til þess fallin að höfða til fleiri og með ódýrari hætti.

2.15.7.3 Verðlagning

(164) Sú staðhæfing GR og Nova, að uppbygging og verðlagning SSP lausnarinnar óháð neti Símans væri ósamkeppnishæf, stæðist ekki skoðun. GR byggði á því að verðmunur á SSP óháð neti lausninni og grunnáskrift sjónvarpsþjónustu IPTV auk SSP nemi 700 kr. Það væri hins vegar svo að aðili sem keypti grunnáskrift sjónvarpsþjónustu (IPTV – 2.200 kr.) ásamt SSP áskrift (5.000 kr.) og erlendar grunnrásir (1000 kr.) væri kostnaður 8.200 kr. SSP lausnin óháð neti væri því 300 kr. ódýrari heldur en sama þjónusta sem væri skilyrt við fastlínutengingu. Ástæða þess að svokallaðar grunnrásir væru innifaldar í SSP lausninni óháð neti útskýrðist af vilja neytenda til þess að hafa þær stöðvar aðgengilegar. Þá bæri að geta þess að það fylgdi því ákveðinn kostnaður að bjóða upp á fjölmiðlalausn sem væri óháð kerfi sem viðheldi gæðum með fullnægjandi hætti. Endurspeglaði verðlagningin þann kostnað og væntingar Símans um útbreiðslu. Til þess að gera þjónustuna meira aðlaðandi þá var erlendu rásunum bætt við. Síminn lagði áherslu á að setja lausn á markað sem myndi til langs tíma skila félaginu auknum tekjum. Metnaðarfullar fjárfestingar og ódýr verðlagning endurspegladi það að mati Símans. Til samanburðar mætti benda á að umrædd lausn væri ódýrari en t.d. Skemmtipakki Vodafone.

(165) Þá bæri einnig að áréttu að í lok þessarar viku yrðu allar þrettán grunnrásirnar aðgengilegar með lausninni. Að sama skapi væri unnið að því að allar þær rásir sem Síminn byði upp á yrðu aðgengilegar í lausninni, en sú vinna væri mjög kostnaðarsöm og tímafrek. Í stað þess að bíða eftir að allt sjónvarpsefni yrði aðgengilegt í lausninni ákvað Síminn að setja lausnina á markað. Eftir sem áður væri enginn munur á milli Sjónvarp Símans Premium hvort sem lausnin væri keypt um IPTV þjónustu eða óháð neti.

2.15.7.4 *Fjöldi myndlykla*

(166) Ástæða þess að viðskiptavinum væri ókleift að fá aukamyndlykil með SSP óháð neti lausn Símans væri einföld. Síminn hefði eytt bæði miklum tíma og fjármunum við þróun á Sjónvarpi Símans Premium. Ef Síminn myndi bjóða upp á aukalykla með lausninni þá væri viðskiptavinum mögulegt að nýta umrædda þjónustu á mörgum mismunandi stöðum eða heimilum án þess að mögulegt væri að fá upplýsingar um það. Því væri veruleg hættu á tekjuleka ef sú leið yrði farin.

(167) Viðskiptavinur sem keypti hefðbundna grunnáskrift sjónvarps (IPTV) gæti ekki tengst þjónustunni hvar sem væri heldur væri þjónustan bundin við tiltekið heimili. Þannig væri dregið úr áhættunni af því að einstaklingar dreifðu myndlyklum milli heimila en greiddu aðeins eitt mánaðargjald.

(168) Síminn gæti ekki tekið þá áhættu sem fælist í því að bjóða upp á aukalykla þar sem félagið hefði ekki sömu yfirsýn yfir notkun og staðsetningu myndlykla óháð fjarskiptaneti. Síminn gæti svo dæmi væri tekið t.d. ekki séð hvar myndlykill væri staddur sem væri tengdur við farsímakerfi Nova.

(169) Í dæmaskyni mætti nefna eftirfarandi aðstæður: Aðili kaupir OTT lausn á 7.900 kr. og óskar eftir fjórum aukalyklum (1.100 kr. hvert stk.) – samtals = 12.300 kr. Þessir fimm lykjar gætu verið staðsettir á hvaða fjarskiptaneti sem er og á hvaða stað sem er á landinu. Með þessum hætti gætu vinir, fjölskyldur o.fl. aðilar komið sér saman og greitt 2.460 kr. á mánuði fyrir alla þá þjónustu sem væri innifalin í lausninni. Af þessum sökum væri augljóst að Síminn gæti ekki boðið upp á slíkt úrræði fyrir þá sem vildu nýta sér lausnina. Hins vegar væru fimm aðgangar að Sjónvarpi Símans appinu sem fylgdi lausninni, viðskiptavinur gæti því horft á mismunandi myndefni í gegnum spjaldtölvu eða farsíma á sama tíma og horft væri í gegnum sjónvarp. Að mati Símans væri sú leið til þess fallin að mæta eftirspurn eftir notkun innan sama heimilis og að sama skapi drægi úr áhættu á tekjuleka vegna þess að mörg heimili samnýttu eina áskrift. Síminn teldi ólíklegt að Vodafone heimilaði fimm mismunandi heimilum að samnýta Vodafone Play appið í gegnum fimm mismunandi Apple TV myndlykla.

2.15.7.5 *Gæði þjónusta/efnis SSP óháð kerfi vs. SSP um aðgangsnnet fjarskiptafyrirtækja*

(170) Varðandi þá fullyrðingu aðila að það hefði þýðingu hvort OTT lausnir eða lausnir óháð neti fælu í sér lakari gæði væru fjarstæðukennd. Ef fallist væri á röksemdir Vodafone væri Vodafone að brjóta gegn fjölmiðlalögum vegna þess að app lausnir félagsins væru hugsanlega lélegri að virkni og gæði en þjónusta félagsins í gegnum IPTV kerfi félagsins. Það hefði einfaldlega ekki þýðingu. Lausn Símans væri eins góð og hægt væri að búast við af sambærilegri lausn. Síminn væri stöðugt að greina hvar væru tækifæri fyrir umbætur og væri vinna sérfræðinga félagsins fólgin í eftirliti með gæðum og leiðum til þess að bæta þau gæði. Þjónustan óháð neti væri aðgengileg í HD þar sem fjarskiptatenging viðskiptavina þoldi slíkan flutning, sem ætti að vera flestar tengingar í dag.

(171) Sú þjónusta sem mest eftirspurn væri eftir væri aðgengileg í gegnum SSP óháð neti. Markmið Símans væri að fjölga viðskiptavinum með SSP og tæki þjónustan mið af því. Sú tækni sem lausnin byggði á styddist við HLS (Http Live Streaming) sem er ABR (Adaptive Bitrate) streymistækni. Með henni væri hver myndstraumur boðin á nokkrum mismunandi bitahröðum og upplausn, og veldi spilarinn þann straum sem best hentaði aðstæðum, svo sem skjástærð og bandvídd sem tækið hefði aðgang að. Almenn tækið væri efnið kóðað með 4 til 7 mismunandi straumum, allt frá 500 Kb/s upp í 5 Mb/s. Stöðugt væri verið að vinna í að bæta upplifun notenda af þessari tækni. Vegna umræðu um að SSP óháð neti væri lakari vara þá gæti Síminn bent á að Youtube væri t.d. ekki í boði fyrir alla viðskiptavini sem keyptu IPTV þjónustu en það væri alltaf í boði með SSP óháð neti lausninni. Sú tækni sem lausnin byggði á miðaði að því að sem flestir gætu notað lausnina.

(172) Hvað varðaði athugasemd um tímalengd tímaflakks eftir lausnum skyldi það tekið fram að til stæði að samræma það. Af tæknilegum ástæðum væri ekki hægt að láta tímaflakk ná jafn langt aftur í „óháð kerfi“ en samræmi yrði náð á milli þessara lausna innan skamms.

(173) Síminn taldi að athugasemdir GR beindust að því að gagnvirk sjónvarpsþjónusta Símans væri ekki í boði án myndefnis yfir net GR. Af þeim ástæðum byggðist kvörtun GR ekki á fjölmiðlalögum. Sæist það best á því að GR legði mikið upp úr því að bera saman gagnvirka sjónvarpsþjónustu Símans við Sjónvarp Símans Premium.

(174) Varðandi fullyrðingar Nova um að Síminn hefði synjað Nova um heildsöluáðgang, þá skyldi það tekið fram að Nova lýsti því yfir að félagið væri ekki tilbúið að borga fyrir réttinn að SSP og vildi m.a. innlima myndefni Símans í viðmót Nova. Það væri augljóst að ef Nova myndi beina sambærilegri spurningu til Netflix þá myndi Netflix ekki heimila að Nova myndi innlima myndefnið inn í viðmót Nova og þannig sleppa allri þeirri hönnun og útliti sem Netflix hefur fjárfest í til þess að tryggja notendaupplifun. Þar fyrir utan byggði þessi krafa ekki á fjölmiðlalögum.

2.16. Tölvupóstur PFS til málsaðila – 18. og 19. október 2018

(175) Með tölvupóstum, dags. 18. og 19. október 2018, áframsendi PFS andmæli Símans vegna kvartana Vodafone, Nova og GR vegna meintra ítrekunarbrota Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og veitti félögunum frest til 1. nóvember 2018 til að skila inn athugasemdum og frekari sjónarmiðum.

(176) Jafnframt var GR tilkynnt um að Síminn gerði athugasemdir við aðild GR að málinu og að félagið hefði óskað eftir kæránlegri ákvörðun PFS um aðild sem PFS hygðist gera. Óskaði stofnunin eftir sjónarmiðum og athugasemdum GR þar að lútandi og var svarfrestur vegna þess veittur til 24. október 2018 sem svo var framlengdur til 25. október 2018.

2.17. Svarbréf PFS til Símans – 23. október 2018

(177) PFS svaraði athugasemdum Símans, dags. 18. október 2018, vegna upplýsingabeidni stofnunarinnar frá 28. september 2018, með tölvupósti, dags. 23. október 2018.

(178) Um væri að ræða spurningar í 12 liðum, sbr. eftirfarandi:

1. Hver var heildarfjöldi áskrifenda að IPTV Símans þann 1. janúar 2017 annars vegar og 1. október 2018 hins vegar (sundurliðað eftir ljósleiðara og xDSL)?
2. Hver var heildarfjöldi myndlykla sem þeir áskrifendur voru með virka á umræddum tímapunktum?
3. Fjöldi áskrifenda á sömu tímapunktum með 1 myndlykil annars vegar og fjöldi með fleiri en 1 (og þá sundurliðað eftir fjölda umfram einn)?
4. Fjöldi áskrifenda Sjónvarps Símans Premium á IPTV Símans 1. apríl, 1. maí, 1. júní, 1. júlí, 1. ágúst, 1. september og 1. október 2018?
5. Fjöldi áskrifenda að OTT lausn Símans 1. september og 1. október 2018?
6. Fjöldi áskrifenda að Heimilispakka Símans á sömu dagsetningum og í spurningu 4?
7. Er hægt að kaupa sjónvarpsþjónustu Símans á OTT án áskriftar að Sjónvarpi Símans Premium?
8. Er hægt að fá auka myndlykil í OTT á sama verði og auka myndlykils í IPTV þjónustu Símans?
9. Er hægt að spegla myndefni OTT þjónustu Símans á sama hátt og í IPTV þjónustu Símans, þ.e. að nýta áskrift á aukamyndlykil?
10. Er HD í boði í OTT lausninni?
11. Hefur Síminn að undanförunu verið að veita áskriftir að Sjónvarpi Símans Premium frítt í tiltekinn tíma (t.d. 2-3 mánuði)? Ef svo er gildir það bæði um IPTV og OTT lausnina?
12. Hefur Síminn að undanförunu verið að veita fjarskiptaþjónustu frítt í tiltekinn tíma (t.d. 2-3 mánuði)? Ef svo er, hvaða fjarskiptaþjónusta er það?

(179) Síminn hefði tekið fram að áður en endanleg afstaða yrði tekin til upplýsingabeidni PFS yrði tvennt að liggja fyrir.

(180) Í fyrsta lagi var óskað eftir því að PFS upplýsti um á grundvelli hvaða lagaheimildar upplýsingabeidni PFS byggði og rökstyddi hvaða þýðingu upplýsingarnar hefðu fyrir málsmeðferð í málinu.

(181) Í tölvupósti stofnunarinnar kom fram að þau almennu eftirlitsúrræði PFS sem fram kæmu í 5. gr. laga nr. 69/2003 tækju að mati PFS aðeins til mála sem vörðuðu fjarskipta- og póstmál. Þá tæki PFS undir það með Símanum að eftirlitsúrræði 5. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga ættu aðeins við um gagnaöflun samkvæmt þeirri grein og 47. gr., þ.e. þegar um væri að ræða úrlausn ágreinings um eiginlega flutningsskyldu og flutningsrétt, þ.m.t. verð.

(182) Því væri ekki til að dreifa sérstökum lagaákvæðum í lögum um Póst- og fjarskiptastofnun eða fjölmiðlalögum um gagnaöflunarheimildir PFS í málum sem upp kynnu að rísa í tengslum við mál í VII. kafla fjölmiðlalaga sem ekki vörðuðu eiginlega flutningsskyldu eða flutningsrétt, sbr. ákvæði 4. – 7. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þ.m.t. umrædd 5. mgr. 45. gr.

(183) Um rannsókn slíkra mála gildi 10. gr. stjórnáskýslulaga og almennar meginreglur stjórnáskýslulaga. Það væri ljóst að ekki væri alltaf fyrir að fara sérákvæðum í lögum um gagnaöflunarheimildir stjórnvalds og samsvarandi skyldu málsaðila til að svara fyrirspurnum stjórnvalds. Fram kæmi í umræddri 10. gr. stjórnáskýslulaga að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Mál teljist nægjanlega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynleg eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Um frekari afmörkun á því hversu ítarlega bæri að rannsaka mál, bæri m.a. að líta til þess hversu mikilvægt það væri.

(184) Það væri því ljóst að áður en stjórnvald getur tekið ákvörðun í máli verði að undirbúa það og rannsaka. Undirbúningurinn fælist m.a. í því að afla nauðsynlegra upplýsinga um málsatvik. Skilja yrði umrædda 10. gr. stjórnáskýslulaga svo að sú skylda hvíldi á stjórnvaldi að sjá til þess að *eigin frumkvæði* að málsatvik stjórnáskýslumáls væru nægilega upplýst áður en ákvörðun væri tekin í því. Markmið rannsóknarreglunnar væri að tryggja að stjórnvaldsákvarðanir yrðu löglegar og réttar.

(185) Um framangreinda rannsóknarreglu segði til að mynda á bls. 469 í riti Páls Hreinssonar, „Stjórnáskýsluréttur – málsmeðferð“ frá 2013:

„Áður en stjórnvald getur tekið ákvörðun í máli verður að rannsaka það og afla nauðsynlegra og réttra upplýsinga um málsatvik. Samkvæmt 10. gr. stjórnáskýslulaga hvílir sú skylda á stjórnvaldi að sjá til þess, að eigin frumkvæði, að málsatvik stjórnáskýslumáls séu nægilega upplýst áður en það tekur ákvörðun í því. Stjórnvald getur ekki heimfært staðreyndir máls til laga og tekið ákvörðun nema þekkjja nægilega staðreyndir þess áður.“

(186) Þá segði á bls. 471 í sama riti:

„Það skiptir miklu máli að starfsmenn stjórnáskýslunnar nálgist stjórnáskýslulögin, og ekki síst rannsóknarregluna, með augum stjórnandans. Þegar mál berst þeim skiptir miklu máli að þeir geti sett sig sem fyrst inn í það og greint þær efnisreglur sem á reynir og í framhaldi af því hvaða upplýsinga er þörf á að afla svo hægt sé að taka ákvörðun í málinu. [...] Skorti upplýsingar frá aðila máls ber að gera honum grein fyrir því sem fyrst, leiðbeina honum eftir atvikum og

setja honum frest til að koma að upplýsingum, sbr. 7. gr. og 1. mgr. 18. gr. stjórnáskilgátt.

(187) Í þeim tilvikum þegar ákvörðun stjórnvalds byggðist á mati, og lagaákvæði hefði ekki að geyma upptalningu á því hvaða upplýsinga þyrfti að afla svo rannsókn teldist fullnægjandi, yrði að afla þeirra upplýsinga sem væru nauðsynlegar svo hægt væri að beita þeim málefnalegu sjónarmiðum sem þannig væri fyrirhugað að byggja stjórnvaldsákvörðun á.

(188) Á bls. 476 í framangreindu riti Páls Hreinssonar segði:

„Hafi stjórnáskilgátt framkvæmd ekki mótast á grundvelli þeirrar matskenndu reglu sem ætlunin er að beita verður stjórnvald að gera upp við sig á grundvelli hvaða málefnalegu sjónarmiða úr málinu verði leyst í ljósi þess hvernig það er vaxið. Að því búnu verður stjórnvaldið að afla þeirra upplýsinga sem nauðsynlegar eru svo hægt sé að beita þeim sjónarmiðum sem þannig er fyrirhugað að byggja ákvörðun á.“

(189) Ef deilt væri um málsatvik sem hefðu verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins bæri stjórnvöldum að leggja áherslu á að rannsaka þann þátt þess.

(190) Stjórnvöld gætu hins vegar ekki komist hjá því að rannsaka mál á viðhlítandi hátt með því að beita sönnunarreglum í stað rannsóknar. Þar sem staðreyndir máls væru ekki nægilega upplýstar væri stjórnvöldum oftast óheimilt að grípa til mats- eða sönnunarreglna fyrir en þau hefðu reynt árangurslaust að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt.

(191) Á bls. 515-516 segir:

„Þótt rannsóknarreglan hvíli á stjórnvöldum er ekki þar með sagt að alltaf sé mögulegt að upplýsa mál á viðhlítandi hátt, þannig að komin sé fram sönnun um staðreyndir málsins og þar með hvort lagaskilyrði séu uppfyllt, svo hægt sé að taka tiltekna ákvörðun. Þegar svo stendur á mega stjórnvöld ekki vísa máli frá vegna ómöguleika við að rannsaka það nánar, heldur verða þau að beita sönnunarreglum til þess að leysa úr þeim vafa um staðreyndir sem fyrir liggur í málinu. [...] Áður en stjórnvaldi er hins vegar heimilt að beita sönnunarreglum verður það að hafa rannsakað málið með þeim úrræðum sem í boði eru í ljósi lögmætisreglunnar og heimilt er að nota með tilliti til meginreglunnar um meðalhót, og á þann hátt sem samrýmdist þessum reglum.“
(leturbreyting PFS)

(192) Þá vísaði stofnunin í hrd. 1984:1126 þar sem það hafði verið metið málsaðila í óhag að hafa ekki lagt fram tiltekin gögn þrátt fyrir að stjórnvald hafi sérstaklega óskað eftir þeim. Að auki benti stofnunin á mál UA 2080/1997 þar sem fram kæmi

að ef stjórnvald hafi reynt til þrautar að afla upplýsinga, sem gætu skýrt mál, án árangurs gæti því verið heimilt að leysa úr málinu á grundvelli mats- eða sönnunarreglna.

(193) Meginreglan væri sú að fylgja bæri sömu sönnunarreglum í stjórnsýslu og einkamálaréttarfari, þó með þeim tilbrigðum sem leiði af leiðbeiningarskyldu og rannsóknarskyldu stjórnvalda, sbr. 7. og 10. gr. stjórnsýslulaga.

(194) Þá bæri að geta þess að hugtakið sönnunarbyrði hefði tvær merkingar (miðað við stöðuna í upphafi máls annars vegar og lok málsmeðferðar hins vegar):

1. Sá aðili máls ber sönnunarbyrði sem þarf að færa sönnur á tiltekinni staðhæfingu um staðreyndir máls.
2. Sá aðili máls ber sönnunarbyrði sem ber hallann af því að tiltekin staðhæfing um staðreyndir í málinu teljist ekki sönnuð.

(195) Varðandi síðara atriðið þá væri stjórnvald ekki bundið við einhverjar fyrir fram gefnar reglur þegar komið væri að úrlausn málsins. Þá gildi reglan um frjálst sönnunarmat og yrði sá starfsmaður stjórnsýslunnar, sem með málið færi, að beita sérfræðilegri þekkingu sinni og heilbrigðri skynsemi þegar hann legði mat á hvað teldist sannað. Markmið reglunnar um frjálst sönnunarmat væri að ná fram efnislega réttri niðurstöðu í sérhverju máli.

(196) Í öðru lagi tók Síminn það fram að í sérstöku máli hefði Vodafone óskað eftir aðgangi að upplýsingum sem Síminn hefði sent PFS í trúnaði undir rekstri máls nr. 10/2018. Um hefði verið að ræða viðkvæmar viðskiptaupplýsingar um starfsemi Símans. Síminn gerði kröfu um að PFS upplýsti um það að hvaða marki upplýsingarnar yrðu afhentar öðrum aðilum málsins. Upplýsingabeidni Vodafone sýndi að félagið gerði kröfu um að fá aðgang að trúnaðarupplýsingum Símans til að nýta í starfsemi sinni. Því væri gerð sú krafa, áður en Síminn tæki afstöðu til upplýsingabeidni PFS, að PFS upplýsti um það fyrir fram hvort eitthvað af umbeðnum upplýsingum myndu verða afhentar öðrum málsaðilum ef gerð yrði krafa um aðgang að upplýsingum.

(197) PFS benti á að stofnunin hefði ekki tekið afstöðu til framangreindrar upplýsingabeidni Vodafone. Eins og Síminn þekkti þá væri meginreglan sú í 15. gr. stjórnsýslulaga að aðili máls ætti rétt á að kynna sér skjöl og önnur gögn er mál varða. Frá meginreglunni um rétt aðila til aðgangs að gögnum væru undantekningar, m.a. í 17. gr. stjórnsýslulaga, sem kvæði á um að þegar sérstaklega stæði á væri stjórnvaldi heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þætti ætti að víkja fyrir mun ríkari einkahagsmunum. Í framkvæmd hefði verið talið að upplýsingar um rekstrar- eða samkeppnisstöðu eða aðrir mikilvægir viðskiptahagsmunir féllu undir undanþáguna.

(198) Í málum er vörðuðu aðgang að gögnum sem aðili máls teldi að ættu að njóta trúnaðar þyrfti að meta hvert og eitt tilvik á „case by case“ grundvelli. Því væri ómögulegt að gefa fyrir fram svar við því hver niðurstaða PFS kynni að verða í því máli, sem væri til meðferðar hjá PFS um afléttingu trúnaðar, hvað þá varðandi slík hugsanleg mál í framtíðinni. Boltinn væri hjá Símanum í framangreindu máli og PFS hefði ekki komist að niðurstöðu ennþá. Kæmi til þess að PFS féllist á beiðni Vodafone um afléttingu trúnaðar, að hluta eða öllu leyti, væru allar líkur á því að beið þyrfti með mögulega afhendingu viðkomandi gagna þar til úrskurðarnefnd hefði fengið tækifæri til að endurmeta þá ákvörðun PFS.

(199) Það samrýmdist ekki lögum né góðum stjórnsýsluháttum að stjórnvald gæfi það út fyrir fram að tiltekin gögn sem óskað væri eftir frá aðila máls gætu ekki orðið öðrum aðilum eða jafnvel almenningi opinberir í samræmi við þau lagaákvæði sem að framan væru rakin. Það lægi þó fyrir að viðkvæmar viðskiptaupplýsingar ættu ekki erindi til almennings eða keppinauta þess fyrirtækis sem veitti stjórnvöldum umræddar upplýsingar við meðferð stjórnsýslumáls. Meta þyrfti svo í hverju tilviki fyrir sig hvað teldist vera viðkvæmar viðskiptaupplýsingar.

(200) Í samræmi við framangreinda umfjöllun og leiðbeiningar ítrekaði PFS upplýsingabeitni sína við Símann, sem kom upphaflega fram í tölvupósti þann 28. september 2018.

(201) PFS teldi að í bréfi Símans, dags. 18 október 2018, hefðu komið fram svör við nokkrum spurningum. Enn fremur myndi PFS fækka spurningum og einskorða þær við þau atriði sem PFS teldi algjörlega nauðsynlegar til að upplýsa um málsatvik, þannig að rannsókn málsins gæti talist fullnægjandi og að ekki þyrfti að grípa til mats- eða sönnunarreglna við úrlausn þess.

1. Hver var heildarfjöldi áskrifenda að IPTV Símans þann 1. október 2018 (sundurliðað eftir ljósleiðara og xDSL)?
PFS teldi mikilvægt að fá nýlegar tölur um fjölda áskrifenda að IPTV kerfi Símans, m.a. til að bera saman við samsvarandi kerfi Vodafone og við fjölda OTT áskrifenda að sjónvarpi Símans.
2. Hver var heildarfjöldi myndlykla sem þeir áskrifendur voru með virka á umræddum tímapunkti?
Tengdist spurningu 1 og 3 til að PFS gæti áttað sig á því hve algengt væri að áskrifendur að IPTV kerfi Símans væru með fleiri en einn myndlykil.
3. Fjöldi áskrifenda á sama tímapunkti með 1 myndlykil annars vegar og fjöldi með fleiri en 1 (og þá sundurliðað eftir fjölda umfram einn)?
PFS teldi mikilvægt að hafa tölur um það hve hátt hlutfall heimila væri með fleiri en einn myndlykil hjá Símanum. PFS hefði slíkar upplýsingar frá Vodafone og því áhugavert að sjá hvort hlutfallið væri svipað hjá

Símanum. Þetta gæti skipt máli við mat á því hvort OTT lausn Símans væri talin fullnægjandi, enda ein helsta málsástæða kvartenda.

4. Fjöldi áskrifenda Sjónvarps Símans Premium á IPTV Símans 1. ágúst, 1. september, 1. október og 1. nóvember 2018?
PFS teldi mikilvægt að hafa upplýsingar um það hvort hin nýja OTT lausn hefði haft áhrif á heildarfjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium á síðustu mánuðum.
5. Fjöldi áskrifenda að OTT lausn Símans 1. september, 1. október og 1. nóvember 2018?
Kvartendur hefðu haldið því fram að OTT lausn Símans hentaði afar fáum og að upptaka yrði lítil. PFS teldi því algjörlega nauðsynlegt að fá þessar upplýsingar við rannsókn málsins. Þar sem stutt væri síðan Síminn hóf að bjóða umrædda þjónustu hefði PFS ákveðið að óska einnig eftir tölunum fyrir 1. nóvember.
6. Fjöldi áskrifenda að Heimilispakka Símans á sömu dagsetningum og í spurningu 4?
PFS teldi mikilvægt að átta sig á því hvort hin nýja OTT lausn væri raunverulegur valkostur fyrir þá notendur sem ekki keyptu Heimilispakkann eða aðra fjarskiptaþjónustu af Símanum.
7. Hefur Síminn að undanfögnu verið að veita áskriftir að Sjónvarpi Símans Premium frítt í tiltekinn tíma (t.d. 2-3 mánuði)? Ef svo er gildir það bæði um IPTV og OTT lausnina?
Ef Síminn hefði verið að veita slíkar áskriftir frítt (eins og PFS hefði fengið ábendingar um) teldi PFS skipta máli hvort það gildi líka fyrir þá sem keyptu sjónvarpsþjónustu í gegnum umrædda OTT lausn.

(202) Svarfrestur var veittur til 2. október 2018.

2.18. Aðild GR – 25. október 2018

(203) Svar GR vegna aðildar félagsins að máli um meint ítrekunarbrott Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga barst með bréfi, dags. 25. október 2018.

2.18.1. Erindi GR, sjónarmið Símans og fyrri úrlausnir um sama álitaefni

(204) Eins og m.a. væri byggt á í ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði Sjónvarp Símans Premium ákveðið aðdráttarafl¹² vegna efnisframboðs og niðurstaða ákvörðunarinnar sú að Síminn hefði þvert á ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nýtt þetta aðdráttarafl efnisins til að beina viðskiptum að eigin fjarskiptaþjónustu.

(205) Erindi GR frá 7. september 2018 byggði á því að þetta efni og þetta aðdráttarafl væri áfram notað til þess að beina viðskiptum að dótturfélagi Símans,

¹² Sbr. m.a. bls. 128 í ákvörðuninni.

fjarskiptafyrirtækinu Mílu, sem væri aðalkeppinautur GR í grunnfjarskiptum. Svo sem rakið hefði verið væri það einmitt tilgangur 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að sporna við því að efnisframboð réði því hvar neytandi keypti fjarskiptaþjónustu. Reglan byggði á því að ef neytendum væri mismunað hvað varðaði aðgang að efni, eftir því hvar þeir keyptu internetþjónustu eða aðra fjarskiptaþjónustu, þá raskaðist samkeppni milli fyrirtækja sem kepptu í fjarskiptaþjónustu, m.a. milli fyrirtækja sem kepptu í grunnfjarskiptum.

(206) Að mati GR héldi þessi mismunun áfram með framboði Símans á umræddri OTT-lausn félagsins enda þyrftu þeir neytendur sem keyptu aðgang að öðrum IPTV kerfum en Símans og/eða nýttu aðrar dreifiveitur fyrir grunnfjarskipti heldur en kerfi Mílu, að greiða hærra verð fyrir efni Símans, auk þess sem neytandinn fengi hvorki sömu virkni né sama efni og sá neytandi sem keypti sjónvarpsþjónustu Símans um kerfi Mílu.¹³

(207) Við blasti að þessi háttsemi Símans hefði ekki eingöngu áhrif á rekstur þeirra fjarskiptafyrirtækja sem seldu IPTV-þjónustu, svo sem Síminn virtist byggja á í umsögn sinni. Áhrif þessarar háttsemi Símans væri ekki síst þau að beina viðskiptum að Mílu, sem væri aðalkeppinautur GR og í raun væri varla öðrum keppinautum fyrir að fara á markaði fyrir grunnfjarskipti heldur en þessum tveimur. Markaðsaðgerðir sem mismunuðu neytendum markvisst varðandi aðgang að efni, með það að markmiði og með þeim áhrifum að neytendur héldu sig á kerfum Mílu og nýir neytendur færðu sig þangað, hefði án nokkurs vafa veruleg áhrif á rekstur aðalkeppinautar Mílu.

(208) Umrædd háttsemi Símans hefði í reynd leitt til þess að neytendur hefðu bæði flutt viðskipti sín yfir til Símans til að fá aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans og flutt fjarskiptaþjónustu frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum yfir til Mílu, dótturfélags Símans.

(209) Afleiðingar aðgerða Símans á rekstur GR hefðu verið verulegar. Annars vegar hefðu þær leitt til þess að neytendur sem hefðu verið í viðskiptum við GR hefðu flutt internettengingar sínar frá GR yfir til Mílu og GR þannig misst viðskiptasambönd. Hins vegar hefðu aðgerðir Símans leitt til þess að mun minni vöxtur væri í fjölgun nýrra viðskiptavina hjá GR en ætla mætti að hefði orðið ef neytendur og viðskiptavinir fjarskiptafyrirtækja sem keyptu internet tengingar af GR hefðu aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans með sama hætti yfir fjarskiptakerfi GR og fjarskiptakerfi Mílu. Áframhaldandi brot Símans af sama toga hefðu sömu áhrif.

(210) Að mati GR væri ekki með nokkru móti hægt að líta svo á að aðgerðir, sem úrskurðað hefði verið að væru til þess fallnar að beina viðskiptum m.a. að Mílu í trássi við lög, hefðu ekki áhrif á rekstur eina raunverulega keppinautar Mílu. Virk samkeppni milli GR og Mílu ætti að felast í því að bjóða sem besta fjarskiptaþjónustu, hvað varðaði hraða, verð og aðra virkni fjarskiptainnvíðanna og

¹³ Um þetta væri nánar fjallað í erindi GR til PFS frá 7. September 2018.

þjónustunnar. Ráðist viðskipti neytenda af því hvaða efnisveita byði besta efnið væri virkri samkeppni á markaði fyrir grunnfjarskipti einfaldlega raskað og hefði veruleg og sérstök áhrif á rekstur fjarskiptafélaga í grunnfjarskiptum.

(211) Á þetta hefði PFS í raun fallist í aðdraganda ákvörðunar nr. 10/2018, þar sem GR var játuð aðild að fyrra máli vegna brota Símans á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þetta hefði úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála einnig staðfest fyrir sitt leyti með úrskurði sínum nr. 5/2016 en kæra Símans til nefndarinnar byggði á þeim sömu sjónarmiðum og nú væri haldið fram á nýjan leik, þ.e. að GR hefði ekki lögvarða hagsmuni af afgreiðslu málsins. Í úrskurði nefndarinnar væru sjónarmið PFS reifuð með eftirfarandi hætti:

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

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

(212) GR tók fram að úrskurðarnefndin hefði staðfest niðurstöðu PFS og að nefndin hefði m.a. vísað til dóms Hæstaréttar nr. 83/2003, sem fjallað var um síðar í bréfinu.

(213) GR fékk ekki séð að nokkuð af þeim rökum sem haldið væri fram í umsögn Símans frá 18. október 2018 væru til þess fallin að breyta þessari niðurstöðu stjórnvalda á báðum stjórnsýslustigum. Yrði engu að síður fjallað um helstu sjónarmið til stuðnings aðildar GR.

2.18.2. Hagsmunir GR gefa félaginu aðilastöðu

(214) Hugtakið „aðili máls“ væri ekki skilgreint í lögum svo sem kunnugt væri. Aðildarhugtækið væri að mestu leyti efnislegt en ekki formlegt, þar sem það byggðist í reynd á mati á hagsmunum þess sem ætti í hlut. Hitt væri ljóst að aðildarhugtækið væri engan veginn afmarkað við þann sem ákvörðun stjórnvalds

beindist að, heldur gætu aðrir sem hefðu óbeinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls einnig átt rétt á að teljast aðilar máls. Um þetta mætti m.a. vísa til athugasemda við frumvarp til stjórnslulaga þar sem segði:

„Hugtakið „aðili máls“ kemur fyrir á nokkrum stöðum í frumvarpinu og ber að skýra það rúmt þannig að ekki sé einungis átt við þá sem eiga beina aðild að máli, svo sem umsækjendum um byggingarleyfi eða opinbert starf, heldur geti einnig fallið undir þeir sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta svo sem nágrannar eða meðumsækjendur um starf.“

(215) Þannig lægi fyrir í lögskýringargögnum að skýra bæri hugtakið rúmt í íslenskum rétti og jafnvel þeir sem teldust hafa óbeinna hagsmuna að gæta, gætu talist hafa aðilastöðu. Í stjórnslumálum sem snúast um möguleg lögbrot tiltekins fyrirtækis á samkeppnismarkaði, hafa keppinautar á sama markaði verið taldir hafa slíka hagsmuni í málinu, að þeir teljist hafa aðilastöðu. Ætti það ekki síst við ef um nána keppinauta væri að ræða eða markaði þar sem fáir keppinautar kepptu um hylli viðskiptavina.

(216) Úrlausnir þess efnis, um mat á samkeppnislegum hagsmunum, væri einna helst að finna á sviði samkeppnislaga og samkeppnisyfirvalda. Sem dæmi mætti nefna ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003. Í því máli hefði Kortapjónustan ehf. kvartað yfir háttsemi Greiðslumiðlunar hf. (nú Valitor) en fyrirtækin störfuðu bæði á markaði fyrir færsluhirðingar, auk fyrirtækisins Kreditkorts (nú Borgun). Samkeppnisráð taldi Kortapjónustuna eiga hagsmuna að gæta í málinu, sem laut að hugsanlegu broti Greiðslumiðlunar sem Kortapjónustan hafði bent Samkeppnisráði á, þannig að Kortapjónustan skyldi hafa aðilastöðu í málinu.

(222) Einnig vísaði GR á nýjan leik til dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2003, og væri grundvallardómur um mat á aðild vegna hagsmuna keppinauta. Samkeppnisstofnun hafði í málinu talið að Samskip ætti aðild að máli sem var til meðferðar hjá stofnuninni og laut að mögulegu samkeppnislagabroti Eimskips (misnotkun á markaðsráðandi stöðu). Eimskip mótmælti aðild Samskipa á þeim grundvelli að Samskip hefði ekki einstaklegra hagsmuna að gæta, auk þess sem hagsmunir félagsins væru ekki verulegir í samanburði við hagsmuni Eimskips sjálfs af málinu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti engu að síður aðilastöðu Samskipa með vísan til lögskýringargagna með stjórnslulögum sem mæltu fyrir um rúma skýringu aðildarhugtaksins. Taldi GR að nefndin hefði lagt niður nokkur mikilvæg atriði varðandi þetta. Í fyrsta lagi, að þegar metin væru tengsl Samskipa við sakarefnið bæri að hafa í huga að samkeppnisyfirvöld hefðu tekið umrætt mál til rannsóknar m.a. á grundvelli kæru fyrirtækisins. Svo væri einnig fyrir að fara í þessu máli sem hér væri til úrlausnar. Í öðru lagi leit áfrýjunarnefndin einnig svo á að Samskip hefði haft mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta varðandi úrlausn málsins sem samkeppnisaðili á sama markaði. Slíkt hið sama gildi einnig í tilviki GR og Símans. Í þriðja og síðasta lagi væru rannsóknarhagsmunir tengdir því að kærandi gæti fylgst með máli, tjáð sig um það og stuðlað þannig að því að mál mætti

upplýsa sem best. Ætla mætti að kærandinn væri vel kunnugur eðli viðkomandi samkeppnismarkaðar og gæti því veitt mikilvægar upplýsingar. Sama gildi í því máli sem PFS hefði til umfjöllunar hér.

(223) Öll þau rök sem samkeppnisyfirvöld á báðum stigum færðu fram fyrir aðilastöðu Samskipa í málinu gegn Eimskip ætti einnig við í máli vegna brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. GR hefði lagt fram kvörtun í málinu, auk þess að vera samkeppnisaðili Símans á markaði fyrir grunnfjarskipti en hið ætlaða brot hefði einmitt þau áhrif að viðhalda viðskiptum dótturfyrirtækis Símans sem keppi við GR í grunnfjarskiptum, þ.e. Mílu. Þá taldi GR að GR væri eini aðilinn sem raunverulega gæti stuðlað að því að sá hluti málsins sem snéri að grunnfjarskiptum yrði upplýstur sem best. Þannig væru rannsóknarhagsmunir tengdir því að GR gæti fylgst með málinu og tjáð sig um það.¹⁴

(224) Hæstiréttur hefði metið hina samkeppnislegu hagsmuni Samskipa með sama hætti og áfrýjunarnefndin sbr. forsendur dóms Hæstaréttar:

„Samskip hf. hafa í erindi sínu til áfrýjanda talið að stefndi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína í sjóflutningum til og frá Íslandi, sbr. 11. gr. samkeppnislaga, og tilgreint dæmi því til stuðnings. Telur fyrirtækið einnig að hegðan stefnda varði við 17. og 20. gr. laganna. Af erindi fyrirtækisins verður ráðið að það telji ætlað athæfi stefnda hafa verulega skaðleg áhrif rekstur sinn. Að þessu athuguðu verður fallist á það með áfrýjunarnefnd samkeppnismála að Samskip hf. hafi mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta af úrslitum málsins. Þegar litið er til hagsmuna stefnda varðandi aðgang Samskipa hf. að gögnum málsins verður að líta til þeirrar verndar, sem hann nýtur samkvæmt 17. gr. stjórnsýslulaga og 14. gr. reglna nr. 922/2001, eins og áður var rakið.“

(225) Þannig hefði Hæstiréttur talið að Samskip hefðu „mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta“ af niðurstöðu málsins og staðfesti aðilastöðu fyrirtækisins.

