



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 10/2018

Brot Símans á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(Mál nr. 2017040002)

3. júlí 2018

Efnisyfirlit

1.	Inngangur	6
2.	Málavextir	10
3.	Lagaumhverfi	11
3.1.	Almennt um fjölmiðlalög	11
3.2.	Almennt um ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga.....	12
3.3.	Ákvæði um flutningsskyldu, flutningsrétt og bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.....	14
3.4.	Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds	16
3.5.	Viðurlagaákvæði.....	17
4.	Úrlausnir PFS, úrskurðarnefndar og dómstóla í tengslum við mál þetta	19
4.1.	Ákvörðun PFS nr. 19/2012 – Ágreiningur Vodafone og RÚV	19
4.2.	Ákvörðun PFS nr. 30/2015 – Ágreiningur Vodafone og Símans um línulega og ólínulega myndmiðlun - Frávísun	19
4.3.	Ákvörðun PFS nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga 20	
4.4.	Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	26
4.5.	Úrskurður héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-1676/2017 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	28
4.6.	Ákvörðun PFS nr. 13/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu.....	28
4.7.	Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu	29
5.	Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar	30
5.1.	Almennt	30
5.2.	Krafa Símans um að PFS láti af meðferð málsins á meðan samskonar ágreiningur er til meðferðar hjá dómstólum - Litis pendens áhrif.....	33
5.2.1.	Málsmeðferðarákvörðun PFS um frestun máls.....	33
5.2.2.	Málsmeðferðarákvörðun PFS um áframhaldandi málsmeðferð.....	34
5.2.3.	Niðurstaða PFS um áframhaldandi málsmeðferð.....	37
5.3.	Meint vanhæfi forstjóra og starfsmanna PFS í málinu	38
5.3.1.	Krafa Símans um að forstjóri og starfsmenn PFS víki sæti við meðferð málsins vegna vanhæfis.....	38
5.3.2.	Athugasemdir Vodafone við vanhæfiskröfu Símans	39
5.3.3.	Niðurstaða PFS varðandi vanhæfiskröfu Símans.....	39

5.4. Krafa Símans um að PFS sé bundin af sáttarákvörðunum Samkeppniseftirlitsins og Símasamstæðunnar	43
5.4.1. Krafa Símans um að PFS sé bundin af sáttarákvörðunum Samkeppniseftirlitsins og Símasamstæðunnar	43
5.4.2. Athugasemdir Vodafone	44
5.4.3. Athugasemdir Símans við umsögn Vodafone	45
5.4.4. Bréf PFS til Samkeppniseftirlitsins	46
5.4.5. Umsögn Samkeppniseftirlitsins.....	46
5.4.6. Athugasemdir Vodafone við umsögn SE	48
5.4.7. Athugasemdir GR við umsögn SE	48
5.4.8. Athugasemdir Símans við umsögn SE	49
5.4.9. Niðurstaða PFS.....	49
5.5. Krafa Símans um niðurfellingu málsins vegna samruna Vodafone og 365	52
5.5.1. Krafa Símans um frávísun málsins vegna samruna Vodafone og 365.....	52
5.5.2. Afstaða PFS til frávísunarkröfu Símans	53
5.6. Vodafone hluti málsins	54
5.6.1. Inngangur	54
5.6.2. Sjóarmið Vodafone	65
5.6.3. Sjóarmið GR.....	77
5.6.4. Sjóarmið Símans	77
5.6.5. Sjóarmið Mílu	98
5.6.6. Niðurstaða PFS í Vodafone þætti málsins.....	101
5.6.6.1 Inngangur	101
5.6.6.2 Afmörkun Vodafone þáttar málsins.....	103
5.6.6.3 Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og frumvarpsathugasemdir	105
5.6.6.4 Aðdragandi, áhrif og tilgangur aðgerða Símans á haustdögum 2015	106
5.6.6.5 Hið meinta brot Símans í Vodafone þætti málsins	112
5.6.6.6 Samningsvilji aðila eftir umrætt brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 1. október 2015.....	118
5.7. Niðurstaða PFS í GR þætti málsins	127
5.7.1. Inngangur	127
5.7.2. Helstu málsatvik og sjóarmið aðila í GR þætti málsins	129
5.7.3. Ljósleiðarauppbygging og áform Símasamstæðunnar	159
5.7.4. Telst beiðni Símans um óvirkan aðgang að fjarskiptaneti GR eðlileg og sanngjörn aðgangsbeiðni?	161

5.7.5.	Samandregin niðurstaða PFS í GR þætti málsins.....	167
5.8.	Niðurstaða PFS varðandi fyrirhugaða OTT lausn Símans við ólínulega myndmiðlun	168
5.8.1.	Inngangur	168
5.8.2.	Fyrirhuguð OTT lausn Símans til dreifingar á Sjónvarpi Símans Premium	168
5.8.3.	Afstaða PFS til OTT áforma Símans.....	171
5.9.	Viðurlög.....	172
5.9.1.	Krafa Vodafone um beitingu viðurlaga.....	172
5.9.2.	Sjónarmið Símans um viðurlög.....	173
5.9.3.	Um viðurlagaákvæði 54. gr. fjölmiðlalaga.....	175
5.9.4.	Niðurstaða PFS um viðurlög	176
5.9.4.1	Andlag viðurlaga og skilyrði fyrir beitingu þeirra	177
5.9.4.2	Ákvörðun um tegund viðurlagaúrræðis	178
5.9.4.3	Veiting andmæla um fyrirhugaða beitingu viðurlaga	178
5.9.4.4	Umfang og tímalengd brots	178
5.9.4.5	Möguleg áhrif brots.....	179
5.9.4.6	Ætluð óvissa vegna matskennds ákvæðis og huglæg afstaða	181
5.9.4.7	Meðalhóf og sanngirnirök	183
5.9.4.8	Stjórnvaldssekt.....	183
5.10.	Samandregin niðurstaða	184
	Ákvörðunarröð	187

1. Inngangur

Mál þetta varðar meint brot Símans hf. (Síminn) á 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 fjölmiðlalögum kom fram að þeim kafla laganna sem fjallaði um reglur um flutning myndefnis (VII. kafli) væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum 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 fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Aðilar að málinu eru fjórir, þ.e. Síminn, Míla ehf. (Míla), Sýn hf. (Vodafone) og Gagnaveita Reykjavíkur ehf. (GR).

Síminn rekur bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi. Fjölmiðlaveitan samanstendur af Sjónvarpi Símans (áður SkjárEinn), sem sendir út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun) og efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium (ólínuleg myndmiðlun eða myndmiðlun eftir pöntun). Síminn stundar síðan fjölpætta fjarskiptastarfsemi, bæði á smásölu- og heildsölustigi, og starfrækir m.a. IPTV sjónvarpsdreifikerfi, sem býður m.a. upp á framangreinda þjónustuþætti 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.

Vodafone stundar einnig fjarskiptastarfsemi, ásamt því að starfrækja fjölmiðlaveitu. Vodafone hefur starfrækt ólínulegu efnisveituna Vodafone Play, 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 Marápon Now. 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. Um 80% heimila hér á landi nýta sér slíka tækni og hefur hlutfallið farið síhækkandi síðustu ár, þrátt fyrir tilkomu OTT tækni við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum.

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.

Ágreiningurinn í Vodafone þætti málsins snýr fyrst og fremst að því að frá og með haustinu 2015 hefur viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun ofangreinds sjónvarpsefnis Símans eins og raunin var fyrir þann tíma. Þeir notendur sem hafa kosið að kaupa aðgang að slíkri þjónustu hafa því þurft að vera í viðskiptum við Símann.

Ágreiningurinn í GR þætti málsins snýr að því að Síminn hefur ekki boðið upp á umrædda ólínulegu myndmiðlun á kerfi GR, heldur aðeins á kerfum dótturfélagsins Mílu og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni. Því hafa þeir notendur sem kosið hafa að nýta sér ljósleiðaranet GR á höfuðborgarsvæðinu, og annars staðar á starfssvæði GR, ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun, nema þá að kaupa einnig aðgang að VDSL eða ljósleiðartengingum Mílu.

Það liggur því fyrir að þeir tugþúsundir notenda, sem nýta sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og eru viðskiptavinir Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, hafa nú í vel á þriðja ár ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans.

Vodafone telur að með því að bjóða einungis upp á ólínulega myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á IPTV kerfi Símans, sem aðeins er starfrækt á undirliggjandi fjarskiptaneti Símasamstæðunnar, Mílu, og tilteknum öðrum smærri fjarskiptanetum, en ekki á fjarskiptaneti GR sem starfrækir stærsta ljósleiðaranet landsins til heimila, brjóti Síminn gegn umræddu bannákvæði. Ofangreind ólínuleg myndmiðlun felst m.a. í efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium og hliðraðri myndmiðlun á línulegri dagskrá Sjónvarps Símans, þ.m.t. svokallað tímaflakk. Þeir sem áhuga hafi á að horfa á umrætt myndefni utan hefðbundinna sjónvarpsútsendingatíma geti ekki gert það á IPTV kerfi Vodafone, sem bæði er starfrækt á neti Mílu og GR. Þar af leiðandi geta viðskiptavinir á ljósleiðaraneti GR, hvort sem þeir séu einnig viðskiptavinir Vodafone eða annarra fjarskiptafyrirtækja, ekki nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun Sjónvarps Símans. Því gætu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans þurft að færa viðskipti sín yfir til Símans til að nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun. Vodafone óskaði á fyrri stigum málsins eftir aðgangi að þjónustubáttum sem nefndir hafa verið Frelsi (almennt 28 daga hliðrun) og tímaflakk (almennt 24-36 klst. hliðrun) en í júní 2016 óskaði félagið einnig eftir aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium í heild eða að hluta.

Kröfugerð Vodafone gengur því út á að Síminn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu félagsins að fjarskiptanetum Símasamstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi standi ekki til boða í gegnum IPTV fjarskiptanet Vodafone. Að sögn Vodafone hefur háttsemin ekki einungis áhrif á viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps, heldur ráði í mörgum tilvikum einnig úrslitum um kauphegðun þeirra sem hafa val á milli ljósleiðara GR og grunneta Mílu sem burðarlags. Hegðunin raski því einnig samkeppnisstöðu GR og allra þeirra fjarskiptafyrirtækja sem nýta sér ljósleiðara GR sem burðarlag.

GR telur sömuleiðis að Síminn brjóti gegn bannreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, m.a. með því að koma í veg fyrir að Vodafone fái aðgang að umræddu ólínulegu myndefni Símans. Með því að gera það að skilyrði fyrir umræddri þjónustu, að viðskiptavinir notist við fjarskiptakerfi Símasamstæðunnar, sé fjölmiðlaveitan Síminn að beina viðskiptavinum til tengds fjarskiptafyrirtækis, Mílu, í skilningi umrædds ákvæðis. Með umræddri háttsemi sé Síminn að skilyrða framboð myndefnis við ákveðið fjarskiptanet í skilningi umrædds ákvæðis og þar með að misnota þá aðstöðu sem skapast af lóðréttu eignarhaldi samstæðunnar, sem umræddu ákvæði hefði einmitt verið ætlað að koma í veg fyrir. Ljóst mætti vera að með þessari háttsemi Símans væri vinsælt myndefni notað til að beina viðskiptum yfir á ákveðið fjarskiptanet, til tengds fjarskiptafyrirtækis. Framboð á tilteknu vinsælu myndefni væri semsagt eingöngu í boði fyrir þjónustuveitendur á smásölustigi ef þeir skiptu við fjarskiptanet Símasamstæðunnar, þ.e. Mílu og

önnur smærri staðbundin net. Slík skilyrði hefðu vitaskuld áhrif á eftirspurn neytenda eftir þjónustu Vodafone, en ekki síður hefði þetta áhrif á samkeppni í grunnfjarskiptum og raskaði samkeppni á milli fyrirtækja á því stigi markaðarins, þ.e. á milli GR og Mílu. Þessi háttsemi gerði það að verkum að grunnnetin fengju ekki að keppa á eigin verðleikum hvað varðaði gæði og flutningsgetu, heldur réði efnisframboð á sjónvarpsmarkaði því hvaða flutningsleið væri valin.