(226) Þessi dómur hefði að mati GR án nokkurs vafa fordæmisgildi fyrir það álitaefni sem hér væri til úrlausnar. Raunar viðurkenndi úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála strax í úrskurði sínum nr. 8/2006, mikilvægi þessa dóms fyrir afmörkun aðildar í málum hjá PFS, en auk þess mats á samkeppnislegum hagsmunum, sem dómurinn feli í sér, taki hann einnig á tveimur öðrum atriðum sem jafnframt hafi þýðingu í máli þessu:

(227) Í fyrsta lagi sló dómurinn því föstu að „þeir sem bera fram kærur eða kvartanir [séu] yfirleitt taldir aðilar að máli.“ Sú staða væri uppi í máli þessu en GR sendi inn erindi til PFS vegna háttsemi Símans þann 7. september 2018 svo sem fyrr

¹⁴ En skortur á aðkomu aðila sem gæti upplýst um mál eða komið með mikilvæg sjónvarmið gæti haft áhrif á niðurstöðu málsins og jafnvel valdið ógildingu stjórnvaldsákvörðunar, sbr. að sínu leyti úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2008.

greindi. Í öðru lagi tæki dómurinn fram að viðskiptahagsmunir þess sem er til rannsóknar, í þessu tilviki Símans, eða krafa þeirra til viðskiptaleyndar, geti ekki rýmt út rétti þess sem á verulegra og sérstakra hagsmuna að gæta til aðildar. Leynd trúnaðarupplýsinga væri enda tryggð með öðrum úrræðum stjórnarsýslulaga, svo sem 17. gr. Þetta væri jafnframt mikilvægt atriði en Hæstiréttur fjallaði um þetta með eftirfarandi hætti:

„Þegar litið er til hagsmuna stefnda varðandi aðgang Samskipa hf. að gögnum málsins verður að líta til þeirrar verndar, sem hann nýtur samkvæmt 17. gr. stjórnarsýslulaga og 14. gr. reglna nr. 922/2001, eins og áður var rakið. Um gögn þau, sem lagt var hald á hjá stefnda af hálfu áfrýjanda og vísað er til í niðurstöðu héraðsdóms, hefur komið fram af hálfu áfrýjanda í greinargerð til Hæstaréttar, að ekki hafi verið tekin afstaða til þess hvort þau verði öll gögn í því stjórnarsýslumáli, sem hér er um að ræða. Áfrýjandi muni ákveða, eftir að hafa farið yfir gögnin, hver þeirra hafi eða kunni að hafa þýðingu fyrir niðurstöðu málsins. Á þeim tíma muni liggja fyrir listi yfir gögn málsins, sem stefndi fái tækifæri til að gera athugasemdir við, þar á meðal þær, hvort tiltekin gögn á þeim lista eigi að fara leynt. Fyrir þann tíma muni engum öðrum veittur aðgangur að þeim gögnum.“

(228) Fordæmisgildi máls nr. 83/2003 væri ótvírætt að mati GR en dómurinn sýndi jafnframt fram á að laustengdari hagsmunir og minni tengsl við málið, heldur en reyndir væri í tilviki GR og Símans, gætu dugað til aðilastöðu.

2.18.3. Lausari tengsl við málið gætu jafnvel dugað til aðilastöðu

(229) Í fyrsta lagi mætti nefna að fyrir lægi að GR og Míla væru keppinautar í lagningu og rekstri ljósleiðarakerfis m.a. á höfuðborgarsvæðinu. Öðrum keppinautum væri varla til að dreifa. Því væru samkeppnislegir hagsmunir GR af niðurstöðu í máli Símans ótvíræðir.

(230) Þó væri nauðsynlegt að taka fram að það væri ekki skilyrði fyrir aðildarstöðu að lögaðili væri annar tveggja samkeppnisaðila á fákeppnismarkaði heldur gætu fleiri en eitt fyrirtæki reist aðild sína á samkeppnishagsmunum við aðila í þrengri skilningi. Hér mætti m.a. vísa til álits umboðsmanns Alþingis nr. 4530/2005, sem laut að veitingu lyfsöluleyfis og hagsmuni Apóteks X, sem fyrir var á markaðnum, sem leiddu til aðilastöðu. Einnig gæfu athugasemdir með stjórnarsýslulögum þetta til kynna þar sem vísað væri til þess að „nágrannar eða meðumsækjendur um starf“ gætu átt aðilastöðu vegna hagsmuna.

(231) Í öðru lagi mætti ráða af dómafrankvæmd að sú staðreynd að sá sem krefðist aðilastöðu hefði lagt fram kvörtun í málinu styrkti niðurstöðu um aðild. Slík aðkoma væri hins vegar ekki skilyrði aðildar. Erindi GR frá 7. september 2018 styrkti því niðurstöðu um að GR ætti að eiga aðild að málinu.

2.18.4. *Niðurlag*

(232) Að mati GR stæðu öll rök til þess að félagið hefði aðilastöðu í máli PFS vegna áframhaldandi brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. GR hefði sent inn erindi vegna málsins og hefði augljóslega samkeppnislega hagsmuni í málinu en umrædd háttsemi Símans væri bæði til þess fallin og hefði í reynd haft mikil áhrif á rekstur GR á markaði fyrir grunnfjarskipti. Því krefðist GR þess að PFS tæki ákvörðun um að GR hefði aðilastöðu í málinu.

2.19. *Tölvupóstur PFS til Símans – 25. október 2018*

(233) PFS áframsendi athugasemdir GR, vegna kröfu Símans um að PFS tæki sérstaka ákvörðun um aðild GR að meintu ítrekunarbroti Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, til Símans með tölvupósti, dags. 25. október 2018.

(234) Var Símanum veittur frestur til andmæla til 2. nóvember 2018.

2.20. *Beiðni GR um frest – 31. október 2018*

(235) PFS barst beiðni í tölvupósti frá GR, dags. 31. október 2018, þar sem óskað var eftir því að frestur GR til að koma að efnislegum athugasemdum í málinu yrði framlengdur þar til að skorið hefði verið úr aðild GR að málinu og ef GR yrði veitt aðild fengi félagið nokkurra daga frest til að koma að efnislegum athugasemdum.

(236) PFS féllst á umrædda frestsbeiðni GR með tölvupósti, dags. 31. október 2018.

2.21. *Krafa Símans um frestun málsmeðferðar – 31. október 2018*

(237) Með bréfi, dags. 31. október 2018 óskaði Síminn eftir frestun málsmeðferðar vegna meints ítrekaðs brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

2.21.1. *Inngangur*

(238) Vísað var til athugasemda Símans frá 18. október 2018 vegna erinda Vodafone, GR og Nova, þar sem félögin kvörtuðu yfir því að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011.

(239) Í tilvitnuðu erindi Símans hefði þess m.a. verið krafist að málsmeðferð í málinu yrði frestað. Þann sama dag, eða 18. október 2018, hefði Hæstiréttur kveðið upp dóm í lögbannsmáli Vodafone þar sem staðfest var lögbann við því að Vodafone tæki upp og miðlaði sjónvarpsefni sjónvarpsstöðvanna Sjónvarp Símans og Sjónvarp Símans HD, með ólínulegum hætti. Jafnframt hefði verið staðfest að háttsemi Vodafone hefði verið ólögæt og brotið gegn lögvörðum rétti Símans.

(240) Þann 21. október 2018, tilkynnti PFS að kröfu Símans frá 12. september 2018 um endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar PFS nr. 10/2018 hefði verið vísað frá stofnuninni á þeim forsendum að Síminn hefði höfðað mál til að fá ákvörðunina ógilta fyrir dómstólum.

(241) Síminn teldi að dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 hefði í för með sér ríkar ástæður til að fresta málsmeðferð í málinu þar til dómstólar hefðu fjallað um það hvort ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri ógildanleg.

(242) Með erindi Símans væru færð rök fyrir þeirri afstöðu og óskað eftir rökstuddu svari PFS við þeirri kröfu áður en meðferð málsins yrði haldið áfram.

2.21.2. Fresta bæri málsmeðferð

(243) Í tilvitnuðum dómi Hæstaréttar var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur í málinu staðfestur. Í málinu hefði ekki verið tekin afstaða til þess hvort 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið brotin. Nær eina umfjöllun Hæstaréttar væri hins vegar til komin vegna framlagningar Vodafone á ákvörðun PFS nr. 10/2018 í málið.

(244) Síminn teldi að umfjöllun Hæstaréttar um flutningsreglur fjölmiðlalaga væru samhljóða umfjöllun Símans og gerði það að verkum að PFS væri ekki stætt á því að halda málsmeðferð í málinu áfram. Í IV. kafla dómsins segði:

„Í VII. kafla laga nr. 38/2011 er að finna reglur um flutning myndefnis. Er þar annars vegar í 44. gr. mælt fyrir um skyldu fjarskiptafyrirtækis, að gættum nánari skilyrðum, til að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um flutning á sjónvarpsútsendingum. Hins vegar er í 45. gr. laganna kveðið á um sambærilega skyldu fjölmiðlaveitu til að heimila fjarskiptafyrirtæki að flytja efni. Ágreiningslaust er að þessar reglur laganna nái eingöngu til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis. Í 1. mgr. 46. gr. laganna kemur fram að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skuli semja um flutning á sjónvarpsútsendingum á grundvelli 44. og 45. gr. laganna. Náðist slíkur samningur ekki kemur til kasta Póst- og fjarskiptastofnunar á grundvelli 2. mgr. 46. gr. laganna sem getur, reynist sáttaumleitanir árangurslausar, skorið úr ágreiningi aðila með ákvörðun. Að þessum reglum slepptum er ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu.

(245) Síminn teldi ljóst að Hæstiréttur tæki af allan vafa um það að PFS hefði ekki að lögum heimildir til að mæla fyrir um aðgang fjarskiptafyrirtækis að ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitu samkvæmt flutningsreglum fjölmiðlalaga, enda ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu.

(246) Forsendur Hæstaréttar staðfestu jafnframt að fjarskiptafyrirtæki hefði engin önnur lagaleg úrræði sem veittu þeim heimild til að krefjast þess að flytja ólínulegt sjónvarpsefni. Dómurinn fæli það í sér að afhending á sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun gæti því einungis farið fram á einkaréttarlegum grundvelli, þ.e. með samningum á milli fjarskiptafyrirtækis og fjölmiðlaveitu.

(247) Framangreind tilvitnun vitnaði ekki einungis til 1. mgr. 44. og 45. gr. fjölmiðlalaga, heldur teldi Hæstiréttur að 44. og 45. gr. fjölmiðlalaga næðu eingöngu til línulegrar myndmiðlunar sjónvarpsefnis. Heimildir PFS til að skerast í ágreining aðila ætti því einungis við um ágreining um línulega myndmiðlun. Síðar í dómnum segði:

„Af orðalagi fyrrnefnds samnings frá 25. maí 2011 verður ekki ráðið að hann feli í sér heimild til handa áfrýjanda til flutnings á ólínulegu sjónvarpsefni stefnda. Þá styðja hvorki tölvupóstsamskipti starfsmanna aðila á árinu 2015 né þau skilyrði sem fram komu í áðurnefndum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda þann skilning áfrýjanda að hann hefði slíka heimild, en eins og áður greinir var meðal annars tekið fram í ákvörðun samkeppniseftirlitsins frá 2. júlí 2015 að önnur þjónusta en rekstur innlendrar línulegrar sjónvarpsrásar félli ekki undir hana. Að þessu virtu og með hliðsjón af því ákvæði 1. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 felur ekki í sér víðtækari skyldu fjarskipta fyrirtækis en til að semja um flutning sjónvarpsefnis í línulegri dagskrá verður fallist á það með stefnda að áfrýjanda hafi ekki verið heimilt að flytja efni stefnda með ólínulegum hætti eftir breytingar þær sem urðu á starfsemi hans 1. október 2015, þegar hann opnaði aðgengi að línulegri sjónvarpsdagskrá umræddra sjónvarpstöðva og hætti rekstri hefðbundins áskriftarsjónvarps.“

(248) Síminn teldi að þegar litið væri til forsendna Hæstaréttar gengi ekki rökrænt upp að niðurstaða PFS í máli nr. 10/2018 hefði þau réttaráhrif að Símanum bæri að afhenda þriðja aðila sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun. Hæstiréttur hefði með ótvíræðum hætti tekið af skarið um það að flutningsreglurnar næðu ekki til slíks efnis og að flutningur Vodafone á efninu hefði verið ólögmaður.

(249) Síminn teldi niðurstöðu Hæstaréttar í framangreindu dómsmáli gera það að verkum að telja yrði að veruleg óvissa væri um það hvort gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri eins víðtækt og niðurstaða ákvörðunar PFS nr. 10/2018 fæli í sér.

(250) Auk framangreinds færði Síminn eftirfarandi rök fyrir frestun málsmeðferðar:

2.21.2.1 Ákvörðunin íþyngjandi og fæli í sér verulegt inngríp í starfsemi félagsins

(251) Að mati Símans mælti það með frestun réttaráhrifa að um væri að ræða verulega íþyngjandi ákvörðun sem hefði mikla þýðingu fyrir rekstur Símans. Fyrir lægi í málinu að Síminn breytti á sínum tíma þjónustuframboði sínu með þeim hætti, að hætta með línulega áskriftarstöð og leggja þess í stað áherslu á áskrift að ólínulegu myndefni. Var það ekki síst gert til þess að geta keppt við markaðsráðandi aðila í áskriftarsjónvarpi á Íslandi, Vodafone, og laga sig að samkeppni við alþjóðleg stórfyrirtæki eins og Netflix, Amazon, Google, Apple, Hulu o.fl.

(252) Ákvörðun PFS hefði sett framangreind áform úr skorðum og kæmi í veg fyrir að Síminn gæti aðgreint sig frá keppinautum sínum. Ákvörðunin drægi því úr möguleikum og frelsi Símans til þátttöku í samkeppninni.

2.21.2.2 *Sama ástandi yrði ekki komið á aftur þótt ákvörðunin væri síðar felld úr gildi*

(253) Yrði ákvörðun um meint ítrekunarbrott ekki frestað væri hætt við því að það kæmist á ástand sem erfitt og jafnvel útilokað kynni að vera að færa aftur í fyrra horf, yrði ákvörðun PFS nr. 10/2018 ógild. Þá væri ljóst að Síminn gæti vart nýtt önnur úrræði til að rétta sinn hlut eftir á. Vandséð væri t.d. hvernig Síminn gæti bætt skaða sinn með höfðun skaðabótamáls á þeim forsendum að PFS hefði komist að rangri niðurstöðu.

2.21.2.3 *Vafi léki á um lögmæti ákvörðunar*

(254) Að mati Símans léki verulegur vafi á um lögmæti ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Dómur Hæstaréttar sem fjallað var um að framan staðfesti að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði ekki til ólínulegrar myndmiðlunar og vart hægt að deila um að PFS hefði ekki heimildir að lögum til að fjalla um ágreining aðila vegna myndmiðlunar eftir pöntun. Um nánari rökstuðning vísaðist til athugasemda Símans frá 18. október 2018 auk þeirra fjölmörgu athugasemda sem Síminn gerði undir málsmeðferð í hinu margtilvitnaða máli.

2.21.2.4 *Önnur úrræði til staðar til að tryggja rétt aðila*

(255) Þá mælti það með frestun málsmeðferðar að aðilar máls gætu sótt rétt sinn í einkamáli teldu þeir á sig hallað. Teldu þeir sig hafa orðið fyrir tjóni gætu þeir krafist skaðabóta úr hendi Símans.

2.21.2.5 *Engum hafi verið synjað um aðgang að ólínulegu efni*

(256) Síminn hefði ekki synjað neinum aðila um aðgang að ólínulegu efni þrátt fyrir að svo mætti halda miðað við málalátun aðila. Hefðu ný gögn sýnt að meintur skortur Símans á samningsvilja ætti ekki við rök að styðjast þar sem það lægi nú fyrir að sá samningsgrundvöllur sem Síminn hefði lagt til í samningaviðræðum væri sá sem almennt gilti í viðskiptum við kaup á efni til myndmiðlunar eins og rakið hefði verið í athugasemdum Símans frá 18. október 2018 og einnig í kröfu félagsins frá 12. september sama ár þar sem gerð var krafa um endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar nr. 10/2018.

2.21.2.6 *Samkeppni ekki raskað*

(257) Þegar mat væri lagt á það hvort taka bæri kröfu Símans um frestun málsmeðferðar til greina yrði að leggja það til grundvallar að frestun málsmeðferðar skaðaði ekki keppinauta félagsins. Það væri skilgreiningaratriði í samkeppnisrétti að háttsemi fyrirtækis á markaði gæti ekki verið skaðleg samkeppni nema það hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína eða brotið gegn öðrum ákvæðum samkeppnislaga. Þar sem Síminn væri hvorki í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis né á markaði fyrir áskriftarsjónvarp gæti hann ekki raskað samkeppni á þeim mörkuðum með háttsemi sinni. Það teldist ekki brott á

samkeppnislögum ef Síminn hefði náð til sín nýjum viðskiptavinum eða missti ekki ásættanlegan fjölda viðskiptavina eins og málsaðilar PFS virtust halda. Þvert á móti bæri það vott um virkan samkeppnismarkað ef fyrirtæki kepptust við að bjóða þjónustu sem væri líkleg til að laða að viðskiptavini. Það væri því mikilvægt að PFS tæki mið af þessu grundvallaratriði í samkeppnisrétti. Það væri kyndugt ef fyrirtæki sem væri í markaðsráðandi stöðu á framangreindum mörkuðum kvartaði undan því að það fengi samkeppnislegt aðhald. Kvörtun GR gengi síðan í raun út á það að hið markaðsráðandi fyrirtæki fjölgi viðskiptavinum sínum á kostnað Símans. Háttsemi Símans fæli ekki í sér röskun á samkeppni í skilningi samkeppnislega hver sem niðurstaða dómstóla yrði. Mælti það með því að málsmeðferð í málinu yrði frestað.

(258) Með vísan til þessa, auk sjónarmiða sem komið hefðu fram á fyrri stigum gerði Síminn þá kröfu að málsmeðferð í málinu yrði frestað þar til niðurstaða dómstóla lægi fyrir um lögmæti ákvörðunar PFS nr. 10/2018.

2.22. Svar Símans til PFS – 31. október

(259) Svar Símans við tölvupósti PFS, dags. 23. október 2018, barst með tölvupósti dags. 31. október 2018.

(260) Í tölvupóstinum kom fram að Síminn teldi að PFS hefði staðfest með svari sínu frá 23. október 2018 að stofnunin hefði ekki lögbundnar heimildir til að óska eftir þeim upplýsingum sem beiðnin laut að. Krafa um viðkvæmar viðskiptaupplýsingar væri þvingunarúrræði stjórnvalds sem styðjast þyrfti við lagaheimild. Símanum bæri því engin skylda til að afhenda upplýsingarnar. Að því sögðu hefði þó ekki verið tekin endanleg ákvörðun um það hvort upplýsingarnar yrðu afhentar í heild eða að hluta.

(261) Myndi afstaða Símans m.a. ráðast af því hver niðurstaða PFS yrði í máli þar sem Sýn hf. hefði krafist aðgangs að trúnaðarupplýsingum Símans.

(262) Síminn sendi áður sama dag kröfu um að málsmeðferð í málinu yrði frestað, sbr. bréf, dags. 31. október 2018, þar sem fram kæmi að PFS skorti valdheimildir til að fjalla um ágreining aðila um ólínulega myndmiðlun. Nýgenginn dómur Hæstaréttar staðfesti það.

(263) Síminn gerði því ráð fyrir að PFS frestaði málsmeðferð í málinu og því myndi það ráðast af niðurstöðu dómstóla hvort Síminn þyrfti að taka afstöðu til upplýsingabeidni PFS.

2.23. Svarbréf PFS til Símans – 1. nóvember 2018

(264) PFS staðfesti móttöku á tölvupósti Símans, dags. 31. október 2018 með tölvupósti dags. 1. nóvember 2018.

(265) Jafnframt kom fram í svari PFS að næsta skref í málinu væri að taka ákvörðun um aðild GR. Svo mætti fljótlega búast við athugasemdum Vodafone og Nova við síðustu andmælum Símans og kröfu um frestun málsmeðferðar. Í kjölfarið

myndi PFS taka afstöðu til kröfu Símans um frestun málsmeðferðar með ókæranlegri málsmeðferðarákvörðun.

(266) Féllist PFS ekki á frestun málsmeðferðar fengi Síminn færi til að tjá sig um athugasemdir Vodafone og Nova (og eftir atvikum mögulegar athugasemdir GR ef niðurstaða PFS yrði sú að GR nyti aðildar í málinu) og sjónarmið PFS um rannsóknarregluna sem stofnunin sendi Símanum þann 23. október 2018 áður en endanleg ákvörðun í málinu yrði tekin.

(267) Þá væri það von PFS að ákvörðun í því máli er varðaði beiðni Vodafone um afléttingu trúnaðar tiltekinna upplýsinga sem fram kæmu í ákvörðun PFS nr. 10/2018 gæti legið fyrir um miðjan nóvember 2018.

(268) Kysi Síminn að afhenda ekki umbeðnar upplýsingar myndi stofnunin boða síðar hvaða áhrif það myndi hafa á niðurstöðu málsins, m.a. hvort stofnunin hygðist grípa til sönnunar- eða matsreglna þar sem ekki hefði tekist að upplýsa um tiltekin atriði sem PFS teldi mikilvæg við úrlausn málsins. Símanum gæfist þá lokafæri á að ákveða hvort umbeðnum upplýsingum yrði skilað.

2.24. Krafa Símans um að hafna aðild GR – 2. nóvember 2018

2.24.1. Almenn

(269) Vísað var til athugasemda GR, dags. 25. október 2018, vegna kröfu Símans um að aðild GR að málinu yrði hafnað, dags. 18. október 2018.

(270) Síminn ítrekaði kröfu sína um að aðild GR yrði hafnað. Taldi Síminn að forsendur niðurstöðu ákvörðunar PFS í máli nr. 10/2018 gerðu það að verkum að GR hefði ekki lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins. Nýgenginn dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 styddi einnig þá niðurstöðu. Þau sjónarmið sem GR færði fram í málinu sýndu jafnframt að þeir hagsmunir sem GR teldi sig vera að vernda væru samkeppnishagsmunir á markaði sem málið fjallaði ekki um. Málið fjallaði um ágreining fjarskiptafyrirtækja sem störfuðu á öðru sölustigi en GR og viðskipti þeirra við fjölmiðlaveitur.

(271) Af rökstuðningi GR yrði því ekki annað ráðið en félaginu gengi það fyrst og fremst til að verja samkeppnishagsmuni sína í samkeppni við Mílu í grunnfjarskiptum. Rannsókn málsins fjallaði hins vegar ekki um samkeppni í grunnfjarskiptum heldur það hvort fjölmiðlastarfsemi Símans beindi viðskiptum viðskiptamanna að sjónvarpsdreifikerfi félagsins og/eða hvort OTT lausn Símans teldist vera sambærileg IPTV lausn félagsins. Byggði Síminn á því að eins og atvikum væri háttað í málinu bæri að hafna aðild GR að málinu.

(272) Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 segði:

„Í VII. kafla laga nr. 38/2011 er að finna reglur um flutning myndefnis. Er þar annars vegar í 44. gr. mælt fyrir um skyldu fjarskiptafyrirtækis, að gættum nánari skilyrðum, til að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um

flutning á sjónvarpsútsendingum. Hins vegar er í 45. gr. laganna kveðið á um sambærilega skyldu fjölmiðlaveitu til að heimila fjarskiptafyrirtæki að flytja efni. Ágreiningslaust er að þessar reglur laganna nái eingöngu til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis. Í 1. mgr. 46. gr. laganna kemur fram að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skuli semja um flutning á sjónvarpsútsendingum á grundvelli 44. og 45. gr. laganna. Náist slíkur samningur ekki kemur til kasta Póst- og fjarskiptastofnunar á grundvelli 2. mgr. 46. gr. laganna sem getur, reynist sáttaumleitanið árangurslausar, skorið úr ágreiningi aðila með ákvörðun. Að þessum reglum slepptum er ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu.“

(273) GR væri fjarskiptafyrirtæki. GR hefði ekki óskað eftir aðgangi að sjónvarpsútsendingum Símans eða öðru efni til myndmiðlunar. Í fjölmiðlalögum væri því ekki að finna lagaheimildir sem kröfugerð GR í málinu sækti stoð sína í. Af þeim sökum ætti félagið ekki lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins og bæri því ekki að fá aðilastöðu í því.

2.24.2. Athugasemdir Símans við greinargerð GR

(274) Hið meinta brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga skv. ákvörðun PFS nr. 10/2018 átti að felast í því að fjölmiðlaveita Símans hefði beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að fjarskiptastarfsemi þess. GR virtist hins vegar byggja á því að Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að dótturfélaginu Mílu. Svo væri alls ekki. Síminn hefði samið við nær öll fjarskiptafyrirtæki sem rækju ljósleiðaranet á Íslandi um dreifingu á IPTV kerfi sínu yfir þau net. Það að ekki hefðu náðst samningar milli Símans og GR væri ekki frekar að rekja til Símans en GR. Í því sambandi lægi fyrir að Síminn hefði margsinnis lýst yfir vilja sínum til að samningar tækjust á milli aðila og ítrekaði þann vilja sinn.

(275) Ítrekunarkvartanir Vodafone og Nova beindust hins vegar fyrst og fremst að því að þau félög fengju aðgang að ólínulegu myndefni til að dreifa yfir sín IPTV dreifikerfi. GR ræki ekki IPTV dreifikerfi. GR hefði ekki óskað eftir því að fá aðgang að ólínulegu efni til dreifingar yfir sín fjarskiptakerfi. Af því leiddi að GR gæti ekki talist eiga lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins.

(276) Forsendur niðurstöðu PFS í máli nr. 10/2018 fælu það ekki í sér að Síminn hefði brotið gegn hagsmunum GR. Þvert á móti væri sérstaklega tekið fram að hefðu samningar tekist um að IPTV kerfi Símans væri veitt yfir net GR hefði hið meinta brot verið yfirfært yfir á net GR. Þótt Síminn væri ósammála forsendum PFS sýndi þetta að GR hefði ekki lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins.

(277) Í umfjöllun í 2. kafla athugasemda GR væri byggt á því að hagsmunir GR ættu að veita félaginu aðilastöðu í málinu. Öll umfjöllun sem á eftir kæmi fjallaði síðan um aðstæður eða atvik þar sem aðilar störfuðu á sama markaði sem keppinautar. Vísaði GR annars vegar til ákvörðunar samkeppnisráðs í máli nr.

18/2003 (Kortþjónustan/Greiðslumiðlun) og dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 (Samskip/Eimskip). Í báðum málunum var um að ræða aðila sem störfuðu á sama markaði og það fyrirtæki sem var til rannsóknar sem kröfðust aðilastöðu. Í síðarnefnda málinu hefði verið sérstaklega litið til þess að Eimskip og Samskip störfuðu á markaði þar sem einungis var um tvo keppinauta að ræða.

(278) Atvik þessa máls væru með öðrum hætti. Það væri ekki háttsemi keppinautarins Mílu sem væri til rannsóknar eins og GR virtist halda. Rannsókn PFS sneri að meintu broti Símans. Þó svo Míla væri dótturfélag Símans væru fyrirtækin rekin sem tvær aðskildar lögpersónur og sérstaklega kveðið á um það í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 að Míla skuli rekin sem sérstök lögpersóna og vera stjórnunarlega og rekstrarlega aðskilin frá Símanum, sbr. 1. mgr. 4. gr. ákvörðunarinnar.

(279) Í umfjöllun GR kæmi einnig fram að það hefði þýðingu hver væri kvartandi í viðkomandi máli. Í máli nr. 10/2018 og því máli sem nú væri til meðferðar var GR ekki upphaflegur kvartandi. Rök um að málsmeðferð í málinu mætti rekja til kvörtunar GR ættu því ekki við í málinu.

(280) Í 3. kafla athugasemda GR væri fjallað um að lausari tengsl við málið gætu „jafnvel“ dugað til aðilastöðu. Aftur byggði GR á því að GR og Míla væru keppinautar í lagningu og rekstri ljósleiðarakerfis. GR gerði hins vegar engan reka að því að tengja þá staðreynd við þá hagsmuni sem félagið hefði af niðurstöðu máls sem fjallaði um ólínulega myndmiðlun á IPTV kerfum Símans og með nýlegri OTT lausn. Taldi Síminn því að GR ætti ekki lögvarða hagsmuni af niðurstöðu málsins.

(281) Hagsmunir GR kynnu að vera afleiddir hagsmunir af því ef Vodafone og Nova dreifðu ólínulegu myndefni Símans og veldu ljósleiðarakerfi GR sem burðarlag fyrir viðskiptavinum sína eða að viðskiptavinir sem keyptu OTT lausn Símans keyptu internetþjónustu hjá þeim aðilum sem síðan væri veitt yfir net GR. Því væri um að ræða óbeina hagsmuni sem teldust ekki vera lögvarðir í lagalegum skilningi. Ekki frekar en skipafélag gæti verið aðili að ágreiningi flutningsaðila vegna þess að það myndi auka líkur á því að viðskiptavinur flutningsaðilans myndi flytja vörur með því skipafélagi.

(282) Í riti Páls Hreinssonar, Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð, segir m.a. á bls. 171-172:

„Þegar sótt er um vínveitingaleyfi fyrir nýjan veitingastað sem verið er að opna, eru eigendur annarra vínveitingastaða ekki aðilar að því máli þótt þeir kunni að eiga verulegra hagsmuna að gæta af því að samkeppnisáðilum fjölgi ekki séu mjög fáir fyrir á markaðinum. Í slíkum tilvikum eiga þeir á hinn bóginn ekki beinna hagsmuna að gæta við afgreiðslu umsóknarinnar heldur eru hagsmunir þeirra óbeinir eða afleiddir. Slíkir samkeppnishagsmunir virðast almennt ekki vera taldir leiða til aðilastöðu samkeppnisáðila sem fyrir eru á markaði. Frá

Þessu kunna einhverjar undantekningar að vera, sbr. dóm Hæstaréttar frá 19. júní 2003 í máli nr. 83/2003 [...].“

(283) Af framangreindu væri ljóst að helsti fræðimaður í stjórnslurétti á Íslandi teldi tilvísaðan dóm Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 fela í sér undantekningu frá þeirri meginreglu að samkeppnishagsmunir leiði almennt ekki til aðilastöðu í máli samkeppnisaðila. Afleiddir hagsmunir yrðu því að vera í nánari tengslum við niðurstöðu málsins til að teljast nægilega verulegir til að aðilastaða yrði veitt. Vísaði Síminn til frekari umfjöllunar Páls Hreinssonar í tilvitnuðu riti á bls. 168-172, en eins og þar væri rakið væri það helst í skipulags- og byggingarmálum eða málum sem varða umhverfisrétt sem afleiddir hagsmunir væru taldir geta veitt aðilastöðu.

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

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

2.25. Bréf PFS til GR vegna aðildar GR – 2. nóvember 2018

(286) PFS áframsendi athugasemdir Símans vegna aðildar GR vegna meints ítrekunarbrots Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, dags. 2. nóvember með tölvupósti samdægurs.

(287) Var GR veitt tækifæri til að tjá sig um athugasemdirnar og frestur til þess veittur til 6. nóvember 2018.

2.26. Svar GR til PFS vegna aðildar GR – 6. nóvember 2018

(288) Svar GR vegna aðildar félagsins barst með tölvupósti, dags. 6. nóvember 2018. Þar kom fram að GR sæi ekki tilefni til að gera athugasemdir við greinargerð Símans frá 2. nóvember 2018 og þar með tefja málið enn frekar, nema að því leyti að ekki væri rétt farið með að GR hefði ekki óskað eftir aðgangi að sjónvarpsútsendingum Símans eða öðru efni til myndmiðlunar, sbr. áður innsend gögn til stofnunarinnar.

(289) GR teldi jafnframt að PFS hefði öll gögn í áður innsendum erindum, þ.m.t. umrædda beiðni frá 15. ágúst 2016.

2.27. Bréf Símans um yfirburðastöðu Vodafone – 8. nóvember 2018

(290) Síminn sendi tölvupóst dags. 8. nóvember 2018 með vísan til þeirra mála sem til meðferðar hefðu verið hjá PFS um meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og vakti athygli PFS á kynningu Vodafone á ársfjórðungsuppgjöri félagsins vegna þriðja ársfjórðungs 2018, sbr.

<https://www.youtube.com/watch?v=JNrQNHIRCsg>

(291) Sérstaklega væri vakin athygli á eftirfarandi brotum í þætti framkvæmdastjóra miðla hjá Vodafone í kynningunni:

(292) Tími 44:00:

„Það er verið að gera mjög mikið af áhugaverðum hlutum inn í félaginu til þess að styrkja samkeppnisstöðu okkar. Við erum mjög ánægð með það t.d. núna að vera komin með dreifingu á okkar efni á þann stað að það er í raun og veru ekkert fyrirtæki á íslenskum markaði sem getur keppt við okkur.“

(293) Með þessari tilvitnun staðfesti Vodafone enn einu sinni að félagið væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis á Íslandi. Í yfirlýsingu Vodafone kæmi jafnframt fram að ekkert fyrirtæki gæti keppt við Vodafone. Fyrirtækið teldi sig því vera í einstakri yfirburðastöðu (e. super dominance). Öll málsmeðferð og forsendur niðurstöðu mála sem væru rekin hjá PFS yrðu því að taka mið af þessu. Væri því réttast að PFS léti af frekari málsmeðferð í málinu.

(294) Tími 45:10:

„Það er frábært að geta sagt frá því að staða miðlanna er mjög góð eftir þennan samruna [...] það breytir því ekki að hlutdeild okkar á markaði er sambærileg eða betri en hún var fyrir samruna.“

(295) Tími 46:10:

„Allur þessi rekstur (fjölmiðla – innsk. Símans) er að mínu mati bara á mjög fínum stað í dag.“

(296) Með þessu væri það staðfest að markaðsráðandi staða Vodafone á markaði fyrir áskriftarsjónvarp hefði styrkst á umliðnum misserum auk sterkrar stöðu annarra miðla.

(297) Samandregið fæli framangreint í sér að á sama tíma og Vodafone héldi því fram, að því er virtist gegn betri vitund, að aðgerðir Símans hefðu skaðað hagsmuni félagsins hefði félagið styrkt markaðsráðandi stöðu sína bæði í dreifingu sjónvarpsefnis og á markaði fyrir áskriftarsjónvarp.

(298) Einnig var bent á að kvörtun Vodafone lyti að því að Síminn beindi viðskiptavinum sem keyptu fjölmiðlaþjónustuna Sjónvarp Símans Premium í viðskipti með gagnvirka sjónvarpsþjónustu, sem væri skilgreint sem sjónvarpsþjónusta skv. fordæmum frá framkvæmdastjórn ESB. Vodafone staðhæfði að á báðum þessum mörkuðum væri ekkert fyrirtæki sem gæti keppt við félagið. Ráðstafanir eftirlitsaðila sem settu keppinautum hins markaðsráðandi fyrirtækis skorður gerðu ekki annað en að viðhalda og styrkja markaðsráðandi fyrirtæki, samkeppni og á endanum neytendum til tjóns.

(299) Gerði Síminn kröfu um að PFS tæki mið af framangreindu í málsmeðferð í málum stofnunarinnar vegna ítrekunarkvörtunar Vodafone og máli í kröfu vegna aðgangs að trúnaðarupplýsingum

2.28. Bréf Vodafone vegna frestun málsmeðferðar – 9. nóvember 2018

(300) Vodafone sendi PFS bréf, dags. 9. nóvember 2018, með vísan til tölvupósts PFS, dags. 31. október 2018, auk erindis Símans dags., sama dag, þar sem Síminn fór fram á frestun málsmeðferðar vegna ítrekunarbrots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Áður hefði Síminn krafist endurupptöku eða afturköllunar ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Virtist Síminn því róa að því öllum árum að koma í veg fyrir efnisumfjöllun um ítrekunarbrotið. Það væri skiljanlegt þar sem þessi tafataktík væri að skila Símanum umtalsverðum en ólögmetum ávinningi, sbr. nýlega fjárfestakynningu Símans. Þar kæmi skýlaust fram að sala Símans á internetteningum væri knúinn áfram af heimilispakkanum og þar með Sjónvarpi Símans Premium. Viðskiptastefna Símans hvað þá þjónustu varðaði gengi út á að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018.

(301) Kröfu Símans um frestun málsmeðferðar væri mótmælt, enda engin haldbær rök fyrir henni. Ekki væri verið að fást við sömu atvik og fjallað væri um í ákvörðun PFS nr. 10/2018, heldur væri nú tekist á um hvort OTT þjónusta Símans leysti félagið undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Engin afstaða hefði verið tekin til þess álitaefnis í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Á meðan Síminn kæmist upp með áframhaldandi brot reisti hann virkisvegg (e. walled garden) þann sem fjölmiðlalögum og 5. mgr. 45. gr. væri ætlað að koma í veg fyrir að yrði reistur og neytendur sætu eftir með sárt ennið.

2.28.1. Síminn misskildi kröfugerð Vodafone

(302) Enn á ný reyndi Síminn að drepa málinu á dreif og láta líta svo út að það snerist um ágreining um túlkun á 46. gr. laganna um flutningsrétt og vísaði til nýfallins dóms Hæstaréttar í því sambandi. Því færi fjarri, því kvörtun Vodafone og fleiri lyti þvert á móti að meintu broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hér væri um útúrsláningu Símans að ræða á inntaki ítrekunarbrotsins. Það fælist í því að OTT lausn Símans leysti hann ekki undan brotinu. Í tölvupósti Vodafone, dags. 9. júlí 2018, sem geymdi upphaflegu kvörtunina vegna ítrekunarbrotsins, voru svofelldar kröfur gerðar:

„Með vísan til framangreinds er þess farið á leit, að PFS taki ítrekunarbrott Símans nú þegar til meðferðar og beiti viðeigandi úrræðum í því skyni.“

(303) Í kafla 5.9.4.2. í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri fjallað um þær tegundir viðurlagaúrræða sem til álita kæmu að mati PFS ef um ítrekun brotsins væri að ræða. Krafa Vodafone væri einfaldlega sú að PFS beitti viðeigandi úrræðum. Kröfugerðin lyti því ekki að aðgangi að efni í Sjónvarpi Símans Premium eins og ranglega væri látið liggja að í erindi Símans og helsti rökstuðningur hans liti að.

2.28.2. Fleiri aðilar að ágreiningsmáli um ítrekunarbrott

(304) Vakin var athygli á því að Nova og GR væru einnig aðilar málsins sem snerti ítrekunarbrott Símans. Nova og GR hefðu hins vegar ekki verið aðilar að máli því sem lauk með dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017. Þegar af þeirri ástæðu bæri PFS að hafna erindi Símans.

2.28.3. Önnur atriði sem Síminn týndi til

(305) Að mati Vodafone virtist Síminn ruglast í rýminu og teldi að það mælti með frestun réttaráhrifa að um verulega íþyngjandi ákvörðun væri að ræða, sem hefði mikla þýðingu fyrir reksturinn. Krafan væri því verulega vanreifuð þar sem hún færi úr því að vera krafa um frestun málsmeðferðar og yfir í kröfu um frestun réttaráhrifa ákvörðunar nr. 10/2018. Ruglið héldi svo áfram með eftirfarandi orðalagi: „Verði ákvörðun ekki frestað er hætt við því að það komist á ástand sem erfitt og jafnvel útilokað kann að vera að færa í fyrra horf verði ákvörðun PFS ógilt.“

(306) Einsýnt væri að réttaráhrifum yrði ekki frestað enda væri ákvörðun nr. 10/2018 nú til endurskoðunar fyrir dómstólum og Síminn kaus að skjóta málinu ekki til úrskurðarnefndar. Það væri einungis á færi nefndarinnar að fresta réttaráhrifum í undantekningartilvikum.

(307) Sjónarmið um að samkeppni væri ekki raskað halda ekki vatni enda sannaði nýleg fjárfestakynning í smáatriðum hvernig samkeppni væri raskað og markaðsráðandi staða Símans á markaði fyrir internetþjónustu, markaði fyrir aðgang að IPTV dreifingu og á heildar fjarskiptamarkaði væri gróflega misnotuð með árangursríkum hætti.

(308) Hvað varðaði sjónarmið um að önnur úrræði tryggðu rétt, svo sem einkaréttarleg úrræði í formi skaðabóta, væri þeim einnig mótmælt sem haldlausum, enda væri engin stoð fyrir því í stjórnsýslurétti að eftirlitsstjórnvöld létu lögbrot átölulaus með þeim rökum að unnt væri að krefjast skaðabóta vegna þeirra. Málflutningur Símans væri fjarstæðukenndur að þessu leyti, sem og varðandi ýmis þau atriði sem hefðu verið reifuð hér að ofan.

(309) Að öðru leyti virtist Síminn tjalda til samsvarandi málsástæðum og þegar hefði verið hafnað með ákvörðun PFS nr. 10/2018, svo sem að engum hefði verið synjað um aðgang að ólínulegu efni. Væri þessu að sjálfsögðu mótmælt.

(310) Með vísan til alls framangreinds væri þess krafist að beiðni Símans um frestun málsmeðferðar yrði alfarið hafnað.

2.29. Bréf Vodafone vegna ítrekunarbrots – 9. nóvember 2018

(311) PFS barst bréf Vodafone, dags. 9. nóvember 2018, þar sem félagið vísaði til umsagnar Símans, dags. 18. október 2018.

2.29.1. Formathugasemdir Símans

2.29.1.1 Lögmætisregla stjórnsýsluréttar

(312) Í þessum kafla umsagnar Símans voru endurtekin sjónvarmið, sem sett voru fram og hafnað í málinu sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018. Þeim væri því mótmælt hér sem haldlausum og vísað til ákvörðunarinnar hvað þetta varðaði. Varðandi meintan skort á lögmæti inngripa PFS á þeim grundvelli að hvergi í fjölmiðlalögum væri mælt fyrir um inngríp í ólínulega myndmiðlun, skyldi á það minnt að fjölmiðlanefnd taldi í umsögn sinni, dags. 29. febrúar 2016, 5. mgr. 45. gr. geyma sjálfstætt bannákvæði óháð því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða. Þetta hefði síðan verið staðfest í ákvörðun PFS nr. 3/2016, en þar sagði orðrétt í ákvörðunarorðum: „Bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 nær bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar.“

2.29.1.2 Upplýsingabeiðnir/trúnaðarupplýsingar

(313) Í þessum kafla umsagnarinnar væri á ný reynt að drepa málinu á dreif og látið líta svo út að það snúist um ágreining um túlkun á 46. gr. laganna um flutningsrétt. Því færi fjarri, því kvörtun Vodafone og fleiri lúti þvert á móti að meintu broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þótt lögin geymi ekki sjálfstæða heimild til upplýsingaöflunar PFS í tengslum við rannsóknir á brotum á 5. mgr. 45. gr. geyma lögin viðurlagaheimildir við brotum, einmitt á þessari málsgrein. Það myndi skjóta verulega skökku við ef PFS væri ætla að rannsaka mál og beita viðurlögum án þess að hafa heimildir til upplýsingaöflunar við slíka rannsókn, sem gæti verið undanfari enn frekari niðurlaga, ef niðurstaðan væri sú, að Síminn teldist ítrekað brotlegur. Mætti færa rök fyrir því að PFS hefði allt að einu almennar heimildir til slíkrar gagnaöflunar með vísan til rannsóknarreglu stjórnsýslulaga.

(314) Við aðstæður sem þessar væri jafnframt nokkuð algengt að stjórnvald leitaði til annarra stjórnvalda eftir upplýsingum sem þau kynnu að hafa undir höndum eða gætu aflað. Þannig gæti fjölmiðlanefnd krafist fjölmiðlaveitur um skriflegar upplýsingar og gögn vegna ætlaðra brota á ákvæðum fjölmiðlalaga og skyldu slíkar upplýsingar og gögn þá veitt innan hæfilegs frests sem nefndin setti, sbr. 1. mgr. 12. gr. fjölmiðlalaga. Ef Síminn skoraðist undan að veita PFS nauðsynlegar upplýsingar hvað þetta varðaði gæti PFS því leitað liðsinnis fjölmiðlanefndar til að afla nauðsynlegra gagna. Það væri einmitt fjölmiðlaveitu sem væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki skv. 5. mgr. 45. gr. Hér

væri því ótvírætt um að ræða ætlað brot fjölmiðlaveitu á ákvæðum fjölmiðlalaga. Í slíkum tilvikum hefði fjölmiðlanefnd skýrar heimildir til að krefja fjölmiðlaveituna Sjóntvarp Símans um öll nauðsynleg gögn.

(315) Reyndist sjálfstæð upplýsingaöflun PFS eða upplýsingaöflun fyrir milligöngu fjölmiðlanefndar árangurslaus, hlyti skortur á umbeðnum upplýsingum að verða virt Símanum í óhag. Ef PFS hefði árangurslaust reynt að rannsaka málið á tilhlýðilegan hátt væri stofnuninni rétt að grípa til mats eða sönnunarreglna í stað rannsóknar máls (Sjá hér Pál Hreinsson, Stjórnsýslulögin, bls. 115). Eins og á stæði í málinu væru löglíkur fyrir áframhaldandi broti Símans og yrði hann að bera ábyrgð á því að vera ekki samstarfsfús við að veita umbeðnar upplýsingar.

2.29.1.3 *Krafa um frestun málsmeðferðar*

(316) Kröfu Símans um frestun málsmeðferðar væri mótmælt, enda engin haldbær rök fyrir henni. Ekki væri verið að fást við sömu atvik og fjallað hefði verið um í ákvörðun PFS nr. 10/2018, heldur væri nú tekist á um hvort OTT þjónusta Símans leysti félagið undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Engin afstaða hefði verið tekin til þess álitaefnis í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Á meðan Síminn kæmist upp með áframhaldandi brot reisti hann virkisvegg (e. walled garden) þann sem fjölmiðlalögum og 5. mgr. 45. gr. væri ætlað að koma í veg fyrir að yrði reistur og neytendur sætu eftir með sárt ennið. Væri mál að þessu linni og að PFS lyki rannsókn sinni á ítrekunarbroti Símans án ástæðulauss dráttar. Að öðru leyti vísaðist til andmæla Vodafone við kröfunni um frestun málsmeðferðar í öðru bréfi sem sent var PFS fyrir í dag, 9. nóvember 2018.

2.29.1.4 *Meint bann við framsali í dreifisamningum*

(317) Hér væri um útúrskúning Símans að ræða á inntaki ítrekunarbrotisins. Það fælist í því að OTT lausn Símans leysti hann ekki undan brotinu. Í tölvupósti Sýnar, dags. 9. júlí sl., sem geymdi upphaflega kvörtun vegna ítrekunarbrotisins, voru svofelldar kröfur gerðar:

„Með vísan til framangreinds er þess farið á leit, að PFS taki ítrekunarbrot Símans nú þegar til meðferðar og beiti viðeigandi úrræðum í því skyni.“

(318) Í kafla 5.9.4.2. í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri fjallað um þær tegundir viðurlagaúrræða sem kæmu til álita að mati PFS ef um ítrekun brots væri að ræða. Krafa Vodafone væri einfaldlega sú að PFS beitti viðeigandi úrræðum. Kröfugerðin lyti því ekki að aðgangi að efni í Sjóntvarpi Símans Premium eins og ranglega væri haldið fram í athugasemdum Símans. Bann við framsali í dreifingarsamningum væru af þeim sökum málinu með öllu óviðkomandi.

2.29.1.5 *Aðild GR*

(319) Vodafone gerði ráð fyrir að GR svari sjálf fyrir aðild sína að málinu og léti því duga að mótmæla sjónarmiðum Símans hvað þetta varðaði með almennum hætti.

2.29.1.6 *Meint þýðing ákvörðunar PFS nr. 19/2012*

(320) Með sömu rökum og varðandi lögmætisregluna hefði ákvörðun PFS nr. 19/2012 enga þýðingu í málinu. 5. mgr. 45. gr. væri sjálfstætt bannákvæði sem tæki jafnt til línulegra og ólínulegra sjónvarpsútsendinga, sbr. umsögn fjölmiðlanefndar, dags. 29. febrúar 2016 og ákvörðun PFS nr. 3/2016.

2.29.2. *Efnisathugasemdir Símans*

2.29.2.1 *Almennar athugasemdir*

(321) Síminn virtist telja alla aðra en sjálfa sig misskilja bæði fjölmiðlalög og ákvörðun PFS nr. 10/2018. Svo væri ekki. Því væri ekki úr vegi að rifja upp um hvað ákvörðunin gekk í grundvallaratriðum. Í þessu sambandi skyldi minnt á, að 5. mgr. 45. gr. væri ætlað að sporna við lóðréttri samþættingu á efni og dreifingu á því, sbr. athugasemdir í frumvarpinu sem varð að fjölmiðlalögum. Orðrätt segði áfram um þetta atriði: „*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.*“ Þetta væri kjarni málsins. Vodafone fylgdi opinni stefnu varðandi aðgang að efni sínu og lokaði það ekki inni á dreifikerfi sínu. Þannig uppfyllti félagið skyldur sínar skv. 5. mgr. 45. gr. Síminn loki efni sínu og bindi við dreifikerfi sitt. Í því felist greinarmunurinn.

(322) Að sama skapi gerði Síminn tilraun til að túlka ákvörðun PFS nr. 10/2018 á afar framsækinn hátt. Eins og í öllum stjórnvaldsákvörðunum væru það ákvörðunarorðin sem væru hinn bindandi hluti sérhverrar þeirrar.

(323) Það væri 5. tölul. ákvörðunarinnar sem efnislega skipti máli í samhengi við kvörtun Símans, en hann hljóðaði svo:

„5. Síminn braut þann 1. október 2015 gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og stendur það brot enn yfir.“

(324) Og hvað var það sem gerðist 1. október 2015? Jú, frá og með þeim tíma hefði áskrifendum Vodafone Sjónvarps ekki staðið til boða þjónusta í formi tímavélar eða frelsis á sjónvarpsefni sjónvarpsstöðvarinnar Sjónvarp Símans. Það væri kjarni brotsins, sem enn stæði yfir. Engu breytti þótt Síminn hefði á síðari stigum búið til vöruna Sjónvarp Símans Premium og tvinnnað þar saman fleiri þjónustubáttum. Engu skipti heldur þótt tímavél og frelsi félli ekki í flokk línulegra sjónvarpsútsendinga og þar með undir flutningsskyldur fjölmiðlalaga. Brotið fælist í því að hafa lokað þetta efni inni á dreifikerfum Símans, án þess að samhliða grípa til aðgerða sem hefðu komið í veg fyrir að um brot hefði verið að ræða, svo sem með samningum við Vodafone eða fullnægjandi OTT lausn. Þetta væri hin rétta túlkun á ákvörðun nr. 10/2018. Því til frekari staðfestingar vísaðist t.d. til forsendna PFS á bls. 102, þar sem Vodafone þáttur málsins var afmarkaður:

„Ágreiningurinn í Vodafone þætti málsins snýr fyrst og fremst að því að frá og með haustinu 2015 hefur viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu

Vodafone, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun ofangreinds sjónvarpsefnis Símans, eins og raunin var fyrir þann tíma að því er varðar þjónustuflokka þá hjá Vodafone sem nefnast Tímavél (24-36 klst. hliðrun) og Frelsi (28 daga hliðrun). Þeir notendur sem hafa kosið að kaupa aðgang að ólínulegri myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans eftir það tímamark hafa því þurft að vera í viðskiptum við Símann, m.a. með því að kaupa aðgang að efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium, þar sem aðgangur að þeirri efnisveitu hefur ekki verið í boði á IPTV kerfi Vodafone frekar en Tímavél eða Frelsi.“

(325) Og áfram væri haldið á bls. 103:

„Í málinu liggur fyrir að það ástand hefur verið síðan 1. október 2015, sem ofangreindu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er ætlað að koma í veg fyrir, þ.e. að notendur standi frammi fyrir því að við val á fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að tilteknu myndefni eða að þeir geti ekki nálgast slíkt myndefni án þess að þurfa að tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi eða skipta alfarið um fjarskiptafyrirtæki. Fyrir umrædda dagssetningu var umrætt ástand ekki uppi, þ.e. áður en Síminn breytti skipulagi sjónvarpsreksturs síns og gerði línulega sjónvarpsstöð félagsins að opinni frístöð, án möguleika á ólínulegum þjónustubáttum, á sama tíma og félagið setti á laggirnar ólínulegu efnisveituna Sjónvarp Símans Premium, sem ekki var í boði fyrir Sjónvarp Vodafone eða viðskiptivini þá sem nota ljósleiðara GR sem burðarlag. Ástand þetta skapaðist vegna áhrifa lóðréttis eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki. Markmið ákvæðisins samkvæmt frumvarpsathugasemdum var m.a. að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald, með þeim hætti að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður, sem hvort tveggja hefðu yfirráð yfir efni og dreifikerfi, gætu bundið aðgang að efninu við ákveðin fjarskiptanet.“

(326) Og á bls. 171-172 væri því lýst með hvaða hætti Síminn hefði getað komið í veg fyrir brotið:

„Eins og fyrr segir hefði Síminn getað komið í veg fyrir brot það gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem PFS hefur komist að niðurstöðu um í máli þessu að félagið hafi fullframið þann 1. október 2015, með því m.a. að bjóða upp á fullnægjandi OTT lausn við dreifingu á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitu sinnar, sem væri óháð fjarskiptanetum. Enn fremur hefði Síminn síðan þá getað undið ofan af umræddu broti með slíkri lausn, en umrætt brot stendur ennþá yfir að mati PFS.“

(327) Á bls. 176 segði enn fremur:

„Eins og fram kemur í rökstuðningi PFS hófst brotið með þeirri markaðsaðgerð sem hrundið var af stað þann 1. október 2015, sem m.a. fólst í uppsögn á dreifingarsamningi Símans við Vodafone sumarið 2015 og að Vodafone var bannað að bjóða viðskiptavinum sínum áfram upp á ólínulega myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans í formi Tímavélar og Frelsis með um þriggja vikna fyrirvara. Þær markaðsaðgerðir sem Síminn réðist í gerði það einnig að verkum að Sjónvarp Símans Premium var eingöngu aðgengilegt yfir net Mílu á helsta samkeppnissvæði Símasamstæðunnar.“

(328) Að síðustu segði á bls. 181:

„Telja verður að sú ákvörðun Símans að breyta fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu sinnar þann 1. október 2015 án þess að grípa til tiltækra ráðstafana til að koma í veg fyrir brot á ákvæðinu, t.d. með samningum við Vodafone eða sjónvarpsdreifingu um OTT lausn, feli í sér töluvert afdráttarlausa, skýra og afmarkaða markaðsaðgerð. Þó svo að markaðsaðgerð Símans hafi verið margþætt og samskipti og samningaviðræður Símans við samkeppnisaðila sína spili inn í atburðarrás þessa máls, getur það ekki verið neinum vafa undirorpið, að mati PFS, hvers konar háttsemi talin er fara í bága við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Með því að aðgangur að ólínulegu dagskrárefni Sjónvarps Símans Premium er eingöngu í boði um IPTV kerfi Símans og á undirliggjandi neti Mílu, á helsta samkeppnissvæði Símasamstæðunnar, er að mati PFS verið að beina viðskiptum viðskiptamanna Sjónvarps Símans Premium, þ.e. fjölmiðlaveitu Símans, að tengdu fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. fjarskiptahluta Símans og Mílu.“

(329) Af framangreindu yrði ráðið að þau atriði, sem Síminn týndi til í nýjustu athugasemdum sínum lúta alls ekki að því andlagi, sem 5. mgr. 45. gr. var ætlað að verja, þ.e. að koma í veg fyrir að efni og dreifing sé bundinn við sama fjarskiptanetið.

(330) Spurningin sem leysa þurfi úr sé því þessi: Leysir hin nýja OTT lausn úr því vandamáli, að einungis þeir áskrifendur fjölmiðlaveitunnar Sjónvarps Símans, sem kjósa að notast við OTT myndlykil, hafi tök á að nota þjónustuþættina tímavél og frelsi, sem nú hefði verið vöndlað með öðrum þjónustuþáttum í vöruna Sjónvarp Símans Premium? Svarið við þeirri spurningu sé augljóslega nei.

(331) Grunnvandamálið væri enn til staðar að mati Vodafone, þ.e. stöðvar Sýnar (Miðla) á IPTV kerfi Símans og á OTT kerfi Símans eru í boði með tímavél og frelsi. Sama gilti ekki um sjónvarpsstöðina Sjónvarp Símans, hvorki á IPTV kerfi

Vodafone né í OTT lausn Vodafone væri unnt að nýta tímavélar og frelsisþjónustur fjölmiðlaveitunnar Sjónvarp Símanum. Og hvað þurfa viðskiptavinir Vodafone Sjónvarps að gera til að geta notið þessarar þjónustu? Jú þeir þurfa að kaupa myndlykil frá Símanum. Þar með sé grunnvandamálið enn til staðar: Fjölmiðlaveitan Sjónvarp Símanum hefði yfir að ráða efni sem það lokaði inni á sérstökum myndlykli (vélbúnaði en ekki appi), sem eingöngu væri fánlegur hjá fjarskiptafyrirtækinu Símanum. Neytendur þurfi því áfram að vera áskrifendur að myndlykli Símanum. Aðrar streymisveitur líkt og OTT lausn Vodafone, Netflix og Amzon veiti aðgang að þjónustum sínum án þess að gerð sé krafa um sérstakan myndlykil, enda á raunveruleg OTT þjónusta að vera alls óháð dreifikerfi/dreifiveitu.

(332) Og jafnvel þó að viðskiptavinir Vodafone Sjónvarps fengju aðgang að Sjónvarpi Símanum Premium í gegnum OTT lausn sem ekki þyrfti á sérstökum myndlykli að halda, þá þyrftu viðskiptavinir að gerast áskrifendur og eiga í beinu viðskiptasambandi við Sjónvarpsþjónustu Símanum til þess að geta horft á tímavél og frelsi sjónvarpsrásarinnar Sjónvarps Símanum. Þar með væri viðhaldið þeirri lóðréttu samþættingu sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ætlað að sporna gegn, þ.e. að beina viðskiptavinum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(333) Þar sem að forsenda fyrir að nota Sjónvarp Símanum Premium í OTT lausn félagsins væri að krefjast viðskiptasambands við fjarskiptahluta Símanum væri augljóslega áfram verið að brjóta 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þótt ekki væri gerður áskilnaður um að internetþjónustan væri jafnframt hjá Símanum ylli verðlagning félagsins og mismunun milli IPTV kerfis lausnar og OTT lausnar hvað varðaði fjölda innifalinnar myndlykla síðan því að viðskiptum væri enn frekar beint að fjarskiptahluta Símanum, þ.e. tengds fjarskiptafyrirtækis í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. nánar hér að neðan. Breyttu andsvör Símanum engu um þá staðreynd.

2.29.2.2 *Er Sjónvarp Símanum raunverulega óháð karfi og OTT lausnin fullnægjandi?*

(334) Vodafone tók fram að viðskiptavinur þyrfti að kaupa sérstaka þjónustu, „Sjónvarp óháð neti“ sem kostaði 7.900 kr. Innifalið í þjónustunni væri Sjónvarp Símanum, Erlent endurvarp (10 stöðvar), Sjónvarp Símanum Appið og Premium. Aðrar leiðir sem væru viðskiptavinum færar til þess að fá aðgang að gagnvirkum Sjónvarpi væru:

- i.) Sjónvarp Símanum (hefðbundna leiðin) – Hliðrun möguleg með Premium
- ii.) Vodafone Sjónvarp yfir IPTV – engin hliðrun möguleg
- iii.) Stöð 2 appið – engin hliðrun möguleg

(335) Þá vaknaði upp spurningin afhverju væri þetta ekki viðunandi lausn?

- iv.) Viðskiptavinur **þyrfti að vera með myndlykil** hjá Símanum. Hann væri sannarlega OTT (m.t.t. tækninnar) en engu að síður bara Sjónvarp Símanum. Viðskiptavinir sem mögulega kysu að vera með

Vodafone Sjóntvarp þyrftu þá annað box til þess að geta nýtt sér hliðrað áhorf, hvort sem um væri að ræða tímaflakk eða ekki. Í þessu fælist veruleg takmörkun sem stuðlaði að því að viðskiptavinir flyttu öll viðskipti sín til Símans.

v.) Sambærilegar **OTT lausnir væru á 0. kr.**

(336) Stöð 2 appið (fyrrum Vodafone Play) stæði öllum landsmönnum til boða og veitti viðskiptavinum kost á því að neyta þess efnis sem keypt væri óháð fjarskiptaþjónustu. Þetta væri talsvert frábrugðið aðferð Símans væru þær bornar saman og augljóst hverju væri verið að reyna að ná fram, þ.e. að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

2.29.3. Niðurlag

(337) Þann 30. nóvember 2018 kynnti Síminn afkomu sína vegna þriðja ársfjórðungs. Í afkomukynningunni væri með grímulausum hætti lýst árangri Símans af brotastarfsemi sinni, sem væri enn yfirstandandi. Þannig segði á einni glærunni:

- *Vinsældir heimilispakkans miklar og áskrifendur nú um 30.000*
- *Brottfall hefur minnkað og tekjuþróun sjónvarps yfir sumarmánuðina hefur verið afar jákvæð*

(338) Önnur glæra bæri fyri sögnina: *Stöðugur vöxtur í interneti, knúinn áfram af Heimilispakka*

(339) Á glærunni væri síðan brugðið upp vexti í fjölda internettenginga og jafnframt örum vexti í fjölda áskrifenda að heimilispakka Símans. Þar væri einmitt Sjóntvarp Símans Premium, án hliðrunar fyrir aðra en viðskiptavini Símans, notað til að beina viðskiptum að fjarskiptahluta félagsins í beinni andstöðu við fjölmiðlalög, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Stærstan hluta þriðja ársfjórðungs var OTT lausn Símans ekki í boði, en auk þess leysti lausnin Símann ekki undan brotinu, sbr. hér að framan.

(340) Þessi vöxtur internettenginga, sem knúinn væri áfram af heimilispakkanum, hefði undanfarin ár skapað Símanum ólögmetan ávinning í ríkum mæli og kauppinautum Símans að sama skapi tjóni.

(341) Ofan í kaupið hafi svo borist fréttir af því að Síminn hefði náð rétti til sýninga á leikjum Enska boltans. Blasti við að Síminn myndi kappkosta að loka það efni með einum eða öðrum hætti inni á sínum kerfum. Af þessum sökum væri enn brýnna en fyrr að taka fast á ítrekunarbroti Símans.

(342) Var þess krafist að PFS tæki máli þegar í stað til úrskurðar og gripi til þeirra viðurlagaheimilda sem tækar væru vegna ítrekunarbrota af þessu tagi.

2.30. Tölvupóstur PFS til Símans – 9. nóvember 2018

(343) PFS áframsendi andmæli Sýnar vegna kröfu Símans um frestun málsmeðferðar í máli því er varðaði meint ítrekað brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(344) Jafnframt var tiltekið að athugasemdir Nova væru jafnframt væntanlegar og yrðu sendar um leið og þær myndu berast.

(345) Þá var Símanum veittur frestur til að tjá sig um athugasemdir Vodafone og Nova til 19. nóvember 2018.

2.31. Bréf Nova til PFS – 12. nóvember 2018

(346) Svar Nova barst með bréfi, dags. 12. nóvember 2018 og vísaði til tölvupósts PFS frá 31. október 2018 og erindi Símans frá 18. og 31. október 2018.

(347) Í fyrsta lagi, hvað varðaði sjónarmið Símans um lögætisreglu stjórnisýsluréttar og þýðingu hennar þá væri þeim mótmælt. Að mati Nova léki enginn vafi á valdbærni PFS til að hafa með höndum málsmeðferð og úrskurða um ágreining málsaðila. Vísaðist þar til ákvæða VII. kafla fjölmiðlalaga sem og ákvæðis 3. mgr. 54. gr. laganna en jafnframt væri tekið undir sjónarmið hvað þetta varðaði í athugasemdum Vodafone.

(348) Í öðru lagi setti Síminn fram sjónarmið um það sem kallað væri upplýsingabeidni/trúnaðarupplýsingar. Að mati Nova varðaði þessi hluta athugasemda Símans ekki kvörtun Nova í málinu en að sínu leyti gæti Nova tekið undir sjónarmið Vodafone hvað þessar athugasemdir varðaði.

(349) Í þriðja lagi gerði Síminn kröfu um frestun málsmeðferðar. Lutu sjónarmið í í athugasemdum Símans, dags. 18. október 2018, að þessu sem og erindi Símans, dags. 31. október 2018. Að mati Nova hefði Síminn ekki rökstutt á hvaða lagagrundvelli PFS gæti ákveðið að verða við þessari kröfu. Benti Nova á að á sama tíma og Síminn kynni að telja sig hafa hagsmuni af því að málsmeðferð væri frestað, á meðan Síminn leitaði dóms um ógildingarkröfur vegna ákvörðunar PFS nr. 10/2018, stæðu hagsmunir kæranda og neytenda til þess að máli þessu yrði lokið með ákvörðun svo fljótt sem verða mætti. Benti Nova á að málshöfðun vegna stjórnvaldsákvörðunar sem væri tekin á grundvelli fjölmiðlalaga nr. 38/2011 frestaði almennt ekki réttaráhrifum slíkrar ákvörðunar. Þá lyti kæruefnið í máli þessu ekki að atriðum sem voru undir í ákvörðun PFS nr. 10/2018.

(350) Í athugasemdum Símans frá 18. október var það nefnt til rökstuðnings kröfu um frestun réttaráhrifa að í nýlegu máli sem varðaði fiskeldi hefði úrskurður úrskurðarnefndar í auðlinda- og umhverfismálum gefið ríkisstjórninni tilefni til að leggja fram lagafrumvarp sem frestaði réttaráhrifum hans meðan málsaðilar leituðu dómsúrlausnar um gildi úrskurðarins. Ef eitthvað væri hefði þetta fremur þá þýðingu að hafna bæri kröfu Símans um frestun málsmeðferðar enda hefði ákvörðun PFS nr.

10/2018 full réttaráhrif nú þegar og stjórnarsýsla PFS hlyti að taka mið af slíkum ákvörðunum á meðan svo væri.

(351) Í erindi Símans frá 31. október væri fullyrt að niðurstaða Hæstaréttar Íslands í máli nr. 329/2017 gerði það að verkum að PFS væri ekki stætt á öðru, eins og það væri orðað, en að verða við kröfu um frestun málsmeðferðar. Nova mótmælti þessu enda laut hæstaréttarmálið ekki að því hvort OTT lausn Símans, sem til úrlausnar væri í þessu stjórnarsýslumáli, væri samrýmanlegt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þar fyrir utan drægi Síminn afar frjálslugar ályktanir af þessum dómi. Þannig fullyrti Síminn að með dómi sínum hefði Hæstiréttur slegið því föstu að PFS hefði einungis heimild til að úrskurða um ágreining aðila varðandi línulega myndmiðlun. Drægi Síminn þessa ályktun af eftirfarandi tilvitnun í dóm Hæstaréttar: „Í VII. kafla laga nr. 38/2011 er að finna reglur um flutning myndefnis. Er þar annars vegar í 44. gr. mælt fyrir um skyldu fjarskiptafyrirtækis, að gættum nánari skilyrðum, til að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um flutning á sjónvarpsútsendingum. Hins vegar er í 45. gr. laganna kveðið á um sambærilega skyldu fjölmiðlaveitu til að heimila fjarskiptafyrirtæki að flytja efni. Ágreiningslaust er að þessar reglur laganna ná eingöngu til línulegrar myndmiðlunar sjónvarpsefnis.“ Við blasti að hin undirstrikuðu orð væri ekki hægt að túlka þannig að með þeim hefði Hæstiréttur slegið því föstu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði aðeins til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis, þegar af þeirri ástæðu að um það væri að sjálfsögðu ágreiningur milli aðila dómsmálsins eins og augljóst væri af lestri dómsins. Loks skipti hér máli að krafa Nova í málinu væri fyrst og fremst sú að PFS úrskurðaði um að OTT lausn Símans vegna dreifingar á ólínulegu sjónvarpsefni, þar með talið Sjónvarp Símans Premium, fæli í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Teldi PFS sig skorta lagaheimildir til að verða við þeirri kröfu eða öðrum kröfum í málinu, eftir atvikum með hliðsjón af framangreindum dómi Hæstaréttar, en því væri Nova algjörlega ósammála, væri PFS ekkert að vanbúnaði að taka afstöðu til þess.

(352) Um önnur sjónarmið Símans varðandi kröfu um frestun málsmeðferðar tæki Nova fram að vissulega gætu stjórnvaldsákvörðanir verið íþyngjandi fyrir þá sem þær beinast að en þær væru með sama hætti ívilnandi fyrir þá sem byggðu rétt á niðurstöðum þeirra. Með sama hætti og Síminn teldi sér óþægindi vera í að hlýta bindandi stjórnvaldsákvörðunum PFS eða annarra stjórnvalda skipti það m.a. Nova höfuðmáli að ólögmetu réttarástandi væri aflétt eins fljótt og hægt væri enda yrði Nova fyrir samkeppnisröskun og tjóni þangað til auk þess sem hagsmunum neytenda væri vitaskuld rasakað.

(353) Í fjórða lagi væri fullyrt í athugasemdum Símans að bann við framsali í dreifingarsamningum fæli í sér ómöguleika til að verða við kröfum kæranda í málinu. Það gildi hvað sem öðru líður ekki um þá kröfu Nova að úrskurðað yrði að OTT lausn Símans fæli í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga en að öðru leyti vísaðist til umfjöllunar að neðan um þetta efni. Því væri mótmælt að þessi sjónarmið Símans ættu við rök að styðjast.

(354) Í fimmta lagi gerði Síminn athugasemdir við aðild GR að málinu en að mati Nova snerti það ekki kvörtun félagsins. Loks var í sjötta lagi fullyrt í athugasemdum Símans að ákvörðun PFS nr. 19/2012 gerði það að verkum að ekki gæti verið um brot að ræða af hálfu Símans. Um þetta vísaðist til þeirra sjónarmiða sem þegar hefðu verið rakin og tekið væri undir mótumáli Sýnar vegna þessa atriðis.

(355) Hvað almennar athugasemdir Símans varðaði á bls. 7 og áfram í athugasemdum félagsins frá 18. október vildi Nova taka eftirfarandi fram:

(356) Vísað væri að öllu leyti til þeirra röksemda sem reifaðar væru í kvörtun Nova. Að mati Nova fengju athugasemdir Símans engu breytt um þær röksemdir og raunar virtist sem Síminn misskildi þær í veigamiklum atriðum.

(357) Varðandi skilgreiningu á OTT þjónustu almennt væri það áfram skoðun Nova að OTT þjónusta sem gerði þá kröfu að notandi kaupi eða leigi sérstakan myndlykil fyrir þjónustuna geti ekki flokkast sem OTT þjónusta. Í því sambandi breytti engu þótt ákveðin OTT virkni fylgdi með myndlyklþjónustunni.

(358) OTT þjónusta Nova virki fyrir almenn notendatæki, t.d. tölvur (fartölvur), farsíma og Apple Tv. Áætlanir stæðu enn fremur til þess að notendatæki fyrir sjónvarp, sem byggja á Android stýrikerfi, gætu síðar nýtt þjónustuna. Það væri þannig ekki rétt, eins og haldið virtist fram í athugasemdum Símans, að Apple Tv væri grunnforsenda fyrir aðgangi neytenda að Nova TV.

(359) Hvað varðaði verðlagningu á þjónustu Símans þá yrði helst ráðið af svari Símans að ekki væri hægt að bera ólíkar leiðir saman. Eftir stæði þó óhaggað að viðskiptavinir Símans greiddu lægra verð fyrir Sjónvarp Símans Premium með hefðbundnu lausninni. Kjarni þessa máls fælist í spurningunni um það hvort svokölluð OTT lausn Símans, sem gerði kröfu til þess að viðskiptavinur keypti/leigði sérstakan myndlykil frá Símanum, uppfyllti áskilnað 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um að óheimilt sé að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Svárið við því væri augljóslega neikvætt eins og nánar væri rökstutt í upphaflegri kvörtun Nova.

(360) Að lokum virtist ljóst að mati Nova að Síminn misskildi ósk félagsins um að gerast söluaðili fyrir Sjónvarp Símans Premium. Af hálfu Símans væri því haldið fram að Nova hefði ekki óskað eftir því að selja lausn Símans heldur krafist þess að fá aðgang að öllu myndefni Símans til að geta umpakkað því og selt það undir eigin nafni auk þess sem að Nova hafi ekki viljað borga fyrir réttinn að Sjónvarpi Símans Premium. Hvað varðaði Nova væri þetta rangur skilningur. Nova hefði lýst vilja sínum til að endurselja lausn Símans í viðmóti Símans, algerlega óbreytta, með því efni sem Síminn kysi að hafa þar. Ekki væri farið fram á neins konar framsal efnis eða efnisréttinda. Nova, sem fjarskiptafyrirtæki, vildi aðeins geta boðið sjónvarpsútsendingar Sjónvarps Símans Premium innan OTT lausnar Nova en að öllu leyti í búningi Símans. Af athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga væri ljóst að tilgangur m.a. 5. mgr. 45. gr. laganna væri sá að þrýsta á

um aukna samkeppni milli fjarskiptafyrirtækja með því að þau hefðu aðgang að sambærilegu efni, til dreifingar á fjarskiptakerfum sínum, og gætu boðið viðskiptavinum hagsætt verð og góða þjónustu. Þessu markmiði yrði ekki náð nema lagt yrði bann við ítrekuðum og áframhaldandi ólögðmætum tilburðum Símans til að beina viðskiptum viðskiptavina fjölmiðlaveitu sinnar að fjarskiptakerfum Símans.

2.32. Tölvupóstur PFS til Símans – 13. nóvember 2018

(361) PFS sendi Símanum athugasemdir Nova, dags. 12. nóvember 2018, um frestun málsmeðferðar og efnislegar athugasemdir Vodafone, dags. 9. nóvember 2018 og Nova, dags. 12. nóvember 2018, er vörðuðu meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(362) Var Símanum veittur frestur til að gera athugasemdir við kröfu um frestun máls til 19. nóvember 2018 og til 27. nóvember 2018 vegna efnislega þáttarins.

2.33. Ákvörðun PFS nr. 22/2018 um aðild GR – 13. nóvember 2018

(363) GR var veitt aðild að málinu um meint ítrekað brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlagalaga með ákvörðun nr. 22/2018, dags. 13. nóvember 2018.

(364) Í ákvörðun PFS kom m.a. fram að stofnunin teldi það engum vafa undirorpið að GR hefði a.m.k. óbeinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins, auk þess sem telja yrði þá verulega, sértæka og lögvarða. Telja yrði afar mikilvægt fyrir samkeppnishagsmuni GR gagnvart Mílu að sú OTT lausn sem Síminn hefði kynnt til sögunnar væri raunverulega óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum og fullnægjandi að því er varðar atriði eins og verð, valkosti, eiginleika og tæknilega upplifun neytenda, þannig að um raunverulegan valkost væri að ræða við IPTV kerfi Símans. Það að ekki væri verið að fjalla um samningaviðræður GR og Símasamstæðunnar eða það að niðurstaða fyrrgreindrar ákvörðunar PFS nr. 10/2018 hefði verið á þá leið að samningar milli félaganna hefðu einir og sér ekki getað losað Símann undan brotinu, breytti því ekki að hagsmunir GR að úrlausn málsins teldust ríkir.

(365) Þá væri það ekki rétt hjá Símanum að kvartanir Sýnar og Nova snéru fyrst og fremst að því að þau félög fengju ekki aðgang að ólínulegu myndefni Símans til að dreifa yfir sín IPTV kerfi. Í fyrsta lagi ræki Nova ekki IPTV kerfi heldur OTT dreifikerfi. Þá sneru kröfur umræddra félaga fyrst og fremst að því að vefengja það að umrædd OTT lausn Símans væri fullnægjandi til að losa Símann undan broti á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Það sama mætti segja um kröfur GR. Kröfur Sýnar, GR og Nova væru því samkynja. Tilgangur umrædds bannákvæðis væri að sporna við því að efnisframboð réði því hvar neytandi keypti fjarskiptaþjónustu, hvort sem um væri að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustigi (t.d. internetþjónustu, IPTV þjónustu o.fl.) eða á undirliggjandi fjarskiptainnvíðum. Að mati PFS gætu fleiri en eitt og fleiri en tvö fyrirtæki reist aðild sína að máli á samkeppnishagsmunum. Síminn gerði t.a.m. ekki athugasemdir við aðild Sýnar og Nova að málinu. Þá mætti geta þess að aðilar voru fjórir í máli því sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018.

(366) Þá vísaði PFS til þeirra sjónarmiða sem fram kæmu í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, þess efnis að ákvörðun um aðild að máli væri náskyld rannsóknarreglu stjórnvalds. Það væri stjórnvald sem hefði forræði mála í stjórnsýslunni og að stjórnvöld hefðu talsvert svigrúm til að ákveða hverjum skuli gefinn kostur á að fjalla um efni máls og eftir atvikum hverjum skuli veita andmælarétt. PFS taldi það að veita GR aðild að málinu, geta stuðlað að því að rannsókn málsins yrði vandaðri og þannig aukið líkur á því að rétt ákvörðun yrði tekin í málinu. PFS teldi að þetta hefði einmitt sannast við rannsókn máls þess sem endaði með ákvörðun PFS nr. 10/2018. Að mati PFS gæti GR veitt mikilvægar upplýsingar við rannsókn hins nýja máls.

(367) Þó taka mætti undir með Símanum að GR væri í samkeppni, við dótturfélag Símans, Mílu, en ekki Símann sjálfan, liti PFS á Símann og Mílu sem eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Eins og ítarleg grein var gerð fyrir í ákvörðun PFS nr. 10/2018, hefði sú háttsemi Símans, sem bann væri lagt við í umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, ekki aðeins alvarlegar afleiðingar á samkeppni á þjónustustigi fjarskipta, þ.e. t.d. á milli Símans, Sýnar, Hringdu, Nova o.fl. þjónustuaðila, heldur ekki síður alvarlegar afleiðingar í samkeppni á undirliggjandi innviðum fjarskipta, t.d. á milli Mílu og GR á höfuðborgarsvæðinu og nágrenni. Einsýnt væri, að mati PFS, að sú háttsemi Símans, sem talin væri fara í bága við umrætt ákvæði fjölmiðlalaga í ákvörðun PFS nr. 10/2018, hefði ekki síður áhrif á innviðastigi heldur en þjónustustigi. Það sama mætti segja um hið nýja mál. Verði það niðurstaðan að umrædd OTT lausn Símans teldist ekki fullnægjandi til að losa félagið undan brotinu væri ljóst að afleiðingar þess yrðu ekki síður alvarlegar á innviðastigi en þjónustustigi. Augljóst væri að fyrirtæki skyldu eiga aðild að málum er vörðuðu möguleg lögbrot af hálfu samkeppnisaðila, sem væru til þess fallin að valda fyrirtæki tjóni í formi minni viðskipta en væri ef hið ólögmeta ástand væri ekki uppi.

(368) Að lokum var það tekið fram í ákvörðuninni að það væri ekki rétt sem Síminn héldi fram í málatilbúnaði sínum, að GR hefði ekki óskað eftir aðgangi að ólínulegu efni hjá Símanum, eins og skýrt kæmi fram í ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði GR einmitt óskað eftir slíku hjá Símanum, en Síminn hefði formlega hafnað slíkri beiðni.

(369) Var það niðurstaða PFS að GR hefði a.m.k. óbeinna eða afleiddra hagsmuni að gæta af úrlausn þess máls er varðaði meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Teldust þessir hagsmunir verulegir, sértækir og þar með lögmætir.

2.34. Tölvupóstur PFS til GR – 13. nóvember 2018

(370) Ákvörðun PFS nr. 22/2018 var send með tölvupósti dags. 13. nóvember 2018 auk athugasemda Símans frá 31. október, athugasemdir Vodafone frá 9. nóvember og athugasemdir Nova frá 12. nóvember 2018.

(371) Var GR veittur frestur til mánudagsins 19. nóvember 2108 til að tjá sig um framangreindar umsagnir Símans, Vodafone og Nova og koma að frekari sjónarmiðum ef félagið teldi þörf á.

2.35. Bréf GR til PFS – 21. nóvember 2018

2.35.1. Almenn

(372) Í svarbréfi GR, dags. 21. nóvember 2018, kom fram að GR taldi ríkar ástæður til að leggja áherslu á það að mál þetta fjallaði ekki um flutningsréttareglur fjölmiðlalaga, sem óumdeilt væri að tækju eingöngu til sjónvarpsútsendinga. Málið snerist um túlkun á 5. mgr. 45. gr., sem væri sjálfstæð regla. Að sama skapi fælu kröfur kvartenda í málinu ekki í sér, að viðkomandi félög fengju með valdboði PFS aðgang að ólínulegu efni Sjónvarps Símans Premium. Krafa GR, sem og annarra kvartenda, lyti einfaldlega að því að PFS úrskurðaði að OTT lausn Símans, sem félagið setti á markað í ágúst 2018 til dreifingar á ólínulegu sjónvarpsefni óháð neti, þ.m.t. Sjónvarp Símans Premium, fæli í sér áframhaldandi brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að stofnunin beitti þeim viðurlögum sem fjölmiðlalög mæltu fyrir um við slíku broti.

(373) Þegar af þessari ástæðu hefði ákvörðun PFS nr. 19/2012 engin áhrif á það mál sem hér væri til meðferðar, en það mál fjallaði um flutningsréttarreglurnar og endurgjald fyrir flutning. Né heldur hefði dómur Hæstaréttar í lögbannsmálinu, nr. 329/2017, áhrif á mál þetta, enda fjallaði það mál ekki um túlkun á 5. mgr. 45. gr. heldur mat dómurinn hvort Vodafone gæti byggt rétt sinn í málinu á flutningsréttarreglunum. Þá hefðu sjónarmið um að hendur PFS væru á einhvern hátt bundnar við mat á mögulegu broti á 5. mgr. 45. gr., þar sem ekki hefði samist um skilmála milli félaganna um afhendingu á myndefni Símans, heldur enga þýðingu. Að sama skapi ætti umfjöllun um mögulegar takmarkanir á framsali efnisréttarsamninga ekki heima í þessu máli eins og það væri lagt fyrir enda væru kvartendur ekki að fara þess á leit að þau réttindi yrðu framseld. Ekkert af þessum atriðum hefði áhrif við mat á því, hvort markaðsfærsla Símans á sjónvarpsefni fæli í sér að viðskiptum væri enn beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(374) Svo sem lýst væri á greinargóðan hátt í umsögn Vodafone frá 9. nóvember 2018, þá var því slegið föstu í ákvörðun nr. 10/2018 að aðgerðir Símans í október 2015 hefðu falið í sér brot á 5. mgr. 45. gr. Brotið hefði falið í því að hafa lokað umrætt efni inni á dreifikerfum Símans og Mílu án þess að grípa samhliða til aðgerða sem hefðu komið í veg fyrir brot og að viðskiptum viðskiptamanna yrðu beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þær aðgerðir sem hefðu getað komið í veg fyrir brot fælust samkvæmt ákvörðuninni m.a. í samningum milli félaganna um dreifingu efnisins eða með því að Síminn byði fram fullnægjandi OTT lausn fyrir dreifingu á ólínulegu myndefni, sem væri raunverulega óháð dreifiveitu. Síminn kaus, í ágúst 2018, eftir að ákvörðun PFS nr. 10/2018 var birt, að setja á markað OTT lausn, sem félagið teldi fullnægjandi og í samræmi við ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Því væri GR ósammála eins og rakið væri í kvörtun félagsins. Þetta væri álítaefnið sem lægi fyrir í málinu.