Síminn hafnar því alfarið að hafa brotið gegn umræddu ákvæði fjölmiðlalaga og bendir á að ekki sé kveðið á um flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitna í 1. mgr. 45. gr. né 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá telur Síminn sig hafa sýnt sanningsvilja, bæði gagnvart Vodafone og GR, en samningar hafi ekki tekist á viðskiptalegum forsendum. Það sama væri ekki hægt að segja um Vodafone og GR, sem með óbilgjörnum kröfum sínum hafi komið í veg fyrir að samningar hafi náðst. Vodafone hefði aðeins viljað notast við smásölumínus aðferð (e. retail minus) í tengslum við aðgang að umræddu ólínulegu sjónvarpsefni Símans, en Síminn telur það ekki koma til greina og vill byggja á lágmarksgreiðslum (e. minimum guarantee) eins og almennt tíðkast við kaup á myndefni að mati félagsins. Í tilviki GR hefði félagið synjað Símanum um þann óvirka aðgang (e. Passive Access) sem Síminn hefði óskað eftir að ljósleiðaraneti GR og aðeins boðið Símanum bitastraumsaðgang, sem ekki henti félaginu. Beiðni Símans um óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti GR hafði verið sanngjörn og eðlileg beiðni sem GR hefði átt að fallast á.

Míla styður svo málatilbúnað Símans í málinu.

Í málinu liggur fyrir að það ástand hefur verið uppi síðan 1. október 2015, sem umræddu 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. 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 þjónustupáttum, á sama tíma og félagið setti á laggirnar ólínulegu efnisveituna Sjónvarp Símans Premium, sem ekki var í boði fyrir Sjónvarp Vodafone eða viðskiptavinum þá sem nota ljósleiðara GR sem burðarlag. Ástand þetta skapaðist vegna áhrifa lóðréttis eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki. Markmið ákvæðisins samkvæmt frumvarpsathugasemdum var að draga úr áhrifum slíks lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum með þeim hætti að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður, sem hvort tveggja hefðu yfirráð yfir myndefni og dreifikerfi, gætu bundið aðgang að efninu við ákveðin fjarskiptanet.

Við úrlausn málsins þarf því að leggja mat á þá hegðun Símans sem átti sér stað á haustdögum 2015 þegar sjónvarpsstöðin SkjárEinn var gerð að opinni frístöð, ólínulega efnisveitan Sjónvarp Símans Premium var samhliða sett á laggirnar og viðskiptavinum Vodafone bauðst ekki lengur aðgangur að ólínulegri myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans, ásamt því að leggja mat á athafaleysi og/eða athafnir Símans allar götur síðan. Verður þá meðal annars að meta hvort það sé Símasamstæðan sem beri ábyrgð á því að ekki hafi um samist á milli annars vegar Símans og Vodafone og hins vegar Símans og GR, eða hvort ábyrgðin liggi fremur hjá gagnaðilum Símans. Verður þá m.a. horft til sanningsvilja aðila og/eða skorts á honum og hvort krafa Símans um óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti GR hafi falið í sér sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni. PFS telur sig hafa með ítarlegri gagnaöflun við meðferð málsins, þar sem málsaðilum hefur verið veitt fjölmörg færi á að reyna að ná samningum og koma sjónarmiðum sínum á framfæri, skapað fullnægjandi grundvöll til að framkvæma ofangreint mat með forsvaranlegum hætti.

Að lokum kemur til skoðunar hvort Símanum hafi staðið til boða önnur úrræði en að semja við Vodafone og/eða GR, til að forðast framangreint ástand. Verður þar fyrst og fremst horft til lausnar við dreifingu myndefnis sem kennd er við OTT (e. Over the Top), þ.e. dreifikerfi á sjónvarpi í gegnum internetið (streymisþjónusta).

2. *Málavextir*

Í viðauka með ákvörðun þessari getur að líta ítarlega málavaxtalýsingu og vísast til hennar. Í umfjöllun um þá þætti málsins er snúa að Vodafone, GR, OTT og viðurlögum hér að neðan getur enn fremur að líta stuttar málavaxtalýsingar þar sem nauðsyn ber samhengis vegna.

3. Lagaumhverfi

3.1. Almenn um fjölmiðlalög

Þann 15. apríl 2011 samþykkti Alþingi lög um fjölmiðla, nr. 38/2011. Um var að ræða nýja heildarlöggjöf um starfsemi fjölmiðla hér á landi. Í 1. gr. getur að líta markmiðsákvæði laganna. Þar segir að markmið laganna sé að stuðla að tjáningarfrelsi, rétti til upplýsinga, fjölmiðlalæsi, fjölbreytni og fjölræði í fjölmiðlun sem og að efla vernd neytenda á þeim vettvangi. Ennfremur að koma á samræmdri löggjöf á vettvangi fjölmiðlunar óháð því miðlunarformi sem notað er. Í greinargerð frumvarpsins með þessari grein segir að frumvarpinu sé ætlað að taka til hljóð- og myndmiðlunar í víðtækustu merkingu.

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

Í 2. gr. er fjallað um skilgreiningar hugtaka, þ.m.t. myndmiðlun, 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.“

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.“

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

„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.“

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.

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.

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

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.

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.

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.

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

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.

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

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 þöntun.

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

3.2. Almennt um ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga

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 nái fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki ekki samkomulagi um slíkt, sbr. 46. og 47. gr. laganna.

Eins og að ofan greinir er að finna ákvæði um flutningsrétt á myndefni í 45. gr. laganna. Fjallar 1. mgr. um flutningsrétt og nánari skilyrði fyrir honum. Í 2. mgr. er kveðið á um seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Í 3. mgr. er fjallað um staðbundinn flutningsrétt og í 4. mgr. er kveðið á um að við kaup á sjónvarpsefni sé fjölmiðlaveitu skylt að semja svo við 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 myndskaiðum af viðburðum sem vekja mikinn áhuga meðal almennings. Tvær síðastgreindu málgreinarnar bættust við 45. gr. fjölmiðlalaga með 12. gr. laga nr. 54/2013.

Ljóst er að 1. - 3. mgr. 45. gr. fjalla um eiginlegan flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á myndefni fjölmiðlaveitu. Önnur ákvæði kaflans fjalla um atriði sem tengjast ekki hinum eiginlegu flutningsréttarreglum eða að minnsta kosti ekki með beinum hætti, þ.e. umrætt bannákvæði, ákvæði um kaup á sjónvarpsefni og ákvæðin um stuttu myndskaiðin er fjalla um samskipti tveggja fjölmiðlaveitna en ekki samskipti fjölmiðlaveitu annars vegar og fjarskiptafyrirtækis hins vegar. Ákvæði 4. – 7. mgr. 45. gr. hefðu því getað verið í sérstökum lagaákvæðum í fjölmiðlalögunum þar sem engin rökbundin nauðsyn virðist vera fyrir því að þau séu staðsett í umræddri 45. gr. fjölmiðlalaga.

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.

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

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

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

(áður 365 miðlar) hefur sterka stöðu sem stærsti fjölmiðlaþjónustuveitandinn á þessum markaði. Þar er um að ræða flestar einkareknar íslenskar sjónvarpsstöðvar og einkaréttarsamninga á vinsælu erlendu íþróttæfni, svo sem ensku knattspyrnunni og Formúlu 1. Fyrirtækin sem um ræðir eru í dag með samninga um dreifingu sjónvarpsútsendinga hvort við annað. Það var þó ekki fyrr en eftir að samkeppnisyfirvöld höfðu sett skilyrði vegna samruna fjölmiðla- og fjarskiptafyrirtækjanna að samningar um gagnkvæma dreifingu komust á. Því þarf að tryggja að áfram verði í boði flutningur á sjónvarpsútsendingum ótengdra fyrirtækja og ekki síst þarf að huga að möguleikum nýrra fjölmiðlaþjónustuveitenda til þess að koma útsendingum sínum til notenda.“

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

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

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

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

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

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

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.

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

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

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

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

Í 5. mgr. 45. gr. er að finna ákvæði sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í greinargerð með 45. gr. kemur ennfremur 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 fjölmiðlaþjónustu- veitendur 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 aðrar 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.“

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

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

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

Ákvæði 2. mgr. sömu greinar hljóðar svo:

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

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

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

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

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

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

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.

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 kærð, enda mætti færa fyrir því rök að stjórnvaldssektir væru í flestum tilvikum líklegri til að ná fram markmiðum laganna en hefðbundin refsing.

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*.

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 löginn 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.

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 frumvarps-athugasemdum 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.

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

Brot á öðrum ákvæðum VII. kafla 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.

Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. laganna kemur fram að brot gegn umræddum ákvæðum sæti aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kærðu 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.

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.

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

Í 3. mgr. kemur fram að ákvæði IV. – VII. kafla stjórnsýslulaga skuli ekki gilda um ákvörðun um að kæra mál til lögreglu. Þess má geta að í IV. kafla stjórnsýslulaga 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 kærueimild. Hins vegar gilda önnur ákvæði stjórnsýslulaga við töku slíkrar ákvörðunar, þ.m.t. rannsóknarregla, jafnræðisregla og meðalhófsregla.

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

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

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

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 ákvarðaði endurgjald fyrir flutninginn. RÚV taldi sér ekki skylt að greiða fyrir flutninginn þar sem félagið hafði ekki óskað eftir honum.

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.

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 túlkum 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 efnis 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 aukið 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

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.

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.“

Ennfremur kom fram að ljóst væri að nú stýttist 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.

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

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. Ennfremur 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.

Í máli Símans kom m.a. fram að PFS bæri að vísa umræddri kvörtun Vodafone frá, þar sem stofnunin skorti valdheimildir til að taka slíka ákvörðun. Þetta væri augljóst þegar afdráttarlaus niðurstaða myndi liggja fyrir um það að hliðrað áhorf og frelsisþjónusta teldist ólínuleg myndmiðlun.

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 fjarskipanet að flytja efni fjölmiðlaveitu og flutningsrétt, sbr. 45. gr. laganna, þ.e. skyldu fjölmiðlaveitu um að veita fjarskiptafyrirtæki heimild til að flytja dagskrá veitunnar á fjarskiptaneti þess. Þá er enn fremur kveðið á um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds náí fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki ekki samkomulagi um slíkt, sbr. 46. og 47. gr. laganna.“

Eins og að ofan greinir er að finna ákvæði um flutningsrétt á myndefni í 45. gr. laganna. Fjallar 1. mgr. um flutningsrétt og nánari skilyrði fyrir honum. Í 2. mgr. er kveðið á um seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Í 3. mgr. er fjallað um staðbundinn flutningsrétt og í 4. mgr. er kveðið á um

að við kaup á sjónvarpsefni sé fjölmiðlaveitu skylt að semja svo við rétthafa að flytja megi sjónvarpsefnið um öll stafraen fjarskiptanet. Í 5. mgr. er svo að finna það ákvæði sem mál þetta varðar, þ.e. að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í 6. og 7. mgr. getur loks að líta ákvæði er varða samskipti fjölmiðlaveitna að því er varðar aðgang að stuttum myndskaiðum af viðburðum sem vekja mikinn áhuga meðal almennings.

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

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.

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.

Þá kemur 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 lögnum. 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.

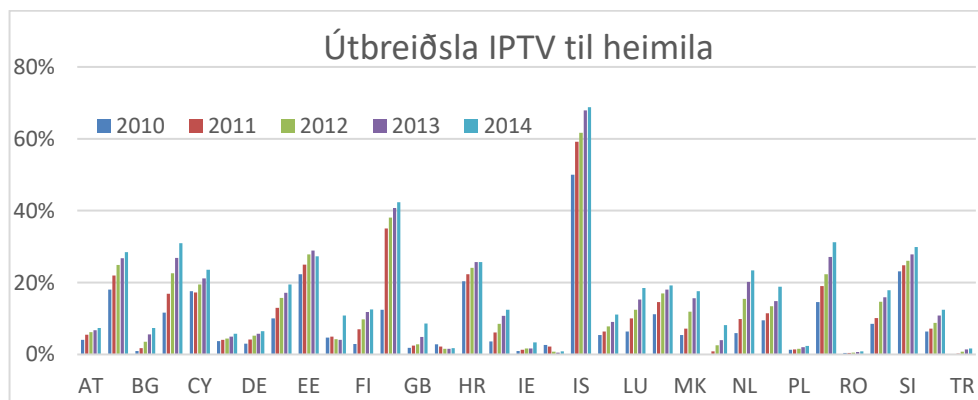
er PFS því ekki að kveða á um það að Vodafone eigi flutningsrétt á ólínulegu myndefni skv. 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda er túlkun á síðargreinda ákvæðinu ekki til umfjöllunar í máli þessu.“

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.

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.

Í umræddri ákvörðun gat ennfremur 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 þekkið 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“ áskrifendum 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 vörufleittna (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 þjónustuhætti 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 skadlegri áhrif myndu hljóttast af slíku fyrirkomulagi. Slík staða myndi skada 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.“

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 fyrir 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.

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 nýtti þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur 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.

Þá kom fram niðurstöðu PFS:

„Að ofangreindu virtu er ljóst að ákvæði 5. mgr. 45. gr. hefur að geyma sjálfstæða bannreglu, sem ætlað er víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér. Í greinargerðinni er þannig talað um að brjóta upp lóðrétt eignarhald á „efni“ og að koma í veg fyrir að framboð á „efni“ sé bundið við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur að gera

notendum kleift að velja bæði „myndmiðlunarefni“ og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Þarna er augljóslega átt við sjónvarpsefni en ekki aðeins sjónvarpsútsendingar. Sjónvarpsefni getur bæði verið í formi rauntíma sjónvarpsútsendingar eða ólínulegrar myndmiðlunar.“

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

PFS 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.

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 nytu stjórnarskrárverndar 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar. Öll sömu sjónarmið og PFS hefði lagt til grundvallar í þeirri ákvörðun ættu við í þessu máli. PFS væri 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.

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 gagnaðila 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 þrengjandi lögskýringu í þessu tilviki. Hvergi í umræddri ákvörðun PFS er fjallað um að beita beri þrengjandi lögskýringu við skýringu á umræddu bannákvæði eða önnur ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga sem ekki varða flutningsrétt eða flutningsskyldu með beinum hætti. Að ofansögðu virtu getur ekki verið um neitt brot á jafnræðisskyldu að ræða af hálfu PFS.“

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.

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 ræða fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki.

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.

Í niðurstöðu PFS kom fram að framangreint væri rétt hjá Símanum eins langt og það næði. Eins og fjölmiðlanefnd hefði bent á í álitinu 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.

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.

Um þetta sagði PFS:

„Vangaveltur sem þessar hafa að sjálfsgöngu 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 aðgangneti 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

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.

Í úrskurðinum er m.a. gerð grein fyrir athugasemdum PFS við framangreinda kærú Símans. Í kærúnni hefði Síminn m.a. haldið því fram að PFS hefði með hinni kærðu ákvörðun brotið gegn lögmætisreglu 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 dagskráefni 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.“

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.“

Og ennfremur:

„... 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.“

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 (lögmatísreglan).

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 lögmatísreglu stjórnsluréttar. 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 stjórnsluviðurlögum þeim sem kveðið er á um í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.“

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 stöð í fjölmiðlalögum, sbr. ákvæði 5. mgr. 45. gr. og 3. mgr. 54. gr. laganna.

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.

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. Lögjafinn hefði valið að skipa í eina grein, sem skipt væri í málsgreinar, mismunandi efnisákvæðum um þær skyldur sem hvíldu á fjölmiðlaveitum.

Þá segir í úrskurði úrskurðarnefndar:

„Í ljósi framangreinds verður ekki talið að löggjafinn hafi haft í huga sjónvarpsútsendingar eingöngu, þegar notast var við víðtækara 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.“

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

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. fjölmiðlaga, var staðfest.

Dómurinn kvaðst þurfa að leysa yrði 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.

Féllst dómurinn því ekki á að afstaða PFS til gildissviðs ákvæðisins fæli í sér ákvörðun í sjálfstæðu stjórnslumáli. Með henni hefði stofnunin einungis verið að leita svara við þeirri kröfu Símans að vísa bæri frá kröfu Vodafone. Ákvörðun um að vísa stjórnslumáli frá væri stjórnsluákvörðun, því með henni væri endir bundinn á mál. Ákvörðun um að hafna frávísunarkröfu væri í raun ákvörðun um að taka mál til meðferðar. Sú ákvörðun leiddi stjórnslumálið hins vegar ekki til lykta. Samkvæmt 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga yrði ákvörðun sem ekki bindur enda á mál ekki kærð fyrr en málið væri til lykta leitt.

Þess má geta að Síminn skaut framangreindri úrlausn héraðsdóms ekki til æðra dómstigs innan kærufrests og því mun ekki reyna á gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fyrir dómstólum, nema þá hugsanlega í tengslum við málskot á endanlegri efnislegri ákvörðun PFS eða eftir atvikum endanlegum efnislegum úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

4.6. Ákvörðun PFS nr. 13/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu

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 hliðraðri myndmiðlun efnis Sjónvarps Símans. Yrðu þeir

endanotendur sem vildu horfa á hliðraða myndmiðlun á sjónvarpsefni Sjónvarps Símans því að skipta yfir á fjarskiptakerfi Mílu á höfuðborgarsvæðinu¹. 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.

Þá taldi PFS ennfremur 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.

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.

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

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 stjórnarsýslumáli 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 stjórnarsýslumálum bæri að skýra rúmt yrði að telja varhugavert að hnekkja því mati PFS að GR og Vodafone kynnu að hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn stjórnarsýslumálsins.

¹ Síminn kærði umrædda ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Í skriflegri greinargerð PFS til nefndarinnar í tengslum við þá kærðu 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 samkeppinnar í fjarskiptum.

5. Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

5.1. Almenn

Mál þetta varðar meint brot Símanns hf. (Síminn) á 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 fjölmiðlalögum kom fram að þeim kafla laganna sem fjallaði um reglur um flutning myndefnis (VII. kafli) væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndmiðlunarefni 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 fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Aðilar að málinu eru fjórir, þ.e. Síminn, Míla ehf. (Míla), Sýn hf. (Vodafone) og Gagnaveita Reykjavíkur ehf. (GR).

Síminn rekur bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi. Fjölmiðlaveitan samanstendur af Sjónvarpi Símanns (áður SkjárEinn), sem sendir út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun) og efnisveitunni Sjónvarp Símanns Premium (ólínuleg myndmiðlun eða myndmiðlun eftir pöntun). Síminn stundar síðan fjölþætta fjarskiptastarfsemi, bæði á smásölu- og heildsölustigi, og starfrækir m.a. IPTV sjónvarpsdreifikerfi, sem býður m.a. upp á framangreinda þjónustuþætti Sjónvarps Símanns. 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.

Vodafone stundar einnig fjarskiptastarfsemi, ásamt því að starfrækja fjölmiðlaveitu. Vodafone hefur starfrækt ólínulegu efnisveituna Vodafone Play, auk þess sem félagið keypti á árinu 2017 tilteknar eignir og rekstur 365 miðla ehf., þ.m.t. sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2 og Stöð 2 Sport og ólínulegu efnisveituna Stöð 2 Maráþon Now. 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. Um 80% heimila hér á landi nýta sér slíka tækni og hefur hlutfallið farið síhækkandi síðustu ár, þrátt fyrir tilkomu OTT tækni við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum.

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.

Ágreiningurinn í Vodafone þætti málsins snýr fyrst og fremst að því að frá og með haustinu 2015 hefur viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun

ofangreinds sjónvarpsefnis Símans eins og raunin var fyrir þann tíma. Þeir notendur sem hafa kosið að kaupa aðgang að slíkri þjónustu hafa því þurft að vera í viðskiptum við Símann.

Ágreiningurinn í GR þætti málsins snýr að því að Síminn hefur ekki boðið upp á umrædda ólínulegu myndmiðlun á kerfi GR, heldur aðeins á kerfum dótturfélagsins Mílu og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni. Því hafa þeir notendur sem kosið hafa að nýta sér ljósleiðaranet GR á höfuðborgarsvæðinu, og annars staðar á starfssvæði GR, ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun, nema þá að kaupa einnig aðgang að VDSL eða ljósleiðartengingum Mílu.

Það liggur því fyrir að þeir tugþúsundir notenda, sem nýta sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og eru viðskiptavinir Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, hafa nú í vel á þriðja ár ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans.

Vodafone telur að með því að bjóða einungis upp á ólínulega myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á IPTV kerfi Símans, sem aðeins er starfrækt á undirliggjandi fjarskiptaneti Símasamstæðunnar, Mílu, og tilteknum öðrum smærri fjarskiptanetum, en ekki á fjarskiptaneti GR sem starfrækir stærsta ljósleiðaranet landsins til heimila, brjóti Síminn gegn umræddu bannákvæði. Ofangreind ólínuleg myndmiðlun felst m.a. í efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium og hliðraðri myndmiðlun á línulegri dagskrá Sjónvarps Símans, þ.m.t. svokallað tímaflakk. Þeir sem áhuga hafi á að horfa á umrætt myndefni utan hefðbundinna sjónvarpsútsendingatíma geti ekki gert það á IPTV kerfi Vodafone, sem bæði er starfrækt á neti Mílu og GR. Þar af leiðandi geta viðskiptavinir á ljósleiðaraneti GR, hvort sem þeir séu einnig viðskiptavinir Vodafone eða annarra fjarskiptafyrirtækja, ekki nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun Sjónvarps Símans. Því gætu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans þurft að færa viðskipti sín yfir til Símans til að nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun. Vodafone óskaði á fyrri stigum málsins eftir aðgangi að þjónustubáttum sem nefndir hafa verið Frelsi (almennt 28 daga hliðrun) og tímaflakk (almennt 24-36 klst. hliðrun) en í júní 2016 óskaði félagið einnig eftir aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium í heild eða að hluta.

Kröfugerð Vodafone gengur því út á að Síminn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu félagsins að fjarskiptanetum Símasamstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi standi ekki til boða í gegnum IPTV fjarskiptanet Vodafone. Að sögn Vodafone hefur háttsemin ekki einungis áhrif á viðskiptavini Vodafone Sjónvarps, heldur ráði í mörgum tilvikum einnig úrslitum um kauphegðun þeirra sem hafa val á milli ljósleiðara GR og grunneta Mílu sem burðarlags. Hegðunin raski því einnig samkeppnisstöðu GR og allra þeirra fjarskiptafyrirtækja sem nýta sér ljósleiðara GR sem burðarlag.

GR telur sömuleiðis að Síminn brjóti gegn bannreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, m.a. með því að koma í veg fyrir að Vodafone fái aðgang að umræddu ólínulegu myndefni Símans. Með því að gera það að skilyrði fyrir umræddri þjónustu, að viðskiptavinir notist við fjarskiptakerfi Símasamstæðunnar, sé fjölmiðlaveitan Síminn að beina viðskiptavinum til tengds fjarskiptafyrirtækis, Mílu, í skilningi umrædds ákvæðis. Með umræddri háttsemi sé Síminn að skilyrða framboð myndefnis við ákveðið fjarskiptanet í skilningi umrædds ákvæðis og þar með að misnota þá aðstöðu sem skapast af lóðréttu eignarhaldi samstæðunnar, sem umræddu ákvæði hefði einmitt verið ætlað að koma í veg fyrir. Ljóst mætti vera að með þessari háttsemi Símans væri

vinsælt myndefni notað til að beina viðskiptum yfir á ákveðið fjarskiptanet, til tengds fjarskiptafyrirtækis. Framboð á tilteknu vinsælu myndefni væri semsagt eingöngu í boði fyrir þjónustuveitendur á smásölustigi ef þeir skiptu við fjarskiptanet Símasamstæðunnar, þ.e. Mílu og önnur smærri staðbundin net. Slík skilyrði hefðu vitaskuld áhrif á eftirspurn neytenda eftir þjónustu Vodafone, en ekki síður hefði þetta áhrif á samkeppni í grunnfjarskiptum og raskaði samkeppni á milli fyrirtækja á því stigi markaðarins, þ.e. á milli GR og Mílu. Þessi háttsemi gerði það að verkum að grunnnetin fengju ekki að keppa á eigin verðleikum hvað varðaði gæði og flutningsgetu, heldur réði efnisframboð á sjónvarpsmarkaði því hvaða flutningsleið væri valin.

Síminn hafnar því alfarið að hafa brotið gegn umræddu ákvæði fjölmiðlalaga og bendir á að ekki sé kveðið á um flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitna í 1. mgr. 45. gr. né 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá telur Síminn sig hafa sýnt sanningsvilja, bæði gagnvart Vodafone og GR, en samningar hafi ekki tekist á viðskiptalegum forsendum. Það sama væri ekki hægt að segja um Vodafone og GR, sem með óbilgjörnum kröfum sínum hafi komið í veg fyrir að samningar hafi náðst. Vodafone hefði aðeins viljað notast við smásöllumínus aðferð (e. retail minus) í tengslum við aðgang að umræddu ólínulegu sjónvarpsefni Símans, en Síminn telur það ekki koma til greina og vill byggja á lágmarksgreiðslum (e. minimum guarantee) eins og almennt tíðkast við kaup á myndefni að mati félagsins. Í tilviki GR hefði félagið synjað Símanum um þann óvirka aðgang (e. Passive Access) sem Síminn hefði óskað eftir að ljósleiðaraneti GR og aðeins boðið Símanum bitastraumsaðgang, sem ekki henti félaginu. Beiðni Símans um óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti GR hafði verið sanngjörn og eðlileg beiðni sem GR hefði átt að fallast á.

Míla styður svo málatilbúnað Símans í málinu.