(375) Krafa GR o.fl. sneri að því að PFS tæki til skoðunar og mæti hvort OTT lausn Símans sem félagið héldi fram að væri í samræmi við ákvæði 5. mgr. 45. gr., samræmdist í raun hinu umþrætta ákvæði. Við mat á framangreindu yrði m.a. að meta hvort skilyrði um myndlykil frá Símanum, eða aðrir þættir OTT lausnarinnar svo sem verðlagning, markaðssetning með vöndlun við aðra fjarskiptaþjónustu eða tæknileg útfærsla væri með þeim hætti, að lausnin beindi í raun viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Það væri grundvallaratriði málsins.

2.35.2. Önnur atriði í umsögn Símans

(376) Að öðru leyti teldi GR ekki þörf á að fara mörgum orðum um sjónarmið Símans en flestum þeirra væri gerð ágæt skil í umsögnum Vodafone og Nova.

(377) Sjónarmiðum Símans um að PFS skorti valdheimildir í málinu hefði verið svarað með greinargóðum hætti í umsögnum Vodafone og Nova og tæki GR undir það sem þar segði. Þar fyrir utan hefði PFS áður úrskurðað um vald- og rannsóknarheimildir sínar varðandi 5. mgr. 45. gr., sbr. ákvörðun nr. 10/2018 og vísaðist til þess. Þá mætti benda á í þessu samhengi að fjölmiðlanefnd, sem veitt hefði umsagnir til PFS um málið, liti svo á að PFS færi með lögsögu yfir 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.¹⁵

(378) GR mótmælti jafnframt kröfu Símans um að fresta bæri rannsókn á því hvort OTT lausn félagsins væri fullnægjandi eða fæli í sér áframhaldandi brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvörðun nr. 10/2018 hefði full réttaráhrif á meðan henni hefði ekki verið hnekt fyrir dómi og hlyti stjórnvísla PFS að taka mið af þeirri ákvörðun. Þá væru engar vísbendingar um það, að vafi væri um gildi ákvörðunarinnar eða um það hvort 5. mgr. 45. gr. tæki til ólínulegs efnis, þrátt fyrir fullyrðingar Símans þar um. Tilvitnuð umfjöllun Hæstaréttar í lögbannsmálinu, nr. 329/2017, fjallaði um flutningsréttarreglurnar og afmörkun þeirra við línulegar útsendingar en ekki um 5. mgr. 45. gr. Sá dómur drægi því á engan hátt ákvörðun nr. 10/2018 í vafa, svo sem skilmerkilega væri fjallað um í umsögn Nova frá 12. nóvember 2018. Um nánari umfjöllun vísaði GR til þeirrar umfjöllunar. Hvorki dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 né ákvörðun PFS nr. 19/2012 kæmu í veg fyrir að PFS gltu rannsakað hvort sú OTT lausn sem hér um ræðir fæli í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda fjalli úrlausnirnar ekki um túlkun á 5. mgr. 45. gr. Né komi ákvæði efnisréttarsamninga í veg fyrir slíka rannsókn PFS enda lytu kröfur í málinu ekki að framsali þeirra samninga, heldur túlkun á því hvort Síminn hefði áfram brotið gegn ákvæðinu, með því að loka efni Sjónvarps Símans Premium með OTT lausn sinni, inni á myndlyklum Símans og grunnkerfum Mílu og mismunuðu neytendum út frá því hvort þeir skiptu við fjarskiptakerfi Símans og Mílu eða kerfi annarra fjarskiptafélaga.

(379) Umfjöllun Símans um verðlagningu þjónustunnar væri að mati GR óskýr. Staðreyndin virtist þó eftir sem áður sú, að þeir sem vildu kaupa Sjónvarp Símans Premium án þess að kaupa internetþjónustu af Símanum og/eða vera viðskiptavinir um kerfi Mílu, dótturfélags Símans, þyrftu að kaupa dýrari þjónustu en þeir sem

¹⁵ Sjá m.a. ársskýrslu fjölmiðlanefndar 2016, kafli 2.9.2, bls. 20.

keyptu fjarskiptaþjónustu af Símanum og tengdum félögum. Lægsta gjald fyrir þjónustuna væri töluvert lægra um kerfi Símasamstæðunnar heldur en óháð neti. Slíkur mismunur styddi þá niðurstöðu að með markaðsfærslu OTT þjónustunnar væri Síminn að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafélagi.

(380) Í umsögn sinni setti Síminn fram þau sjónarmið að nauðsynlegt væri að innheimta sérstakt gjald fyrir auka myndlykil, þar sem annars væri hætta á tekjuleka. Fyrir lægi að viðskiptavinur með hefðbundna IPTV þjónustu Símans gæti keypt aukalykil á 1.300 kr. og virkuðu þeir einnig óháð neti, enda væri slíkur lykill oft kallaður „sumarbústaðarlykill“. Þetta hefði verið í boði hjá Símanum í tæp tvö ár. Ef sá tekjuleki sem minnst væri á í umsögn Símans frá 18. október væri raunveruleg áhætta sem Síminn greindi í rekstri sínum þá ætti það jafnt að ganga yfir þá sem væru í viðskiptum um eigin kerfi Símasamstæðunnar og þá sem keyptu þjónustuna óháð neti (OTT).

2.36. Tölvupóstur PFS til Símans – 21. nóvember 2018

(381) PFS sendi Símanum athugasemdir GR, dags. 21. nóvember 2018, og minnti á að frestur Símans til athugasemda væri til 3. desember 2018.

(382) Í lok bréfs GR bæri GR brigður á þær skýringar Símans sem félagið hefði borið fram um ástæður þess að Síminn innheimti fullt gjald fyrir aukamyndlykla í OTT lausninni en innheimti aðeins 1.300 kr. fyrir auka myndlykil í IPTV lausninni. GR segði m.a.: „Fyrir liggur að viðskiptavinur með hefðbundna IPTV þjónustu hjá Símanum getur keypt aukalykla á 1.300 kr. og virka þeir einnig óháð neti, enda er slíkur lykill oft kallaður „sumarbústaðalykill“. Þetta hefur verið í boði hjá Símanum í tæp tvö ár. Ef sá tekjuleki sem minnst er á í umsögn Símans frá 18. október sl. er raunveruleg áhætta sem Síminn greinir í rekstri sínum, þá ætti það að ganga jafnt yfir þá sem eru í viðskiptum um eigin kerfi Símasamstæðunnar og þá sem kaupa þjónustuna óháð neti (OTT).“

(383) Í ljósi þessa óskaði PFS eftir því að Síminn gerði mun betri grein fyrir því hvers vegna félagið teldi sig þurfa að innheimta mismunandi verð fyrir aukamyndlykla eftir því hvort þeir styddu OTT eða IPTV lausn. Óskað væri nákvæmra upplýsinga um það hvað í IPTV myndlyklum Símans ætti að koma í veg fyrir umræddan tekjuleka og hvers vegna ekki væri hægt að koma upp samskonar vörnum í OTT myndlykil.

(384) Teldi PFS þetta atriði skipta verulegu máli þar sem PFS gæti varlega áætla að um 20-25% heimila á IPTV kerfum hér á landi væru með meira en einn myndlykil. Teldi PFS jafnframt líkur á að það hlutfall myndi hækka á komandi misserum og árum.

2.37. Svarbréf Símans til PFS – 3. desember 2018

(385) Svar Símans vegna tveggja bréfa Vodafone, dags. 9. nóvember, athugasemda Nova, dags. 12. nóvember, bréfs GR, dags. 21. nóvember og tölvupósts PFS dags. 21. nóvember 2018, barst stofnuninni með bréfi, dags. 3. desember 2018.

(386) Síminn vísaði í fyrri athugasemdir sínar máli sínu til stuðnings en þau sjónarmið sem félagið teldi þörf á að koma á framfæri á þessu stigi málsins væru eftirfarandi:

2.37.1. Umfjöllun um gildissvið fjölmiðlalaga o.fl.

(387) Síminn teldi nauðsynlegt að benda á nokkur atriði í umsögn aðila um gildissvið fjölmiðlalaga. Einkum umsögn GR sem að mati Símans styddi að 5. mgr. 45. gr. fæli í sér umfjöllun um flutningsréttarreglur, ekki ólínulega myndmiðlun. Erindi GR segði orðrétt: „... þá fjallar þetta mál ekki um flutningsréttarreglur fjölmiðlalaga, sem óumdeilt er að taka eingöngu til sjónvarpsútsendinga.“ GR væri mjög afdráttarlaust að það væri óumdeilt að flutningsréttarreglur fjölmiðlalaga tækju aðeins til sjónvarpsútsendinga.

(388) Síminn veki athygli á því að GR tæki svona afdráttarlausu stöðu með málflutningi Símans. Þannig segði í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga að „Póst- og fjarskiptastofnun leggur stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt.“ Ákvæðið væri skýrt um það að PFS hefði eingöngu heimild til þess að beita sektum vegna brota á flutningsrétti, sem samkvæmt yfirlýsingum GR tæki eingöngu til sjónvarpsútsendinga. PFS hefði aðeins heimild til þess að leggja á sektir þegar brotið væri gegn flutningsrétti, sbr. orðin „um flutningsrétt“.

(389) Í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga væri fjallað um framangreinda 54. gr. fjölmiðlalaga þar sem segði: „Samkvæmt 3. mgr. leggur Póst- og fjarskiptastofnun stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Er þetta fyrirkomulag til samræmis við þá tilhöfum frumvarpsins að sú stofnun fari með stjórnslulega eftirfylgni flutningsreglna skv. VII. kafla þess.“ PFS væri falið eftirlit með flutningsreglum, sem óumdeilt væri að að tækju aðeins til sjónvarpsútsendinga. Framangreint ákvæði 54. gr. væri staðfesting á því að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga beindist að flutningsrétti. En líkt og GR viðurkenndi og Hæstiréttur hefði staðfest, þá tækju reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldu aðeins til sjónvarpsútsendinga.

(390) Lægi því fyrir viðurkenning GR á því sem Síminn hefði haldið fram í málinu frá upphafi að flutningsreglur fjölmiðlalaga tækju aðeins til sjónvarpsútsendinga. Ljóst væri því að Síminn hefði ekki brotið gegn flutningsrétti og beiting stjórnsluviðurlaga á grundvelli 54. gr. fjölmiðlalaga kæmi því ekki til greina.

(391) Síminn yrði að áréttu að í ákvörðun PFS nr. 19/2012 þar sem fjallað var um flutningsrétt sagði PFS:

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

(392) Afstaða PFS var því skýr um það á árinu 2012 að fjölmiðlaveitu væri ekki skylt að flytja myndefni eða tryggja að myndefni væri flutt yfir önnur dreifikerfi en hennar eigin. Ákvörðun PFS nr. 10/2018 gengi hins vegar í þveröfuga átt. Ákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga tæki aðeins til flutningsréttar, en óumdeilt væri að flutningsreglur fjölmiðlalaga næðu ekki til ólínulegrar myndmiðlunar.

(393) Hæstiréttur væri skýr í afstöðu sinni um að flutningsreglur fjölmiðlalaga tækju aðeins til línulegrar myndmiðlunar og að einu heimildir fjarskiptafyrirtækja til aðgangs að sjónvarpsefni tækju til línulegrar myndmiðlunar. Reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldu væru tæmandi um réttindi fjarskiptafyrirtækja. Krafa GR fæli í sér að Símanum væri skylt að dreifa ólínulegu myndefni sínu yfir kerfi GR. Sú krafa ætti sér ekki stoð í fjölmiðlalögum.

(394) Vegna athugasemda Nova skyldi það tekið fram að Hæstiréttur spurði lögmann Vodafone sérstaklega hvort það væri ágreiningur um það hvort flutningsreglur fjölmiðlalaga tækju aðeins til línulegrar myndmiðlunar. Svar lögmannsins til Hæstaréttar var afdráttarlaust að það væri enginn ágreiningur um að flutningsreglur fjölmiðlalaga tækju eingöngu til línulegrar myndmiðlunar. Umfjöllun Nova um að það hafi verið ágreiningur um þetta atriði beri að skoða í því ljósi að Nova var ekki aðili að málinu og var ekki viðstatt málflutning málsins fyrir Hæstarétti. Klárlega væri um þetta ágreiningur í skriflegum gögnum en málflutningsyfirlýsing lögmannsins fyrir Hæstarétti væri eftir sem áður afdráttarlaus hvað þetta varðaði. Fullyrðingar Nova um atriði í máli sem félagið var ekki aðili að bæri því að virða að vettugi. Þar að auki fengi Síminn ekki séð hvernig Nova gæti misskilið skýran texta í dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017:

„Í VII. kafla laga nr. 38/2011 er að finna reglur um flutning myndefnis. Er þar annars vegar í 44. gr. mælt fyrir um skyldu fjarskiptafyrirtækis, að gættum nánari skilyrðum, til að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um flutning á sjónvarpsútsendingum. Hins vegar er í 45. gr. laganna kveðið á um sambærilega skyldu fjölmiðlaveitu til að heimila fjarskiptafyrirtæki að flytja efni. Ágreiningslaust er að þessar reglur laganna nái eingöngu til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis. Í 1. mgr. 46. gr. laganna kemur fram að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skuli semja um flutning á sjónvarpsútsendingum á grundvelli 44. og 45. gr. laganna. Náist slíkur samningur ekki kemur til kasta Póst- og fjarskiptastofnunar á grundvelli 2. mgr. 46. gr. laganna sem getur, reynist sáttaumleitanir árangurslausar, skorið úr ágreiningi aðila með ákvörðun. Að þessum reglum slepptum er ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu.

(395) Síminn tók fram að Hæstiréttur vísaði í rökstuðningi sínum til 44. og 45. gr. í heild sinni, ekki í tiltekna málsgreinar. Léki enginn vafi á því að Hæstiréttur tæki það fram að 5. mgr. 45. gr. bæri ekki að beita einangrað án samhengis eða samræmis við önnur ákvæði 44. og 45. gr. líkt og PFS gerði. Umrætt ákvæði væri hluti af flutningsreglum 45. gr. og þar af leiðandi næði ákvæðið ekki til ólínulegrar myndmiðlunar.

(396) Heiti VII. kaflans sem ákvæðið væri hluti af bæri heitið „Reglur um flutning myndefnis.“ Heiti 45. gr. væri „Flutningsreglur á myndefni.“ Í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga væri síðan tekinn af allur vafi á því að flutningsréttur næði ekki til ólínulegrar myndmiðlunar: „*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.*“ Með öðrum orðum þá ættu fjarskiptafyrirtæki enga kröfu á grundvelli fjölmiðlalaga að ólínulegu myndefni væri miðlað yfir kerfi þeirra og PFS gæti ekki lagt slíka kröfu á fjölmiðlaveitu.

(397) PFS skorti því valdheimildir til þess að taka afstöðu til atriða sem lytu að ólínulegri myndmiðlun eða hlutast til um ágreining varðandi efni til ólínulegrar myndmiðlunar. Að sama skapi lægi það fyrir að PFS hefði ekki valdheimildir til að hlutast til þess að hafa skoðun á samningum milli fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtækis um ólínulega myndmiðlun. Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri PFS í raun að taka sér það vald að skera úr um ágreining vegna flutnings á ólínulegu myndefni, m.a. hvort tiltekin samningsskilyrði væru sanngjörn eða ósanngjörn. Með þessari háttsemi PFS væri stofnunin að útvíkka ákvæði 46. gr. fjölmiðlalaga og raunverulega skera úr um ágreining varðandi dreifingu á ólínulegri myndmiðlun.

(398) Hæstiréttur hefði verið afdráttarlaus um það í hvaða tilfellum PFS hefði raunverulega heimild til þess að koma að ágreiningi. Væri það aðeins í tilfelli ágreinings um línulega myndmiðlun og ef aðilar vísuðu ágreiningi um línulega myndmiðlun til stofnunarinnar. PFS ætti að vísa frá sér öllum öðrum málum. Sú staðreynd að PFS tók að sér að hafa skoðun á og taka afstöðu til þess hvort Síminn hefði sett málefnaleg skilyrði vegna heildsölu á ólínulegri myndmiðlun fæli í sér að PFS hefði tekið sér vald sem stofnunin hefði ekki lögum samkvæmt. Vísaðist í því efni til setningar í tilvitnuðum dómi Hæstaréttar:

„Að þessum reglum slepptum er ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu.“

(399) Ummæli Hæstaréttar tækju ekki aðeins til fjölmiðlalaga heldur allra laga, sbr. „er ekki að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis...“

(400) Í fjölmiðlalögum væri ekki að finna heimild fyrir fjarskiptafyrirtæki að fá aðgang á heildsölugrundvelli að myndefni, hvorki línulegu né ólínulegu. Kæmi það

fram í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017. Óumdeilt væri að reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldu tækju aðeins til línulegrar myndmiðlunar og væri um að ræða tæmandi upptalningu á heimildum fjarskiptafyrirtækja til að fá tiltekið myndefni flutt yfir sitt kerfi.

(401) Loks væri því haldið fram af GR að kröfur kvartenda fælu ekki í sér að viðkomandi félög fengju með valdboði PFS aðgang að ólínulegu efni Sjónvarps Símans Premium. Við athugun á gögnum málsins hefði GR séð að það væru kröfur Nova og Vodafone í málinu. Nova gerði m.a. þá kröfu að PFS kvæði á um heildsöluáfgang að myndefni Símans. GR gerði sjálfst kröfu um að myndefni Símans yrði dreift yfir kerfi GR, sem reyndar væri gert og málalátibúnaður að því leyti því sérkennilegur.

(402) Síminn byggði því á að ekki yrði komist hjá því að fylgja hinum skýra dómi Hæstaréttar Íslands.

2.37.2. *Frestun málsmeðferðar*

(403) Rökstuðningur Símans fyrir kröfu um frestun málsmeðferðar væri rakin ítarlega í tilvísuðum athugasemdum og vísaðist til þess sem þar kæmi fram.

(404) Helstu sjónarmið aðila gegn kröfunni væri sú að háttsemi Símans ylli málsaðilum tjóni og Síminn næði með hinni meintu ólögsmætu háttsemi ólögsmætum ávinningi af henni. Fælist ásökunin í því að Síminn notaði sjónvarpsþjónustu sína til þess að laða til sín viðskiptavinum í internetþjónustu. Þessu hafnaði Síminn enda styddust slíkar fullyrðingar ekki við staðreyndir.

(405) Nýverið hefði komið út skýrsla PFS „Tölfræði um íslenska fjarskiptamarkaðinn – Fyrri helmingur ársins 2018.“ Á töflu 27 í skýrslunni væri að finna mynd sem sýndi þróun í fjölda viðskiptavina og markaðshlutdeild mælda eftir fjölda internettenginga hjá fjarskiptafyrirtækjum. Til að fá þróunina yfir allt tímabilið væri einnig rétt að líta til samsvarandi skýrslu sem tók stöðuna um mitt ár 2017.

(406) Eftirfarandi tvær myndir sýndu hver þróunin hefði verið í fjölda internettenginga eftir fjarskiptafyrirtækjum frá miðju ári 2015 fram á mitt þetta ár. Sýndi þróunin því stöðuna í upphafi tímabilsins og hver staðan væri í dag.

(407) Tafla 27. úr tölfraeðiskýrslu PFS – fyrri helmingur ársins 2017:

Tafla 27. Fjöldi internettenginga eftir fyrirtækjum

Table 27. Total subscriptions by companies

Í lok tímabils / End of	Fjöldi Number			Markaðshlutdeild Market share		
	1.hl. 2015	1.hl. 2016	1.hl. 2017	1.hl. 2015	1.hl. 2016	1.hl. 2017
Samtals / Total	121.891	124.955	130.131	100,0%	100,0%	100,0%
- Síminn	59.670	61.162	61.293	49,0%	48,9%	47,1%
- Vodafone	34.571	35.416	34.614	28,4%	28,3%	26,6%
- 365	16.558	14.693	14.897	13,6%	11,8%	11,4%
- Hringdu	6.028	7.582	9.572	4,9%	6,1%	7,4%
- Aðrir / Others	5.064	6.102	9.755	4,2%	4,9%	7,5%

(408) Tafla 27. úr tölfraeðiskýrslu PFS – fyrri helmingur ársins 2018:

Tafla 27. Fjöldi internettenginga eftir fyrirtækjum

Table 27. Total subscriptions by companies

Í lok tímabils / End of	Fjöldi Number			Markaðshlutdeild Market share		
	1.hl. 2016	1.hl. 2017	1.hl. 2018	1.hl. 2016	1.hl. 2017	1.hl. 2018
Samtals / Total	124.955	130.131	134.877	100,0%	100,0%	100,0%
- Síminn	61.162	61.293	62.415	48,9%	47,1%	46,3%
- Vodafone	35.416	34.614	48.734	28,3%	26,6%	36,1%
- Hringdu	7.582	9.572	10.302	6,1%	7,4%	7,6%
- Nova	788	4.261	9.956	0,6%	3,3%	7,4%
- 365	14.693	14.897	...	11,8%	11,4%	...
- Aðrir / Others	5.314	5.494	3.470	4,3%	4,2%	2,6%

(409) Um mitt ár 2015, rétt áður en hið meinta brot hefði átt að hafa átt sér stað, var Síminn með 49% hlutdeild í fjölda internettenginga á Íslandi og hlutdeild Vodafone 28,4%. Sérstaka athygli veki þó að hlutdeild Hringdu hefði verið í upphafi tímabils 4,9% og Nova hafði ekki hafið sölu á internettengingum eða a.m.k. væri ekki gerð grein fyrir fjölda þeirra á árinu 2015. Um mitt þetta ár væri staðan hins vegar gjörbreytt. Hlutdeild Símans hefði fallið verulega úr 49% í 46,3%. Á sama tímabili færi hlutdeild Vodafone úr 28,4% í 36,1% en samanlögð hlutdeild Vodafone og 365 hefði minnkað líkt og hlutdeild Símans. Mesta athygli veki þó að samanlögð hlutdeild Hringdu og Nova færi úr því að vera 4,9% um mitt ár 2015 í 15% um mitt ár 2018. Samanlögð hlutdeild annarra en Símans, Vodafone og 365 færi því á tímabilinu úr því að vera 9,1% í 17,6%.

(410) Ef skoðað væri hver hlutdeild aðila væri í þeirri fjölgun sem orðið hefði á markaðnum væri hlutdeild Símans af þeim 12.986 sem hefðu bæst við markaðinn einungis 2.745. Samanlögð fjölgun viðskiptavina Nova og Hringdu væri hins vegar

14.230 viðskiptavinir eða 9,6% meira en heildarfjöldi nýrra viðskiptavina. Nova og Hringdu hefðu hvorugt komið sér upp sérstöku IPTV sjónvarpsdreifikerfi.

(411) Síminn byggði á því að tölfraðiupplýsingar PFS sýndu það glögglega að hin meinta ólögmeta háttsemi hefði engar skaðlegar afleiðingar á markaði fyrir sölu á internettengingum líkt og haldið væri fram. Þvert á móti væru það félögin sem leggðu minni áherslu á sjónvarpsþjónustuna sem hirtu alla nýliðun á markaðnum. Sýndi það að engir brýnir hagsmunir væru fyrir hendi sem styddu þá nauðsyn að framhalda málsmeðferð í málinu áður en dómstólar hefðu fjallað um ákvörðun PFS nr. 10/2018.

(412) Á fyrri stigum hefði það komið fram að notendum sjónvarpsþjónustu Vodafone hefði fjölgað verulega á því tímabili sem um ræddi. Vodafone væri jafnframt í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu á sjónvarpsefni og á markaði fyrir sölu áskriftarsjónvarps líkt og félagið héldi sjálft fram, m.a. á fjárfestakynningu. Ásakanir um meintar skaðlegar afleiðingar af háttsemi Símans kæmu því ekki heim og saman við staðreyndir málsins.

(413) PFS héldi því fram í ákvörðun nr. 22/2018 að háttsemi Símans hefði *haft alvarleg neikvæð áhrif* á innviðasamkeppni milli Mílu og GR. Fyrir þessari fullyrðingu lægi engin rannsókn og ekki væri vísað í nein gögn því máli til stuðnings. GR hefði lagt ljósleiðara í nær öll heimili á höfuðborgarsvæðinu og væri komin með um 90-95 þúsund tengd heimili. Þrátt fyrir að áhersla GR hefði verið á að leggja nýjar tengingar og uppfæra núverandi viðskiptavinum í „eitt gíg“ þá væri félagið engu að síður með um 50% heimila á starfssvæði sínu í viðskiptum, þ.e. virkar tengingar. Í ljósi markaðshlutdeildar GR væri augljóst að háttsemi Símans hefði ekki haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni á innviðastigi. Til samanburðar væri bent á að Tengir sem starfaði á Norðurlandi hefði um 9.000 tengdar fasteignir þar af væru um 5.000 tengingar í notkun sem virtist vera mjög sambærilegt hlutfall virkra tenginga og GR hefði. Síminn byði alla sína þjónusta yfir kerfi Tengis.

(414) Frá árinu 2015 hefðu tekjur GR aukist um 30% sem væri ekki til marks um að fullyrðingar PFS byggðust á fyrirliggjandi gögnum eða staðreyndum. Þegar litið væri til upplýsinga í 9 mánaða uppgjöri OR þar sem tekjur GR féllu undir liðinn „önnur starfsemi“ mætti áætla að tekjur GR væru að vaxa um a.m.k. 15% fyrstu 9 mánuði ársins 2018. Einnig hefðu fjárfestingar GR verið um 7 milljarðar árin 2015-2017 sem væri vissulega ekki til marks um að háttsemi Símans hefði haft neikvæðar afleiðingar fyrir samkeppnishagsmuni GR. Væri þetta enn eitt dæmið um að PFS rannsakaði ekki mál með fullnægjandi hætti. Ályktanir sem PFS drægi væru því ekki í samræmi við staðreyndir máls hvað þetta varðaði.

(415) Síminn teldi rétt að PFS hefði í huga að til þess að háttsemi gæti haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni þyrfti hún að hafa raskað samkeppni með verulegum hætti, með því að útiloka keppinauta frá markaðnum eða varanlega skaða rekstur þeirra. Hvort tveggja ætti ekki við um GR sem hefði aukið tekjur sínar milli 2015 og 2017 um 30% og fjölgað viðskiptavinum sínum verulega. Það væri mat Símans

að frá miðju ári 2015 til dagsins í dag hefði GR því sem næst tvöfaldað viðskiptavinafjölda félagsins. Frá miðju ári 2016 hefði svo viðskiptavinum GR fjölgað um 50%. Mætti lesa það úr tölfræðiskýrslum PFS. Sá áætlaði fjöldi sem hefði bæst við kerfi GR frá miðju ári 2016 væri að skila GR að lágmarki hálfum milljarði króna í auknar tekjur miðað við verðlagningu félagsins frá og með 1. janúar 2019. Sýndi þetta að háttsemi Símans hefði ekki haft neikvæð áhrif á GR.

(416) Þá yrði ekki hjá því vikið að vísa til þess að Nova hefði náð 10 þúsund viðskiptavinum í internetþjónustu frá haustinu 2016. Þessir viðskiptavinir skiluðu Nova á bilinu 550-750 milljónum króna í tekjur miðað við lægsta og hæsta verð Nova auk beinis. Ef línugjaldi væri bætt við færu tekjurnar í 850 milljónir til eins milljarðs. PFS gæti þess vegna ekki með góðu móti haldið því fram að háttsemi Símans hefði neikvæð áhrif á samkeppni. Þvert á móti væru allar vísbendingar í þá veru að háttsemi Símans hefði aukið samkeppni.

(417) [...] ¹⁶ Það væri því augljóst að Sjónvarp Símans Premium væri ekki þess eðlis að geta haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni milli Mílu og GR, með þeim hætti sem áskilið væri að samkeppnisrétti.

(418) Þá þyrfti vart annað en að benda á uppgang Nova sem sannaði að kenningar PFS um meint skaðleg áhrif væru ekki studdar neinum gögnum.

(419) Að öðru leyti vísaði Síminn til fyrri athugasemda sinna til stuðnings kröfu um frestun málsmeðferðar.

2.37.3. *Ekki hefði verið brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga*

(420) Síminn teldi jafnframt rétt að áréttu að ákvörðun PFS nr. 10/2018 fæli í sér að Síminn hefði verið að beina viðskiptavinum með Sjónvarp Símans Premium í gagnvirka sjónvarpsþjónustu Símans. Síminn minnir á að hvor þjónusta um sig tilheyri mörkuðum samkeppnisréttar sem skilgreindir væru sem sjónvarpsmarkaðir, ekki fjarskiptaþjónusta. Markaður fyrir smásölu sjónvarpsþjónustu annars vegar og markaður fyrir áskriftarsjónvarp hins vegar, sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2018 í máli nr. M.8861 Comcast/Sky. Væri þess vegna sú háttsemi sem PFS taldi fela í sér brot að beina viðskiptavinum með áskriftarsjónvarp að tengdu sjónvarpsfyrirtæki, en ekki fjarskiptafyrirtæki. Blasti við að Síminn sem fjölmiðlaveita væri þar af leiðandi ekki að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki og útilokaði það brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(421) Í forsendum ákvörðunar PFS nr. 10/2018 kæmi fram að Síminn hefði getað komið í veg fyrir hið meinta brot gegn 5. mgr. 45. gr. með því að semja við Vodafone eða bjóða upp á fullnægjandi OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum.

(422) Í kvörtunum GR, Nova og Vodafone skorti verulega á að gerð væri grein fyrir því í hvaða þjónustu Síminn ætti að vera að beina viðskiptavinum sínum. Það

¹⁶ Fellt brott vegna trúnaðar.

væri augljóst mál að það væri ekki internetþjónusta enda hefði hlutdeild félagsins þar farið hratt niður á við frá því að Sjónvarp Símans Premium var sett á markað. Viðskiptavinum á kerfi GR hefði fjölgað og væri um 50% af öllum heimilum á svæði GR sem sýndi að Síminn hefði ekki verið að beina viðskiptum frá GR. Nova hefði náð í 10 þúsund viðskiptavini á tveimur árum og ljóst að háttsemi Símans hefði ekki haft alvarleg neikvæð áhrif á Nova eins og PFS hefði haldið fram. Þannig stæði eftir að það væri verulega óljóst með hvaða hætti Síminn ætti að vera að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskipta fyrirtæki.

2.37.3.1 *Sjónarp Símans Premium óháð neti*

(423) Í athugasemdum Símans frá 18. október 2018 hefði verið gerð ítarleg grein fyrir OTT lausn Símans, „Sjónvarp hjá Símanum – óháð neti“. Síminn teldi að þær athugasemdir aðila sem fram hefðu komið hreyfðu ekki við þeirri staðreynd að hin nýja leið Símans teldist vera fullnægjandi OTT lausn fyrir dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni enda stæði lausnin sjálfstætt og öllum til boða sem væru með nettengingu. Lausnin væri því óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum þar sem allir notendur gætu keypt aðgang að henni sama hvar þeir keyptu aðra fjarskiptaþjónustu. [...] ¹⁷ Sem væri að mati Símans sönnun þess að fullyrðingar Nova, Vodafone og GR, ættu ekki við rök að styðjast. Þótt lausnin mætti ekki þörfum allra viðskiptavina þá skipti það engu máli. Það væri ómögulegt að ná því að mæta þörfum allra viðskiptavina í einum vettvangi. Síminn væri þess fullviss að fleiri viðskiptavinir hefðu fengið SSP óháð neti en höfðu keypt þjónustuna Vodafone Play þremur mánuðum frá því hún fór í loftið, án þess að vera samhliða með myndlykil frá Vodafone.

(424) [...] ¹⁸

(425) Byggði Síminn á því, einnig með vísan til fyrri athugasemda, að um væri að ræða fullnægjandi OTT lausn sem kæmi í veg fyrir að Síminn teldist brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

2.37.3.2 *Samningar við Vodafone*

(426) Eins og rakið væri í forsendum ákvörðunar PFS nr. 10/2018 hefði Síminn að mati PFS getað komið í veg fyrir brot gegn 5. mgr. 45. gr. með því að semja við Vodafone um dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni.

(427) Síminn hefði aldrei neitað því að gera samninga við Vodafone um dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni, yfirleitt vísað til sem tímaflakk og frelsi. Síminn hefði byggt á því við samningsgerð að rétt væri að styðjast við þau almennu viðmið sem notuð væru við kaup á sjónvarpsefni. Frá því ákvörðun nr. 10/2018 hefði verið tekin hefði komið í ljós að í samningum Vodafone við 365 og Símann um kaup á sjónvarpsefni væri í öllum tilvikum notast við þá aðferð að kaupandi efnis greiddi fastar lágmarksgreiðslur. Krafa Símans styddist því við framkvæmd á Ísland og þá framkvæmd sem almennt væri viðhöfð á alþjóðlegum markaði.

¹⁷ Fellt brott vegna trúnaðar.

¹⁸ Fellt brott vegna trúnaðar.

(428) Byggði Síminn á því að þar sem Vodafone hefði þrúfaldlega neitað að ganga til samninga við Símann á þeim forsendum sem félagið hefði áður samið og væri í samræmi við viðurkennda framkvæmd væri ástæða þess að ekki hefði samist á milli aðila mun frekar að rekja til Vodafone en Símans. Hefði Síminn því ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. þar sem samningsgerð við Vodafone hefði aldrei verið hafnað.

2.37.3.3 *Beiðni Nova*

(429) Síminn vakti athygli á því að í umsögn Nova gerði félagið ekki grein fyrir því að Síminn og Nova gerðu samning um dreifingu Nova á Sjóntvarpi Símans og væri þjónusta aðgengileg í sjónvarpsappi Nova. [...] ¹⁹ Síminn fengi því ekki skilið umkvartanir Nova né heldur á hvaða grundvelli sú fullyrðing byggðist að Síminn hefði meinað Nova aðgang að Sjóntvarpi Símans Premium. Það hefði komið strax fram af hálfu Nova að félagið vildi ekki greiða fastar greiðslur fyrir afnot af myndefni Símans. Nova væri auðvitað frjálst að kaupa eigið myndefni og bjóða þjónustu í samkeppni við Símann. Ekki yrði séð að Nova hefði reynt að verða sér úti um myndefni. Varðandi þá fullyrðingu Nova að félagið hefði ætlað að nota vörumerki Símans, þá væri það ekki lýsing Nova af fyrstu samskiptum sem vildi nota eigin vörumerki á þjónustuna. Í reynd fæli beiðni Nova í sér að félagið vildi setja Sjóntvarp Símans Premium inn í app Nova og fá pening fyrir það. Það væri því með öllu óljóst hvert framlag Nova ætti að vera í umræddri sölu annað en að taka þóknun fyrir þjónustu sem Síminn sinnti sjálfur.

(430) Síminn teldi því vera fullkomlega óljóst hvaða þjónustu Nova ætlaði að veita Símanum sem réttlætti það að félagið tæki þóknun fyrir að selja Sjóntvarp Símans Premium, sem væri umfram það sem Síminn gerði nú þegar.

2.37.3.4 *Beiðni GR*

(431) PFS héldi því fram í ákvörðun nr. 22/2018 að Síminn hefði formlega hafnað því að afhenda GR Sjóntvarp Símans Premium. Síminn kannaðist ekki við að GR hefði óskað eftir því að fá að kaupa Sjóntvarp Símans Premium og þaðan af síður að hafa hafnað slíkri beiðni. Staðreynd málsins væri sú að Sjóntvarp Símans Premium væri aðgengilegt yfir kerfi GR. Stærsta vandamálið sem Síminn stæði frammi fyrir væri að Vodafone hefði beinlínis hagsmuni af því að lausnin mistækist enda fæli hún í sér samkeppni við sjónvarpslausnir Vodafone á kerfi GR. Þess vegna fengi Síminn ekki skilið hvers vegna GR tæki undir umkvartanir Vodafone. Þannig hefðu viðskiptavinir, sem væru með internetþjónustu hjá Vodafone, hætt við að kaupa SSP óháð neti þar sem starfsmenn í þjónustuveri Vodafone fullyrtu að lausnin virkaði ekki á kerfi GR.

(432) Varðandi fullyrðingar GR um að umfjöllun Símans um verðlagningu væri óljós, þá virtist það vera fyrst og fremst af þeirri ástæðu að GR virtist ekki hafa skilið umfjöllunina sem sæist best af ruglingslegri umfjöllun GR um verðlagningu Símans. Staðreynd málsins væri sú að sá sem keypti óháð neti lausnina greiddi minna fyrir

¹⁹ Fellt brott vegna trúnaðar.

þá þjónustu sem hann fengi en sá sem keypti sambærilega þjónustu Símans þar sem gagnvirk sjónvarpsþjónusta færi um fastlínutengingu. Þegar af þeirri ástæðu gæti Síminn ekki verið að beina viðskiptavinum í áttina að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá gæti sá sem væri með lausnina „óháð neti“ sleppt línugjaldi og notað lausnina þannig með þráðlausri fjarskiptaþjónustu eingöngu.

2.37.4. *Fyrirspurn PFS í tölvupósti 21. nóvember 2018*

(433) Í tölvupósti PFS frá 21. nóvember 2018, óskaði stofnunin eftir því að Síminn gerði grein fyrir því hvers vegna félagið teldi sig þurfa að innheimta mismunandi verð fyrir aukamyndlykla eftir því hvort þeir styddu við OTT eða IPTV lausn með tilliti til mögulegs tekjuleka.

(434) Munurinn á myndlykli óháð neti fælist í því að Síminn hefði ekki upplýsingar um hvar þjónustan væri notuð og það væri hluti af þjónustunni að gera viðskiptavininum kleift að vera færanlegur. Hefðbundin gagnvirk sjónvarpsþjónusta Símans hefði ekki þessa eiginleika heldur virkaði aðeins á tilteknum skilgreindum stað og þar af leiðandi hefði Síminn nákvæmar upplýsingar um hvar þjónustan væri notuð. Þótt Síminn hefði boðið upp á myndlykla sem notandi gæti tekið með sér í sumarbústað væri það viðskiptalegt mat Símans að það væru auknar líkur á tekjuleka með lausninni óháð neti. Hvort það reyndist rétt yrði tíminn einfaldlega að leiða í ljós. Þá var það mat Símans m.t.t. þróunar á markaði að það atriði hefði ekki þýðingu fyrir neytendur og virtist sem það mat Símans væri rétt. [...] ²⁰

(435) Það væri mat Símans að hlutfall heimila sem væru með IPTV þjónustu með aukamyndlykil hefði enga þýðingu við mat á SSP óháð neti, m.t.t. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Það hefði einfaldlega enga þýðingu að meta það hvort SSP óháð neti væri eins og gagnvirk sjónvarpsþjónusta Símans enda þyrfti sú lausn ekki að vera nákvæmlega eins. Ekki frekar en lausn sem væri í boði í gegnum app, yrði aldrei nákvæmlega eins og lausn sem væri í boði í gegnum IPTV. Það væri einfaldlega ekkert í fjölmiðlalögum sem fæli í sér að fyrirtæki væri skylt að bjóða gagnvirka sjónvarpsþjónustu alls staðar og með sama hætti. Það væri heldur ekki áskilið í fjölmiðlalögum að fyrirtæki bæri að gera myndefni sitt öllum aðgengilegt.

(436) Varðandi fullyrðingar um þörfina fyrir aukamyndlykil, þá hefðu viðskiptavinir Símans ekki kvartað undan því og þess vegna væri engin þörf á því að bæta þeirri þjónustu við. Þjónustunni fylgdu fimm „app“ aðgangar. [...]