Í málinu liggur fyrir að það ástand hefur verið uppi síðan 1. október 2015, sem umræddu 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. 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 þjónustupáttum, á sama tíma og félagið setti á laggirnar ólínulegu efnisveituna Sjónvarp Símans Premium, sem ekki var í boði fyrir Sjónvarp Vodafone eða viðskiptavinum þá sem nota ljósleiðara GR sem burðarlag. Ástand þetta skapaðist vegna áhrifa lóðréttis eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki. Markmið ákvæðisins samkvæmt frumvarpsathugasemdum var að draga úr áhrifum slíks lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum með þeim hætti að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður, sem hvort tveggja hefðu yfirráð yfir myndefni og dreifikerfi, gætu bundið aðgang að efninu við ákveðin fjarskiptanet.

Við úrlausn málsins þarf því að leggja mat á þá hegðun Símans sem átti sér stað á haustdögum 2015 þegar sjónvarpsstöðin SkjárEinn var gerð að opinni frístöð, ólínulega efnisveitan Sjónvarp Símans Premium var samhliða sett á laggirnar og viðskiptavinum Vodafone bauðst ekki lengur aðgangur að ólínulegri myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans, ásamt því að leggja mat á athafaleysi og/eða athafnir Símans allar götur síðan. Verður þá meðal annars að meta hvort það sé Símasamstæðan sem beri ábyrgð á því að ekki hafi um samist á milli annars vegar Símans og Vodafone og hins vegar Símans og GR, eða hvort ábyrgðin liggja fremur hjá gagnaðilum Símans. Verður þá m.a. horft til sanningsvilja aðila og/eða skorts á honum og hvort krafa Símans um óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti GR hafi falið í sér sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni. PFS

telur sig hafa með ítarlegri gagnaöflun við meðferð málsins, þar sem málsaðilum hefur verið veitt fjölmörg færi á að reyna að ná samningum og koma sjónarmiðum sínum á framfæri, skapað fullnægjandi grundvöll til að framkvæma ofangreint mat með forsvaranlegum hætti.

Að lokum kemur til skoðunar hvort Símanum hafi staðið til boða önnur úrræði en að semja við Vodafone og/eða GR, til að forðast framangreint ástand. Verður þar fyrst og fremst horft til lausnar við dreifingu myndefnis sem kennd er við OTT (e. Over the Top), þ.e. dreifikerfi á sjónvarpi í gegnum internetið (streymisþjónusta).

Eins og fram kemur í kafla 4 hér að framan hefur á fyrri stigum verið leyst úr tilteknum þáttum málsins, sbr. ágreiningi um valdheimildir PFS (lögmætisreglan) í tengslum við umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, ágreining um gildissvið þeirrar lagagreinar, ásamt ágreiningi um aðild og lögmæta hagsmuni Vodafone og GR.

Þar kemur fram að í ákvörðun PFS nr. 3/2016 hafi stofnunin komist að þeirri niðurstöðu að hún hefði valdheimildir til að túlka umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að ákvæðið tæki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar. Þetta hefði verið staðfest með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016. Í úrskurðinum sagði m.a.:

„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 stjórnsluviðurlögum þeim sem kveðið er á um í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.“

Ennfremur kom fram í framangreindum 4. kafla að PFS hefði með ákvörðun nr. 13/2016, komist að þeirri niðurstöðu að bæði GR og Vodafone nytu aðildar að málinu og að með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 hefði nefndin staðfest þá ákvörðun PFS. Í þeim úrskurði hefði nefndin komist að þeirri niðurstöðu að í ljósi þess hvers eðlis málið væri og að aðildarhugtak í stjórnsýslumálum bæri að skýra rúmt, yrði að telja varhugavert að hnekkja því mati PFS að GR og Vodafone kynnu að hafa lögvarða hagsmuni af úrslausn málsins.

Í þeirri ákvörðun sem hér er til umfjöllunar mun því ekki reyna á umrædd atriði, heldur vísast hér með til umræddra ákvarðana PFS og úrskurða úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála hvað þau atriði varðar.

5.2. Krafa Símans um að PFS láti af meðferð málsins á meðan samskonar ágreiningur er til meðferðar hjá dómstólum - *Litis pendens áhrif*

5.2.1. Málsmeðferðarákvörðun PFS um frestun máls

Með málsmeðferðarákvörðun, dags. 27. mars 2017, tók PFS þá ákvörðun að láta af frekari meðferð málsins, að því er varðaði kröfu Vodafone um meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, á meðan samskonar ágreiningur væri til meðferðar fyrir dómstólum.

Nánar tiltekið hafði Síminn, með bréfi dags. 22. ágúst 2016, krafist þess að PFS fjallaði ekki um ágreining Símans og Vodafone að svo stöddu vegna „*litis pendens*“ áhrifa, þar sem nákvæmlega sami ágreiningur væri til meðferðar hjá héraðsdómi og á sama lagagrundvelli og um sömu háttsemi í lögbannsmáli aðila. Vodafone mótmælti þessari kröfu Símans og taldi það rangt hjá Símanum að um sömu kröfugerð væri að ræða í dómsmálinu og stjórnarsýslumálinu. Hið rétta væri að í dómsmálinu væri ein af málsástæðum Vodafone sú að Síminn hefði með háttsemi sinni brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Það var niðurstaða PFS að einsýnt væri að Vodafone byggði sýknukröfu sína í lögbannsmálinu m.a. á því að Síminn hefði með háttsemi sinni brotið gegn umræddri lagagrein. Kæmist dómurinn að þeirri niðurstöðu að í sjónvarpsdreifisamningi aðila fælist ekki réttur til handa Vodafone til aðgangs að ólínulegu efni Sjónvarps Símans, þyrfti hann mögulega að taka afstöðu til þess hvort Síminn hefði brotið gegn umræddu ákvæði. Með öðrum orðum gæti komið til þess að dómurinn þyrfti að túlka umrætt ákvæði. Samskonar ágreiningur væri til meðferðar hjá PFS, þ.e. ágreiningur á milli sömu aðila, um sömu háttsemi og á sama lagagrundvelli. Af stjórnarsýslufordæmum væri ljóst að ekki skyldi fjalla efnislega um mál fyrir tveimur handhöfum ríkisvalds á sama tíma, þ.e. fyrir dómstólum annars vegar og stjórnvöldum hins vegar. Þar sem dómstólar væru rétt hærrí handhafar ríkisvalds myndi PFS ekki fjalla frekar um kröfu Vodafone um meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga á meðan sá ágreiningur væri fyrir dómstólum.

5.2.2. Málsmeðferðarákvörðun PFS um áframhaldandi málsmeðferð

Með bréfi PFS til málsaðila, dags. 8. nóvember 2017, tilkynnti PFS um að stofnunin hefði ákveðið að fallast á kröfu Vodafone um að taka málið á ný til efnislegrar meðferðar og úrlausnar.

Fram kom að með bréfi Vodafone til PFS, dags. 12. júní 2017, hefði félagið krafist þess að PFS endurskoðaði afstöðu sína til frestunar málsins meðan framangreint lögbannsmál væri til meðferðar hjá Hæstarétti og tæki málið til efnislegrar meðferðar og úrlausnar. Síminn og Míla hefðu lagst gegn umræddri kröfu Vodafone, en GR ekki látið hana sig ekki.

PFS hefði fengið Trausta Fannar Valsson, dósent við lagadeild Háskóla Íslands og sérfræðing í stjórnarsýslurétti, til að vinna fyrir sig álitserð þar sem lögfræðileg afstaða yrði tekin til þess hvort rétt hefði verið af PFS, og hugsanlega skylt, að fresta meðferð málsins út frá reglum stjórnarsýsluréttar um *litis pendens* áhrif og hvort þau áhrif, hefðu þau verið til staðar, væru enn fyrir hendi að gengnum héraðsdómi í ofangreindu lögbannsmáli frá 28. apríl 2017, þar sem lögbannið hefði verið staðfest, og framkominni áfrýjun á þeim dómi til Hæstaréttar.

Helstu niðurstöður álitsgjafa hefðu verið að tveir aðskildir aðilar á vegum ríkisins ættu almennt ekki að fjalla um og leysa úr *sama ágreiningsefninu*, sem varðaði sömu málsatvikin og á sama lagagrundvelli, á sama tíma. Borgararnir ættu rétt á að bera mál er vörðudu réttindi þeirra og skyldur að lögum undir dómstóla og þegar mál hefðu verið til lykta leitt af dómstólum væru stjórnvöld, eins og aðrir, bundin af þeim úrlausnum. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar, er fjallaði m.a. um valdmörk dómstóla og stjórnvalda, framkvæmdu stjórnvöld lögin en dómstólar dæmdu um lögmati stjórnarathafna. Ef lög hefðu sérstaklega falið stjórnvöldum það hlutverk að framfylgja tilteknum bannákvæðum laga og taka matskenndar stjórnvaldsákvæðanir á þeim grundvelli,

myndu dómstólar almennt ekki taka til umfjöllunar hvort þeim tilteknu lagaákvæðum hefði verið réttilega framfylgt af hálfu einkaaðila nema við endurskoðun viðkomandi stjórnarathafnar.

Þá hefði komið fram í umræddri álitagerð að reglan um *litis pendens* væri fyrst og fremst réttarfarsregla, en gildi þó í stjórnarsýslurétti sem ólögfest regla við tilteknar aðstæður. Nærtækara væri þó að leysa úr því álitamálinu út frá meginreglunni um valdmörk dómstóla og stjórnvalda.

Ennfremur að þegar ákveðið og afmarkað sakarefni væri til úrslausnar bærs stjórnvalds og alveg (eða nokkurn veginn alveg) sama sakarefnið væri síðan jafnframt lagt til úrslausnar hjá dómstólum þá kynni stjórnvaldinu að vera heimilt að fresta meðferð málsins þar til endanleg niðurstaða dómstóla um það lægi fyrir. Það væri því aðeins í fremur þröngt afmörkuðum tilvikum sem stjórnvöldum væri heimilt að fresta lögbundinni málsmeðferð á grundvelli ofangreindrar reglu og almennt aðeins ef um *sama efnislega viðfangsefnið* væri að ræða. Við nánari beitingu reglunnar í einstökum og afmörkuðum tilvikum yrði að horfa sérstaklega til þess hvernig sett lög, almannahagsmunir og réttaröryggi og hagsmunir þeirra einkaaðila sem í hlut ættu spiluðu saman og kynnu að hafa áhrif á það hvernig rétt væri að beita henni. Kvæðu sett lög ekki skýrt á um þetta væri um heildstætt mat að ræða. Horfa þyrfti til réttinda borgaranna og gæti vilji málsaðila til frestunar skipt miklu máli. Þá yrði að horfa til þess að stjórnvöldum væri í vissum tilvikum falið eftirlit með því að einkaaðilar framfylgdu lögum, s.s. tilteknum háttennisreglum. Oft væri um matskenndar ákvarðanir að ræða sem ekki yrðu bornar undir dómstóla fyrsta kastið heldur aðeins til endurskoðunar á ákvörðunum stjórnvalda. Grundvöllur þessa sjónarmiðs, sem byggðist m.a. á valdmörkum dómstóla og stjórnvalda, hefði komið fram í fjölmörgum dómum Hæstaréttar.

Að mati álitsgjafa væri þýðing ofangreinds fyrir viðfangsefnið sú að þrátt fyrir að einkaaðili hefði gert tilraun til að koma ágreiningi fyrir dómstóla, þar sem málatilbúnaður eða hluti hans væri sá sami og á reyndi í stjórnarsýslumáli, þá yrði ekki talið réttmætt af hálfu stjórnvalds að fresta málsmeðferð stjórnarsýslumálsins ef fyrirséð væri að dómstóll myndi ekki taka afstöðu til málsins á þeim grundvelli sem væri fyrir hendi í stjórnarsýslumálinu. Þótt dómsmálið og stjórnarsýslumálið sem hér um ræddi virtust við fyrstu sýn sambærileg, kæmi þó í ljós við nánari könnun að í þessum tveimur málum væri ekki til meðferðar sama sakarefnið. Annars vegar reyndi á gildi samnings og inntak hans (dómsmálið) og hefði niðurstaða dómsmálsins einvörðungu þýðingu fyrir lögskipti aðila þess máls. Hins vegar reyndi með almennari hætti á það hvort Síminn hefði með háttsemi sinni brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga (stjórnarsýslumálið).

Að lokum taldi álitsgjafi að gögn málsins og sá lagagrundvöllur sem PFS væri markaður við umfjöllun um flutningsrétt myndefnis samkvæmt fjölmiðlalögum benti til þess, sbr. dómafordæmi, að það væri *fremur ólíklegt*, með hliðsjón af 2. gr. stjórnarskrár, að dómstóll teldi það falla að hlutverki sínu að taka beina afstöðu til þess hvort bannregla 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið brotin í máli einkaaðila, án þess að það yrði byggt á endurskoðun á ákvörðun PFS þar að lútandi, og eftir atvikum úrskurðarnefndar eða meðferðar sakamáls.

PFS lagði ofangreind sjónarmið álitsgjafa til grundvallar ákvörðunar um hvort fallast bæri á kröfu Vodafone um að stofnunin tæki málið á ný til meðferðar.

Varðandi mat á því hvort málatilbúnaður Vodafone í dómsmálinu væri sambærilegur eða sá sami og félagið byggði á í stjórnarsýslumálinu, kom fram í umræddri málsmeðferðar-ákvörðun að PFS væri sammála því mati álitsgjafa að hér væri ekki um að ræða alveg, eða nokkurn veginn alveg,

sama sakarefnið eða viðfangsefnið í dómsmálinu annars vegar og stjórnslumálinu hins vegar. Þar af leiðandi væri málatilbúnaður Vodafone ekki eins í málunum tveimur. Í stjórnslumálinu væri málsástæða Vodafone sú að Síminn hefði frá því að lögbannið hefði verið lagt á félagið í desember 2015 brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga. Það mál væri því mjög víðtækt og varðaði ekki aðeins hagsmuni málsaðila, þ.e. Símans, Vodafone, GR og Mílu, heldur einnig mikilvæga almannahagsmuni sem PFS væri ætlað að standa vörð um og lýstu sér m.a. í því að neytendur ættu að geta valið sér fjarskiptanet án þess að takmarka um leið möguleika sína til aðgangs að sjónvarpsefni, í þessu tilviki aðgangs að ólínulegu sjónvarpsefni. Brot gegn bannákvæði þessu gætu auk þess varðað sektum eða þaðan af harðari refsingum, en á slíkt myndi ekki reyna í lögbannsmálinu.

Dómsmálið hefði hins vegar aðeins varðað einkaréttarleg lögskipti Símans og Vodafone og snerist um hvort lögbann sem Síminn hefði fengið lagt á Vodafone í desember 2015 hefði verið réttmætt. Þar reyndi fyrst og fremst á túlkun höfundalaga og ákvæðis 60. gr. fjölmiðlalaga annars vegar og gildi sammings aðila og inntak hans hins vegar. Héraðsdómur hefði kveðið á um að lögbannið hafi verið lögmætt og byggt á því að um brot á höfundalögum og 60. gr. fjarskiptalaga hefði verið að ræða. Vörn sína hefði Vodafone fyrst og fremst byggt á þeirri málsástæðu að sjónvarpsdreifisamningur aðilanna, sem runnið hefði sitt skeið á enda í maí 2016, hefði heimilað Vodafone ólínulega myndmiðlun á efni sjónvarpsstöðva Símans. Dómurinn hefði ekki fallist á það. Það hefði svo verið eins konar auka málsástæða hjá Vodafone, að ef samningurinn heimilaði ekki umrædda myndmiðlun, hefði Síminn engu að síður gerst brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og 11. gr. samkeppnislaga (misnotkun á markaðsráðandi stöðu). Héraðsdómur hefði ekki talið sér heimilt að taka ákvörðun um slíkt brot fyrsta kastið, þar sem niðurstöður PFS og Samkeppniseftirlitsins hefðu ekki legið fyrir. Afstaða dómsins væri í samræmi við umfjöllun álitsgjafa þess efnis að það væri einungis í verkahring dómstóla að endurskoða stjórnarhafnir stjórnvalda en ekki að ganga inn á verksvið stjórnvalda og taka ákvarðanir sem samkvæmt 2. gr. stjórnarskrá heyrðu undir stjórnvöld. Auk þess að varða aðeins lögmæti lögbanns í lögskiptum þessara tveggja aðila væri þessi málsástæða einnig takmörkuð í tíma, þ.e. varðaði aðeins samning á milli aðila sem runnið hefði sitt skeið á enda í maí 2016. Hið meinta brot Símans í stjórnslumálinu stæði hins vegar enn yfir að mati Vodafone.

Að ofangreindu virtu hefði PFS talið einsýnt, eftir nánari athugun, að sama, eða nokkurn veginn sama sakarefnið eða viðfangsefnið væri ekki til meðferðar hjá dómstólum annars vegar og PFS hins vegar.

Því næst hefði PFS lagt mat á það hverjar líkurnar væru á því að málsástæða Vodafone um 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga kæmi til úrlausnar í væntanlegum dómi Hæstaréttar í lögbannsmálinu. Álitsgjafi hefði fært fram sannfærandi rök fyrir því að gögn málsins og sá lagagrundvöllur sem PFS væri markaður við umfjöllun um flutningsrétt myndefnis samkvæmt fjölmiðlalögum benti til þess, sbr. dómafordæmi, að það væri *fremur ólíklegt*, með hliðsjón af 2. gr. stjórnarskrár, að dómstóll teldi það falla að hlutverki sínu að taka beina afstöðu til þess hvort bannregla 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið brotin í máli einkaaðila, án þess að það yrði byggt á endurskoðun á ákvörðun PFS þar að lútandi, og eftir atvikum úrskurðarnefndar eða meðferðar sakamáls.

PFS hefði verið sammála þessu mati. Héraðsdómur hefði þegar hafnað því að taka afstöðu til meints brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, og væri sú afstaða dómsins í samræmi við ofangreind sjónarmið í álitgerðinni. Brot á umræddri grein gætu varðað sektum og/eða fangelsi og yrði að

teljast óhugsandi að dómstóll færi að beita slíkum úrræðum fyrsta kastið. Að mati PFS myndi dómstóll aðeins endurskoða slíkar matskenndar ákvarðanir eftirlitsstjórnvaldsins PFS. Slíkar ákvarðanir myndu byggjast á sérfræðilegu mati og víðtækri þekkingu sem PFS byggir yfir, en dómstólar ekki. Að sama skapi yrði að teljast afskaplega langsótt að ætla að dómstóll myndi fjalla um kröfu Vodafone um að Síminn hefði með háttsemi sinni brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og þannig misnotað meinta markaðsráðandi stöðu sína, án þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem væri sérfræðistjórnvaldið á því sviði, lægi fyrst fyrir.

Þá hefði komið fram í umræddri málsmeðferðarákvörðun PFS að álitsgjafi hefði sérstaklega getið þess að þrátt fyrir að einkaaðili hefði gert tilraun til að koma ágreiningi fyrir dómstóla, þar sem málatilbúnaður eða hluti hans væri sá sami og á reyndi í stjórnslumáli, þá yrði ekki talið réttmætt af hálfu stjórnvalds að fresta málsmeðferð stjórnslumálsins ef fyrirséð væri að dómstóll myndi ekki taka afstöðu til málsins á þeim grundvelli sem fyrir hendi væri í stjórnslumálinu. Þá hefði PFS verið sammála þeirri ályktun álitsgjafa að mat um það hvort brotið hefði verið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga og að hvaða leyti væri fyrsta kasti hjá PFS en ekki dómstólum. Ennfremur að það væri einvörðungu í verkahring dómstóla að taka afstöðu til þess hvort PFS hefði byggt afstöðu sína til ofangreindra atriða á lögum. Þá væri eftirfarandi umfjöllun í framangreindum dómi héraðsdóms í lögbanismálinu um málsástæðu Vodafone um 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga eftirtektarverð:

„Jafnvel þótt niðurstaða stjórnvalda sem fara með eftirlit á markaði um fyrrgreind álitaefni yrði stefnanda óhagfelld, myndi það eitt ekki þegar leiða til þess að stefnda væri heimilt, án atbeina stefnanda, að dreifa efni sjónvarpsstöðva í eigu hans með þeim hætti sem lögban var lagt við.“

Að mati PFS yrði að túlka þessa umfjöllun héraðsdóms svo að dómari hefði ýjað að því, að þó svo að PFS kæmist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í stjórnslumálinu, hefði það jafnvel engin áhrif á niðurstöðu lögbanismálsins. Að ofangreindu virtu hefði PFS talið einsýnt að Hæstiréttur myndi ekki taka afstöðu til meints brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fyrsta kastið á þeim grundvelli sem fyrir hendi væri í stjórnslumálinu hjá PFS.

Að lokum kom fram að PFS fengi ekki séð að ákvörðun um að taka málið að nýju til efnislegrar meðferðar og úrlausnar gæti á nokkurn hátt raskað grundvelli þess dómsmáls sem nú væri fyrir Hæstarétti og varðaði lögmæti fyrrgreinds lögbanis, né gæti hún leitt til þess að aðgangi aðila að dómstólum í málinu yrði raskað. Allir aðilar stjórnslumálsins gætu skotið endanlegri úrlausn PFS til dómstóla. Áhyggjur þessar hefðu verið raunhæfari ef PFS hefði komist að þeirra niðurstöðu að fallast ekki á kröfu Vodafone um áframhaldandi meðferð málsins. Slík niðurstaða hefði tafið verulega úrlausn stjórnslumálsins fyrir PFS og þannig gengið freklega gegn málshraðareglu stjórnslulaga og ákvæði um málshraða í 9. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

5.2.3. Niðurstaða PFS um áframhaldandi málsmeðferð

Málsaðilar hafa ekki sérstaklega mótmælt framangreindri málsmeðferðarákvörðun PFS, dags. 8. nóvember 2017, um að stofnunin hefði ákveðið að fallast á kröfu Vodafone um að taka málið á ný til efnislegrar meðferðar og úrlausnar.

Með vísan til þess rökstuðnings sem fram kom í framangreindri málsmeðferðarákvörðun staðfestir PFS hér með þá ákvörðun. Þar sem sú ákvörðun sem hér er til meðferðar bindur enda á málið hjá PFS, er málsaðilum unnt að kæra þennan þátt málsins til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála eða vísa til dómstóla.

5.3. Meint vanhæfi forstjóra og starfsmanna PFS í málinu

5.3.1. Krafa Símans um að forstjóri og starfsmenn PFS víki sæti við meðferð málsins vegna vanhæfis

Í bréfi Símans til PFS, dags. 22. ágúst 2016, kom fram að félagið teldi að forstjóri PFS hefði gert sig vanhæfan til að taka þátt í frekari málsmeðferð í málinu þar sem hann uppfyllti ekki sérstök hæfisskilyrði 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga, sér í lagi 6. tölul. Vanhæfi forstjóra ylli því að allir starfsmenn stofnunarinnar væru vanhæfir til málsmeðferðar í málinu. Í ársskýrslu PFS sem komið hefði út þann 15. júní 2016 hefði verið fjallað um það ágreiningsefni sem uppi væri í málinu. Þar segði í ávarpi forstjóra PFS undir lið sem bæri yfirskriftina „Grundvallarbreyting á sjónvarpsdreifingu“:

„Á árinu var slökkt á hliðrænu dreifikerfi RÚV og tók stafræn dreifing þá alfarið við. Stafræn dreifing á sér stað annars vegar með UHF dreifikerfi sem nær til yfir 99,7% landsmanna og hins vegar með fastlínukerfum í gegnum IPTV kerfi Vodafone og Símans eða með Appi eins og Sarpinum yfir hið almenna Internet. Ávinningur af stafrænum kerfum eru bætt gæði og fjölbreyttari gagnvirk þjónusta. Neytendur hafa aðgang að efni þegar þeim hentar, fara vinsældir ólínulegs áhorfs vaxandi og eru IPTV kerfi afar vinsæl hérlendis. Hafa verður þó í huga að IPTV kerfi eru í raun lokuð dreifikerfi, þ.e. þau eru einungis aðgengileg þeim sem sérstaklega kaupa aðgang að þeim. Því eru í fjölmiðlalögum ákvæði um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Er tilgangur ákvæðisins m.a. sá að tryggja neytendum frelsi til að velja t.d. aðgangsnæti án þess að skerða þar með valkosti þeirra við aðgang að tilteknu línulegu eða ólínulegu efni.“
(leturbreyting Símans)

Taldi Síminn augljóst að hér væri forstjóri PFS að vísa til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ummæli forstjórans um tilgang ákvæðisins ættu sér hins vegar ekki stoð í lagaákvæðinu sjálfu eða skýringum sem fylgdu með ákvæðinu í frumvarpi til fjölmiðlalaga. Orðalag forstjórans yrði hins vegar ekki skilið með öðrum hætti en þeim að afstaða hans til stjórnarsýslumáls sem beindist að Símanum og snéri að mögulegu broti á fjölmiðlalögum lægi nú þegar fyrir. Sérstaklega ámælisverð væri afstaða forstjórans þar sem hún fæli beinlínis í sér að hann byggði afstöðu sína hvorki á fjölmiðlalögum né heldur lögskýringargögnum og væri þar af leiðandi ómálefnaleg. Lægi sú afstaða fyrir án þess að Síminn hefði notið andmælaréttar í málinu og án þess að málið hefði verið rannsakað með fullnægjandi hætti.