(437) ...] ²¹

(438) Þar fyrir utan þá hefði þessi samanburður enga þýðingu við mat á því hvort verið væri að beina að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Benti Síminn t.d. á að með appi Vodafone sem hægt væri að nota í Apple TV fengi viðskiptavinur Vodafone ekki aukamyndlykil. Þannig að ef það hefði þýðingu hvort viðskiptavinur sem keypti Sjónvarp Símans óháð neti, fengi auka myndlykil eða ekki, þá hefði það augljóslega

²⁰ Fellt brott vegna trúnaðar.

²¹ Fellt brott vegna trúnaðar.

einnig þýðingu í mati á háttsemi Vodafone. Staðreyndin væri sú að þetta atriði hefði nákvæmlega enga þýðingu. sem sæist best á því að um 60-70% heimila væru með áskrift af Netflix sem byði ekki upp á aukamyndlykil. Þá væri ekki hægt að fá auka Apple TV myndlykil á afslætti.

(439) Síminn hefði hafið að bjóða upp á sjónvarpsþjónustu, sem hægt hefði verið að nýta yfir WiFi, um mitt ár 2017. Með þjónustunni gátu viðskiptavinir farið með myndlykil á WiFi net, sem var nýjung á þeim tíma. Markaðssetning á WiFi möguleika (Sjónvarp Símans á ferðinni) tengdist mest því að kynna fyrir viðskiptavinum að nú gætu þeir ferðast með myndlykilinn, svo sem á ferðalögum innanlands og í sumarbústaðinn. Hún var ekki markaðssett og ekki kynnt sem lausn sem viðskiptavinir myndu eingöngu nota yfir WiFi að staðaldri, þó það væri hægt. Enda hefði verið reynsla Símans að notkun á WiFi möguleikanum hefði að mestu leiti þróast þannig, þ.e. að notkunin væri óveruleg og takmörkuð.

(440) Síminn hefði meiri stjórn á notkun sem ætti sér stað fastlínutengt yfir IPTV kerfið, sem þýddi að auðvelt væri að fylgjast með hvort aukalyklar væru WiFi tengdir á heimaneti eða ekki. Ef þeir væru ekki tengdir á heimanetinu, þá væri hægt að greina hvort þeir væru sítengdir þráðlaust á öðru neti. Þetta gæfi Símanum a.m.k. tímabundin yferráð yfir bæði kerfislegu álagi og eins yfirsýn yfir hvort um misnotkun á þjónustunni væri að ræða. Það væri alltaf hættu á tekjuleka þegar boðið væri upp á aukamyndlykla, en Síminn hefði viljað reyna að takmarka þá áhættu eins mikið og hægt væri, sem væri m.a. ástæðan fyrir því að ekki var strax boðið upp á aukamyndlykla með óháð neti þjónustunni. Þetta atriði virtist ekki hafa mikil áhrif hvort sem væri. [...] ²² Þegar fram líði stundir væri það mati Símans að það yrði þróunin.

(441) Einnig nefndi Síminn að, WiFi notkun á aukalyklum sem væru paraðir við IPTV hefði reynst vera takmörkuð þá þýddi það að álag á streymisþjóna hefði verið hóflegt sem væri mikilvægt þar sem þjónustan væri enn á upphafsstigum. Með óháð neti lausninni væri aftur á móti verið að selja þjónustu sem væri ætlað að vera ávallt tengt þráðlaust og það hefði í för með sér aukið álag á streymisþjóna. Síminn vildi því stíga varlega til jarðar hvað varðaði áhrif á streymisþjóna, ásamt því að geta haft öflugt eftirlit með mögulegri misnotkun og hættu á tekjuleka.

(442) Áhættan af tekjuleka beindist að því að ef einn aðili keypti lausnina óháð neti og deildi henni með öðrum þá væru tveir aðilar að samnýta lausn sem kostaði tæplega 8.000 kr. í stað þess að greiða hvor um sig 8.000 krónur. Þessi áhætta væri minni þar sem Síminn hefði tók á því að staðfesta hvar notandi væri hverju sinni eða hvort hann væri ítrekað að nota þjónustuna utan skilgreinds heimanets. Þessi möguleiki væri ekki fyrir hendi með sama hætti þegar um lausn væri að ræða sem væri fullkomlega óháð öllum fjarskiptaleiðum.

²² Fellt brott vegna trúnaðar.

2.37.5. *Um leiðbeiningarskyldu stjórnvalds*

(443) Í máli PFS nr. 10/2018 komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og lagði á verulega íþyngjandi stjórnvaldssektir. Í aðdraganda ákvörðunarinnar hefði Síminn ítrekað fundað með PFS og upplýst reglulega um fyrirhugaðar ákvarðanir varðandi sjónvarpslausnir óháð neti og þótt um væri að ræða lausn sem Síminn tók á grundvelli viðskiptalegra forsendna taldi Síminn að lausnin leysti málið. Þótt Síminn teldi að ákvörðun nr. 10/2018 væri háð verulegum annmörkum taldi hann engu að síður að lausnin myndi leysa þau álitamál sem PFS lýsti að einhverju leyti. Þ.e. að viðskiptavinir á kerfi GR gætu fengið Sjónvarp Símans Premium. Lausnin hefði nú verið sett á markað og héldu aðilar málsins því fram að hún væri ekki fullnægjandi en því væri Síminn ósammála eins og fram hefði komið.

(444) Síminn hefði lagt sig fram um að leysa málið. Hefði það m.a. verið gert með því að Síminn hefði eindregið lýst yfir vilja sínum til að semja við GR um aðgang að ljósleiðaraneti félagsins. Þá hefði Síminn jafnframt viljað selja Vodafone aðgang að sjónvarpsþjónustu félagsins með þeim skilmálum sem almennt giltu um kaup á sjónvarpsefni.

(445) Sjónvarp Símans óháð neti væri því enn ein viðleitni Símans til að binda endi á þá deilu sem verið hefði um það hvernig félagið hagaði þjónustuframboði sínu. Þetta væri gert þrátt fyrir að Síminn væri eindregið þeirrar skoðunar að PFS hefði farið út fyrir valdssvið sitt með ákvörðun nr. 10/2018 auk þess sem ákvörðunin væri efnislega röng. PFS þyrfti að gera sér grein fyrir því að fyrirtækjum væri markað verulegt svigrúm að samkeppni til að taka viðskiptalegar ákvarðanir. Síminn leggði áherslu á að það væri hans að taka þá fjárhagslegu áhættu sem fælist í rekstrinum og það væri ekki hlutverk PFS að segja til um hvað væri skynsamleg ráðstöfun í markaðsstarfi eða viðskiptum. Síminn þyrfti einnig að taka tillit til þess að það væri óforsvaranlegt að leggja til mikils kostnaðar og áhættu varðandi þætti sem lítil eða takmörkuð eftirspurn væri eftir. Augljóslega mætti Síminn fyrst þeim hópi sem væri stærstur, síðan væri skref af skrefi reynt eftir fremsta megni að mæta þörfum annarra og á endanum mætti þjónusta félagsins þörfum sem flestra viðskiptavina. Það gæti ekki verið lagaskylda og það væri ómögulegt að mæta kröfum og þörfum allra. Ætlaði PFS að leggja slíkar kröfur til grundvallar gagnvart Símanum þá væri augljóst að stofnunin væri farin út fyrir valdssvið sitt og farin að gera tilraun til þess að stjórna vöruframboði félagsins.

(446) Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri ekki að finna neinn vísi að því hvað teldist vera fullnægjandi OTT lausn. Eins og fram hefði komið teldi Síminn að lausnin væri fullnægjandi. Teldi PFS að þjónusta, Sjónvarp Símans óháð neti, teldist ekki fullnægjandi væri óskað eftir viðræðum við stofnunina þar að lútandi og vísaði til leiðbeiningarreglu 7. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 í því sambandi.

2.37.6. *Beiting stjórnsýsluviðurlaga*

(447) Líkt og fram hefði komið kom niðurstaða ákvörðunar nr. 10/2018 Símanum verulega á óvart, þar sem Síminn hefði sýnt með vísan til raunverulegra gagna að félagið væri að bjóða sjónvarpslausnir félagsins yfir fleiri aðgangsnét en aðeins aðgangsnét Mílu auk þess sem félagið sýndi fram á með vísan til ítarlegra gagna, þ.m.t. rannsókn framkvæmdastjórnar ESB að áskilnaður um fastar greiðslur væri venjan í samningum um myndefni. Síminn teldi sig hafa lagt sig fram um að leysa málið með því að leita samninga við aðila máls og einnig að sú lausn sem félagið væri búið að vera með í þróun síðan haustið 2016 myndi mæta hugsanlegri eftirspurn á neti GR og þar með einnig leysa úr umkvörtunum aðila, þótt þær umkvartanir hefðu verið ómálefnalegar að mati Símans. Þrátt fyrir það taldi PFS ástæðu til að beita Símann verulega íþyngjandi stjórnsýsluviðurlögum. Ákvörðun um að beita félagið viðurlögum hefði verið tekin án þess að félagið væri upplýst um að það kæmi til greina.

(448) Teldi PFS það koma til álita að beita Símann stjórnsýsluviðurlögum í þessu máli væri gerð sú krafa að félaginu yrði kynnt að það kæmi til álita hjá stofnuninni. PFS gæfi þá jafnframt út andmælaskjal sem Símanum yrði gefið færi á að tjá sig um áður en endaleg ákvörðun yrði tekin.

2.37.7. *Sérstök áskorun til PFS*

(449) Síminn skoraði á PFS að leggja fram gögn sem ættu að styðja við mál PFS og PFS vísaði til í ákvörðun nr. 22/2018. Vísaðist m.a. til rannsóknarskyldu PFS skv. 10. gr. stjórnsýslulaga í því sambandi.

2.37.7.1 *Gögn um neikvæð áhrif á GR*

(450) Síminn skoraði á PFS að afhenda gögn sem sönnuðu að háttsemi Símans hefði haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni Mílu og GR, líkt og PFS héldi fram í ákvörðun nr. 22/2018.

(451) Þá væri skorað á PFS að leggja fram gögn þar sem fram kæmi að GR hefði óskað eftir því að fá aðgang að Sjónvarpi Símans Premium og að sama skapi gerð krafa um að PFS legði fram gögn þar sem fram kæmi að Síminn hefði formlega hafnað beiðni GR um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium.

2.37.7.2 *Gögn um neikvæð áhrif á aðra á starfssvæði GR*

(452) Síminn skoraði á PFS að leggja fram gögn um að háttsemi Símans hefði haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni milli fjarskiptafyrirtækja á höfuðborgarsvæðinu líkt og PFS héldi fram í ákvörðun nr. 22/2018.

2.37.7.3 *Málefnaleg afstaða Símans um fastar greiðslur*

(453) Síminn ítrekaði að krafa hans um fastar greiðslur fyrir réttinn til þess að fá Sjónvarp Símans Premium í heildsölu væri málefnaleg og sanngjörn krafa. Ef Nova, Vodafone og GR ætluðu að setja á laggirnar sambærilega þjónustu þá yrðu félögin að greiða fastar greiðslur fyrir heimildina til þess að sýna umrætt myndefni. Þessi staðreynd væri óumdeild.

(454) Síminn skoraði á PFS að leggja fram gögn sem sýndu að það væri hægt að kaupa *sambærilegt* myndefni og væri innifalið í Sjónvarpi Símans Premium með því að greiða *eingöngu* fyrir þá viðskiptavinum sem notuðu þjónustuna.

(455) Þá krafðist Síminn þess að PFS legði fram framangreind gögn eigi síðar en 15. desember 2018.

2.38. Bréf Mílu um aðild - 4. desember 2018

(456) PFS barst bréf frá Mílu, dags. 4. desember 2018, með vísan til ákvörðunar PFS nr. 22/2018 þar sem GR var veitt aðild að máli Símans um meint ítrekunarbrott félagsins gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og óskaði eftir aðild að málinu á sama grundvelli og GR.

2.39. Tölvupóstur PFS til málsaðila – 4. desember 2018

(457) PFS sendi tölvupóst á málsaðila þar sem greint var frá beiðni Mílu, dags. 4. desember 2018, um að gerast aðili að málinu og að PFS hygðist veita félaginu aðild.

(458) Var málsaðilum veitt færi á að tjá sig um þau áform PFS og svarfrestur veittur til 10. desember 2018.

2.40. Tölvupóstur PFS til Mílu – 12. desember 2018

(459) PFS veitti Mílu aðild að málinu með tölvupósti, dags. 12. desember 2018, og sendi félaginu gögn málsins. Mílu var veittur frestur til 3. janúar 2019 til að kynna sér gögnin og skila inn athugasemdum til PFS.

2.41. Athugasemdir GR – 19. desember 2018

(460) Athugasemdir GR við umsögn Símans, dags. 3. desember 2018, bárust PFS með bréfi, dags. 19. desember 2018.

2.41.1. Almenn

(461) Í bréfi Símans fjallaði Síminn um gildissvið fjölmiðlalaga og vísaði þar meðal annars til ummæla GR um að flutningsréttarreglur fjölmiðlalaga tækju aðeins til sjónvarpsútsendinga og virtist Síminn telja það á einhvern hátt fela í sér viðurkenningu GR á málalíbúnaði Símans í málinu. Svo væri ekki.

(462) Áréttaði GR að 1. og 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fjölluðu um flutningsrétt en væru ekki sérstaklega sniðnar að háttsemi fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtækis. Tilvitnuð ummæli GR vísuðu til þess að reglur um flutningsrétt í 1. og 2. mgr. tækju eingöngu til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis og um það væri ekki deilt. Hið sama ætti hins vegar ekki við um 5. mgr. 45. gr. Ákvæði 5. mgr. væri allt annars eðlis og sérstaklega sniðið að þeirri hættu sem löggjafinn taldi vera á lóðréttri samþættingu sjónvarpsefnis og fjarskipta og fjallaði um viðskipti og viðskiptahætti fjölmiðlaveitu sérstaklega. Gildissvið ákvæðanna væri því ólíkt, svo sem PFS hefði áður úrskurðað um. Af hálfu GR væri því á engan hátt fallist á málalíbúnað Símans í málinu og fæli umrædd umfjöllun Símans í sér hreinan útúrslúning að mati GR.

2.41.2. Athugasemdir Símans vegna beiðni GR

(463) Í bréfi Símans, dags. 3. desember 2018, væri því svo haldið fram að GR hefði hvorki óskað eftir að flytja IPTV þjónustu Símans um Ljósleiðarann né að slíkri beiðni hefði verið hafnað. GR sendi umrædda beiðni til Símans þann 15. ágúst 2016 og fékk svar frá Eric Figueras þann 26. ágúst 2016 þar sem beiðninni var hafnað.²³

(464) Léki þannig enginn vafi á því að GR ekki aðeins sendi inn umrædda beiðni heldur var henni einnig endanlega hafnað skriflega af Símanum 11 dögum síðar.

2.42. Tölvupóstur PFS til Símans – 21. desember 2018

(467) PFS áframsendi athugasemdir GR, dags. 19. desember 2018, til Símans með tölvupósti, dags. 21. desember 2018.

(468) Tekið var fram að athugasemdir GR vörðuðu aðeins tvö atriði þar sem málflytningi Símans væri hafnað, þ.e. annars vegar um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og hins vegar staðfesting á því að GR hefði óskað eftir að flytja IPTV þjónustu Símans. Jafnframt kom fram að PFS teldi ekki þörf á því að Síminn myndi bregðast sérstaklega við þessum athugasemdum GR til þess eins að ítreka fyrri sjónarmið sín um þessi atriði. Teldi PFS því að andmælaréttur aðila væri tæmdur í málinu að því er þetta varðaði

(469) Þá sagði jafnframt að næstu skref í málinu væri að PFS myndi taka afstöðu til kröfu Símans um frestun málsins með málsmeðferðarákvörðun. Féllist PFS á kröfu Símans yrði málið sett í bið á meðan ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri til meðferðar fyrir dómstólum. Hafnaði PFS kröfu Símans um frestun, gæti komið til þess að PFS óskaði eftir frekari upplýsingum frá Símanum áður en endanleg ákvörðun liti dagsins ljós. Einnig væri ekki útilokað að PFS fengi óháðan aðila til að taka út gæði og notagildi OTT lausnar Símans.

2.43. Bréf Mílu til PFS – 8. janúar 2019

(470) Míla sendi athugasemdir til PFS með bréfi, dags. 8. janúar 2019, með vísan til kvartana Vodafone, Nova og GR og annarra gagna í máli Símans vegna meintra ítrekaðra brota gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(471) Mílu hefði verið veitt aðild að málinu í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 22/2018 þar sem GR hefði verið veitt aðild og í rökstuðningi PFS fyrir því að GR ætti lögvarinna hagsmuna að gæta var vísað til stöðu Mílu og GR sem keppinauta á innviðastigi. Í forsendum PFS segði m.a.: „Einsýnt er, að mati PFS, að sú háttsemi Símans, sem talin var fara í bága við umrætt ákvæði fjölmiðlalaga í ákvörðun PFS nr. 10/2018, hafði ekki síður áhrif á innviðastiginu heldur en þjónustustiginu. Það sama má segja um hið nýja mál. Verði það niðurstaðan að umrædd OTT lausn Símans teljist ekki fullnægjandi til að losa félagið undan brotinu er ljóst að afleiðingar þess verða ekki síður alvarlegar á innviðastiginu en þjónustustiginu.

²³ Sbr. gögn tengd ákvörðun PFS nr. 10/2018.

Augljóst er að fyrirtæki skuli eiga aðild að málum er varða möguleg lögbrot af hálfu samkeppnisáðila, sem eru til þess fallin að valda fyrrnefndu fyrirtæki tjóni í formi minni viðskipta en væri ef hið ólögmeta ástand væri ekki uppi.“ Míla teldi að fullyrðingar PFS um áhrif á „innviðastigi“ styddust ekki við nein gögn eða rannsóknir og teldi að fullyrðingarnar ættu ekki við rök að styðjast og það vekti furðu að slíkar fullyrðingar væru hafðar uppi án vísan til nokkurra gagna eða greininga á viðeigandi markaði.

(472) Míla teldi að miðað við afmörkun stjórnslumálsins þá fjallaði málið um það hvort OTT lausn Símanum væri fullnægjandi í skilningi ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Míla hefði ekki neina aðkomu að OTT lausnum Símanum og hygðist því ekki tjá sig varðandi tæknilegar eða viðskiptalegar forsendur lausnarinnar. Hins vegar teldi Míla það liggja ljóst fyrir að OTT lausn hjá Símanum væri í boði yfir öll fjarskiptanet, þ.m.t. GR. Þeir endanotendur sem kysu að nota net GR, eða eftir atvikum önnur fjarskiptanet, hefðu því möguleika á að nálgast efni Sjónvarps Símanum, sbr. m.a. tilkynningar GR undir yfirskriftinni „Sjónvarp Símanum nú í boði um kerfi Ljósleiðarans“, og sjá mætti í gögnum málsins.

(473) Á þessu stigi myndi Míla almennt ekki gera athugasemdir við málatilbúnað í framangreindum kvörtunum sem stjórnslumálið væri sprottið af, enda teldi Míla það ekki á forræði Mílu að svara fyrir OTT lausn Símanum sem væri samkvæmt skilningi Mílu það sem mál þetta snerist um. Mótmælti Míla því hins vegar að verið væri að beina viðskiptum til tengds félags og vísaði um það til athugasemda sinna á fyrri stigum og jafnframt þess að OTT lausn Símanum væri óháð kerfum og því ekki bundin að neinu leyti við net Mílu. Hins vegar teldi Míla rétt að gera athugasemd við það sem kæmi fram í máli Nova, þar sem því væri haldið fram að félagið hefði ekki greint raunverulegan vilja hjá forsvarsmönnum eða þjónustuaðilum Mílu til að veita þjónustuna. [...] ²⁴

(474) Að endingu var það tekið fram að þótt Míla gerði ekki athugasemdir við tiltekin atriði þá áskildi félagið sér allan rétt til að gera athugasemdir og koma fram með málsástæður og gögn á síðari stigum.

2.44. Tölvupóstur PFS til málsaðila – 9. janúar 2019

(475) PFS áframsendi umsögn Mílu í málinu til Símanum og annarra málsaðila með tölvupóstum, dags. 9. janúar 2019.

(476) Í tölvupóstum stofnunarinnar kom fram að PFS teldi óþarft að málsaðilar tjáðu sig sérstaklega um hina almennu og knöppu umsögn Mílu en veitti engu að síður frest til 23. janúar 2019 til að koma að athugasemdum, ef einhverjar væru.

²⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

2.45. *Bréf Símans til PFS – 17. apríl 2019*

(477) Síminn sendi PFS bréf, dags. 17. apríl 2019, þar sem vísað var til fyrra bréfs Símans, dags. 3. desember 2018, og þess að PFS hefði ekki brugðist við kröfum Símans sem fram kæmu í því.

(478) Í tilvitnuðu bréfi Símans, hefðu helstu sjónarmið sem kvartendur hefðu teft fram gegn frestun málsmeðferðar verið að háttsemi Símans ylli þeim tjóni, sér í lagi GR. Skoraði Síminn því á PFS að afhenda gögn sem sönnuðu að háttsemi Símans hefði haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni Mílu og GR, líkt og PFS héldi fram í ákvörðun nr. 10/2018. Jafnframt hefði verið skorað á PFS að leggja fram gögn um að háttsemi Símans hefði haft alvarleg neikvæð áhrif á samkeppni milli fjarskiptafyrirtækja á höfuðborgarsvæðinu. Að lokum var skorað á PFS að leggja fram gögn sem sýndu að hægt væri að kaupa sambærilegt myndefni og væri innifalið í Sjónvarpi Símans Premium með því að greiða eingöngu fyrir þá viðskiptavinum sem notuðu þjónustuna. Var þess óskað að svör PFS bærust fyrir 15. desember 2018.

(479) PFS hefði ekki brugðist við framangreindum kröfum Símans en í bréfi Símans frá 3. desember væri með vísan til tölfraeðiupplýsinga PFS rakið að staðhæfingar stofnunarinnar um neikvæðar afleiðingar af háttsemi Símans stæðust ekki.

(480) Þá kæmi fram í bréfi Símans að GR hefði kynnt uppgjör félagsins fyrir árið 2018 og þar kæmi fram að afkoma ársins hefði verið góð og starfsemin skilað 192 milljóna króna hagnaði. Á heimasíðu GR væri m.a. haft eftir framkvæmdastjóra þess að „Viðskiptavinum sem velja Ljósleiðarann fjölgar stöðugt og tekjurnar vaxa með.“²⁵

(481) Í viðtali við framkvæmdastjóra félagsins sem birtist í Viðskiptablaðinu þann 4. apríl 2019 segði m.a.:

„Þessi góða afkoma sem var á síðasta ári mun bara halda áfram að aukast, þegar fjárfestingafasanum verður að mestu lokið. Ég myndi segja að innan fjögurra eða fimm ára verðum við farin að sjá ansi góðar kennitölur í rekstri fyrirkæpisins,“ segir Erling Freyr. „Sem dæmi þá var nettó skuldsetning félagsins á síðasta ári, það eru vaxtaberandi skuldir félagsins deilt með EBITDA, komin niður í 6,6, en við fórum hæst í 7,8 árið 2017, sem er ekki óeðlilegt fyrir innviðafyrirtæki eins og okkur. Við munum síðan sjá þetta hlutfall fara mjög lækkandi á næstu fimm árum, eða niður í allt að 4, og jafnvel lægra þegar lengra fram líður. Síðan verðum við líka að muna að við erum að afskrifa ljósleiðarainniði á 42 árum, en endingartíminn er talinn mun lengri. Svo við stöndum í dag uppi með traustan rekstur.“²⁶

²⁵<https://www.ljosleidarinn.is/frettir/192-milljona-krona-hagnadur-gagnaveitu-reykjavikur-arid-2018>

²⁶ Viðskiptablaðið, fimmtudaginn 4. apríl 2019, 14. tölublað, 26. árgangur, bls. 24.

(482) Sá tími sem rekstur félagsins hefði batnað verulega væri einmitt á því tímabili sem hin meinta skaðlega háttsemi Símans hefði átt að eiga sér stað. Þvert á staðhæfingar GR um skaðlegar afleiðingar af háttsemi Símans yrði ekki annað séð en að þau rekstrarár sem um ræddi hefðu verið þau bestu í sögu félagsins.

(483) Samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 7/1993 bæri stjórnvöldum að rannsaka mál nægilega áður en ákvörðun væri tekin í því. Umfjöllun GR um ágæti eigin rekstrar sýndi glögglega að háttsemi Símans hefði ekki haft nein skaðleg áhrif á rekstur GR eða annarra aðila í málinu. Styddi það kröfu Símans að málsmedferð í málinu yrði frestað þar til skorið væri úr málinu fyrir dómstólum.

(484) Með vísan til þessa voru kröfur Símans í erindi frá 3. desember 2018 ítrekaðar og þess krafist að PFS virti 10. gr. stjórnarsýslulaga með því að rannsaka málið nægilega svo ákvörðun byggði ekki á sömu röngu forsendum og lagðar voru til grundvallar í máli nr. 22/2018.

2.46. Bréf Símans til PFS – 7. júní 2019

(485) Síminn sendi PFS bréf, dags. 7. júní 2019, þar sem vísað var til fyrra bréfs frá 17. apríl 2019, þar sem m.a. var gerð krafa um að PFS rannsakaði staðhæfingar PFS sem lagðar voru til grundvallar sem forsendur ákvörðunar nr. 10/2018 og einnig hefði verið fjallað um í ákvörðun nr. 22/2018. Í tilvitnuðum ákvörðunum væri fullýrt af PFS, án rannsóknar, að háttsemi Símans hefði haft skaðlegar samkeppnislegar afleiðingar. Þessu hefði ítrekað verið mótmælt af hálfu Símans og vísaðist til málalíbúnaðarins undir rekstri framangreindra mála um nánari rökstuðning.

(486) Í ákvörðun PFS nr. 22/2018 segði m.a. á bls. 18 og 19:

„Eins og fram kemur hér að ofan, og ítarleg grein var gerð fyrir í fyrrgreindri ákvörðun PFS nr. 10/2018, hefur sú háttsemi Símans, sem bann er lögð við í umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, ekki aðeins alvarlegar afleiðingar á samkeppni á þjónustustigi fjarskipta, þ.e. t.d. á milli Símans, Sýnar, Hringdu, Nova o.fl. þjónustuaðila, heldur ekki síður alvarlegar afleiðingar í samkeppni á undirliggjandi innviðum fjarskipta, t.d. á milli Mílu og GR á höfuðborgarsvæðinu og nágrenni.“

(487) Ef litið væri til upplýsinga sem birtust í ársskýrslu GR væri aukning virkra notenda á ljósleiðaraneti GR nærri því 80% á tímabilinu 2014-2018. Hefði viðskiptavinafjöldinn því vaxið verulega á þeim tíma sem PFS héldi fram að háttsemi Símans hefði haft alvarlegar afleiðingar í samkeppni á undirliggjandi innviðum fjarskipta. Hin órannsakaða staðhæfing PFS stæðist því ekki. Um væri að ræða opinberar upplýsingar og því væri hægt um vik fyrir PFS að rannsaka staðreyndir máls í stað þess að taka ákvörðun án rannsóknar. Það merkilega væri síðan að PFS safnaði þessum upplýsingum í tengslum við útgáfu tölfræðiupplýsinga um íslenska fjarskiptamarkaðinn. Væri skýrsla ársins 2018, t.a.m. birt 4. júní 2019.

Væru því hæg heimatökin fyrir PFS að líta til þeirra gagna sem stofnunin hefði í förum sínum.

(488) Upplýsingar um fjölgun viðskiptavina GR mætti sjá í eftirfarandi töflu:

Ár	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Fjöldi íbúða	87.389	88.042	89.021	90.108	91.468	92.821	94.396
Heimili tengd	52.122	57.882	63.045	71.342	78.342	88.342	94.396
Heimili virk	19.969	23.274	26.374	31.531	36.688	41.845	47.000
Hlutfall heimila tengd	60%	66%	71%	79%	86%	95%	100%
Hlutfall heimila virk	23%	26%	30%	35%	40%	45%	50%

(489) PFS hefði hingað til engu sinnt ítrekuðum kröfum Símans um fullnægjandi rannsókn sem stæðist 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Væru nær tveir mánuðir frá því krafan hefði verið sett fram síðast og engin viðbrögð borist frá PFS. Yrði Síminn því að ítreka kröfu um að PFS rannsakaði málið með fullnægjandi hætti.

(490) Það væri alvarlegt mál ef tækin væri íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem væri til þess fallin að hafa verulega neikvæð áhrif á rekstur þess fyrirtækis sem í hlut ætti og með réttu ætti svo alvarleg villa í forsendum ákvörðunar (e. manifest error) að valda ógildingu hennar.

(491) Bærust engin viðbrögð frá PFS innan viku frá dagsetningu bréfsins þyrfti Síminn að neyta annarra réttarræða til að fá hlut sinn réttan og væri til skoðunar hvort rétt væri að leita atbeina Umboðsmanns Alþingis í því sambandi.

2.47. Tölvupóstur PFS til Símans – 11. júní 2019

(492) PFS sendi Símanum tölvupóst, dags. 11. júní 2019 og vísaði þar til bréfa Símans, dags. 17. apríl og 7. júní 2019. Kom fram í tölvupósti PFS varðandi kröfu Símans um frestun máls að það mál hefði verið í bið vegna forgangsröðunar í starfi PFS og hefði PFS upplýst Símann um bið á málinu.

(493) Þar sem krafa Símans hefði lotið að frestun á málinu, taldi PFS það ekki vera í andstöðu við hagsmuni félagsins að málið væri í bið vegna forgangsröðunar mála hjá stofnuninni, þ.m.t. um þetta atriði. En líkt og PFS hefði upplýst Símann um hygðist stofnunin veita rökstudd svör við kröfum um frestun málsins áður en efnislegri meðferð þess yrði mögulega framhaldið. Búast mætti við því svari fljótlega.

(494) Hvað varðaði hinn þátt erindanna, þ.e. meinta ófullnægjandi rannsókn máls, í tengslum við töku ákvarðana PFS nr. 10/2018 (Brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga) og nr. 22/2018 (Aðild GR að meintu áframhaldandi broti Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga), áttaði PFS sig ekki fyllilega á kröfugerð Símans.

(495) Ljóst væri að Síminn hefði ekki skotið síðargreindu ákvörðun PFS til dómstóla eða úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, eins og eðlilegt hefði verið

ef Síminn væri ósáttur við niðurstöðu PFS. Þá óskaði félagið ekki eftir endurupptöku á þeirri ákvörðun innan þriggja mánaða frestsins sem getið væri um í 2. mgr. 24. gr. stjórnssýslulaga.

(496) Hins vegar hefði Míla skotið ákvörðun PFS nr. 10/2018 til dómstóla þar sem hún væri nú til meðferðar. Haustið 2018 hefði Síminn farið fram á endurákvörðun á þeirri ákvörðun vegna meintrar ófullnægjandi rannsóknar af hálfu PFS. Þeirri kröfu hefði PFS hafnað með ákvörðun nr. 20/2018 með þeim meginrökum að málið væri til meðferðar hjá dómstólum þar sem þar myndi reyna á hina meintu ófullnægjandi rannsókn.

(497) Að þessu virtu sæi PFS ekki flöt á því að fallast á kröfur Símans nú um ítarlegri rannsókn á málum sem væri lokið hjá PFS. Þess utan væri PFS ekki sammála því mati Símans að hegðun félagsins, sem lýst væri í ítarlegu máli í ákvörðun nr. 10/2018, hefði ekki haft nein áhrif á GR. Minnti PFS einnig á að brot Símans í því máli raungerðist fyrst og fremst í Vodafone þætti málsins en ekki GR þættinum. Þá hefði PFS komist að þeirri niðurstöðu að brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ekki háð því skilyrði að umrædd hegðun hefði jákvæð áhrif á rekstur hins brotlega og/eða neikvæð áhrif á rekstur keppinauta.

2.48. Synjun PFS um frestun málsmeðferðar – 24. júní 2019

(498) PFS synjaði kröfu Símans um frestun málsmeðferðar með bréfi, dags. 24. júní 2019.

(499) Í bréfi PFS kom m.a. fram að almenna reglan væri sú að kæra til æðra setts stjórnvalds eða höfðun dómsmáls frestaði ekki réttaráhrifum stjórnvaldsákvörðunar. Þá væri almennt talið að ríkar ástæður þyrfti til þess að réttaráhrifum stjórnvaldsákvörðunar yrði frestað, sbr. 8. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, sem áskildi að *sérstakar ástæður* skildu mæla með frestun réttaráhrifa. Þau sjónarmið sem lögju þessu til grundvallar væru skuldbindingargildi stjórnssýsluframkvæmdar og tillit til hagsmuna annarra aðila. Að mati stofnunarinnar ættu sömu sjónarmið við þegar um kvörtun vegna ítrekaðra brota væri að ræða og teldi stofnunin að þó svo að ákvörðun nr. 10/2018 væri til meðferðar hjá dómstólum kæmi það ekki í veg fyrir að stofnunin rannsakaði kvartanir um meint ítrekuð brot Símans gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. Hygðist stofnunin því halda áfram með málið.

2.49. Tölvupóstur PFS til málsaðila – 24. júní 2019

(500) PFS sendi synjun á kröfu Símans um frestun málsmeðferðar á málsaðila til upplýsinga með tölvupósti, dags. 24. júní 2019.

2.50. Tölvupóstur PFS til Símans – 28. júní 2019

(501) PFS sendi Símanum tölvupóst, dags. 28. júní 2019, og tók fram að þar sem töluvert væri liðið frá síðustu bréfaskiptum vegna málsins væri Símanum veitt tækifæri til að koma að lokaathugasemdum ef einhverjar væru.

(502) Var frestur veittur til 15. júlí 2019 sem svo var framlengdur til 15. ágúst 2019.

2.51. Athugasemdir Símans – 15. ágúst 2019

(503) Með bréfi Símans til PFS, dags. 15. ágúst 2019, ítrekaði Síminn fyrri kröfur og rökstuðning sem fram hefði komið á fyrri stigum. Teldi Síminn rétt að PFS léti af frekari rannsókn málsins þar sem ljóst mætti vera að ekki væri brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(504) [...

(505) ...]²⁷

2.51.1. Krafa um að málsmeðferð verði hætt

(506) Síminn gerði kröfu um að rannsókn PFS á meintu ítrekunarbroti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga yrði hætt. Með ákvörðun nr. 10/2018 hefði PFS komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn ákvæðinu. Að mati PFS hefði Síminn getað komist hjá því að brjóta gegn ákvæðinu með því að semja við Vodafone um aðgang þess að ólínulegu myndefni eða með því að bjóða upp á OTT lausn sem væri óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum. Jafnframt hefði Síminn sýnt raunverulegan sanningsvilja gagnvart Vodafone um hið ólínulega efni. [...]²⁸

(507) Síminn teldi að forsendur og niðurstöður ákvörðunar PFS stæðust ekki og ræki nú mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur til að fá ákvörðunina fellda úr gildi. [...]²⁹ Vísaðist um málatilbúnað Símans til fyrri athugasemda í málinu og tilvitnuðu máli sem lauk með ákvörðun nr. 10/2018.

(508) [...]³⁰

(509) Þar að auki hefði Síminn sett á markað „Sjónvarp Símans – óháð neti“, sem veitti áskrifendum þjónustunnar möguleika á því að kaupa Sjónvarp Símans óháð því hverjir rækju undirliggjandi fjarskiptainviði. Viðskiptavinir sem notuðu net Mílu, GR, Tengis eða annarra staðbundinna fjarskiptaneta gætu því keypt aðgang að þjónustunni. [...]³¹

(510) Af framangreindu virtu gæti Síminn ekki talist brjóta gegn 5. mgr. 45. gr.

2.51.2. Krafa um frestun málsmeðferðar

(511) Félli PFS ekki á kröfu um að falla frá frekari rannsókn væri gerð krafa um að málsmeðferð yrði frestað þar til niðurstaða dómsmáls um gildi ákvörðunar nr. 10/2018 lægi fyrir.

²⁷ Felld brott vegna trúnaðar.

²⁸ Felld brott vegna trúnaðar.

²⁹ Felld brott vegna trúnaðar.

³⁰ Felld brott vegna trúnaðar.

³¹ Felld brott vegna trúnaðar.

(512) Aðalmeðferð málsins hefði verið ákveðin 9. október 2019 og Síminn hefði lagt á það áherslu við meðferð málsins að það yrði rekið eins hratt og mögulegt væri. Ástæða þess að málið hefði ekki verið flutt væri að rekja til gagnsakar Sýnar en Síminn hefði krafist þess að gagnsök yrði vísað frá dómi sem var fallist á. En frávísun gagnsakarinnar byggðist á því að Sýn hefði ekki tekist að varpa ljósi á neikvæðar afleiðingar háttsemi Símans. En Síminn taldi niðurstöðu dómsins samræmast þeim sjónarmiðum sem Síminn hefði haldið fram um að í ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði niðurstaðan byggst á getgátum um mögulegar neikvæðar afleiðingar fyrir Sýn og GR en ekki á staðreyndum máls.

(513) Þar sem Síminn hefði nú samið um dreifingu á sjónvarpsefni Sjónvarps Símans við Hringdu, Nova og Vodafone, fengist ekki séð að neinir hagsmunir færu forgörðum við það að bíða niðurstöðu dómstóla.

(514) Aukinheldur lægi fyrir dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 sem að mati Símans byggði undir þann málatilbúnað að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði ekki til ólínulegs myndefnis líkt og Síminn hefði haldið fram.

(515) Þá byggði Síminn á því að hagsmunir Símans af að bíða niðurstöðu dómstóla væru mun meiri en hagsmunir annarra aðila málsins um að málsmeðferð yrði fram haldið hjá PFS.

2.51.3. Ekki um ólögmeata háttsemi að ræða

(516) Ákvæði PFS þrátt fyrir framangreint að halda málsmeðferð áfram væri ljóst að Síminni hefði ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. og vísaðist til röksemda um OTT lausnina „Sjónvarp Símans – óháð neti“ og þess að Síminn hefði nú samið við önnur fjarskiptafyrirtæki um dreifingu á Sjónvarpi Símans. Auk þess sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gildi ekki um aðgang að ólínulegu myndefni frekar en aðrar reglur fjölmiðlalaga um flutning myndefnis, þ.e. flutningsreglur fjölmiðlalaga sem fjallað væri um í VII. kafla.

2.52. Tölvupóstur PFS til málsaðila – 21. ágúst 2019

(517) PFS sendi málsaðilum sjónarmið Símans frá 15. ágúst 2019 með tölvupósti dags. 21. ágúst 2019, til upplýsinga, og veitti frest til athugasemda til 29. ágúst 2019.

2.53. Bréf GR til PFS – 29. ágúst 2019

(518) GR ítrekaði fyrri sjónarmið sem fram hefðu komið af hálfu GR með bréfi til PFS, dags. 29. ágúst 2019 um að OTT lausn Símans fæli í sér áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(519) Framsetning, verðlagning og gæði OTT lausnarinnar hefðu þau raunáhrif að neytendur sem keyptu fjarskiptaþjónustu frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum en Mílu sæju sér ekki hag í því að kaupa OTT lausn Símans, heldur kysu frekar að kaupa þjónustuna í gegnum Símann og þar með Mílu. Þannig væru raunáhrifin þau sömu,

Síminn sem fjölmiðlaveita væri að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, sem væri óheimilt skv. 5. mgr. 45. gr.

(520) GR væri ósammála því að dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 hefði þýðingu vegna þeirrar rannsóknar sem í gangi væri vegna OTT lausnarinnar. Sakarefni málsins varðaði önnur atriði og önnur lagaákvæði. Samningur Símans og Sýnar hefði verið í forgrunni og dómurinn fyrst og fremst að skýra flutningsreglur 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ekki 5. mgr. 45. gr.

(521) Að öðru leyti vísaði GR til fyrri sjónarmiða og lagaraka og teldi hvorki tilefni til þess að fresta eða hætta við rannsókn málsins.

2.54. Bréf Vodafone til PFS – 29. ágúst 2019

(522) Athugasemdir Vodafone bárust með bréfi, dags. 29. ágúst 2019.

(523) Í bréfinu kom fram að ekki væri verið að fást við sömu atvik í ítrekunarmálinu og var í ákvörðun PFS nr. 10/2018, heldur væri nú tekist á um hvort OTT lausn Símans leysti félagið undan broti á 5. mgr. 45. gr. en engin afstaða hefði verið tekin til þess í ákvörðun nr. 10/2018. Vísaði Vodafone m.a. til tölvupósts PFS til Símans, dags. 25. september 2018, þar sem fram kom að erindi Sýnar og GR væri nýtt mál sem ekki hefði bein áhrif á fyrri ákvörðun, enda reyndi á önnur atriði en voru til úrlausnar í fyrri ákvörðun, t.d. þýðing OTT lausnarinnar til að leysa Símann undan broti. Krafa um endurupptöku eða afturköllun á ákvörðun nr. 10/2018 gæti því ekki frestað kvörtunarmáli um meint áframhaldandi brot Símans. Ekki frekar en að réttaráhrif stjórnvaldsákvörðunar frestaðist þegar hún væri kærð, sbr. 1. mgr. 29. gr. stjórnarsýslulaga. PFS gæti því ekki orðið við beiðni Símans um frestun á máli um meint áframhaldandi brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar til leyst hefði verið úr kröfu Símans um endurupptöku eða afturköllun ákvörðunar nr. 10/2018.