Hafa yrði í huga í þessu sambandi að gerð væri krafa um að Síminn yrði beittur íþyngjandi viðurlögum með álagningu stjórnvaldssekta. Þegar svo bæri undir yrði óhlutdrægni þeirra sem fjölluðu um málið að vera hafin yfir allan vafa. Í athugasemdum með greinargerð sem fylgdi sem skýring með II. kafla stjórnarsýslulaga segði m.a. að í þessu sambandi væri rétt að hafa í huga að hinar sérstöku hæfisreglur hefðu ekki eingöngu að markmiði að koma í veg fyrir að ómálefnaleg sjónarmið hefðu áhrif á efni stjórnvaldsákvarðana, heldur væri þeim einnig ætlað að stuðla að því

að almenningur og þeir sem hlut ættu að máli gætu treyst því að stjórnvöld leystu úr málum á hlutlægan hátt.

Tilvitnað orðalag forstjóra PFS fæli það í sér að afstaða hans lægi fyrir að órannsökuðu máli. Að svo komnu máli gæti Síminn ekki treyst því að hann eða undirmenn hans hjá PFS leystu úr málinu á hlutlægan hátt. Setja yrði strangan mælikvarða í þessu máli því niðurstaða málsins gæti falið í sér verulega íþyngjandi ráðstafanir í garð Símans, auk þess sem hún kynni að hafa veruleg áhrif á rekstur félagsins til framtíðar. Yrði því að telja að ef forstjóri PFS og undirmenn hans vikju ekki sæti yrði ákvörðun í málinu haldin verulegum ógildingarannamarka.

5.3.2. Athugasemdir Vodafone við vanhæfiskröfu Símans

Í athugasemdum Vodafone, dags. 26. október 2016, við ofangreinda vanhæfiskröfu Símans kom fram að sjónarmið Símans um vanhæfi væru byggð á veikum grunni. Við blasti að ummæli forstjóra PFS, sem sett hefðu verið fram í ársskýrslu stofnunarinnar, væru almenns eðlis og þar væri ekki vísað til einstakra ágreiningsmála. Þegar af þeirri ástæðu bæri að hafna kröfu Símans um að forstjóri og starfsmenn PFS vikju sæti við meðferð málsins.

5.3.3. Niðurstaða PFS varðandi vanhæfiskröfu Símans

Það er grundvallarregla á sviði stjórnsýsluréttar að stjórnvaldsákvarðanir skuli byggðar á lögætum og málefnalegum sjónarmiðum. Í þessu felst annars vegar að mál skuli vera vel upplýst og rannsökuð áður en ákvörðun er tekin og hins vegar að huglæg afstaða stjórnvaldsins til úrlausnarefnisins skuli vera óhlutdræg og málefnaleg, t.d. byggji ekki á fyrirfram gefinni skoðun á úrlausnarefninu eða neikvæðri afstöðu til málsaðila sem haft getur mótandi áhrif á ákvarðanatökuna.

Í athugasemdum Símans er byggt á því að umfjöllun forstjóra PFS um þróun markaðar fyrir sjónvarpdreifingu hafi falið í sér beina afstöðu í stjórnsýslumáli sem varði Símann. Hafi afstaðan verið tekin að órannsökuðu máli og grundvelli sjónarmiða sem ná út fyrir ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og lögskýringargagna sem því tengjast. Þetta valdi vanhæfi forstjóra PFS og undirmanna hans til að leysa úr því máli sem hér um ræðir á grundvelli 1. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga, einkum 6. tölulíð málsgreinarinnar.

PFS getur ekki fallist á sjónarmið og lagarök Símans hvað þetta varðar. Leiðir sú niðurstaða af þeim almennu reglum sem gilda um sérstakt hæfi á sviði stjórnsýsluréttar og hins vegar á mati á þeirri umfjöllun forstjóra PFS sem eiga að valda meintu vanhæfi.

Í greinargerð þess frumvarps sem varð að stjórnsýslulögum nr. 37/1993 kemur fram að sá kafli laganna sem lýtur að *sérstöku hæfi* sé sniðinn að 5. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Þó má ráða það út frá ákvæði stjórnsýslulaga og skýringargagna að ekki séu gerðar jafn strangar hæfiskröfur til starfsmanna sem hafa stjórnsýslu með höndum og gerðar eru til dómara samkvæmt 5. gr. laga nr. 91/1993 um meðferð einkamála.²

² Dr. Páll Hreinsson, Stjórnsýslulögin – Skýringarit, útg. 1994 (bls-56-57)

Þar sem Síminn vísar til 6. töluliðar 1 mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga og telja verður að meint vanhæfi forstjóra PFS geti, út frá málatilbúnaði félagsins, einkum byggst á hinu matskennda skilyrði sérstaks hæfis sem þar er að finna, telur PFS tilefni til þess að horfa til almennra sjónarmiða um túlkun þess skilyrðis.

Almennt er talið að til að matskennda hæfisreglan geti átt við þurfi starfsmaður að hafa einstaklegra og persónulegra hagsmuna að gæta eða einhverra sem tengjast honum persónulega. Um þetta er fjallað í skýringarriti við stjórnarsýslulög nr. 37/1993, en um þetta segir:

„Til að starfsmaður teljist vanhæfur á grundvelli hinnar matskenndu hæfisreglu 6. tölul. verður yfirleitt að gera þá kröfu að hann eigi einstaklegra hagsmuna að gæta af úrlausn málsins, svo sem ágóða, taps eða óhagræðis. Hér koma til skoðunar hagsmunir venslamanna og annarra þeirra sem eru í svo nánum tengslum við starfsmanninn að almennt verður að telja hættu á að geti haft áhrif á hann. Þá verður eðli og vægi hagsmunanna að vera með þeim hætti að almennt verði talin hættu á að ómálefnaleg sjónarmið geti haft áhrif á ákvörðun í málinu.“³

Framangreind skilyrði fyrir því að vanhæfi á grundvelli hinnar matskenndu hæfisreglu geti verið að ræða eru ekki fyrir hendi í tilviki forstjóra PFS. Um er að ræða almenna umfjöllun um mögulega þróun á fjarskiptamarkaði í ársskýrslu PFS, sem Síminn setur í samhengi við tiltekið stjórnarsýslumál sem er til meðferðar hjá stofnuninni, sem forstjóri hennar hefur enga einstaklegra eða persónulega hagsmuni af. Því er ekki einu sinni haldið fram í málatilbúnaði Símans að þessi skilyrði séu fyrir hendi hvað varðar meint vanhæfi forstjóra PFS.

Sjónarmið Símans um meint vanhæfi forstjóra PFS byggir því fyrst og fremst á því að hann hafi tjáð fyrirfram gefna afstöðu til stjórnarsýslumáls sem sé til úrlausnar hjá stofnuninni. Liggur þá beinast við að skoða þau sjónarmið sem horfa ber til, samkvæmt reglum stjórnarsýsluréttarins, við mat á því hvort að ummæli starfsmanns varðandi atriði sem kunna að tengjast máli geti valdið vanhæfi hans. Almennt er litið svo á að starfsmaður verði ekki vanhæfur af þeirri ástæðu einni að hann hafi áður tjáð sig opinberlega um tiltekið mál.⁴

Hvað varðar þær aðstæður sem eru uppi í því máli sem hér um ræðir, að þá vill svo til að reynt hefur á svipaða kröfu Símans um meint vanhæfi forstjóra PFS við sambærilegar kringumstæður. Í því tilviki var um að ræða viðtal við forstjóra PFS í fréttum í tengslum við drög að ákvörðun stofnunarinnar um markaðsgreiningu og álagningu kvaða á Símann sem birt hefðu verið í opnu umsagnarferli. Vísaði forstjórinn þar til tilgangs fyrirhugaðrar ákvörðunar sem Síminn taldi að veldi vanhæfi hans, þar sem um væri að ræða fyrirframafstöðu til niðurstöðu stjórnarsýslumáls áður en andmæli félagsins lægju fyrir. Af því tilefni taldi PFS rétt að leita sérfræðialits á því hvort umrædd ummæli forstjóra stofnunarinnar hefðu valdið vanhæfi hans. Leitað var álits Dr. Páls Hreinssonar sem komst að eftirfarandi niðurstöðu:

„Rakið er að í stjórnarsýslurétti hefur lengst af verið byggt á því að starfsmaður verði ekki vanhæfur enda þótt hann hafi áður tjáð sig um mál opinberlega. Í álitsgerðinni eru reifuð bæði álit umboðsmanns og dómar sem styðja þá niðurstöðu. Þá er bent á að í athugasemdum við 3. gr. frumvarps þess, er varð að stjórnarsýslulögum nr. 37/1993, er tekin skýr afstaða til þessarar vanhæfisástæðu í ljósi ákvæða 4. og 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. ssl. Þar er hún einskorðuð

³ Dr. Páll Hreinsson, Stjórnarsýslulögin – Skýringarrit, útg. 1994 (bls. 72-73).

⁴ Dr. Páll Hreinsson, Hæfisreglur stjórnarsýslulaga, útg. 2005 (bls. 702)

við það þegar síðari umfjöllun um málið er til eftirlits eða endurskoðunar í þágu réttaröryggis. Sá varnagli er þó sleginn að starfsmaður geti orðið vanhæfur hafi hann áður komið fram á mjög persónulegan hátt. Sú undantekning, sem hér er bent á, snertir þær vanhæfisástæður, um að starfsmaður hafi t.d. gerst ber að óvild í garð málsaðila, sé honum mótsnúinn eða hafi sýnt af sér aðra framkomu af þeim toga. Í lögskýringargögnum er ekki vikið að þeim möguleika að starfsmaður verði vanhæfur af þeirri ástæðu einni að hann hafi tjáð sig opinberlega um málið. Þar sem umfjöllun í lögskýringargögnum um þessa vanhæfisástæðu er fremur útarleg, er nærtækt að draga þá ályktun að þessi vanhæfisástæða hafi almennt ekki verið talin koma til greina, í ljósi ríkjandi fræðikenninga á þeim tíma. Enda þótt framangreind lögskýringargögn og fordæmi verði tæplega talin koma í veg fyrir það að hægt sé í ákveðnum undantekningartilvikum að telja starfsmann vanhæfan af þessari ástæðu á grundvelli 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. ssl. verður að ætla að það komi einvörðungu til greina þegar samþætt mat á öllum aðstæðum mælir með því að gera beri mjög strangar hæfiskröfur.

...

Það er niðurstaða undirritaðs að þegar litið er til þeirra ummæla sem Síminn hefur bent á og látin voru falla af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar og forstjóra hennar hinn 27. september 2006 þá verði að telja að þau feli í meginatriðum ekki annað í sér en þá afstöðu sem fram kom hjá Póst- og fjarskiptastofnun í lokadrögum að markaðsgreiningu og drögum að ákvörðun sem birt var í samræmi við starfsskyldur sem á starfsmönnum stofnunarinnar hvíla hinn 8. september 2006. Af þeim sökum var talið að þessi ummæli gætu ekki hafa gert forstjóra Póst- og fjarskiptastofnunar vanhæfan til þess að taka endanlega ákvörðun um markaðsgreiningu á markaði 15 og ákvarðanir á grundvelli hennar.⁵

Af þessari álitserð má ráða að gera verði býsna strangar kröfur til þess að ummæli opinbers starfsmanns, jafnvel þó þau tengist tilteknu máli að einhverju leyti sem er til meðferðar, geti valdið vanæfi hans til að taka ákvörðun í því.

Eins og að framan hefur verið rakið þurfa ummæli starfsmanns að varða tiltekið mál sem hann hefur verulega, einstaklegra og persónulega hagsmuna að gæta við úrlausn á. Því er ekki að heilsa hvað varðar þau ummæli sem Síminn telur að valdi vanhæfi forstjóra PFS og starfsmanna stofnunarinnar.

Þau ummæli sem um ræðir varðar almenna skírskotun sem fram kemur í ávarpi forstjóra í ársskýrslu PFS fyrir árið 2015 um stöðu og horfur varðandi sjónvarpdreifingar hér á landi. Með umræddum ummælum var í reynd verið að draga saman í hnotskurn umfjöllun um sjónvarpsmál sem er að finna í meginmáli ársskýrslunnar á bls. 14-15.⁶ Þar er verið að fjalla um ágreiningsmál um sjónvarpdreifingu sem hafði komið til kasta stofnunarinnar á árinu 2016, sbr. ákvörðun nr. 3/2016 frá 11. apríl 2016, eða um tveimur mánuðum áður en hin umþrættu ummæli forstjóra féllu í umræddri ársskýrslu PFS. Byggði umfjöllun í ársskýrslunni á forsendum sem reifaðar voru í umræddri ákvörðun og höfðu þannig áður birst opinberlega. Ef skoðaður er texti ákvörðunar PFS nr. 3/2016, sem umfjöllun ársskýrslunnar byggir á og forstjóri PFS vísar til í inngangi hennar, þá er nánast um að ræða orðréttu tilvísun í ákvörðunina, sbr. eftirfarandi:

„Af þessari stöðu má sjá að sterk staða IPTV sjónvarps hér á landi býður þeirri hættu heim að hægt sé að „loka“ áskrifendum inni á tilteknu fjarskiptaneti í krafti þess efnis sem þar stendur til boða. Þessi áhrif verða meiri því hærri sem markaðshlutdeild IPTV sjónvarps er

⁵ Dr. Páll Hreinsson, Álitserð um sérstakt hæfi forstjóra Póst- og fjarskiptastofnunar frá 27. mars 2007.

⁶ Sjá ársskýrslu PFS fyrir árið 2015: https://www.pfs.is/library/Skrar/PFS-skrar/arsskyrslur-PFS/Arsskyrsla_PFS_2015_vefutg.pdf

sem hlutfall af sjónvarpsdreifingu í viðkomandi landi og því áhugaverðara sem sjónvarpsefnið er sem einskorðast við tiltekin fjarskiptanet. Þá hefur vægi vörufléttna (e. bundling) í fjarskiptum aukist mjög mikið í Evrópu og hér á landi á síðustu árum og líklegt er að sú þróun haldi áfram. Þetta lýsir sér í því að neytendur kjósa í síauknum mæli að versla alla 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.“⁷

Af þessu má sjá að því fer fjarri að tilvísun forstjóra PFS í forsendur ákvörðunar sem stofnunin hafði þá nýlega tekið, sem auk þess var síðar staðfest fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, sbr. úrskurð nr. 3/2016 frá 21. nóvember 2016, geti valdið vanhæfi hans og starfsmanna stofnunarinnar til að taka ákvörðun í því máli sem hér um ræðir. Sérstaklega er bent á líkindi þeirrar orðanotkunar í ummælum forstjóra PFS, sem Síminn telur ástæðu til að feitletra í tilvísun sinni til ummæla forstjóra PFS, við það orðalag sem er að finna í lokamálslið í tilvitnaðan texta ákvörðunar PFS nr. 3/2016.

Þá getur PFS ekki heldur fallist á sjónarmið Símans um að ummælin sem höfð eru eftir forstjóra PFS séu umfram þau sjónarmið sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga og skýringar við það ákvæði byggja á og feli þannig í sér ámælisverða afstöðu hans. Í ákvörðun PFS nr. 3/2016 er fjallað um tilgang umrædds lagaákvæðis, m.a. eins og það birtist í viðeigandi lögskýringargögnum, auk þess sem álit fjölmiðlanefndar liggur fyrir í þessum efnum, sbr. bréf dags. 29. febrúar 2016. Í umsögn fjölmiðlanefndar er m.a. dreginn fram tilgangur þess kafla fjölmiðlaga sem hefur að geyma flutningsákvæðin og tengd ákvæði, þ.m.t. bannreglu 5. mgr. 45. gr. lagnanna, en þar segir eftirfarandi:

„Þá segir í greinargerð um VII. kafla laganna að ákvæðum kaflans sé ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Þannig sé ákvæðum um flutningsskyldu og flutningsrétt ætlað að tryggja að notendum standi til boða fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þeir þurfi að tengjast mörgum fjarskiptanetum auk þess sem þeim sé ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstædur fyrirtækja sem hafi bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum noti þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðið fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald).“

Í álit fjölmiðlanefndar er sem sagt vísað til þess að markmið þess kafla fjölmiðlalaga, sem hefur að geyma það ákvæði sem reynir á í þessu máli, sé m.a. að stuðla að aðgangi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni. Með öðrum orðum er tilgangur bannreglunnar m.a. að koma í veg fyrir mögulega skerðingu á valkostum neytenda á aðgangi að tilteknu línulegu eða ólínulegu efni, sbr. þau orð sem höfð eru eftir forstjóra PFS. Símann og PFS hafði greint á um hvort umrætt ákvæði tæki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar og hafði PFS komist að þeirri niðurstöðu skömmu áður en hin tilvitnuðu ummæli forstjóra PFS féllu að ákvæðið næði til hvoru tveggja. Ekkert var því óeðlilegt við það að forstjóri PFS léti hafa eftir sér í umræddri ársskýrslu að ákvæðið næði bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar. Það var svo síðar staðfest af úrskurðarnefnd. Forstjóri PFS

⁷ Ákvörðun PFS nr. 3/2016, bls. 47.

sagði hins vegar ekkert um hvort Síminn hefði brotið gegn umræddu ákvæði. Verður því með engu móti séð að téð ummæli séu í ósamræmi við umætt lagaákvæði og lögskýringargögn sem því fylgja.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða PFS að hvorki séu fyrir hendi nauðsynleg formskilyrði vanhæfis né hafi efni þeirra ummæla, sem höfð eru eftir forstjóra PFS, falið í sér fyrirframgefna afstöðu til þess stjórnáskilumáls, sem hér er til úrlausnar, með þeim afleiðingum að það valdi vanhæfi hans og starfsmanna PFS til að leysa úr málinu. Kröfu Símanns er því hafnað hvað þetta varðar.

5.4. Krafa Símans um að PFS sé bundin af sáttarákvörðunum Samkeppniseftirlitsins og Símasamstæðunnar

5.4.1. Krafa Símans um að PFS sé bundin af sáttarákvörðunum Samkeppniseftirlitsins og Símasamstæðunnar

Í bréfi Símans til PFS, dags. 22. ágúst 2016, kom fram að Síminn byggði á því að Samkeppniseftirlitið (SE) hefði, eftir álitsumleitan hjá PFS, veitt félaginu ívilnandi rétt til að hafna því að flytja Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Með ákvörðun SE nr. 6/2013, sem breytt hefði verið með ákvörðun SE nr. 6/2015, hefði Síminn gert sátt við SE og gengist við tilteknum skilyrðum. Við málsmeðferð í málinu hefði SE haft náið samstarf við PFS og leitað reglulega sjónarmiða PFS í ferlinu öllu.

Þó svo að ákvarðanirnar hefðu verið formlega teknar af SE hefði framkvæmd málsmeðferðar hins vegar verið sú að í raun hefði verið um að ræða sameiginlegar ákvarðanir SE og PFS þar sem PFS hefði staðið með SE að endanlegri niðurstöðu málsins. Jafnframt hefði PFS verið falið ákveðið hlutverk og vald eins og að nefndarmenn í eftirlitsnefnd um jafnan aðgang yrðu ekki skipaðir nema með samþykki PFS. PFS hefði því verið beinn þátttakandi í framangreindum ákvörðunum.

Vodafone hefði haldið því fram að Síminn bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að sjónvarpsþjónusta Símans væri einungis aðgengileg yfir aðgangsnét dótturfélagsins Mílu. Þessu væri hafnað. Ákvæðið fæli einfaldlega ekki í sér skyldu til þess að bjóða sjónvarpsþjónustu yfir öll möguleg aðgangsnét. Í framangreindri sátt hefði sérstaklega verið fjallað um aðgang að Sjóntvarpi Símans í 15. gr. Þar kæmi fram að með heildsöluaðgangi að Sjóntvarpi Símans væri átt við aðgang fjarskiptafyrirtækja að Sjóntvarpi Símans yfir aðgangskerfi Símans og aðgangsnét Mílu. Í 5. mgr. kæmi svo skýrt fram að Símanum væri ekki skylt að afhenda Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu.

Þá kæmi skýrt fram í sáttinni að SE hefði ekki talið forsendur til þess að gera Símanum það skylt, umfram Vodafone, að afhenda Sjóntvarp Símans til dreifingar yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. SE hefði hins vegar tekið fram að slíkur aðgangur væri æskilegur til framtíðar litið, ekki síst með það að markmiði að skapa fjarskiptafyrirtækjum sem ekki byggðu starfsemi sína á eigin netkerfum betri samkeppnisaðstæður. Augljóslega væri æskilegt að slíkur aðgangur væri byggður á viðskiptalegum hvötum og forsendum allra viðskiptaaðila. Þá hefði komið fram í máli SE að ætla yrði að þessi mál myndu koma til umfjöllunar í tengslum við frekari mótun fjarskiptamarkaðar, m.a. á vettvangi PFS, en SE hefði átt viðræður við PFS við vinnslu sáttarinnar.

Síminn teldi að sátt sem félagið hefði gert við SE, og í raun PFS einnig, væri bindandi fyrir PFS hvað þetta varðaði. Fjölmiðlalög nr. 38/2011 hefðu þegar öðlast gildi við gerð sáttarinnar. Í öllu falli yrði að telja það fráleita niðurstöðu að tekin yrði ákvörðun sem væri í beinni andstöðu við umrædda sátt, þar sem hlutverk PFS hefði verið mjög veigamikil. Slík ráðstöfun fæli það í raun í sér að PFS afturkallaði ákvörðun SE með einhliða ákvörðun. PFS hefði því ekki valdheimildir til að taka ákvörðun í beinni andstöðu við ákvörðun annars stjórnvalds sem væri í fullu gildi.

Heimild SE sem kvæði á um að Símanum væri ekki skylt að afhenda Sjónvarp Símans yfir önnur aðgangsnét fæli í sér ívilnun gagnvart Símanum. Ákvæði PFS á grundvelli 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að Símanum væri skylt að afhenda Sjónvarp Símans yfir kerfi GR, væri í raun um að ræða afturköllun ívilnandi stjórnvaldsákvörðunar sem annað stjórnvald hefði tekið. Ljóst væri að skilyrði 25. gr. stjórnsýslulaga til afturköllunar umræddrar stjórnsýsluákvörðunar væru ekki uppfyllt.

Sýndi framangreint hversu fráleitt það væri ef PFS ætlaði nú, í andstöðu við ákvörðun SE og fyrirmæli stjórnsýslulaga, að taka ákvörðun sem myndi hafa þau réttaráhrif að ívilnandi þáttur stjórnvaldsákvörðunar yrði afturkallaður einhliða af öðru stjórnvaldi en því sem veitt hefði hin ívilnandi réttindi, þrátt fyrir að hin ívilnandi ákvörðun hefði verið tekin að undangenginni álitsumleitun og samþykki þess sama stjórnvalds, þ.e. PFS.

Í samræmi við þau sjónarmið sem fram kæmu í tilvitnaðri umfjöllun um 15. gr. sáttarinnar um að æskilegt væri að samið yrði um aðgang Sjónvarps Símans að ljósleiðaraneti GR, byggt á viðskiptalegum hvötum og forsendum allra viðskiptaaðila, hefði Síminn átt í viðræðum við GR um slíkan aðgang. Hefðu þær viðræður ekki enn skilað árangri. Mætti það fyrst og fremst rekja til þess að GR væri ekki reiðubúin að veita aðgang að kerfi sínu á sambærilegum forsendum og með sambærilegum skilmálum og Mílu væri gert að veita aðgang að sínu neti og í samræmi við sambærilega samninga sem gerðir hefðu verið við önnur fyrirtæki, eins og Tengir. Þrátt fyrir að samningaumleitunir við GR hefðu hingað til ekki skilað árangri sýndu þær engu að síður að vilji Símans stæði til þess að veita Sjónvarp Símans yfir það net, reyndist unnt að gera það á ásættanlegum viðskiptalegum forsendum.

Síminn byggði ennfremur á því að sjónarmið um réttmætar væntingar styddu það að ekki yrði vikið frá ákvörðun SE sem tekin hefði verið með fulltingi PFS. Síminn hefði réttmætar væntingar til að ætla að ívilnandi þáttur stjórnvaldsákvörðunar héldi gildi sínu einungis rúmu ári eftir að sátt hefði verið undirrituð með nýrri ákvörðun. Brot gegn meginreglunni um að horfa yrði til réttmætra væntinga málsaðila gæti falið í sér ógildingarannamarka að stjórnsýslurétti. Af sama meiddi væru sjónarmið um skyldu stjórnvalda til vandaðra stjórnsýsluhátta.

Síminn hefði einsett sér að starfa eftir umræddri sátt og hefði samstarf við stjórnvöld þar að lútandi verið með ágætum. Það væri hins vegar afar sérkennilegt og í raun óhugsandi ef PFS ætlaði nú að rjúfa sáttina með ákvörðun um að hún stæðist ekki gagnvart fjölmiðlalögum. Væri það einnig í andstöðu við allan aðdraganda og forsendur fyrir gerð sáttarinnar. Til að fara yfir þau sjónarmið sem rakin hefðu verið hér að framan teldi Síminn nauðsynlegt að óskað yrði eftir umsögn SE um framangreint.