(524) Auk þess taldi Vodafone að mætti ráða af frummati Samkeppniseftirlitsins, sem gert var í tilefni synjunar Símans um heildsöluaðgang að Enska boltanum, að verðlagning á OTT lausn Símans væri þannig háttáð að líklega leysti framboð á henni Símann ekki undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga né 11. gr. samkeppnislaga.

(525) Þá byggði Síminn á því að þar sem þeir hefðu „nú samið um dreifingu á sjónvarpsefni Sjónvarps Símans við Hringdu, Nova og Sýn verði ekki séð að neinir hagsmunir fari forgörðum við það að bíða niðurstöðu dómstóla um ákvörðun PFS nr. 10/2018.“ Sýn kannaðist ekki við að samið hefði verið við félagið um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium og taldi því málalíbúnað Símans afar villandi. Sýn hefði hins vegar náð samningum um endursölu á Síminn Sport, sem sýndi Enska boltann. Í þeim samningi væri vissulega stefnt að heildstæðari samningi fyrir 1. nóvember 2019 en miðað við fyrri samningaviðræður við Símann væri alls óvíst hvornig þeim viðræðum myndi reiða af. Auk þess myndu slíkir samningar engu breyta um ítrekunarbrot Símans í fortíð.

2.55. Tölvupóstur PFS til Vodafone – 21. október 2019

(526) Þegar fór að sjá fyrir endann á málinu varð PFS þess áskynja að ekki væri búið að rannsaka til hlítar hvernig samningaviðræður um dreifingu og/eða heildsölu/endursölu á Sjónvarpi Símans Premium stæðu, en PFS hafði vitneskju um að samningaumleitaniir hefðu átt sér stað á milli Símans og Vodafone frá því vorið 2019.

(527) Óskaði PFS því eftir fundi við Vodafone til að varpa ljósi á þann anga málsins. Sá fundur var haldinn í húsakynnum PFS þann 21. október 2019 þar sem Vodafone lýsti gangi þeirra samningaumleitana eins og málið sneri að þeim og í kjölfar fundarins óskaði PFS eftir tímalínu sem sýndi í grófum dráttum gang viðræðna Vodafone og Símans.

2.56. Tölvupóstur PFS til Nova – 21. október 2019

(528) PFS óskaði eftir upplýsingum frá Nova um gang samningaviðræðna Nova og Símans um Sjónvarp Símans Premium, með tölvupósti dags. 21. október 2019.

2.57. Tölvupóstur Nova til PFS – 21. október 2019

(529) Svar Nova barst með tölvupósti, dags. 21. október 2019 þar sem fram kom að samningar hefðu ekki náðst. Nova vonaðist hins vegar til að frummat Samkeppniseftirlitsins frá 23. júlí 2019 myndi breyta því og að félögin næðu saman um Sjónvarp Símans Premium en Nova hefði náð samningum um Enska boltann eftir að frummat Samkeppniseftirlitsins lá fyrir, en fram að því hafði Síminn hafnað allri endursölu. Í kjölfar þessa óskaði PFS einnig eftir tímalínu sem sýndi í grófum dráttum gang viðræðna Nova og Símans.

2.58. Tölvupóstur PFS til Símans - 23. október 2019

(530) PFS sendi Símanum tölvupóst þann 23. október 2019 þar sem Síminn var upplýstur um að stofnunin væri að leggja lokahönd á ákvörðun í málinu.

(531) Áður en endanlega ákvörðun yrði tekin óskaði PFS eftir því að Síminn svaraði afmörkuðum spurningum er vörðuðu samningaviðræður Símans við Vodafone og Nova (og eftir atvikum Hringdu) síðustu mánuði um dreifingu síðargreindu aðila á Sjónvarpi Símans Premium. PFS teldi að fyrirspurnin kallaði ekki á svör í löngu máli og ekki yrði gert ráð fyrir löngum svarfresti.

(532) Eins og fram hefði komið í umræðu hefðu nást samningar á milli Símans og umræddra aðila um dreifingu þeirra og eftir atvikum heildsölu- og endursölusamning varðandi Enska boltann (Sjónvarp Símans Sport) í byrjun ágúst. Auk þess hefði PFS undir höndum upplýsingar um samskipti milli Símans og Vodafone sem lytu að þessu frá maí 2019 til 9. október 2019.

(533) Í grófum dráttum sýndist tímalína samskiptanna líta svo út:

- 23. maí: Síminn óskar eftir verðtilboði frá Vodafone um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone.
- 29. maí: Fyrstu svör Vodafone

- 12. júní: Fundur á milli félaganna – Þar ítrekar Síminn ósk um verð
- 23. júní: Síminn ítrekar aftur beiðni sína um verð frá Vodafone
- 25. júní: Vodafone sendir Símanum verð fyrir dreifingu á SSP og Enska boltanum
- 26. júní: Síminn tjáir Vodafone að félagið vilji ganga að samningstilboði Vodafone, en vilji skoða ákveðna hluti fyrst
- 28. júní: Fundur um bæði SSP og Enska boltann
- 4. júlí: Síminn sendir Vodafone nánari skýringar varðandi SSP
- 8. júlí: Vodafone sendir Símanum samningsdrög varðandi dreifingu á SSP og Enska boltann
- 9. júlí: Síminn sendir Vodafone punkta varðandi samningsdrögin
- 11. júlí: Fundur á milli félaganna – Tæknimenn
- 12. júlí: Vodafone sendir Símanum tölvupóst með upplýsingum um aðlögunarvinnu
- 12. júlí – 7. ágúst: Félögin einbeita sér að því að ná samningum um Enska boltann og ekkert fjallað um SSP á meðan
- 7. ágúst: Samningur um gagnkvæma heildsölu og endursölu á áskriftarsjónvarpi Símans og Vodafone (þ.m.t. Enski boltinn) – Bráðabirgðasamkomulag sem gilda á til 1. nóvember nk.
- 26. ágúst: Vodafone sendir Símanum uppfærð samningsdrög vegna SSP
- 29. ágúst: Vodafone sendir sömu samningsdrög til viðeigandi forstöðumanns hjá Símanum
- 4. október: Síminn óskar eftir því að félögin gangi frá samningi um dreifingu á SSP, á grundvelli tilboðs Vodafone frá því í ágúst
- 9. október: Fundur milli félaganna um dreifingu Vodafone á SSP – Fundur árangurslaus og honum slitið – Vodafone vill ekki dreifa SSP og Enska boltanum í vöndli sem að frummati SE brýtur gegn sáttum Símasamstæðunnar og SE og 11. gr. samkeppnislaga.

(534) Í þessu sambandi lagði PFS eftirfarandi fyrirspurnir og/eða spurningar fyrir Símann í þessu sambandi:

1. Lýsið hlið Símans varðandi ofangreindar samningaumleitanið við Vodafone um SSP frá því í maí sl. – Fangar ofangreind tímálina helstu áfanga í þeim viðræðum og inntak þeirra?
2. Nú hafa þessar samningaumleitanið staðið í 5 mánuði án árangurs. Hvað veldur að mati Símans? Telji Síminn að sökin sé hjá Vodafone, rökstyðjið þá afstöðu með vísan til gagna.
3. Er það rétt skilið að þann 4. október sl. hafi Síminn breytt nálgun sinni, miðað við samningsdrögin frá því í ágúst sl., þannig að samningurinn skuli ná til SSP og Enska boltans í vöndli, sem fer gegn frummati SE frá því í sumar? Með öðrum orðum, er það nú krafa Símans að samningsdrög sem áður gerðu aðeins ráð fyrir dreifingu á VoD þjónustu (ólínulegri þjónustu) feli nú einnig í sér línulega þjónustu (Enski boltinn í beinni útsendingu)?
4. Ef svo er, hvernig samrýmist slík krafa anda ofangreinds samnings frá 7. ágúst um gagnkvæma heildsölu og endursölu félaganna, meðal annars m.t.t. þess að þar er auk „retail minus“ kveðið á um „minimum guarantee“?
5. Nú er ofangreindur samningur til bráðabirgða og rennur út þann 1. nóvember (eftir 9 daga). Það virðist sem slitnað hafi upp úr viðræðum aðila. Hvernig sér Síminn fyrir sér að aðstaðan verði eftir það tímamark varðandi Enska boltann?

6. Lýsið mögulegum samningaumleitunum við Nova um dreifingu og heildsölusamning um SSP á þessum tímabili
7. Lýsið mögulegum samningaumleitunum við Hringdu sem ætti að gera því fyrirtæki kleift að bjóða sínum viðskiptavinum upp á SSP

(535) Símanum var veittur svarfrestur til 29. október 2019.

2.59. Tímalína Nova – 23. október 2019

(536) PFS fékk tímalínu Nova senda þann 23. október 2019 þar sem félagið útlístaði helstu tímapakta ferlisins frá því sumarið 2018.

2.60. Tölvupóstur Símans til PFS – 25. október 2019

(537) PFS barst tölvupóstur frá Símanum dags. 25. október 2019 þar sem kom fram að það kæmi Símanum nokkuð á óvart ef PFS væri nærri tilbúið með ákvörðun í málinu án þess að Síminn hefði fengið að koma að sjónarmiðum um gang samningaviðræðna sem væri mikilvægt atriði í málinu, sér í lagi ef byggt væri á lýsingu Vodafone á málavöxtum.

(538) Áréttað var einnig að Síminn teldi rétt að bíða með ákvörðun þar til dómstólar hefðu leyst úr máli sem varðaði ógildingu ákvörðunar PFS nr. 10/2018.

(539) Þá tók Síminn fram að Vodafone hefði synjað Símanum um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium yfir sitt kerfi en ekki öfugt. Ljóst væri að þar væri heildsala Vodafone að verja smásölu Vodafone og rétt að PFS skoðaði þann þátt sérstaklega. Það hlyti að vera umhugsunarefni fyrir PFS að samningaviðræður Símans við Nova og Hringdu gengju nokkuð snurðulaust fyrir sig á meðan erfitt reyndist að ná samningi við Vodafone.

(540) Þá óskaði Síminn eftir gagnalista málsins, aðgangi að tímalínu Vodafone og eins öðrum gögnum málsins ef einhver önnur gögn hefðu ekki borist Símanum.

(541) Þá óskaði Síminn eftir að PFS skýrði betur orðalag spurningar nr. 4 í tölvupósti PFS frá 23. október, um „anda samnings“ og hvort PFS teldi anda samnings vera annan en þann texta sem í honum birtist.

(542) Þá var óskað eftir fresti til svara til föstudagsins 8. nóvember sem var svo framlengdur til mánudagsins 11. nóvember 2019.

2.61. Tölvupóstur PFS til Símans – 25. október 2019

(543) PFS svaraði tölvupósti Símans sama dag þar sem kom fram að PFS væri að gefa Símanum kost á því að koma sjónarmiðum sínum um samskipti Símans við Vodafone í tengslum við samningaviðræður um dreifingu á Sjónvarpi Símans á framfæri við PFS.

(544) Jafnframt tiltók stofnunin að henni væri kunnugt um að Vodafone hefði snjald um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium yfir kefi Vodafone en ekki öfugt.

Ástæðan sem Vodafone gefði upp væri sú að með því að dreifa Sjónvarpi Símans Premium með Ensa boltanum inniföldum væri félagið að taka þátt í mögulegu samkeppnisbroti Símans, sbr. frummat Samkeppniseftirlitsins frá því í sumar.

(545) Gögnin væru metin efnislega hvert um sig og mynduðu ákveðna tímalínu og heildarmynd af samskiptum sem PFS væri að reyna að átta sig á.

(546) Varðandi spurningu nr. 4 um anda samningsins var tiltekið að sú spurning tengdist spurningu nr. 3. Í spurningu 3 var spurt hvort Síminn hefði þann 4. október breytt nálgun sinni í samningaviðræðum við Vodafone varðandi dreifingu á SSP, þannig að samningurinn skyldi ná til SSP í vöndli með Enska boltanum. Ef svo væri, þá væri í spurningu nr. 4 spurt hvernig slík krafa samræmdu anda heildsölusamningsins frá 7. ágúst sl., þar sem m.a. er byggt á „minimum guarantee“ við ákvörðun heildsöluverðs fyrir Síminn Sport, auk „retail minus“. Það mætti orða þessa spurninguna þannig að spurt væri hvernig hin breytta nálgun samrýmdu texta og markmiðum umrædds heildsölusamnings. Samkvæmt þeim samningi þyrfti Vodafone að selja tiltekinn fjölda af áskriftum að Enska boltanum til að ná umræddu lágmarksmagni. PFS hefði ekki upplýsingar um hvort Vodafone hefði náð þessum fjölda. Ef svo væri ekki væri PFS að velja því fyrir sér hvort dreifingarsamningur sem innihéldi Síminn Sport með SSP gæti gert Vodafone erfitt fyrir að selja stakar áskriftir að Síminn Sport. Samkvæmt samningnum þarf Vodafone að greiða Símanum [...] ³² fyrir hverja áskrift að Síminn Sport á meðan SSP, með Síminn Sport innifalið, kostaði 6.000 kr.

(547) Að endingu samþykkti stofnunin að veita Símanum aðgang að tímalínum Vodafone og Nova og tiltók að gagnalisti yrði útbúin. Gagnalistinn var sendur Símanum með tölvupósti, dags. 28. október 2019.

2.62. Tölvupóstur PFS til Mílu – 7. nóvember 2019

(548) Við yfirferð gagna og gagnalista málsins varð PFS þess áskynja að láðst hefði að senda Mílu þrjú gögn málsins. Bréf Símans dags. 15. ágúst 2019 og svör GR og Vodafone við bréfi Símans, bæði dags. 29. ágúst 2019 af því tilefni sendi stofnunin Mílu gögnin með tölvupósti, dags. 7. nóvember 2019.

(549) Teldi Míla mikilvægt að tjá sig um þessi gögn veitti PFS félaginu stuttan frest til þess eða til miðvikudagsins 13. nóvember 2019.

2.63. Tölvupóstur Símans til PFS – 7. nóvember 2019

(550) Síminn sendi PFS tölvupósta, dags. 7. nóvember 2019, þar sem fram kom að Síminn hefði ekki undir höndum 3 gögn af gagnalistanum sem Síminn fékk í hendur frá PFS þann 28. október.

(551) Jafnframt spurði Síminn frekar út í spurningu nr. 4 og frekari útskýringar PFS um anda samningsins og hvaðan PFS hefði þær upplýsingar að Síminn hefði

³² Fellt brott vegna trúnaðar.

breytt nálgun sinni á samningnum þann 4. október. Jafnframt óskaði Síminn eftir því að PFS útskýrði hver nálgunin hefði verið fyrir 4. október og hver hún var eftir 4. október.

2.64. Tölvupóstur PFS til Símans – 7. nóvember 2019

(552) PFS áframsendi þau gögn sem Síminn hafði ekki undir höndum með tölvupósti, dags. 7. nóvember 2019.

(553) Þá kom fram í tölvupósti PFS að PFS hefði spurt Símann hvort hann hefði breytt nálgun sinni í viðræðum við Vodafone 4. október um dreifingu og/eða heildsölusamning vegna Sjónvarps Símans Premium. Þessi spurning var borin upp því Vodafone hefði haldið þessu fram á fundi PFS og Vodafone 21. október 2019, þ.e.a.s. að í viðræðum félaganna fram eftir sumri 2019 hefði Enski boltinn ekki verið vöndlaður inn í Sjónvarp Símans Premium en þegar viðræður hófust af alvöru í byrjun október hefði það verið krafa Símans að Enski boltinn yrði vöndlaður við Sjónvarp Símans Premium á kerfum Vodafone. PFS væri í raun að kalla eftir lýsingu Símans á framangreindum samningaviðræðum við Vodafone, þ.m.t. afstöðu til þessarar fullyrðingar Vodafone sem kom fram munnlega á umræddum fundi.

2.65. Svarbréf Símans – 12. nóvember 2019

(554) Svarbréf Símans barst með bréfi, dags. 12. nóvember 2019.

(555) Í bréfinu gerði Síminn m.a. athugasemdir við málsmeðferð PFS og að eins og málið horfði við félaginu liti út fyrir að PFS hefði verið með tilbúna ákvörðun í málinu þegar tölvupóstur stofnunarinnar var sendur þann 23. október, án þess að fullnægjandi rannsókn hefði farið fram og án þess að Síminn hefði fengið að njóta andmælaréttar. Liti Síminn þetta alvarlegum augum enda hefði það verið ein meginforsenda fyrir meintu broti Símans í ákvörðun PFS nr. 10/2018 að Síminn hefði ekki sýnt nægilegan samningsvilja gagnvart Vodafone.

(556) Síminn teldi sig hafa lagt sig fram um að ná samningum við önnur fjarskiptafyrirtæki um dreifingu á Síminn Sport og Sjónvarpi Símans Premium. Þar sem Símanum virtist á hann halla væri nauðsynlegt fyrir hann að gera grein fyrir samskiptum félagsins við Sýn og Nova og í framhaldinu leitast við að svara spurningum PFS.

2.65.1. Almennt um samskipti við Sýn

(557) [...]

(558) ...

(559) ...

(560) ...

2.65.2. *Viðræður við Sýn um heildsölu á myndefni*

(561) ...

(562) ...

(563) ...]³³

2.65.3. *Viðræður við Nova*

(564) [...

(565) ...

(566) ...]³⁴

2.65.4. *Um frummat Samkeppnsieftirlitsins*

(567) Vodafone hélt því fram að það væri í andstöðu við sáttir sem Síminn hefði gert við Samkeppnisieftirlitið og samkeppnislög að selja útsendingar frá Ensku úrvalsdeildinni og annað myndefni saman í einni þjónustu undir Sjónum Símans Premium. Að mati Símans væri þetta augljós fyrirsláttur og aðeins í þeim tilgangi að halda Símanum frá því að selja þjónstu sína til viðskiptavina Vodafone á dreifikerfi Vodafone og samhliða vernda hagsmuni smásölu Vodafone.

2.65.5. *Spurningar PFS*

2.65.5.1 *Lýsið hlið Símans varðandi samningsumleitanir við Vodafone um Sjónum Símans Premium frá því í maí 2019? Fangaði tímalína Vodafone helstu áfanga í þeim viðræðum og inntak þeirra?*

(568) [...

(569) ...]³⁵

2.65.5.2 *Samningaumleitanir staðið í 5 mánuði án árangurs, að mati Símans hvað veldur því? Telji Síminn að sökin sé hjá Vodafone, rökstyðjið þá afstöðu með vísan til gagna.*

(570) [...

(571) ...]³⁶

³³ Felld brott vegna trúnaðar.

³⁴ Felld brott vegna trúnaðar.

³⁵ Felld brott vegna trúnaðar.

³⁶ Felld brott vegna trúnaðar.

2.65.5.3 *Er það rétt skilið að þann 4. október sl. hafi Síminn breytt nálgun sinni, miðað við samningsdrögin frá því í ágúst, þannig að samningurinn skuli ná til Sjónvarps Símans Premium og Enska boltans í vöndli, sem fer gegn frummati Samkeppniseftirlitsins frá því í sumar? M.ö.o. er það nú krafa Símans að samningsdrög sem áður gerðu aðeins ráð fyrir dreifingu á VoD þjónustu (ólínulegri þjónustu) feli nú einnig í sér línulega þjónustu (Enski boltinn í beinni útsendingu)?*

(572) [...

(573) ...

(574) ...

(575) ...

(576) ...]³⁷

2.65.5.4 *Ef svo er, hvernig samrýmist slík krafa anda ofangreinds samnings frá 7. ágúst [...]³⁸?*

(577) [...

(578) ...]³⁹

2.65.5.5 *Lýsing á mögulegum samningsumleitunum við Nova um dreifingu og heildsölusamning um Sjónvarp Símans Premium á þessu tímabili.*

(579) [...

(580) ...]⁴⁰

2.65.5.6 *Lýsing á mögulegum samningsumleitunum við Hringdu sem ætti að gera því fyrirtæki kleift að bjóða viðskiptavinum upp á Sjónvarp Símans Premium.*

(581) [...

(582) ...

(583) ...]⁴¹

³⁷ Felld brott vegna trúnaðar.

³⁸ Felld brott vegna trúnaðar.

³⁹ Felld brott vegna trúnaðar.

⁴⁰ Felld brott vegna trúnaðar.

⁴¹ Felld brott vegna trúnaðar.

(584) Að lokum voru fyrri kröfur og rökstuðningur Símans ítrekaður. Jafnframt óskaði Síminn eftir fundi með PFS til að lýsa sinni hlið á samningaviðræðum og var sá fundur haldinn í húsakynnum PFS þann 18. nóvember 2019.

2.66. Svarbréf Nova – 19. nóvember 2019

(585) Svarbréf Nova barst með bréfi, dags. 19. nóvember 2019 þar sem m.a. kom fram að Nova teldi að málið væri að fullu rannsakað og upplýst fyrir allöngu síðan hvað varðaði meginefni þess en athugasemdir Símans gæfu Nova tilefni til þess að taka eftirfarandi fram:

(586) [...

(587) ...

(588) ...

(589) ...

(590) ...]⁴²

(591) Að öðru leyti væru fyrri sjónarmið Nova sem sett hefðu verið fram undir rekstri málsins áréttuð.

2.67. Tölvupóstur PFS til Símans – 20. nóvember 2019

(592) PFS sendi Símanum tölvupóst þar sem meðfylgjandi var svarbréf Nova, dags. 19. nóvember 2019, auk þess sem Síminn var upplýstur um að GR og Vodafone hefðu kosið að tjá sig ekki um síðustu athugasemdir Símans til að tefja málið ekki frekar.

(593) Að auki tók PFS fram að stofnunin myndi vísa til upplýsinga um fjölda áskrifenda í „óháð neti“ lausn Símans í samræmi við þann fjölda áskrifenda sem fram hefði komið á fundi PFS með Símanum þann 18. nóvember 2019 nema aðrar upplýsingar bærust fyrir dagslok.

(594) Þá kom fram að PFS teldi að málið væri nú fullrannsakað og hyggðist ekki gefa kost á frekari andmælum og myndi taka málið til úrlausnar.

2.68. Lokaathugasemdir Símans – 20. nóvember 2019

(595) Síminn sendi tvo tölvupósta þann 20. nóvember 2019 þar sem meðal annars kom fram að heildarfjöldi viðskiptavina með „óháð neti“ myndlykil frá Símanum væru [...] ⁴³ og að það væri markmið Símans að fjölga þeim í [...] ⁴⁴ miðað við árslok 2020.

⁴² Fellt brott vegna trúnaðar.

⁴³ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁴⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

(594) [...] ⁴⁵

(595) Síminn taldi jafnframt að fundargerðin staðfesti samningsvilja gagnvart öllum þeim aðilum sem leitað hafa til Símans um aðgang að efni félagsins.

3. *Lagaumhverfi*

3.1. **Almennt um fjölmiðlalög**

(596) 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. Enn fremur 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 viðtækustu merkingu.

(597) Í VIII. kafla almennra athugasemda með frumvarpinu er fjallað nánar um markmið frumvarpsins, helstu efnisatriði, breytingar og nýmæli. Fram kemur að fjölpættar ástæður liggi því að baki að lagt sé 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).

(598) Í 2. gr. er fjallað um skilgreiningar hugtaka, þ.m.t. myndmiðlun, sjónvarpsútsending og myndmiðlun eftir pöntun. Hugtakið *myndmiðlun* er skilgreint svo í 29. tölul. 2. gr.:

„Þjónusta sem fjölmiðlaveita býður og er annars vegar sjónvarpsútsending og hins vegar myndmiðlun eftir pöntun.“

(599) Hugtakið *sjónvarpsútsending* (línuleg myndmiðlun) er skilgreint svo í 37. tölul. umræddrar 2. gr.:

„Hvers konar miðlun myndefnis án tillits til þess viðtækis sem er notað til móttöku útsendingarinnar þar sem fjölmiðlaveita býður fram samtímis áhorf á dagskrárliði á grundvelli dagskráráætlunar.“

(600) Hugtakið myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) er svo skilgreint á eftirfarandi hátt í 30. tölul. umræddrar 2. gr. laganna:

⁴⁵ Fellt brott vegna trúnaðar.

„Þjónusta sem fjölmiðlaveita býður, án tillits til þess viðtækis sem er notað til móttöku efnisins og án tillits til þess hvort greiða þarf fyrir efnið þannig að notandi getur horft á dagskrárliði í heild eða að hluta þegar hann svo kys og að sérstakri beiðni hans á grundvelli efnisskrár fjölmiðlaveitu.“

(601) Í greinargerð við síðastgreinda 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.

(602) Í 16. tölul. 2. gr. er hugtakið „flutningur“ skilgreint, en þar segir að flutningur samkvæmt reglum um flutningsrétt og flutningsskyldu taki til flutnings og dreifingar á myndefni frá tengipunkti sjónvarpsstöðvar til aðgangskassa notenda.

(603) Í 17. tölul. 2. gr. kemur fram að hugtakið „flutningsreglur“ séu reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu.

(604) Í 18. tölul. er hugtakið „flutningsréttur“ talið fela í sér að fjölmiðlaveitu sé skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjarskiptafyrirtækis um dreifingu á efni.

(605) Í 19. tölul. er hugtakið „flutningsskylda“ talið fela í sér að fjarskiptafyrirtækjum sé skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um dreifingu efnis.

(606) Í 10. tölul. 2. gr. er hugtakið „fjarskiptafyrirtæki“ skilgreint sem einstaklingur eða lögaðili sem tilkynnt hefur PFS um fyrirhugaðan rekstur fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanets. Um er að ræða sömu skilgreiningu og fram kemur í 11. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga.

(607) Í 15. tölul. 2. gr. er hugtakið „fjölmiðlaveita“ skilgreint sem einstaklingur eða lögaðili sem starfrækir fjölmiðil.

(608) Í 13. tölul. er hugtakið „fjölmiðill“ svo skilgreint sem hvers konar miðill sem með reglubundnum hætti miðlar til almennings efni er lýtur ritstjórn. Í dæmaskyni er síðan nefnt að til fjölmiðla teljist m.a. dagblöð og tímarit, ásamt fylgiritum þeirra, netmiðlar, hljóð- og myndmiðlar og aðrir sambærilegir miðlar.

(609) Í 35. tölul. er hugtakið „ritstjórn“ talið fela í sér stjórn á vali og skipan þess efnis sem miðlað er.

(610) Í 3. gr. fjölmiðlalaga er síðan fjallað um gildissvið laganna. Þar kemur fram að þau gilda um allt hljóð- og myndefni í læstri eða ólæstri dagskrá, línulegri dagskrá eða eftir pöntun.

(611) Með fjölmiðlalögum var sett á fót sjálfstæð stjórnsýslunefnd, fjölmiðlanefnd, sem annast eftirlit og daglega stjórnsýslu þess sem fellur innan gildissviðs

laganna. Aftur á móti er PFS í ákveðnum tilvikum ætlað sérstakt stjórnsýsluhlutverk á grundvelli laganna, sbr. umræddan VII. kafla laganna.

3.2. Almenn um ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga

(612) Í fjölmiðlalögunum 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.

(613) 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 réttthafa 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 myndskeiðum af viðburðum sem vekja mikinn áhuga meðal almennings. Tvær síðastgreindu málsgreinarnar bættust við 45. gr. fjölmiðlalaga með 12. gr. laga nr. 54/2013.

(614) 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 myndskeiðin 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 staðsett í umræddri 45. gr. fjölmiðlalaga.

(615) Í greinargerð með VII. kafla fjölmiðlalaga kemur fram að lagt sé til að lögfest 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.

(616) 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).

(617) 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 fyrr en eftir að samkeppnisyfirköld 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.“

(618) 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 tilteknar aðstæður og legðu þar að auki aðeins flutningsskyldu á

aðra fyrirtækjasamstæðuna. Því væri talin þörf á því að lögfesta reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu.

(619) 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.“

(620) 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.

(621) 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.

3.3. Ákvæði um flutningsskyldu, flutningsrétt og bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki

(622) 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. alþjónustutillskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/22/EB.

(623) 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.

(624) 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.

(625) 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, en eins og fyrr greinir ná þau ákvæði aðeins til sjónvarpsútsendinga (línulegrar myndmiðlunar) en ekki myndmiðlunar eftir pöntun (ólínulegrar myndmiðlunar).

(626) Samkvæmt almennum athugasemdum frumvarpsins er flutningsréttar-ákvæðinu 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.

(627) 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. 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 hættu 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.“

(628) 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.

3.4. Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds

(629) 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. ...“

(630) 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.“

(631) 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 sínum 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.

(632) 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.“

(633) 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.

(634) Eins og fyrr greinir ná ákvæði 46. og 47. gr. aðeins til sjónvarpsútsendinga (línulegrar myndmiðlunar) en ekki myndmiðlunar eftir pöntun (ólínulegrar myndmiðlunar).

3.5. Viðurlagaákvæði

(635) Í 54. gr. fjölmiðlalaga er kveðið á um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og PFS leggja á aðila sem brjóta gegn nánar tilteknum ákvæðum fjölmiðlalaga. Í greinargerð með frumvarpsgreininni kom fram að í umræddri lagagrein væri að finna ákvæði um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og í ákveðnum tilvikum PFS væri ætlað að leggja á vegna tiltekinna brota á ákvæðum laganna. Heimild þessi næði þó aðeins til lögaðila, en um ábyrgð einstaklinga færi samkvæmt 56. gr. laganna. Brot þessi þættu almennt séð vera þess eðlis að ekki væri ástæða til að þau sættu sakamálameðferð. Þá þættu sektarúrræði skjótvirkari og líklegri til skilvirkrar beitingar.

(636) Þá kom fram að 56. gr. laganna fjallaði um refsingar vegna brota á ákvæðum laganna. Þar væru talin upp mörg sömu brot og samkvæmt ákvæði 54. gr. yrði brugðist við með stjórnvaldssektum. Með ákvæði 57. gr. laganna væri brugðist við þessu og samræmis gætt á þann hátt að fjölmiðlanefnd og eftir atvikum PFS væri falið að meta hvort meint brot á lögnum skyldi kært til lögreglu. Meiri háttar brot væri skylt að kæra, en almennt yrði á hinn bóginn að gera ráð fyrir að minni háttar brot yrðu ekki kærð, enda mætti færa fyrir því rök að stjórnvaldssektir væru í flestum tilvikum líklegri til að ná fram markmiðum laganna en hefðbundin refsing.

(637) Í 3. mgr. 54. gr. kemur fram að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna. Í frumvarpsathugasemdam með umræddri 3. mgr. kemur fram að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn umræddum 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um *flutningsrétt*.

(638) Í 4. mgr. 54. gr. segir að sektir geti numið allt að 10 millj. kr. og að við ákvörðun sektar skuli tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það ætti við. Í frumvarpsathugasemdam með umræddri 4. mgr. kemur fram að nauðsynlegt væri að setja í lögina þak á fjárhæð þeirra sekta sem viðkomandi stjórnvaldi væri heimilt að leggja á, en því væri á hinn bóginn ætlað umtalsvert

svigrúm til sektarákvarðana innan þeirra marka. Þá skyldi við ákvörðun sektar m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitanda af broti þegar slíkt ætti við.

(639) Í 5. mgr. 54. gr. segir að falla megi frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á beitinga sekta. Í slíku tilviki er fjölmiðlanefnd heimilt að ljúka málsmeðferð með útgáfu álits sem birt er á heimasíðu stofnunarinnar. Í frumvarpsathugasemdom kemur fram að einkum væri gert ráð fyrir að þessari heimild yrði beitt þegar um afar smávægileg brot væri að ræða eða af öðrum sambærilegum ástæðum ekki væri talin ástæða til að beita stjórnvaldssekt.

(640) 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.

(641) Brot á öðrum ákvæðum VII. kafla fjölmiðlalaga sæta ekki stjórnvaldssektum né refsingum, þ.m.t. ákvæðin um flutningsskyldu, sbr. 1. mgr. 44. gr., og flutningsrétt, sbr. 1. mgr. 45. gr. laganna.

(642) Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. laganna kemur fram að brot gegn umræddum ákvæðum sæti aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kæru PFS. Í frumvarpsgreinargerð með ofangreindri 57. gr. kemur fram að með greininni væri lagt til ákveðið verklag þegar brot gæti varðað jafnt stjórnvaldssekt og refsingu. Fyrirmynd af þessu verklagi væri að finna í nýlegum breytingum á samkeppnislögum og væri í samræmi við það markmið að samhæfa hið almenna viðurlagakerfi og viðurlagakerfi eftirlitsstofnana í þeim tilvikum þar sem refsing og stjórnsýsluviðurlög væru lögbundin sem viðurlög við broti, þannig að ekki kæmi til þess að mál sama aðila yrði rannsakað á sama tíma hjá eftirlitsstjórnvaldi og lögreglu.

(643) Í 2. mgr. 57. gr. 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.

(644) Í ofangreindum frumvarpsathugasemdom kom fram, í tengslum við 2. mgr. 57. gr., að þar væri kveðið á um hvernig skyldi fara með brot sem bæði gætu varðað refsíabyrgð fyrir einstakling og lögaðila. Í þeim tilvikum væri lagt til að stofnanirnar mætu m.t.t. grófleika brots og réttarvörslusjónarmiða hvort máli yrði vísað til lögreglu að hluta eða í heild. Þannig væri gert ráð fyrir því að unnt væri að kæra til lögreglu ýmist þann hluta málsins sem varðaði refsíabyrgð einstaklings eða lögaðila eða eftir atvikum málið í heild. Rétt þætti að það kæmi í hlut viðkomandi stjórnvalds að meta hvort ljúka bæri máli í heild eða að hluta með stjórnsýsluviðurlögum eða

kæra það til lögreglu sem myndi rannsaka þau mál og eftir atvikum gefa út ákæru vegna þeirra.

(645) Í 3. mgr. kemur fram að ákvæði IV. – VII. kafla stjórnssýslulaga skuli ekki gilda um ákvörðun um að kæra mál til lögreglu. Þess má geta að í IV. kafla stjórnssýslulaga er m.a. fjallað um andmælarétt, í V. kafla er m.a. fjallað um rökstuðning ákvörðunar og í VII. kafla er m.a. fjallað um kæruehimild. Hins vegar gilda önnur ákvæði stjórnssýslulaga við töku slíkrar ákvörðunar, þ.m.t. rannsóknarregla, jafnræðisregla og meðalhófsregla.

(646) Í 4. mgr. kemur svo fram að telji ákærandi að ekki séu efni til málshöfðunar vegna ætlaðrar refsiverðrar háttsemi sem jafnframt varðar stjórnssýsluviðurlögum getur hann sent eða endursent mál sem varðar umrædd brot til PFS til meðferðar og ákvörðunar.

4. Úrlausnir PFS, úrskurðarnefndar og dómstóla í tengslum við mál þetta

4.1. Ákvörðun PFS nr. 19/2012 – Ágreiningur Vodafone og RÚV

(647) Í ákvörðun PFS nr. 19/2012, dags. 31. maí 2012, kom fram að PFS hefði borist beiðni frá Vodafone um að kostnaðargreina flutning félagsins á dagskrárefni RÚV á fjarskiptaneti sínu, sbr. 47. gr. fjölmiðlalaga, og ákvarða endurgjald fyrir flutninginn. RÚV taldi sér ekki skylt að greiða fyrir flutninginn þar sem félagið hafði ekki óskað eftir honum.

(648) Í ákvörðuninni komst PFS að þeirri niðurstöðu 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. Um væri að ræða íþyngjandi ákvæði enda fælu þau í sér rétt aðila til aðgangs að eignum gagnaðila sem telja yrði að nytu verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrárinnar.

(649) Þá komst PFS að þeirri niðurstöðu að krafa 46. gr. fjölmiðlalaga um jafnræði við gerð og framkvæmd samninga fyrir flutning sjónvarpsútsendinga, skv. flutningsskyldu- og flutningsréttarákvæðum laganna, yrði ekki túlkuð með þeim hætti að hún ryddi úr vegi skýrri kröfu framangreindra ákvæða um að beiðni um flutning yrði að koma fram af hálfu greiðsluskylds aðila. Þá segir:

„Í gögnum Vodafone er því haldið fram að ekki ríki ágreiningur um flutning efni RÚV á dreifikerfi félagsins og að flutningurinn sé ekki einvörðungu vegna óska félagsins. Af þessu má ráða að Vodafone telji að hagsmunir felist í því fyrir félagið að flytja dagskrá RÚV á fjarskiptaneti þess. Líkt og áður segir er eitt markmiða flutningsréttar að auka valfrelsi notenda með þeim hætti að val þeirra á efni bindi þá ekki við ákveðna dreifileið og að fjölmiðlaveita geti ekki takmarkað aðgang að efninu við ákveðna dreifileið,

þ.e. í gegnum sitt eigið dreifikerfi eða dreifikerfi tengdra aðila. 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. Ákvæðið er sett vegna hagsmuna notenda og fjarskiptafyrirtækja, sem hafa yfir að ráða stafrænu fjarskiptaneti, að leiðarljósi, þ.e. til að auka valfrelsi notenda og auka samkeppnishæfni fjarskiptafyrirtækjanna með því að veita þeim aðgang að eftirsóknarverðu efni. Kemur fram í bréfum RÚV í máli þessu að það sé vilji félagsins að landsmenn hafi sem mestan aðgang að efni þess og sökum þess hafi félagið ekki krafist endurgjalds fyrir aðgang fjarskiptafyrirtækja að efni þess. Er það í anda framangreindra markmiða ákvæðisins um aukid valfrelsi notenda og í samræmi við þau samkeppnissjónarmið sem ákvæðið byggir á.“

4.2. Ákvörðun PFS nr. 30/2015 – Ágreiningur Vodafone og Símans um línulega og ólínulega myndmiðlun - Frávísun

(650) Með ákvörðun PFS nr. 30/2015, dags. 18. desember 2015, hafnaði PFS þeirri kröfu Símans að stofnunin skæri úr því hvort þjónustuþættir þeir hjá Vodafone sem kölluðust Tímavél og Frelsi teldust til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar samkvæmt flutningsreglum VII. kafla fjölmiðlalaga og vísaði málinu frá. PFS taldi sig 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 gildi til 1. maí 2016.

(651) Þá kom fram:

„Þá ber að horfa til þeirra sjónarmiða sem Vodafone hefur vísað til varðandi fordæmisgildi ákvörðunar PFS nr. 19/2012 þar sem m.a. kom fram að við túlkun á flutningsskyldu- og flutningsréttarákvæða fjölmiðlalaga bæri að beita þröngri túlkun. Niðurstaða þess máls réðst af því að engin formleg beiðni um flutning á sjónvarpsdagskrá hafði komið fram af hálfu þess aðila sem krafan í málinu beindist að. PFS telur það sama eiga við þegar um er að ræða aðkomu stjórnvaldsins varðandi framkvæmd á flutningsréttarákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga eins og háttar til í þessu máli.“

(652) Enn fremur kom fram að ljóst væri að nú styttist í lok umrædds samningstíma og að líklegt væri að aðilar málsins þyrftu að hefja samningaviðræður um hvað tæki við er umræddur samningur liði undir lok. Tækist ekki samkomulag um það á milli aðila gætu þeir beint því ágreiningsmáli til PFS til úrlausnar, á grundvelli umræddra flutningsréttarreglna VII. kafla fjölmiðlalaga.

(653) Að lokum kom fram að leyst yrði úr kröfu Vodafone frá 2. desember 2015, þess efnis að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að fjarskiptahluta félagsins, í sérstöku máli.

4.3. Ákvörðun PFS nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(654) Með ákvörðun PFS nr. 3/2016, dags. 11. apríl 2016, komst PFS að þeirri niðurstöðu að bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar. Þá var kröfu Símans, um að PFS vísaði frá kvörtun Vodafone um meint brot Símans á umræddu ákvæði, hafnað. Enn fremur kom fram að PFS myndi taka málið til frekari skoðunar og leggja í framhaldinu mat á það hvort Síminn hefði með háttsemi sinni brotið gegn umræddu ákvæði.

(655) Í máli Símans kom m.a. fram að PFS bæri að vísa umræddri kvörtun Vodafone frá, þar sem stofnunina 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.

(656) Varðandi frávísunarkröfu Símans kom m.a. fram í niðurstöðu PFS:

„Í fjölmiðlalögunum 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 fjarskiptanet 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.“

(657) 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.

(658) 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.“

(659) Þá kom fram að PFS teldi ekki ágreining um það í málinu að 1. mgr. 44. gr. og 1. mgr. 45. gr., er fjölluðu um flutningsskyldu og flutningsrétt, ættu við um rétt og skyldu til flutnings sjónvarpsútsendinga. Vodafone hefði tekið undir þetta með

því að segja að ákvæðin tækju fyrst og fremst til flutnings sjónvarpsútsendinga. Það sama mætti segja um ákvæði 46. og 47. gr. laganna sem fjölluðu um málsmeðferð og ákvörðun endurgjalds í tengslum við flutningsskyldu og flutningsrétt.

(660) Það mál sem hér væri til meðferðar varðaði hins vegar ekki túlkun á umræddum ákvæðum um flutningsskyldu eða flutningsrétt. Málið varðaði kvörtun Vodafone þess efnis að Síminn hefði brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. PFS teldi sig hafa fullar valdheimildir til að túlka umrætt ákvæði, þ.e. bæði gildissvið þess og svo hvort háttsemi Símans kunni að fara gegn ákvæðinu.

(661) Þá kom fram í máli PFS:

„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 stöð 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.

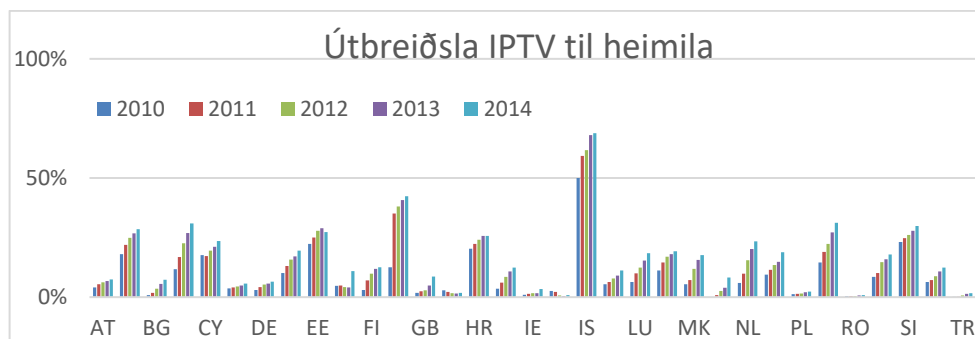
Tilvísun Símans til ákvörðunar PFS nr. 30/2015, þar sem PFS vísaði frá ágreiningsmáli Símans og Vodafone um það hvort þjónustuþættirnir Frelsi og Tímaflakk heyrðu undir 1. mgr. 45. gr. um flutningsrétt, á ekki við hér. Það mál varðaði ekki túlkun á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. PFS taldi að 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 heyri 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.“

(662) Þá hafnaði PFS því alfarið að Vodafone hefði ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Um væri að ræða samkeppnisaðila á fjarskiptamarkaði. Teldi fjarskiptafyrirtæki að Síminn væri að misnota lóðrétt eignarhald innan Símasamstæðunnar, með því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að fjarskiptafyrirtækinu Símanum, teldi PFS einsýnt að Vodafone hefði lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Því bæri ekki að vísa málinu frá á þeim grundvelli.

(663) Að öllu ofangreindu virtu taldi PFS engin efni til að vísa kvörtun Vodafone frá og kvaðst stofnunin því muna taka ákvörðun um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í ákvörðun þessari.

(664) Í umræddri ákvörðun gat enn fremur að líta neðangreinda umfjöllun aðdraganda setningu fjölmiðlalaga og stöðu IPTV sjónvarpsdreifikerfa á Íslandi. Þar kom m.a. fram:

„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 þekkt 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 vöruflettna (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 þjónustubætti 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. Því áhugaverðara sem efnið verður því skaðlegri áhrif myndu hljóttast 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.“

(665) Varðandi gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga kom fram að PFS væri sammála sjónarmiðum fjölmiðlanefndar varðandi skýringu á ákvæðinu og taldi það eiga við um ólínulega myndmiðlun, auk sjónvarpsútsendinga. PFS taldi orðalag ákvæðisins skýrt en þar segði að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þau „viðskipti“ fjölmiðlaveitu sem þarna væri rætt um væru samkvæmt ákvæðinu ekki takmörkuð við sjónvarpsútsendingar, eins og raunin væri 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 taldi því að beita bæri almennri lögskýringu við skýringu á umræddu ákvæði enda væri það eins og fyrr greindi orðað með skýrum hætti og væri augljóslega um víðtækt bannákvæði að ræða. Engin lögskýringarsjónarmið stæðu því til þess að beita þrengjandi lögskýringu í þessu tilviki eins og Síminn hefði krafist.

(666) Þá kom fram í máli PFS að þessi skýringarkostur fengi einnig stuðning í lögskýringargögnum málsins og þá fyrst og fremst skýringum með greinargerð við umræddan kafla fjölmiðlalaganna. Samkvæmt greinargerðinni væri ákvæðinu 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. Enn fremur að markmiðið með flutningsreglunum væri að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi reynslunnar væri 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 kæmi fram í almennum athugasemdum í greinargerðinni að flutningsréttarákvæðinu væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði *hljóð- og myndmiðlunarefni* og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki.

(667) Þá kom fram niðurstöðu PFS:

„Að ofangreindu virtu er ljóst að ákvæði 5. mgr. 45. gr. hefur að geyma sjálfstæða bannreglu, sem ætlað er viðtækara 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 ákvæðin 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.“

(668) Þá kom fram í niðurstöðu PFS að Síminn hefði tekið fram að í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. kæmi fram að í ljósi reynslunnar væri talin hætt 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.

(669) PFS taldi ofangreinda ályktun Símans ekki standast. Orðalag þetta í greinargerð gæti ekki breytt skýrum texta ákvæðis 5. mgr. 45. gr. né annarri umfjöllun í sömu greinargerð. Það orðalag að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar vegna hinnar lóðréttu samþættingar sem bannákvæðið væri ætlað að koma í veg fyrir, gæti ekki eitt og sér leitt til þess að bannákvæði 5. mgr. næði aðeins til sjónvarpsútsendinga. Þessi lýsing snéri að þeim sem brotið væri á en ekki þeim sem brytu af sér.

(670) Þá kom fram að Síminn hefði vísað 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 stjórnsýslulaga 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.

(671) Þá kom fram í niðurstöðu PFS:

„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 gagnadila líkt og málalíbúnaður 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 þröngjandi lögskýringu í þessu tilviki. Hvergi í umræddri ákvörðun PFS er fjallað um að beita beri þröngjandi 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.“

(672) Þá kom fram að Síminn hefði mótmælt 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 ólögmaett 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.

(673) Í niðurstöðu PFS kom fram að það væri ekki skilningur stofnunarinnar að Vodafone hefði verið að væna Símann um að hafa brotið gegn umræddum ákvæðum samkeppnislaga. Vodafone hefði bent á að umrætt bannákvæði væri í ætt við umrædd bannákvæði samkeppnislaga nema hvað það væri skýrara og ekki eins matskennt og þau. PFS gæti verið sammála því. Umrædd bannákvæði samkeppnislaga væru mjög almennt orðuð og við túlkun þeirra bæri að taka mið af meginreglum samkeppnisréttar á EES-svæðinu, þ.m.t. viðamikilli dómaframkvæmd. Umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri mun afmarkaðra og varðaði einungis tiltekna háttsemi lóðréttis samþætts fyrirtækis sem hefði bæði yfir að ráða fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki.

(674) Þá hefði Síminn tekið 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.

(675) Í niðurstöðu PFS kom fram að framangreint væri rétt hjá Símanum eins langt og það næði. Eins og fjölmiðlanefnd hefði bent á í áliti sínu gæti slík ákvörðun Samkeppniseftirlitsins ekki haft áhrif á túlkun skýrs bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Engin dæmi væru um að ákvarðanir einstakra stjórnvalda gætu breytt lagaákvæðum. Þvert á móti þyrftu ákvarðanir að vera í samræmi við lög samkvæmt lögmatísreglunni.

(676) Að lokum hefði Síminn tekið 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. Stór hluti 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.

(677) Um þetta sagði PFS:

„Vangaveltur sem þessar hafa að sjálfsgöðu 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.“

4.4. Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(678) Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016, dags. 21. nóvember 2016, staðfesti nefndin framangreinda ákvörðun PFS nr. 3/2016. Síminn hafði kært framangreinda ákvörðun PFS og krafist þess að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði einungis til línulegrar myndmiðlunar, þ.e.a.s. sjónvarpsútsendinga.

(679) Í úrskurðinum er m.a. gerð grein fyrir athugasemdum PFS við framangreinda kæru Símans. Í kærinni hefði Síminn m.a. haldið því fram að PFS hefði með hinni kærðu ákvörðun brotið gegn lögætisreglu stjórnsýsluréttar. PFS kvað það vera á misskilningi byggt hjá Símanum og komst svo að orði:

„Með túlkun á 5. mgr. 45. gr. væri PFS ekki að fyrirskipa kæranda að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila heldur að skera úr um hvort kærandi sé með umræddri háttsemi að beina viðskiptamönnum Sjónvarps Símans að eigin fjarskiptafyrirtæki. Komist PFS að þeirri niðurstöðu verði kærandi að láta af þeirri háttsemi og búa svo um hnútana að slíkt verði ekki raunin. Kærandi hafi ýmsar leiðir til þess.“

(680) Þá hefði eftirfarandi komið fram í umræddri greinargerð PFS:

„Ljóst er að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafi verið sett til að vernda samkeppni á fjarskiptamarkaði og þar með neytendur en eins og áður greini sé mikil hætt á samkeppnisvandamálum á þeim markaði í ljósi hinnar gríðarsterku stöðu IPTV kerfa fjarskiptafyrirtækjanna, m.a. kæranda.“

(681) Og enn fremur:

„ ... Eins og skýrt hafi komið fram í hinni kærðu ákvörðun og skriflegum athugasemdum PFS sé einmitt ekki kveðið á um flutningsskyldu eða flutningsrétt að myndmiðlun eftir pöntun í 1. mgr. 44. gr. og 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hins vegar hafi vegna séríslenskra aðstæðna verið ákveðið að setja umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga til að koma í veg fyrir skaðleg samkeppnisleg áhrif af lóðrétt samþættum fyrirtækjum hér á landi sem starfræktu bæði fjarskiptastarfsemi og efnisveitu.“

(682) Í ofangreindum úrskurði úrskurðarnefndar kom m.a. fram að í málinu reyndi annars vegar á gildissvið 5. mgr. 45. gr. og hins vegar á valdheimildir PFS til að taka hina kærðu ákvörðun (lögætisreglan).

(683) Varðandi valdheimildir PFS kom fram að Síminn hefði talið PFS hafa farið út fyrir valdsvið sitt við töku hinnar kærðu ákvörðunar og þar með brotið gegn lögætisreglu stjórnsýsluréttar. Þar af leiðandi bæri úrskurðarnefnd að ógilda hina kærðu ákvörðun. Um þetta segir úrskurðarnefnd:

„Í hinni kærðu ákvörðun er kveðið á um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvæðið kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá segir í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóti gegn ákvæðinu. Það er mat úrskurðarnefndar að með framangreindu ákvæði 3. mgr. 54. gr. sé PFS falið það lögbundna hlutverk að leggja mat á það hvort fjölmiðlaveita hafi brotið gegn ákvæðinu. Í því felist jafnframt að PFS hafi heimild til þess að taka ákvörðun um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda er það nauðsynlegur undanfari ákvörðunar um það hvort brotið hafi verið gegn ákvæðinu og eftir atvikum hvort stofnunin telji skilyrði til þess að beita stjórnsýsluviðurlögum þeim sem kveðið er á um í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.“

(684) Úrskurðarnefnd komst því að þeirri niðurstöðu að PFS hefði ekki farið út fyrir valdsvið sitt við töku hinnar kærðu ákvörðunar og hin kærða ákvörðun eigi sér því stoð í fjölmiðlalögum, sbr. ákvæði 5. mgr. 45. gr. og 3. mgr. 54. gr. laganna.

(685) Varðandi þann þátt kærunnar sem snéri að gildissviði umræddrar 5. mgr. 45. gr. kom m.a. fram í ofangreindum úrskurði úrskurðarnefndar að í 3. gr. fjölmiðlalaganna væri fjallað um gildissvið laganna. Þar kæmi fram að lögin giltu um allt hljóð- og myndefni í læstri eða ólæstri dagskrá, línulegri dagskrá eða eftir pöntun. Yrði sú ályktun dregin af ákvæðinu að skýrt þyrfti að koma fram ef einstökum ákvæðum laganna væri einvörðungu ætlað að fjalla um takmarkaða þætti gildissviðsins.

(686) Þá kom fram að ágreiningur aðila varðandi gildissvið umrædds ákvæðis snéri að því hvað félli undir hugtakið viðskipti. Að því er varðaði sjónarmið Símans um samhengi umræddrar 5. mgr. 45. gr. við önnur ákvæði VII. kafla laganna kom fram að ekki væri þörf á sérstöku bannákvæði hvað varðaði lagaákvæði um flutningsskyldu, sbr. 44. gr., og flutningsrétt, sbr. 1. - 3. mgr. 45. gr. laganna, enda væri ákvæðum 46. og 47. gr. laganna ætlað að leysa úr ágreiningi sem upp kynni að rísa í samskiptum fjarskiptafyrirtækis og fjölmiðlaveitu vegna þessa. Af því leiddi eðli málsins samkvæmt að ekki yrðu lagðar á stjórnvaldssektir vegna brota á þessum ákvæðum laganna. Öðru máli gegndi um 4. og 5. mgr. 45. gr., sem báðar beindust einvörðungu að fjölmiðlaveitum. Því væri ekki unnt að fallast á það með Símanum að þótt á ýmsum stöðum í VII. kafla laganna og í 1. – 3. mgr. 45. gr. væri fjallað um sjónvarpsútsendingar bæri að skýra umrædda 5. mgr. 45. gr. með hliðsjón af því. Löggjafinn hefði valið að skipa í eina grein, sem skipt væri í málsgreinar, mismunandi efnisákvæðum um þær skyldur sem hvíldu á fjölmiðlaveitum.

(687) Þá segir í úrskurði úrskurðarnefndar:

„Í ljósi framangreinds verður ekki talið að löggjafinn hafi haft í huga sjónvarpsútsendingar eingöngu, þegar notast var við viðtækara hugtak í ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna, þ.e.a.s. orðið „viðskipti“. Getur því þrengra gildissvið annarra málsgreina og annarra ákvæða VII. kafla laganna ekki leitt til þess að skýra skuli 5. mgr. 45. gr. einnig með þeim hætti að það sé takmarkað við línulega myndmiðlun (sjónvarpsútsendingar). Þá fellst úrskurðarnefnd á það með PFS að athugasemdir í greinargerð með ákvæðinu og tilgangur ákvæðisins styðji þá niðurstöðu að gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga skuli ekki takmarkað við línulega myndmiðlun.“

(688) Samkvæmt framangreindu var það niðurstaða úrskurðarnefndar að gildissvið ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar.

4.5. Úrskurður héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-1676/2017 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(689) Með úrskurði héraðsdóms Reykjavíkur, dags. 20. febrúar 2018, vísaði dómurinn frá kröfu Símans um að felldur yrði úr gildi framangreindur úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016 þar sem framangreind ákvörðun PFS nr. 3/2016, um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, var staðfest.

(690) Dómurinn kvaðst þurfa að leysa úr því hvort umrædd stjórnvaldsúrlausn, sem gengi út á að bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar, yrði borin undir dómstóla á þessu stigi. Niðurstaða dómsins var að svo væri ekki, þar sem ekki yrði séð að umrædd afstaða PFS og úrskurðarnefndar til gildissviðs ákvæðisins hefði enn haft nein réttaráhrif fyrir Símann. PFS myndi síðar taka ákvörðun um hvort Síminn hefði brotið gegn umræddu ákvæði og myndi sú ákvörðun hafa réttaráhrif fyrir félagið.

(691) Féllst dómurinn því ekki á að afstaða PFS til gildissviðs ákvæðisins fæli í sér ákvörðun í sjálfstæðu stjórnsýslumáli. Með henni hefði stofnunin einungis verið að leita svara við þeirri kröfu Símans að vísa bæri frá kröfu Vodafone. Ákvörðun um að vísa stjórnsýslumáli frá væri stjórnsýsluákvörðun, því með henni væri endir bundinn á mál. Ákvörðun um að hafna frávisunarkröfu væri í raun ákvörðun um að taka mál til meðferðar. Sú ákvörðun leiddi stjórnsýslumálið hins vegar ekki til lykta. Samkvæmt 2. mgr. 26. gr. stjórnsýslulaga yrði ákvörðun sem ekki bindur enda á mál ekki kærð fyrr en málið væri til lykta leitt.

(692) Þess má geta að Síminn skaut framangreindri úrlausn héraðsdóms ekki til æðra dómsstigs.

4.6. Ákvörðun PFS nr. 13/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu

(693) Með ákvörðun PFS nr. 13/2016, dags. 29. september 2016, komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að bæði GR og Vodafone nytu aðildar að málinu. Fram kom að þeir endanotendur sem kysu að nota ljósleiðara GR hefðu ekki aðgang að hliðræðri myndmiðlun efnis Sjónvarps Símans. Yrðu þeir endanotendur sem vildu horfa á hliðræða myndmiðlun á sjónvarpsefni Sjónvarps Símans því að skipta yfir á fjarskiptakerfi Mílu á höfuðborgarsvæðinu⁴⁶. Að mati PFS væri aðildarkrafa GR nægilega skýr og augljóst væri að þar væri félagið að gæta hagsmuna sinna í samkeppni við Símasamstæðuna í grunnfjarskiptum. Ljóst væri að GR hefði augljósra hagsmuna að gæta af úrlausn þess ágreiningsefnis hvort Síminn, sem fjölmiðlaveita, væri með þessu að beina viðskiptavinum sínum að eigin fjarskiptafyrirtæki.

⁴⁶ Síminn kærði umrædda ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Í skriflegri greinargerð PFS til nefndarinnar í tengslum við þá kæru bætti stofnunin því við að ljóst væri að þessi staðreynd hefði þegar haft áhrif á val endanotenda á grunnfjarskiptakerfum og gætu skaðleg samkeppnisleg áhrif þessa aukist enn frekar ef Sjónvarp Símans myndi koma sér upp sjónvarpsefni sem allur þorri landsmanna myndi ekki vilja láta framhjá sér fara. Yrði sú raunin væri líklegt að val á sjónvarpsefni færi að hafa gríðarlega mikil áhrif á þróun samkeppninnar í fjarskiptum.

(694) Þá taldi PFS enn fremur augljóst að Vodafone ætti aðild að umræddu máli. Vodafone hefði verið málshefjandi og hefði fram til þessa tekið virkan þátt í meðferð málsins. Krafa Símans virtist vera sú að Vodafone skyldi njóta aðildar að málinu ef aðild GR yrði hafnað en skyldi ekki njóta aðildar ef aðild GR yrði samþykkt. PFS tæki ekki undir þessi sjónarmið Símans. GR og Vodafone gætu bæði vel átt hagsmuna að gæta af úrlausn málsins þótt hagsmunirnir væru með nokkuð ólíkum hætti. Vodafone starfrækti IPTV kerfi í samkeppni við Símann og væri ekki öðrum keppinautum fyrir að fara í samkeppni á slíkum kerfum.

(695) PFS teldi eðlilegra að reka eitt mál í stað tveggja í þessu sambandi. Að lokum yrði það svo metið hvort Síminn hefði gerst brotlegur við umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Sú úrlausn gæti þá verið á þá leið að Síminn hefði ekki brotið gegn ákvæðinu, Síminn hefði brotið gegn hagsmunum bæði GR og Vodafone eða aðeins brotið gegn hagsmunum annars fyrirtækisins.

(696) Að lokum kom fram að PFS fengi ekki séð að GR og Vodafone hefðu með sér óeðlilega samvinnu eða samráð í þessu máli. Félögin væru að gæta hagsmuna sinna í málinu, sem væru með nokkuð ólíkum hætti. GR væri í samkeppni við Mílu, dótturfélag Símans, í grunnfjarskiptum á höfuðborgarsvæðinu og Vodafone væri í beinni samkeppni við Símann í sjónvarpsdreifingu um IPTV net.

4.7. Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu

(697) Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, dags. 11. október s.á., staðfesti nefndin framangreinda ákvörðun PFS nr. 13/2016 um aðild GR og Vodafone að málinu. Fram kom að í stjórnslumáli því sem PFS hefði veitt GR og Vodafone aðild að væri til skoðunar hvort Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í ákvæðinu segði að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt athugasemdum í greinargerð segði að með ákvæðinu væri brugðist við því að hvati væri fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi þess hvers eðlis málið væri og þess að aðildarhugtak í stjórnslumálum bæri að skýra rúmt yrði að telja varhugavert að hnekkja því mati PFS að GR og Vodafone kynnu að hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn stjórnslumálsins.

4.8. Ákvörðun PFS nr. 10/2018 um brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(698) Með ákvörðun PFS nr. 10/2018, dags. 3. júlí sl., komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum Sjónvarps Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki, en umrætt ákvæði leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga lagði PFS 9 milljón kr. stjórnvaldssekt á Símann, en hámarkssekt er 10 milljónir kr.

(699) Aðilar að málinu voru fjórir, þ.e. Sýn (Vodafone) og GR sem kvörtuðu til PFS yfir meintu broti Símans, og Síminn og dótturfélag þess, Míla, sem mótmæltu því að brot hefði átt sér stað.

(700) Fram kom að þann 1. október 2015 hefði Síminn stöðvað dreifingu ólínulegs myndefnis Sjónvarps Símans yfir kerfi Vodafone. Með ólínulegu myndefni væri átt við það sem í daglegu tali væri kallað spilun á myndefni eftir pöntun (VOD), s.s. tímaflakk, frelsi og leiga á myndefni. Síðan þá hefði viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone ekki staðið sú þjónusta til boða, eins og raunin hefði verið fyrir þann tíma. Þeir neytendur sem kosið hefðu að kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans (Sjónvarp Símans Premium) hefðu því þurft að vera með myndlykla Símans, þar sem viðkomandi efni hefði síðan þá eingöngu verið dreift yfir IPTV kerfi og myndlykla Símans. Áskrift að efninu hefði þar með eingöngu verið í boði gegnum dreifikerfi Símans og þá nær eingöngu á neti Mílu, dótturfélags Símans, þar sem Síminn byði ekki fram þjónustu sína á stærsta ljósleiðaraneti landsins sem starfrækt væri af GR.

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

(702) Ákvæði þetta hefði verið sett í umrædd fjölmiðlalög á árinu 2011 að gefnu tilefni, m.a. sökum sterkar stöðu IPTV sjónvarpsdreifingar hér á landi, en í árslok 2017 nýttu yfir 70% íslenskra heimila sér slíka tækni til að nálgast myndefni. Það væri mun meira en þekktist annars staðar í Evrópu. Hlutfallið hér á landi hefði farið síhækkandi síðustu ár, þrátt fyrir tilkomu OTT (e. Over the Top) tækni eins og Netflix beitti við sjónvarpsdreifingu, sem almennt væri óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum. Hér á landi væru það Síminn og Sýn sem starfræktu slík IPTV sjónvarpsdreifikerfi.

(703) Síminn starfrækti fjölmiðlaveitu sem samanstæði m.a. af Sjónvarpi Símans, sem sendi út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun) og efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium (ólínuleg myndmiðlun). Í máli þessu væri aðeins deilt um ólínulega myndmiðlun, þar sem óumdeilt væri að línuleg myndmiðlun Sjónvarps Símans næði til allra sjónvarpsdreifikerfa og væri tiltæk á fjarskiptanetum allra þeirra fjarskiptafyrirtækja hér á landi sem starfræktu undirliggjandi fjarskiptanet.

(704) Ágreiningur málsins snéri fyrst og fremst að því að frá og með 1. október 2015 hefði viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun ofangreinds sjónvarpsefnis Símans eins og raunin hefði verið fyrir þann tíma. Þeir notendur sem hefðu kosið að

kaupa aðgang að slíkri þjónustu hefðu því þurft að vera í viðskiptum við Símann. Jafnframt hefði Síminn ekki boðið upp á umrædda myndmiðlun á ljósleiðarakerfi GR, heldur aðeins á undirliggjandi fjarskiptaneti dótturfélagsins Mílu og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni. Það lægi því fyrir að þeir tugþúsundir notenda, sem nýttu sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og væru viðskiptavinir Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, hefðu því í nærri þrjú ár ekki átt kost á að nálgast umrædda myndmiðlun.

(705) Síminn hefði hafnað því alfarið að hafa brotið gegn umræddu ákvæði og hefði talið sig hafa sýnt samningsvilja, bæði gagnvart Vodafone og GR, en samningar hefðu ekki tekist á viðskiptalegum forsendum sökum óbilgjarnra krafna þeirra aðila. Meðal annars hefði GR synjað Símanum um þann óvirka aðgang sem Síminn hefði óskað að ljósleiðaraneti GR, þ.e. aðgangi að svörtum ljósleiðara, og aðeins boðið Símanum bitastraumsaðgang.

(706) Það var niðurstaða PFS að fyrir lægi að frá 1. október 2015 hefðu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans staðið frammi fyrir því að aðgangur þeirra að tilteknu myndefni hefði verið takmarkaður eða þeir ekki getað nálgast slíkt myndefni án þess að þurfa að skipta um fjarskiptafyrirtæki eða tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi. Þetta væri einmitt það ástand sem umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið ætlað að koma í veg fyrir. Áður en Síminn hefði breytt skipulagi sjónvarpsrekstrar síns og gert línulega sjónvarpsstöð félagsins að opinni frístöð, án möguleika á ólínulegum þjónustupáttum hefði þetta ástand ekki verið uppi, þar sem ólínulegt dagskrárefni Símans hefði verið í boði utan kerfa Símans. Þá hefði Síminn sett á laggirnar efnisveitu sem eingöngu hefði verið í boði yfir kerfi félagsins. Ástand þetta hefði skapast vegna áhrifa lóðréttis eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki.

(707) Hefði PFS því komist að þeirri niðurstöðu að á haustdögum 2015 hefði Síminn tekið meðvitaðar ákvarðanir sem hefðu orðið þess valdandi að framangreint ástand hefði skapast og hefði verið uppi á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði í nærri þrjú ár.

(708) Þá hefði það verið mat PFS að Síminn hefði ekki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone til að semja um lausn sjónvarpsdreifingarinnar á því tímabili sem liðið hefði verið frá því að umræddar breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans hefðu verið kynntar til sögunnar þann 1. október 2015, þannig að Vodafone hefði komið í veg fyrir að Síminn hefði, með samningum við Vodafone, getað losnað undan broti því á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem PFS hefði komist að raun um að Síminn hefði framið á þeim degi. Að mati PFS stæði brot Símans því ennþá yfir.

(709) Þá hefði PFS talið ljóst að þegar Síminn hefði ráðist í framangreindar breytingar þá hefði félaginu staðið til boða leiðir til að koma í veg fyrir að framangreint ástand hefði skapast og hefði félaginu staðið þessar leiðir til boða allar götur síðan.

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

(711) Að lokum hefði það verið mat PFS að Síminn hefði, að einhverju leyti, getað takmarkað þau skaðlegu áhrif sem umræddar ráðstafanir hefðu haft á GR í samkeppni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn hefði ráðist í umræddar breytingar. Hvað þann þátt málsins varðaði hefði það verið niðurstaða PFS að Síminn hefði á því tímabili sem liðið væri frá því að brotið hefði verið framið ekki komið fram með sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni að neti GR. Hins vegar kom fram að þó Síminn hefði flutt IPTV þjónustu sína yfir net GR væri það mat PFS að það eitt og sér hefði ekki komið í veg fyrir brotið, því hið ólínulega myndefni, Sjónvarp Símans Premium, væri þá enn einungis dreift yfir IPTV kerfi og myndlykla Símans. Þar með hefði brot Símans verið með nokkrum hætti yfirfært á net GR.

4.9. Ákvörðun PFS nr. 22/2018 – Aðild GR að máli er varðar meint ítrekað brot Símans hf. á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(712) Með ákvörðun PFS nr. 22/2018, dags. 13. nóvember 2018, komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að GR nýti aðildar að máli um meint ítrekað brot Símans.

(713) Fram kom að það hefði verið niðurstaða PFS í ákvörðun sinni nr. 13/2016, sem staðfest var með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, að GR skyldi njóta aðildar að máli því er varðaði brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018. Í ákvörðun nr. 10/2018 komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi beint viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar að tengdum fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. að Símanum sjálfum (IPTV) og dótturfélaginu Mílu, í trássi við umrætt ákvæði fjölmiðlalaga. Brotið hafi verið fullframið þann 1. október 2015, þegar Síminn gerði breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni, og var talið að það stæði ennþá yfir við töku umræddrar ákvörðunar.

(714) Fljótlega eftir að framangreind ákvörðun PFS nr. 10/2018 leit dagsins ljós þann 3. júlí 2018, barst kvörtun frá Sýn, dags. 9. júlí s.á., þess efnis að brot Símans á framangreindri lagagrein stæði enn yfir. Þann 7. september 2018 barst svo sambærileg kvörtun frá GR. Efaðist GR m.a. um það að sú OTT lausn sem Síminn kynnti til sögunnar um miðjan ágúst sl. við dreifingu á ólínulegu myndefni félagsins

væri fullnægjandi og því væri félagið ennþá að brjóta gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þann 1. október sama ár barst svo sambærileg kvörtun frá Nova.

(715) Þann 18. október 2018 krafðist Síminn þess að PFS hafnaði aðild GR að hinu nýja máli, þar sem félagið uppfyllti ekki skilyrði til aðildar. Síminn gerði hins vegar ekki athugasemdir við aðild Sýnar og Nova að málinu.

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

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

(718) PFS komst að þeirri niðurstöðu að GR hefði haft beinna, verulegra, sértækra og lögvarinna hagsmuna að gæta í máli því sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018 og Úrskurðarnefnd staðfesti þá ákvörðun PFS, en tiltók sérstaklega að óbeinir hagsmunir gætu dugað. Það mál sem nú væri til meðferðar hjá PFS, vegna kvartana Sýnar, GR og Nova, væri náskylt ofangreindu máli og í raun framhald þess, þótt afmarkaðra væri. Taldi PFS það engum vafa undirorpið að GR hefði a.m.k. óbeinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins, auk þess sem telja yrði þá verulega, sértæka og lögvarða. Þá yrði að telja afar mikilvægt fyrir samkeppnishagsmuni GR gagnvart Mílu að sú OTT lausn sem Síminn hefði kynnt til sögunnar væri raunverulega óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum og fullnægjandi að því er varðar atriði eins og verð, valkosti, eiginleika og tæknilega upplifun neytenda, þannig að um raunverulegan valkost væri að ræða við IPTV kerfi Símans. Það að ekki sé í hinu nýja máli verið að fjalla um samningaviðræður GR og Símasamstæðunnar eða það að niðurstaða fyrrgreindrar ákvörðunar PFS nr. 10/2018 hafi verið á þá leið að samningar milli félaganna hefðu einir og sér ekki getað losað Símann undan brotinu, breytti því ekki að hagsmunir GR að úrlausn málsins teldust ríkir að mati PFS.

4.10. Ákvörðun PFS nr. 16/2019 - Meint brot Vodafone á fjölmiðlalögum

(719) Með ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 16/2019, komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að Sýn (Vodafone) hafi ekki brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011.

(720) Ákvæðið leggði bann við því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(721) Aðilar að málinu voru tveir, þ.e. Síminn sem kvartaði til PFS yfir meintu broti Vodafone og Vodafone, sem kvörtunin sneri að. Ágreiningur málsins sneri að því að Síminn hélt því fram að skv. ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri það brot á fjölmiðlalögum ef fyrirtæki dreifði myndefni aðeins í gegnum eigið fjarskiptakerfi og að Vodafone hefði brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem félagið veitti eða hefði á ákveðnum tímapunktum einungis veitt aðgang að ólínulegu myndefni þess í gegnum eigið IPTV fjarskiptakerfi og að Vodafone hefði ekki haft frumkvæði að því að bjóða efnið til annarra fyrirtækja á markaðnum. Einnig brytu ýmsar markaðsaðgerðir Sýnar að mati Símans í bága við umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem og IP dreifingargjald sem virtist eingöngu lagt á viðskiptavinum fjölmiðlaveitu Vodafone sem væri á IPTV kerfi Símans.

(722) Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 kom fram að frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu Símans, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans sjálfs, en ekki á IPTV kerfi Vodafone. Né hafi slík miðlun verið tiltæk eftir öðrum flutningsleiðum. Sama gildi um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Þessi ákvörðun Símans leiddi til þess að tugþúsundir viðskiptavina, Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, sem nota ljósleiðaranet GR sem undirlag áttu ekki kost á að nálgast umrætt myndefni, nema að færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags Símans, Mílu, eða kaupa heimtaugaþjónustu af bæði Mílu og GR. Var þetta talið fela í sér alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa Símans og Vodafone og talið takmarka valkosti þeirra sem keyptu þjónustu af öðrum þjónustuveitendum. Einnig hefði þetta skapað alvarlegan aðstöðumun á milli Mílu og GR á samkeppnismarkaði yfir undirliggjandi fjarskiptanet. PFS komst að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði framið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans hefði einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans, þ.e. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(723) Sá grundvallarmunur væri hins vegar á málunum að ekki var um neinskonar synjun á aðgangi að efni, þar sem Síminn hafði aldrei óskað eftir því efni sem kvörtunin beindist að og ekki þriðji aðili heldur. En 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ætlað að koma í veg fyrir að efni sem ekki væri kostur á að nálgast annars staðar og dreifing þess væri bundin við sama lokaða fjarskiptanetið. Þar sem í máli þessu væri ekki fyrir að fara nokkurs konar sölusynjun yrði því ekki með óyggjandi hætti talið að Sýn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og var það mat PFS að Sýn hefði ekki beint viðskiptavinum efnisþjónustu sinnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki og því ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

5. Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

5.1. Almennt um ágreining málsins

(724) Mál þetta varðar meint ítrekað brot Símans gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sem kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í almennum athugasemdum með frumvarpi því sem varð að framangreindum fjölmiðlögum kom fram að þeim kafla laganna sem fjallaði um reglur um flutning myndefnis (VII. kafli) væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskipum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Í athugasemdum með umræddri 5. mgr. 45. gr. kom fram að ákvæðinu væri m.a. 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. Enn fremur væri markmiðið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaveitur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(725) Ágreiningur málsins snýr fyrst og fremst að því hvort Síminn teljist enn brotlegur gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Niðurstaða PFS í ákvörðuninni var sú að frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu Símans, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans sjálfs, en ekki á IPTV kerfi Vodafone, eins og raunin var fyrir þann tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og Frelsi, né hafi hún verið tiltæk eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. með OTT lausn sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það sama mætti segja um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Þetta hefði leitt til þess að þeir tugþúsundir viðskiptavina Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, sem notuðu ljósleiðaranet GR sem undirlag, hefðu ekki átt þess kost að nálgast umrætt myndefni, nema að færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags Símans, Mílu, eða kaupa heimtaugar af bæði Mílu og GR. Taldi PFS þetta hafa skapað alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa Símans og Vodafone og takmarkað valkosti þeirra sem keyptu þjónustu af Vodafone og öðrum þjónustuveitendum. Enn fremur hefði þetta skapað alvarlegan aðstöðumun á milli Mílu og GR á samkeppnismarkaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet. Komst PFS að þeirri niðurstöðu í málinu að Síminn hefði þann 1. október 2015 fullframið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem legði bann við því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Að mati PFS hefði Símanum staðið til boða að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist á þessum tíma m.a. með því að semja við Vodafone eða með því að bjóða upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum.

(726) Í ágúst 2018 kynnti Síminn til sögunnar OTT (e. Over The Top) dreifileið, þ.e. dreifikerfi á sjónvarpi í gegnum internetið (streymisþjónusta), fyrir línulegt og ólínulegt sjónvarpsefni sitt, sem félagið kvað óháð fjarskiptanetum.

(727) Sýn, GR og Nova telja umrædda lausn Símans ófullnægjandi og að hún losi Símann ekki undan framangreindu broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Að mati félaganna geri framsetning, verðlagning og gæði OTT lausnarinnar það að verkum að viðskiptum viðskiptamanna er í reynd, enn beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki, m.a. með því að gera það að skilyrði að eingöngu er hægt að nota sjónvarpskerfi og búnað (myndlykil) Símans.

(728) Síminn heldur því fram að umrædd OTT lausn sé fullnægjandi lausn óháð fjarskiptaneti og leysi félagið undan broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og Míla tekur undir málsstað Símans þess efnis.

(729) Tilgangur bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er að sporna við því að efnisframboð ráði því hvar neytandi kaupir fjarskiptaþjónustu, hvort sem um er að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustigi (t.d. internetþjónustu, IPTV þjónustu o.fl.) eða á undirliggjandi fjarskiptainnvíðum. Er 5. mgr. 45. gr. ætlað að koma í veg fyrir að notendur standi frammi fyrir því að við val á fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að tilteknu myndefni eða þeir geti ekki nálgast slíkt myndefni án þess að þurfa að tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi eða jafnvel skipta alfarið um fjarskiptafyrirtæki.

(730) Við úrlausn málsins þarf því að leggja mat á umrædda OTT lausn Símans, þ.e. framsetningu, markaðssetningu, verðlagningu og eftir atvikum gæðum hennar og hvort lausnin aflétti því ástandi sem skapaðist 1. október 2015 vegna brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Einnig skiptir lykilmáli hvort lausnin sé fullnægjandi fyrir neytendur þannig að um raunverulegan valkost við IPTV kerfi Símans sé að ræða. Enn fremur þarf PFS að leggja mat á það hvort samningaumleitanir undanfarinna mánaða milli Símans og Sýnar, og eftir atvikum Símans og Nova, um dreifingu síðargreindu félaganna á Sjónvarpi Símans Premium, og eftir atvikum um heildsöluáðgang að umræddu sjónvarpsefni, hafi áhrif á mat PFS.

5.2. Framsetning OTT lausnar Símans

(731) Vodafone, Nova og GR byggja öll á því við meðferð málsins að framsetning Símans á OTT lausninni, þar sem gert er að skilyrði að nota eingöngu sjónvarpskerfi og búnað (myndlykil) Símans, geri það að verkum að lausnin sé alls ekki óháð neti né fjarskiptahluta Símans og geti því ekki samrýmst 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(732) Síminn byggir hins vegar á því að með markaðssetningu á OTT lausn sinni hafi Síminn undið ofan af broti gegn 5. mgr. 45. gr. þar sem um er að ræða lausn sem geri öllum sem eru nettengdir, farsíma eða fastlínu, kleift að kaupa sjónvarpsþjónustu sína óháð neti. Af framansögðu væri því ljóst að með markaðssetningu sjónvarpslausnar óháð neti bryti Síminn ekki gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(733) Ljóst er af málavöxtum, og er það ágreiningslaust, að þeir sem vilja nálgast Sjónsvarpsþjónustu Símans „óháð neti“ þurfa til þess tiltekin búnað, myndlykil, frá Símanum. Til að nálgast þennan tiltekna búnað, verða viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja því að hafa samband við Símann og óska eftir þjónustunni og vera í viðskiptum við Símann um a.m.k. þann myndlykil fyrir kr. 2.200,- og jafnframt að gerast áskrifandi að Sjónsvarpi Símans Premium fyrir kr. 6.000,- á mánuði, eða samtals kr. 8.200,- á mánuði eða gerast áskrifandi að Síminn Sport fyrir kr. 4.500,- eða samtals kr. 6.700,-.⁴⁷

(734) Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga orðast svo:

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

(735) Í 11. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga er hugtakið „fjarskiptafyrirtæki“ skilgreint sem aðili sem tilkynnt hefur um fyrirhugaðan rekstur fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanets. Hugtakið „fjarskiptanet“ er skilgreint í 13. tölul. sömu greinar sem sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínunum eða öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp. Hugtakið „fjarskiptaþjónusta“ er svo skilgreint í 15. tölul. umræddrar greinar sem þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónusta og netaðgangur.

(736) Í almennum athugasemdum við frumvarp til fjölmiðlalaga nr. 38/2011 kom fram að þeim kafla frumvarpsins, sem fjallaði um reglur um flutning myndefnis (VII. kafli), væri ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og auka val neytenda á því sviði, gera notendum kleift að velja myndmiðlunarefni án þess að binda sig í viðskipum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki og koma 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. Ennfremur að fagnaðarefni væri þegar slíkt val væri tryggt með frjálsum samningum en óvarlegt væri að treysta því að svo yrði jafnan. Þá væri heldur ekki nægjanlegt að styðjast við ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í þessum efnum.

(737) Í athugasemdum við umrædda 5. mgr. 45. gr. laganna kom síðan fram að ákvæðinu væri m.a. ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki, sem hefðu bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum, nýttu sér þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur væri markmiðið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu. Væri fjölmiðlaþjónustuveitendum því t.a.m. bannað að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, sbr. 5. mgr. 45. gr. Þá kom fram:

„Með flutningsreglunum er markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því er ljóst að það verður hvati fyrir

⁴⁷ skv. verðskrá á heimasíðu Símans í nóvember 2019

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.“

(738) Með umræddu ákvæði fjölmiðlalaga er því verið að leitast við að tryggja að notendur geti valið um myndefni á því fjarskiptaneti sem þeir hafa valið sér, svo fremi sem umrætt fjarskiptafyrirtæki kys að bjóða upp á umrætt myndefni. Sjái fjarskiptafyrirtæki sér hag í því, eiga þau því að geta boðið viðskiptavinum sínum upp á efni fjölmiðlaveitna í gegnum fjarskiptakerfi sín og bætt þannig stöðu sína á markaði, aukið samkeppnishæfni sína og þar með valfrelsi notenda. Þannig eiga notendur að geta nálgast fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þurfa að tengjast mörgum dreifikerfum eða skipta um fjarskiptafyrirtæki. Þannig er einnig dregið úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum með þeim hætti að komið sé í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður sem hvort tveggja hafa yfir að ráða efni og dreifikerfi geti bundið aðgang að efninu við ákveðin fjarskiptanet. Eins og fram kemur í ákvörðunum PFS nr. 3/2016 og 10/2018 á umrætt ákvæði fjölmiðlalaga bæði við um línulegt og ólínulegt myndefni.

(739) Það að skilyrða þjónustuna Sjónvarp Símans óháð neti við ákveðinn myndlykil frá Símanum gerir það að verkum að viðskiptavinir annarra fjarskiptafélaga þurfa að vera í samskiptum við Símann um áskriftina og í þjónustu með myndlykilinn, með tilheyrandi flækjustigi og viðbótarkostnaði. Við það skapast einnig tækifæri fyrir Símann til að beina frekari viðskiptum viðskiptamanna til Símasamstæðunnar. Um leið skapast hvati fyrir viðskiptavininn að fara í heildarviðskipti til Símans og þannig njóta betri kjara með Heimilispakkanum, en Sjónvarp Símans Premium hefur frá árinu 2015 verið innifalið í honum og á slíku verði að erfitt er fyrir markaðsaðila að keppa við þá verðlagningu. Frá ágúst sl. bættist svo Enski boltinn við Sjónvarp Símans Premium, og þar með Heimilispakkann, gegn vægri hækkun (kr. 1.000,-) á sama tíma og Enski boltinn kostar stakur kr. 4.500,-. auk myndlyklagjalds OTT lausnarinnar eða kr. 6.700,- samtals.

(740) Sú staðreynd að Síminn á og stýrir myndlyklinum, þó hann geti nýst óháð því hjá hvaða internetþjónustuaðila tenging er fengin, gerir það að verkum að myndlykillinn tengist Símanum sem dreifingaraðila sjónvarpsefnis en ekki fjölmiðlahluta Símans. Ef ytri aðili kemur til Símans og óskar eftir dreifingu á sjónvarpsefni sínu fær hann ekki stjórn á myndlyklinum né hluta af

myndlyklagjaldinu sem Síminn innheimtir. Ef Síminn myndi selja fjölmiðlahluta sinn frá sér og IPTV dreifikerfið með (bæði lokaða IPTV kerfið og OTT hluta þess) væri sá aðili sem það keypti að dreifa efni samkeppnisaðila sinna jafnhliða eigin efni yfir þessi kerfi. Slíkur aðili væri þannig kominn í samkeppni við önnur fjarskiptafélög um dreifingu á sjónvarpsefni m.a. Vodafone. Þannig er það mat PFS að OTT myndlykill Símans tilheyri fjarskiptahluta Símans en ekki fjölmiðlahluta Símans.

5.3. Markaðssetning og verðlagning OTT lausnar Símans

(741) Kvartendur í málinu byggðu á því að verðlagning OTT lausnar Símans, þ.e. myndlyklagjaldið (kr. 2.200,-) og Sjónvarp Símans Premium (kr. 6.000,-), samtals kr. 8.200,- gerði það að verkum að viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans væri í reynd enn beint að fjarskiptahluta Símans. Ekki væri til dæmis einungis hægt að fá grunnáskrift sjónvarpsþjónustu Símans yfir OTT lausnina og þar með tímaflakk og frelsi á Sjónvarpi Símans (línulegu stöðinni), heldur þyrfti neytandinn að kaupa Sjónvarp Símans Premium með myndlyklinum á kr. 8.200,- en hægt væri að fá grunnáskrift yfir IPTV sjónvarpslausn Símans á kr. 2.200,- og þar með tímaflakk og frelsi á línulegu stöð Sjónvarps Símans.

(742) Síminn svaraði þessum athugasemdum kvartenda og taldi að uppbygging og verðlagning Sjónvarps Símans óháð neti væri samkeppnishæf og endurspegladi þann kostnað sem Síminn hefði lagt í lausnina auk væntingar Símans um útbreiðslu hennar. Þá benti Síminn á að ef aðili keypti grunnáskrift sjónvarpsþjónustu yfir IPTV kerfi Símans (kr. 2.200,-) og Sjónvarp Símans Premium (kr. 6.000,-) og erlendar grunnrásir (kr. 1.000,-) væri verðið samtals kr. 9.200,- eða kr. 1.000,- ódýrari en í óháð neti lausninni þar sem erlendu grunnrásirnar fylgdu frítt með þeirri lausn og væri hún því ódýrari. En ástæða þess að þær stöðvar fylgdu frítt með óháð neti lausninni væri til þess að gera þjónustuna meira aðlaðandi fyrir viðskiptavinum Símans

(743) Þá bentu Vodafone, GR og Nova jafnframt á það að ekki væri hægt að fá aukamyndlykla með OTT lausninni heldur þyrfti að greiða fullt verð fyrir hvern myndlykil, eða kr. 8.200,-. En aukalykill fyrir sjónvarp Símans yfir IPTV kerfi félagsins kostaði hins vegar kr. 1.100,-. Töldu kvartendur að verðlagningin fæli í sér í reynd að Síminn væri enn að beina viðskiptum viðskiptamanna Sjónvarps Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki og munaði þar mestu um verðlagningu á aukamyndlyklum.

(744) Síminn svaraði því til að ástæða þess að viðskiptavinum væri ókleift að fá aukamyndlykil með óháð neti lausninni væri sú að Síminn hefði eytt bæði miklum tíma og fjármunum í þróun á Sjónvarpi Símans Premium. Ef félagið byði upp á aukamyndlykla með OTT lausninni væri hætta á tekjuleka þar sem viðskiptavinir gætu nýtt umrædda þjónustu á mismunandi stöðum og heimilum án þess að möguleiki væri fyrir Símann að fá upplýsingar um það. Með hefðbundinni áskrift yfir IPTV væri þjónustan hins vegar bundið við tiltekið heimili og þannig gæti Síminn dregið úr áhættunni að einstaklingar gætu dreift myndlyklum á mismunandi staði en greitt einungis eitt mánaðargjald.

(745) Að mati PFS verður að hafa í huga þegar verið er að bera saman IPTV lausn annars vegar og OTT lausn hins vegar að IPTV lausnir fara um lokað net og eru óháð gagnamagnstalningu, þ.e. notandi þarf ekki að kaupa gagnamagn til þess að nota IPTV efnisveitu. OTT lausnir nota hins vegar mælt gagnamagn og því getur það eitt og sér haft veruleg áhrif á val neytanda þegar OTT lausn er stillt upp gegn IPTV þjónustu. Þegar verðlag og fyrirkomulag Símans á OTT lausninni er skoðað, sérstaklega með tilliti til hagstæðra kjara á vöndli Símans, Heimilispakkanum⁴⁸ og hve hátt gjald er fyrir aukamyndlykla, bendir allt til þess að OTT lausn Símans sé í raun ekki raunhæfur valkostur við IPTV lausn Símans. Að mati PFS staðfestir nokkuð lág upptaka þjónustunnar þetta mat PFS, en um [...] ⁴⁹ manns eru áskrifendur hjá Símanum að Sjónvarpi Símans Premium eftir þessari leið á móts við á fjórða tug þúsunda áskrifenda í gegnum IPTV þjónustu Símans.

5.4. Tímaflakk og frelsisþjónusta

(746) Vodafone, GR og Nova bentu á að það væri ekki hægt að hafa aðgang að tímaflakki og/eða frelsisþjónustu Sjónvarps Símans (línulegu stöðinni) án þess að vera með Sjónvarp Símans yfir IPTV (um þeirra fjarskipta- og sjónvarpskerfi) eða Sjónvarp Símans óháð neti (um þeirra sjónvarpskerfi/fjarskiptanet) og þá bundið því að viðskiptavinir kaupi Sjónvarp Símans Premium og erlendar rásir á samtals kr. 8.200,-.

(747) Vodafone, Nova og GR byggðu jafnframt á því að tímaflakk í OTT lausninni væri einungis 48 klukkustundir en allt að vika í Sjónvarpi Símans yfir IPTV og þjónustan því takmarkaðri en hin hefðbundna IPTV þjónusta Símans.

(748) Síminn tók fram í bréfi sínu dags. 18. október 2018, að til stæði að samræma tímalengdir tímaflakks en af tæknilegum ástæðum væri ekki hægt að láta tímaflakk ná jafn langt aftur í „óháð neti“ lausninni en samræmi yrði náð innan skamms.

(749) Upphaflegt brot Símans fólst einkum í því að banna Vodafone frá og með 1. október 2015 að bjóða upp á ólínulegt myndefni Skjásins (nú Sjónvarps Símans), nánar tiltekið tímaflakk og frelsi. Nú eiga viðskiptavinir annarra fjarskiptafélaga en Símans kost á 48 tíma endurbirtingu á efni með auglýsingum frá Símanum á undan.

5.5. Gæði OTT lausnar

(750) Vodafone benti á að viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans, sem ekki hefðu áhuga á OTT lausn, sem væri almennt lakari að gæðum en dreifing yfir IPTV, þyrftu að fara með viðskipti sín til Símasamstæðunnar til að fá aðgang að ólínulegu efni Sjónvarps Símans í viðunandi gæðum. Ójafnræðið væri því fest í sessi og viðskiptum áfram beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki í andstöðu við ákvæðið.

⁴⁸ Þar sem Síminn vöndlar saman internetaðgangi, ótakmörkuðum heimasíma, sjónvarpsþjónustu Símans og tilboði um áskrift fyrir allt að fimm farsíma með tífföldun gagnamagns.

⁴⁹ Fellt brott vegna trúnaðar.

(751) GR benti á að ákveðnar vísbindingar væru um að tæknileg gæði efnisveitu yfir OTT lausn Símans væru ekki þau sömu og gæði efnisveitu sem afhent væri yfir IPTV net Símans.

(752) Síminn sagði varðandi fullyrðingu Vodafone að ef fallist væri á þær röksemdir væri Vodafone að brjóta gegn fjölmiðlalögum vegna þess að app lausnir félagsins væru hugsanlega lélegri að virkni en gæði IPTV þjónustu félagsins. Það hefði einfaldlega enga þýðingu í málinu. OTT lausn Símans væri eins góð og hægt væri að búast við af sambærilegri lausn og miðaðist að því að sem flestir gætu notað hana.

(753) PFS kannaði hvort OTT lausn Símans, viðmót og efni hennar og upplifun neytanda við notkun gæti verið lakari en upplifun neytanda á IPTV lausn Símans en gat ekki með góðu móti sannreynt að tæknileg gæði væru lakari „óháð neti“. Þar sem PFS gat ekki sannreynt hvort gæði væru lakari sér PFS ekki grundvöll fyrir því að fjalla frekar um gæði lausnarinnar í máli þessu, enda ræðst það af öðrum þáttum.

5.6. Heildsölusamningar um miðlun efnisréttinda

(754) Nova byggði á því að ef Síminn sem fjölmiðlaveita væri alls ótengd fjarskiptaneti Símans væri ljóst að það væri fagnaðarefni fyrir fjölmiðlaveitu Símans að gera heildsölusamninga við öflugra miðlara, um efnisréttindi Símans sem væri það sem Nova hefði óskað eftir. Með því móti næði Síminn að auka fjölda áskrifta og afla aukinna tekna fyrir þjónustuna. En að mati Nova virtust forráðamenn Símans engan áhuga hafa á því að nýta sér áhrifamikla miðlun efnisréttinda sinna, vegna þess að það drægi ekki taum fjarskiptakerfis Símans. Síminn væri þannig að loka fyrir eðlilegt viðskiptasamband þar sem Síminn hefði hag af sölu efnisáskrifta í þeim tilgangi að nota efnið til að verja og hampa eigin fjarskiptaneti.

(755) Síminn sagði hvað þetta varðaði að Síminn væri ekki sammála því að félagið hefði meinað Nova aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium. Nova hefði hins vegar óskað eftir því að fá að setja Sjónvarp Símans Premium inn í sjónvarps app Nova, Nova TV, og fá greitt fyrir það. En að mati Símans hefði það verið með öllu óljóst hvert framlag Nova hefði átt að vera í sölunni annað en að taka þóknun fyrir þjónustu sem Síminn sinnti sjálfur og það betur að mati Símans.

(756) Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er eins og áður hefur komið fram ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifiveitum. PFS getur tekið undir athugasemdir Nova þess efnis að ef fjölmiðlaveita Símans væri alls ótengd fjarskiptahluta Símans hlyti það að vera hagur hennar að efni fjölmiðlaveitu Símans væri aðgengilegt sem flestum neytendum óháð undirliggjandi fjarskiptanetum og fjarskiptafyrirtækjum, enda hlyti aðalmarkmið efnisveitunnar að vera að ná til og geta boðið efnið fram til sem flestra áskrifenda.

5.7. *Mat á samningsvilja Símans*

(757) Vodafone byggði á því í kvörtun sinni að í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 10/2018 hefði Síminn ekki enn sýnt neinn samningsvilja heldur þvert á móti virtist einbeittur vilji félagsins vera að ítreka brot sitt.

(758) Síminn byggði á því að þegar tveir aðilar næðu ekki saman um samning væri ekki hægt að kenna viljaleysi annars aðila um, frekar bæri að líta svo á að um verulega hagsmuni væri að ræða og vandasamt væri að ná viðunandi lausn fyrir báða aðila. Síminn hefði ítrekað lýst vilja til að aðilar næðu saman og boðið Vodafone aðgang að efni með sömu aðferð og tíðkaðist almennt í viðskiptum um kaup og sölu á sjónvarpsefni, svokallað „minimum guarantee“. Ástæða þess að aðilar hefðu ekki náð saman væri fyrst og fremst að rekja til afstöðu Vodafone sem virtist ekki hafa raunverulegan vilja til að semja.

(759) Vodafone taldi framsetningu Símans villandi, félagið hefði aldrei haldið því fram að önnur hvor aðferðin (retail mínus eða fastar lágmarksgreiðslur) væri algild regla. Hins vegar benti Vodafone á að eins og á stæði hefði verið ómálefnalegt af Símanum að krefjast himinhárra lágmarksgreiðslna (minimum guarantee) líkt og PFS hefði áður komist að niðurstöðu um.

(760) Skv. ákvörðun PFS nr. 10/2018 var krafa Símans um „minimum guarantee“ metin ómálefnaleg þar sem markaður fyrir Sjónvarp Símans Premium virtist á þeim tíma vera orðinn nokkuð mettaður og að mati PFS gerði það að verkum að hið umrædda tilboð Símans hefði verið óaðgengilegt fyrir Vodafone. Þá taldi PFS að ef allt væri með felldu, og ekki væri fyrir hin lóðrétt samþættu áhrif innan Símasamstæðunnar, ætti að vera augljós hagur fjölmiðlaveitu Símans að dreifa Sjónvarpi Símans Premium sem víðast, t.a.m. með dreifingu eða einhvers konar endursölu um IPTV kerfi Vodafone. Ef um væri að ræða efnisveitu sem ekki væri lóðrétt samþætt fengi PFS ekki séð með hvaða hætti samningur við Vodafone gæti heft framleiðslu fjölmiðlaveitu Símans á innlendu sjónvarpsefni eða innkaupum á erlendu efni. Slíkt ætti augljóslega að auka tekjur fjölmiðlaveitu þar sem dreifing á efni væri orðin mun víðtækari og mögulegir viðskiptavinir þar með orðnir mun fleiri en áður. Hins vegar væri ljóst að tekjur af stakri áskrift að Sjónvarpi Símans Premium væru mun lægri en tekjur af viðskiptavinum í Heimilispakkanum og því hvati af hálfu Símans að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að eigin fjarskiptafyrirtækjum. Hefði Síminn samið við Vodafone væri líklegt að viðskiptavinum í Heimilispakka Símans hefði ekki fjölgað eins mikið og raun bar vitni, auk þess sem markaðshlutdeild Mílu hefði eflaust minnkað vegna aukinnar útbreiðslu GR. Síminn hefði því að mati PFS fyrst og fremst verið að gæta hagsmuna Símasamstæðunnar í heild í samningaviðræðum við Vodafone, en ekki horft einangrað á hagsmuni fjölmiðlaveitu Símans. Þetta færi eins í bága við hið umrædda ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að mati PFS. Hegðun Símans bar að mati PFS ekki vott um fyrirtæki sem hefði áhuga á að selja umrætt myndefni sitt yfir IPTV kerfi Vodafone, sem benti til þess að Síminn mæti að hagsmunir sínir væru meiri af því að viðhalda hinni lóðrétt samþættu fjölmiðla- og fjarskiptastarfsemi.

(761) Mat PFS það svo í fyrra máli að skort hefði á samningsvilja Símans varðandi dreifingu eða einhvers konar heildsölu eða endursölu á sjónvarpsefni Símans yfir IPTV dreifikerfi Vodafone og eftir atvikum öðrum sjónvarpsdreifikerfum þess félags. Í ljósi þessa taldi stofnunin rétt að upplýsa í máli þessu hvort marka mætti stefnubreytingu hjá Símanum hvað þetta varðaði. Óskaði PFS því eftir að Vodafone og Nova upplýstu stofnunina um þeirra sýn á gang samningaviðræðnanna við Símann með það fyrir augum að óska eftir sambærilegum upplýsingum frá Símanum og bera þær upplýsingar svo saman til að fá heildstæða mynd af samskiptum félaganna og gangi samningaviðræðnanna. Ljóst er af málavöxtum að aðilar málsins eru ekki á eitt sáttir um gengi þeirra samningaviðræðna.

(762) En samkvæmt gögnum málsins er það þó ljóst að Síminn óskaði eftir verðtilboði frá Vodafone fyrir dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium þann 23. maí 2019 og ítrekaði þá ósk þann 28. maí og aftur þann 23. júní. Þann 26. júní 2019 segist Síminn vilja ganga að samningstilboði Vodafone og óskaði eftir fundi til að fá ákveðnar útskýringar frá Vodafone sem var haldinn þann 28. júní. Eftir það tímamark fer áherslan hins vegar á að ná saman um Símann Sport þar sem stutt var í að Enski boltinn færi í loftið og virðist af málavöxtum sem allir aðilar hafi sammælst um slíkt. Þann 2. október óskar Síminn svo eftir að klára samning vegna Sjónvarps Símans Premium þar sem umstang vegna Símans Sport væri að baki sem endar með því að Vodafone hafnar samningi um dreifingu þann 9. október 2019.

(763) Af þessu má ráða að Síminn virðist hafa sýnt ákveðna viðleitni til þess að ná samningum við Vodafone með því að óska eftir verðtilboði frá félaginu um dreifingu, þó svo að ósk um verðtilboð eitt og sér leysi félagið ekki undan broti. Hins vegar er ljóst að frá og með 2. október 2019 óskar Síminn eftir að ganga til samninga um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone á grundvelli samningsdraga sem voru til umræðu í ágúst sl. Við það tímamark verður að líta svo á að það að samningar hafi ekki nást á milli aðila geti ekki verið að rekja til viljaskorts Símans. Samkvæmt framansögðu er það mat PFS að frá og með 2. október 2019 geti Síminn ekki talist brotlegur gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá náði Nova heildsölusamningi við Símann um Síminn Sport í september, ásamt því sem gagnkvæmur bráðabirgðaheildsölusamningur milli Símans og Vodafone er í gildi til febrúar 2020, þar sem Síminn Sport er m.a. innifalinn.

(764) PFS bendir á að sú staða gæti aftur breyst ef Vodafone breytir um afstöðu til beiðni Símans um dreifingu og Síminn dregur að klára slíkan samning. Svo virðist sem samningaviðræður Símans og Nova um dreifingu Nova á Sjónvarpi Símans Premium, og eða heildsölusamning þar að lútandi, gangi eitthvað betur en samningaviðræður milli Símans og Vodafone. Samningar hafa þó ekki náðst milli Símans og Nova. Samkvæmt ofangreindu er ekki útilokað að málið komi aftur á borð PFS og að stofnunin þurfi þá að leggja mat á samningsvilja aðila að nýju, verði Sjónvarp Símans Premium ekki komið í dreifingu á öðrum kerfum en kerfum Símans.

5.8. Samandregin niðurstaða

(765) Eins og áður hefur komið fram var því lýst í ákvörðun PFS nr. 10/2018 að frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu Símans, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans sjálfs, en ekki á IPTV kerfi Sýnar, eins og raunin var fyrir þann tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og Frelsi, né hafi hún verið tiltæk eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. með OTT lausn sem er óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Sama gilti um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Þessi ákvörðun Símans leiddi til þess að tugþúsundir viðskiptavina, Sýnar, Hringdu, Nova og fleiri félaga, sem nota ljósleiðaranet GR sem undirlag áttu ekki kost á að nálgast umrætt myndefni, nema að færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags Símans, Mílu, eða leigja heimtaugar af bæði Mílu og GR. Var þetta talið fela í sér alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa Símans og Sýnar og talið takmarka valkosti þeirra sem keyptu þjónustu af öðrum þjónustuveitendum. Ennfremur hefði þetta skapað alvarlegan aðstöðumun á milli Mílu og GR á samkeppnismarkaði yfir undirliggjandi fjarskiptanet.

(766) PFS komst að þeirri niðurstöðu í ofangreindri ákvörðun að Síminn hefði fullframið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans hefði einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans, þ.e. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki. Síminn tók þannig ákvarðanir á haustdögum 2015 sem urðu þess valdandi að staðan á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði var eins og hún var.

(767) Tilgangur bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er að sporna við því að efnisframboð fjölmiðils ráði því hvar neytandi kaupir fjarskiptaþjónustu, hvort sem um er að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustigi (t.d. internetþjónustu, IPTV þjónustu o.fl.) eða á undirliggjandi fjarskiptainviðum.

(768) Fjölmiðlaveita Símans, þ.e. Sjónvarp Símans, er sá aðili sem bannað er að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Eins og kom fram í ákvörðun PFS nr. 10/2018 telur PFS augljóst að „tengt fjarskiptafyrirtæki“ í þessu sambandi sé bæði Síminn sjálfur, sem m.a. rekur IPTV sjónvarpsdreifikerfi og tilheyrandi myndlyklaþjónustu og Míla, sem á og rekur undirliggjandi fjarskiptanet sem Síminn notar í stórum stíl.

(769) Síminn hefur hagað málum þannig frá 1. október 2015 til 16. ágúst 2018 að viðskiptavinur sem vildi kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans þurfti að kaupa aðgang að IPTV sjónvarpsdreifingu Símans, sem er fjarskiptaþjónusta. Fjölmiðlaveita Símans var þannig á umræddu tímabili að beina viðskiptavinum sínum að umræddri fjarskiptaþjónustu Símans, þ.e. IPTV sjónvarpsdreifingu félagsins, sem þar að auki var einungis í boði á undirliggjandi fjarskiptaneti Mílu og nokkrum minni staðbundnum fjarskiptanetum en ekki á stærsta ljósleiðaraneti landsins, þ.e. neti GR. Þess má geta að ákvörðun PFS nr. 10/2018 nær til tímabilsins frá 1. október 2015 til 3. júlí 2018.

(770) Frá og með 16. ágúst 2018 þegar Síminn hóf að veita Sjónvarp Símans „óháð neti“, hefur viðskiptavinum einungis verið kleift að nálgast sjónvarpsþjónustuna með því að leigja myndlykla frá Símanum fyrir kr. 2.200,- á mánuði auk áskriftar að Sjónvarpi Símans Premium fyrir kr. 6.000,-. Fyrirkomulag það sem Síminn viðhefur varðandi OTT lausn sína, Sjónvarp Símans óháð neti, þ.e. að skilyrða viðskiptavininn til að vera í samskiptum og viðskiptum við Símann um þennan tiltekna búnað, verðlagning lausnarinnar og framsetning, felur það í sér að Síminn var í reynd enn að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Er það því mat PFS að Sjónvarp Símans óháð neti hafi ekki verið fullnægjandi fyrir neytendur og ekki raunverulegur valkostur við IPTV kerfi Símans og þær vörur sem Síminn býður þar fram, m.a. Heimilispakkann. Tölur um litla upptöku þjónustunnar á því rúma ári sem liðið er frá því að hún kom á markaðinn vottar enn fremur til um þetta. Síminn hafi því ekki undið ofan af því ástandi sem PFS tók ákörðun um þann 3. júlí 2018 að hafi verið brot gegn 5. mgr. 45. gr. með „óháð neti“ lausninni þegar hún var kynnt til sögunnar í ágúst 2018.

(771) Hins vegar er það mat PFS að við það tímamark sem Síminn óskar eftir að klára samninga við Vodafone um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi félagsins, þann 2. október 2019, hafi Síminn sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone. Með tilliti til þessa verði að telja að ekki sé með góðu móti hægt að telja að um skort á samningsvilja sé að ræða hjá Símanum eftir það tímamark og hafi Síminn þar með undið ofan af því broti sem hér um ræðir frá því tímamarki og telst því ekki lengur brotlegur gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(772) Að öllu framangreindu virtu er það mat PFS að Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna efnisþjónustu sinnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki og braut því gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 4. júlí 2018 til 1. október 2019.

5.9. Viðurlög

5.9.1. Krafa Nova um beitingu hæfilegra stjórnsluviðurlaga

(773) Í upphaflegu erindi Nova, dags. 1. október 2018, krafðist Nova þess að Síminn yrði látinn sæta hæfilegum stjórnsluviðurlögum í formi stjórnvaldssektar, sbr. 3. og 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011.

5.9.2. Um viðurlagaákvæði 54. gr. fjölmiðlalaga

(774) Í 54. gr. fjölmiðlalaga er kveðið á um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og PFS leggja á aðila sem brjóta gegn nánar tilteknum ákvæðum fjölmiðlalaga. Í greinargerð með frumvarpsgreininni kom fram að í umræddri lagagrein væri að finna ákvæði um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og í ákveðnum tilvikum PFS væri ætlað að leggja á vegna tiltekinna brota á ákvæðum laganna. Heimild þessi næði þó aðeins til lögaðila, en um ábyrgð einstaklinga færi samkvæmt 56. gr. laganna. Brot þessi þættu almennt séð vera þess eðlis að ekki væri ástæða til að þau sættu sakamálameðferð. Þá þættu sektarúrreiði skjótvirkari og líklegri til skilvirkrar beitingar.

(775) Þá kom fram að 56. gr. laganna fjallaði um refsingar vegna brota á ákvæðum laganna. Þar væru talin upp mörg sömu brot og samkvæmt ákvæði 54. gr. yrði brugðist við með stjórnvaldssektum. Með ákvæði 57. gr. laganna væri brugðist við þessu og samræmis gætt á þann hátt að fjölmiðlanefnd og eftir atvikum PFS væri falið að meta hvort meint brot á lögunum skyldi kært til lögreglu. Meiri háttar brot væri skylt að kæra, en almennt yrði á hinn bóginn að gera ráð fyrir að minni háttar brot yrðu ekki kærð, enda mætti færa fyrir því rök að stjórnvaldssektir væru í flestum tilvikum líklegri til að ná fram markmiðum laganna en hefðbundin refsing.

(776) Í 3. mgr. 54. gr. kemur fram að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna. Í frumvarpsathugasemdum með umræddri 3. mgr. kemur fram að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn umræddum 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt.

(777) Í 4. mgr. 54. gr. segir að sektir geti numið allt að 10 millj. kr. og að við ákvörðun sektar skuli tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það ætti við. Í frumvarpsathugasemdum með umræddri 4. mgr. kemur fram að nauðsynlegt væri að setja í lögin þak á fjárhæð þeirra sekta sem viðkomandi stjórnvaldi væri heimilt að leggja á, en því væri á hinn bóginn ætlað umtalsvert svigrúm til sektarákvarðana innan þeirra marka. Þá skyldi við ákvörðun sektar m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitanda af broti þegar slíkt ætti við.

(778) Í 5. mgr. 54. gr. segir að falla megi frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á beitinga sekta. Í slíku tilviki er fjölmiðlanefnd heimilt að ljúka málsmeðferð með útgáfu álits sem birt er á heimasíðu stofnunarinnar. Í frumvarpsathugasemdum kemur fram að einkum væri gert ráð fyrir að þessari heimild yrði beitt þegar um afar smávægileg brot væri að ræða eða af öðrum sambærilegum ástæðum ekki væri talin ástæða til að beita stjórnvaldssekt.

(779) 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.

(780) Brot á öðrum ákvæðum VII. kafla fjölmiðlalaga sæta ekki stjórnvaldssektum né refsingum, þ.m.t. ákvæðin um flutningsskyldu, sbr. 1. mgr. 44. gr., og flutningsrétt, sbr. 1. mgr. 45. gr. laganna.

(781) Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. laganna kemur fram að brot gegn umræddum ákvæðum sæti aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kæru PFS. Í frumvarpsgreinargerð með ofangreindri 57. gr. kemur fram að með greininni væri lagt til ákveðið verklag þegar brot gæti varðað jafnt stjórnvaldssekt og refsingu. Fyrirmynd af þessu verklagi væri að finna í nýlegum breytingum á

samkeppnislögum og væri í samræmi við það markmið að samhæfa hið almenna viðurlagakerfi og viðurlagakerfi eftirlitsstofnana í þeim tilvikum þar sem refsing og stjórnsluviðurlög væru lögbundin sem viðurlög við broti, þannig að ekki kæmi til þess að mál sama aðila yrði rannsakað á sama tíma hjá eftirlitsstjórnvaldi og lögreglu.

(782) Í 2. mgr. 57. gr. 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.

(783) Í ofangreindum frumvarpsathugasemdum kom fram, í tengslum við 2. mgr. 57. gr., að þar væri kveðið á um hvernig skyldi fara með brot sem bæði gætu varðað refsíabyrgð fyrir einstakling og lögaðila. Í þeim tilvikum væri lagt til að stofnanirnar mætu m.t.t. grófleika brots og réttarvörslusjónarmiða hvort máli yrði vísað til lögreglu að hluta eða í heild. Þannig væri gert ráð fyrir því að unnt væri að kæra til lögreglu ýmist þann hluta málsins sem varðaði refsíabyrgð einstaklings eða lögaðila eða eftir atvikum málið í heild. Rétt þætti að það kæmi í hlut viðkomandi stjórnvalds að meta hvort ljúka bæri máli í heild eða að hluta með stjórnsluviðurlögum eða kæra það til lögreglu sem myndi rannsaka þau mál og eftir atvikum gefa út ákæru vegna þeirra.

(784) Í 3. mgr. kemur fram að ákvæði IV. – VII. kafla stjórnslulaga skuli ekki gilda um ákvörðun um að kæra mál til lögreglu. Þess má geta að í IV. kafla stjórnslulaga er m.a. fjallað um andmælarétt, í V. kafla er m.a. fjallað um rökstuðning ákvörðunar og í VII. kafla er m.a. fjallað um kæruehimild. Hins vegar gilda önnur ákvæði stjórnslulaga við töku slíkrar ákvörðunar, þ.m.t. rannsóknarregla, jafnræðisregla og meðalhófsregla.

(785) Í 4. mgr. kemur svo fram að telji ákærandi að ekki séu efni til málshöfðunar vegna ætlaðrar refsiverðrar háttsemi sem jafnframt varðar stjórnsluviðurlögum getur hann sent eða endursent mál sem varðar umrædd brot til PFS til meðferðar og ákvörðunar.

5.9.3. Niðurstaða PFS um viðurlög

(786) Í ákvörðun þessari hefur PFS komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi áfram, eftir að ákvörðun PFS nr. 10/2018 lá fyrir þann 3. júlí 2018, brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þrátt fyrir markaðssetningu á svokallaðri OTT lausn sinni og fjölmiðlaveita félagsins hafi beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdum fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. Símanum sjálfum og þar með óbeint a.m.k. að dótturfélaginu, Mílu, sem rekstraraðila undirliggjandi fjarskiptaneta.

(787) Með vísan til framangreinds verður nú fjallað nánar um þau sjónarmið sem horfa þarf til við ákvörðun um beitingu viðurlaga.

5.9.4. *Andlag viðurlaga og skilyrði fyrir beitingu*

(788) Umrætt viðurlagaákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga vísar til 5. mgr. 45. mgr. laganna. Það ákvæði er almennt bannákvæði um að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sætir ekki skilyrðislaust sektum, sbr. 5. mgr. 54. gr. laganna sem kveður á um heimild til að falla frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum er ekki talin þörf á beitingu sekta. Þannig að þó svo að 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga sé í eðli sínu heimildarákvæði, sem m.a. felur í sér mat stjórnvaldsins á því hvort brot sé nógu alvarlegt til þess að það varði sektum, er almenna reglan sú að beita skuli viðurlögum við brotum sem sæta viðurlögum, nema einhver málefnaleg sjónarmið leiði til annarrar niðurstöðu.

5.9.5. *Ákvörðun um tegund viðurlagaúrræðis*

(789) Ljóst er af ákvæðum fjölmiðlalaga að brot gegn 5. mgr. 45. gr. laganna geta varðað hvort tveggja stjórnvaldssektum, sbr. 54. gr., eða refsíabyrgð einstaklinga samkvæmt 1. mgr. 56. gr., og/eða refsíabyrgð lögaðila samkvæmt 2. mgr. sömu greinar, að undangenginni kærðu til lögreglunnar sem fjallað er um í 57. gr. laganna. Ráða má af þeirri málsmeðferð sem mælt er fyrir um í 57. gr. fjölmiðlalaga að ekki skuli refsað tvöfalt fyrir sama brot, þ.e. bæði með beitingu stjórnvaldssekta og refsingar í hefðbundnum skilningi. Þannig segir eftirfarandi í skýringum við 2. mgr. 57. gr. fjölmiðlalaga: „*Rétt þykir að það komi í hlut viðkomandi stjórnvalds að meta hvort ljúka beri máli í heild eða að hluta með stjórnsluviðurlögum eða kæra það til lögreglu sem mun rannsaka þau mál og eftir atvikum gefa út ákæru vegna þeirra.*“

(790) Að áliti PFS varðar mál þetta tilteknar markaðsaðgerðir Símans og samspil þeirra við samningaviðræður félagsins við samkeppnisaðila sína. Heildstætt mat á háttseminni felur m.a. í sér sérfræðilegt mat á OTT lausninni sjálfri, markaðsaðstæðum, þróun á samkeppnisaðstæðum á fjarskiptamarkaði og mati á samningsvilja Símans um dreifingu Sjónvarps Símans Premium á netum Vodafone og Nova, auk þekkingar á tæknilegum atriðum. Það er því mat PFS að málið sé þess eðlis að það komi í heild sinni til úrlausnar hjá PFS að viðlögðum þeim stjórnsluviðurlögum sem stofnuninni er heimilt að beita lögum samkvæmt.

5.9.6. *Veiting andmæla*

(791) Síminn gerir þá kröfu, ef það komi til álita af hálfu PFS að beita sektum samkvæmt 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga, að félagið fái að njóta andmælaréttar.

(792) Meginreglan er sú að refsað er fyrir þau brot sem sæta viðurlögum, nema að einhver sérstök sjónarmið standa til þess að fresta eða falla frá viðurlögum. Slík sjónarmið eru ekki upp í máli þessu.

(793) Af framkvæmd innan stjórnslunnar og fyrir dómstólum fæst ekki séð að aðilum sé gefinn ákveðinn frestur til að tjá sig sérstaklega um beitingu viðurlaga, þegar niðurstaða liggur fyrir um tiltekið brot sem varðar viðurlögum. Þrátt fyrir þetta

telur PFS að Síminn hafi komið að athugasemdum sínum og andmælum varðandi mögulega beitingu viðurlaga.

(794) PFS getur því ekki fallist á að Síminn eigi sérstakan rétt til andmæla þegar kemur að ákvörðun viðurlaga, umfram þann andmælarétt sem félagið hefur þegar fengið í málinu. Þá er ljóst að á forsendur og fjárhæð stjórnsýslusektarinnar getur reynt fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála og eftir atvikum dómstólum.

5.9.7. *Umfang og tímalengd brots*

(795) Það var niðurstaða PFS í ákvörðun nr. 10/2018 að brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði staðið yfir síðan 1. október 2015. Niðurstaða PFS í máli þessu er að sú OTT lausn sem Síminn setti á markað í ágúst 2018 losaði félagið ekki undan brotinu. Það var ekki fyrr en Síminn óskaði eftir að klára samninga við Vodafone um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone sem félagið vatt ofan af því broti, eða þann 2. október 2019.

5.9.8. *Möguleg áhrif brots*

(796) Í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga kemur fram að við ákvörðun sektar skal m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það á við.

(797) Í ljósi þess að ákvörðun þessi lýtur að sama broti og sömu hagsmuni aðila og fjallað var um í ákvörðun PFS nr. 10/2018 telur PFS eðlilegt að vísa til ítarlegrar umfjöllunar um aðdraganda, áhrif og tilgang markaðsaðgerða Símans og þeim fjárhagslega ávinningi sem fyrirtæki, eins og Síminn, geta haft af því að fara gegn 5. mgr. 45. gr. laganna og vísast til umfjöllunar hennar hér.

5.9.9. *Stjórnvaldssekt*

(798) Með tilliti til framangreindra sjónarmiða er það niðurstaða PFS að Síminn hafi brotið með meðvitundum og markvissum hætti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Að álitum PFS er brotið umfangsmikið og langvarandi, auk þess sem það hefur haft umtalsverð skaðleg áhrif á fjarskiptamarkaðinn fyrst og fremst, en einnig á markað fyrir myndmiðlun. Þá telur PFS að leiða megi að því sterkum líkum að brotið hafi skapað Símanum verulegan ávinning sem er langt umfram þann 10 milljón króna refsiramma sem getið er um í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga. PFS telur því að það komi ekki annað til álita en beita Símann stjórnvaldssektum.

(799) Við ákvörðun um upphæð sektarinnar verður að horfa til alvarleika brotsins og þess ávinnings sem ætla má að Síminn hafi notið af brotinu og þess að um ítrekað brot er að ræða. Af gögnum málsins má ráða að Síminn hafi leitað leiða til að gera sjónvarpsþjónustu sína óháða neti þótt að sú viðleitni hafi ekki getað talist fullnægjandi með tilliti til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá hefur Síminn á undanförunum mánuðum verið í viðræðum við aðila á borð við Vodafone og Nova um dreifingu þeirra á Enska boltanum og Sjónvarpi Símans Premium, auk heildsölu- og endursölusamninga við þessa aðila og Hringdu. Náðust samningar um Enska boltann í ágúst og september sl. en samningar hafa enn ekki náðst varðandi Sjónvarp Símans Premium. Við ákvörðun sektarfjarhæðar verði að horfa til ítrekunaráhrifa

og tímalengdar hins brotlega ástands. Séu þessi sjónarmið höfð í huga er óhjákvæmilegt annað en að miða upphæð stjórnvaldssektarinnar við efri mörk þeirrar heimildar sem mælt er fyrir um í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.

(800) Með vísan til 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga þykir PFS hæfilegt að leggja stjórnvaldssekt á Símann að upphæð 9.000.000 kr. sem greiðist í ríkissjóð.

Ákvörðunarorð

1. Síminn braut frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019 gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga
2. Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga leggur PFS stjórnvaldssekt á Símann að upphæð kr. 9.000.000,- sem greiðist í ríkissjóð.
3. Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 1. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000,- skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Samkvæmt 4. mgr. 13. gr. sömu laga getur aðili einnig borið ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar beint undir dómstóla án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd. Slíkt mál skal höfðað innan þriggja mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um ákvörðun stofnunarinnar. Málskot frestar ekki réttaráhrifum ákvarðana stofnunarinnar. Málskot beint til dómstóla hindrar að úrskurðarnefnd sé heimilt að taka kæru til málsmeðferðar.

Reykjavík, 25. nóvember 2019

Hrafnkell V. Gíslason

Maríjon Ósk Nóadóttir