5.4.2. Athugasemdir Vodafone

Í bréfi Vodafone til PFS, dags. 26. október 2016, kom fram að Síminn hefði gert grein fyrir því að Samkeppniseftirlitið (SE) hefði með ívilnandi hætti veitt Símanum rétt til að hafna því að flytja Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Þetta væri útaf fyrir sig mikilvæg fullyrðing því hér viðurkenndi Síminn í fyrsta sinn að hafa hafnað Vodafone um aðgang að umræddum þjónustubáttum Sjóntvarps Símans, nema með heildsöluaðgangi um kerfi Mílu. Við þessum sjónarmiðum Símans væri hins vegar einfalt svar. SE gæti ekki með stjórnvaldsákvörðun veitt Símanum heimild til að haga sér í beinni andstöðu við ákvæði settra laga, þ.e. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Svo virtist sem SE hefði með ákvörðunum sínum nr. 6/2013 og 6/2015 yfirsést þetta ákvæði fjölmiðlalaga.

Ákvæði 5. mgr. 15. gr. ofangreindrar sáttar nr. 6/2015, sem kvæði á um að Símanum væri ekki skylt að afhenda Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu, gengi í berhögg við fyrirmæli umræddrar 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvörðunin virtist að þessu leyti í andstöðu við lögmætisreglu stjórnsluréttarins, en samkvæmt henni skyldu ákvarðanir stjórnvalda eiga stöð í lögum og vera í samræmi við lög. Þótt ákvörðunin kynni að vera ívilnandi fyrir Símann væri hún greinilega íþyngjandi fyrir Vodafone og aðra þá sem ættu lögvarðra hagsmuna að gæta. Allar íþyngjandi stjórnvaldsákvæðanir yrðu að byggja á og vera í samræmi við lög.

Þessu til viðbótar skyldi á það bent, að samkeppnislögin væru almenn lög en fjölmiðlalögin sérlög á afmarkaðra sviði. Þá væru fjölmiðlalögin yngri en samkeppnislögin. Hefðu stjórnvaldsákvæðanir SE átt stöð í almennum samkeppnislögum yrðu þau lög að víkja fyrir sérlögum um fjölmiðla, sem auk þess væru yngri, sbr. viðurkennd lögskýringarsjónarmið um samspil almennra laga og sérlaga og yngri laga og eldri.

Þegar um væri að ræða að stjórnvaldsákvörðun, sem gengi í berhögg við skýrt og afdráttarlaust bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, stæðist heldur ekki að Síminn gæti byggt á sjónarmiðum um réttmætar væntingar. Væntingar gætu einfaldlega aldrei verið réttmætar ef af þeim leiddi háttsemi sem væri í andstöðu við skýrt og afdráttarlaust bannákvæði laga.

Með vísan til ofangreinds virtist sem SE hefði ekki virt málefnaleg valdmörk við töku ákvæðana nr. 6/2013 og 6/2015. Hér væri því að öllum líkindum um valdþurrð að ræða að því er varðaði 5. mgr. 15. gr. síðarnefndu sáttarinnar og önnur tengd ákvæði sáttarinnar. Þegar brotnar væru reglur um málefnaleg valdmörk hefði slíkur annmarki í réttarframkvæmd ávallt verið talinn verulegur. Vísadist að öðru leyti um réttaráhrif valdþurrðar til kafla 10.14 í riti Páls Hreinssonar, „Stjórnsluréttur – málsmeðferð“, frá 2013. Af þessu leiddi að ákvarðanir SE gætu ekki ráðið neinu um úrslit þess máls sem nú lægi fyrir PFS að útkljá.

5.4.3. Athugasemdir Símans við umsögn Vodafone

Í bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember 2016, kom fram að félagið ítrekaði fyrri sjónarmið þess efnis að sátt Símasamstæðunnar við SE, og í raun PFS einnig, girtu fyrir að um brot gæti verið að ræða á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem Símanum hefði með umræddum ákvörðunum verið veittur ívilnandi réttur til að hafna því að flytja Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Umræddar ákvarðanir væru bindandi fyrir bæði PFS og SE.

Því hefði verið haldið fram í umsögn Vodafone að SE hefði við töku ofangreindra ákvæðana farið út fyrir valdsvið sitt og því væri um valdþurrð að ræða af hálfu SE. Síminn hafnaði þessu. Í

umræddum ákvörðunum SE kæmi fram að sættirnar byggðu á f-lið 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 22. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Lægi því fyrir að umræddar ákvarðanir SE byggðu á viðhlítandi lagastoð. Vodafone hefði hvorki kært tilvitnaðar ákvarðanir til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála né skotið þeim til dómstóla. Valdbærni SE hefði því ekki verið vefngd og væru þær því endanlegar um réttarstöðu aðila. Það fengi ekki staðist að stjórnsvlurétti að annað stjórnvald en það sem tekið hefði ákvörðunina ógilti hana.

Reglur PFS og SE um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála nr. 265/2001 hefðu það að markmiði að veita leiðbeiningar um meðferð og úrlausn mála sem fallið gætu bæði innan marka fjarskiptalaga og samkeppnislaga, og að vinna gegn hugsanlegri óvissu um valdmörk og lögsögu stofnananna. Í reglunum væru verkefni og starfsemi PFS og samkeppnisyfirvalda skilgreind með hliðsjón af þágildandi lögum. Síminn byggði á því að tilvitnaðar reglur giltu um starfsemi framangreindra stjórnvalda. Í 7. gr. væri fjallað um markatilvik. Þar kæmi fram að ef ekki væri skýrt hvort stjórnvaldið skyldi afgreiða erindi skyldi það metið í sameiningu hvort þeirra væri betur til þess fallið að afgreiða það. Þá kæmi fram í 9. gr. að stofnanirnar gætu ákveðið að taka mál sameiginlega til meðferðar. Jafnframt kæmi fram í 2. mgr. 10. gr. að SE skyldi ráðfæra sig við PFS áður en kveðið væri á um bókhaldslegan eða fjárhagslegan aðskilnað í rekstri fjarskiptafyrirtækja.

Eins og reglurnar bæru með sér, væri gert ráð fyrir því að SE og PFS skyldu hafa með sér samstarf þegar um væri að ræða ákvörðun sem hefði jafn viðamikil áhrif á fjarskiptafyrirtæki og fjarskiptamarkað og umræddar sáttaákvarðanir. Hið nána samstarf sem SE hefði haft við PFS við töku ákvarðananna væri í samræmi við framangreindar reglur. Í samræmi við það væri PFS fengið mikilvægt hlutverk við framkvæmd sáttarinnar og hefði sáttin tekið mið af skilgreiningu PFS á fyrirtækjum með umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum mörkuðum. Jafnframt hefðu verið lagðar á kvaðir um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri Símans. PFS hefði því verið beinn þátttakandi í ákvörðunum SE. Af þessu leiddi því að PFS gæti ekki upp á sitt einsdæmi tekið ákvörðun sem væri ósamrýmanleg fyrri ákvörðunum sem stofnunin hefði veitt sitt fulltingi til. Skipti engu máli í þessu sambandi að úrlausnarefnið varðaði fjölmiðlalög enda höfðu þau verið lögfest þegar tilvitnaðar sáttaákvarðanir voru teknar.

Kjarni umræddra reglna fæli því í sér að stæði PFS og SE sameiginlega að ákvörðun, þó hún væri formlega tekin af öðru stjórnvaldinu, myndi ákvörðunin binda hendur beggja stjórnvalda. Umræddar reglur og fylgispekt framangreindra stjórnvalda við þær gerði það því að verkum að PFS væri ófær um að taka ákvörðun sem væri ósamrýmanleg umræddum sáttaákvörðunum.

5.4.4. *Bréf PFS til Samkeppniseftirlitsins*

Með bréfi PFS til SE, dags. 14. nóvember 2016, sendi PFS SE öll gögn málsins til upplýsingar. Fram kom að teldi SE tilefni til að leggja fram umsögn í málinu væri það velkomið.

5.4.5. *Umsögn Samkeppniseftirlitsins*

Með bréfi, dags. 8. desember 2016, barst PFS umsögn Samkeppniseftirlitsins. Fram kom að SE vildi koma á framfæri umsögn í málinu sem takmarkaðist við hlutverk stofnunarinnar samkvæmt samkeppnislögum, enda ekki á verksviði SE að hafa eftirlit á grundvelli fjölmiðlalaga.

Samkeppniseftirlitið tók undir með Símanum að í sáttum SE og Símasamstæðunnar, sbr. ákvarðanir SE nr. 6/2013 og 6/2015, kæmi fram að Símanum væri ekki skylt að afhenda Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Í forsendum fyrri ákvörðunarinnar hefði aftur á móti einnig komið fram að Símanum væri eðlilega frjálst að afhenda Sjóntvarp Símans yfir önnur aðgangsnét yrðu taldar forsendur til þess af hálfu fyrirtækisins og hugsanlegs þjónustukaupanda. Einnig hefði komið fram að eftirlitið teldi það raunar æskilegt til framtíðar litið að Sjóntvarp Símans yrði afhent til dreifingar yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu, ekki síst með það að markmiði að skapa fjarskiptafyrirtækjum sem ekki byggðu starfsemi sína á eigin netkerfum betri samkeppnisaðstæður. Ekki hefði þar verið gerð sérstök aðgreining á línulegu og ólínulegu sjónvarpsefni líkt og Síminn virtist halda fram.

Framangreint ákvæði hefði verið sett inn í sáttina eftir viðræður Símans og SE í kjölfar þess að félagið hefði nefnt ýmsar ástæður þeirri kröfu sinni til stuðnings að Sjóntvarpi Símans yrði aðeins dreift á aðgangskerfum félagsins. Að mati Símans hefði slíkt m.a. verið háð ýmsum tæknilegum erfiðleikum, verið mjög kostnaðarsamt og ósanngjarnt m.t.t. þess að sambærileg skylda hvíldi ekki á Vodafone, sem að mati Símans væri markaðsráðandi aðilinn á þessum markaði. Helsta ástæðan hefði þó verið tæknilegs eðlis og að taka þyrfti tillit til þess til að tryggja gæði þjónustunnar. Ekki hefði verið hægt að tryggja fullnægjandi gæði ef dreifing færi ekki fram á aðgangskerfi sem Síminn hefði fullan aðgang að og stjórn á. Með hliðsjón af framangreindu hefði það verið mat SE að horfa þyrfti til framangreindra sjónarmiða í þessu efni.

SE hefði einnig tekið til skoðunar stöðu Símans og Vodafone á markaði fyrir dreifingu sjónvarps og komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri unnt að skylda Símann til að dreifa sjónvarpi sínu yfir dreifikerfi annarra á þeirri forsendu að félagið nyti ráðandi stöðu í dreifingu sjónvarpsefnis.

Að öllu framangreindu virtu hefði SE ekki talið forsendur til þess að gera Símanum það skylt að afhenda Sjóntvarp Símans til dreifingar yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Ekkert hefði komið fram um að það væri óheimilt, heldur þvert á móti frjálst og æskilegt til framtíðar litið. Þó væri það augljóslega æskilegt að slíkur aðgangur væri byggður á viðskiptalegum hvötum og forsendum allra viðskiptaáðila. Tekið hefði verið fram í forsendum ákvörðunarinnar að ætla mætti að þessi mál myndu koma til umfjöllunar í tengslum við frekari mótun fjarskiptamarkaðar, m.a. á vettvangi PFS.

Í bréfi Símans til SE, dags. 14. nóvember 2016, hefði komið fram að félagið hefði nú þegar samið við nokkur fjarskiptakerfi úti um land um að dreifa ólínulegu efni yfir þeirra kerfi og að þessir samningar hefðu verið gerðir á viðskiptalegum forsendum. Í ljósi þess virtust tæknilegar ástæður ekki lengur vera helsta ástæðan fyrir því að sjónvarpsþjónusta Símans skyldi aðeins dreift á aðgangskerfum félagsins. Síminn hefði náð viðskiptalegum samningum um flutning á sjónvarpsþjónustu sinni yfir önnur aðgangskerfi og sæi SE ekki ástæður fyrir því að samningar ættu ekki einnig að geta náðst við GR og Vodafone á viðskiptalegum grundvelli í þessu máli.

Við undirbúning á framangreindri sátt hefði SE leitað eftir sjónarmiðum PFS eftir því sem þörf hefði verið á. Hins vegar hefði alltaf legið fyrir að sátt Símasamstæðunnar og SE hefði ekki áhrif á lögsögu PFS eða framkvæmd fjarskiptalaga og eftir atvikum fjölmiðlalaga. Leiddi það af lögum og verkaskiptingu stofnananna að öðru leyti. Taka bæri fram í því sambandi að íhlutun SE samkvæmt umræddri sátt hefði falið í sér viðbrögð (ex post) við samkeppnishindrunum sem til staðar hefðu verið á markaðnum á þeim tíma og eftirlitið hefði leitt í ljós. Af þeim sökum hefði það

verið áréttað í sáttinni að hún hefði engin áhrif á lögsögu PFS samkvæmt lögum nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun um þau atriði sem heyrðu undir fjarskiptalög og afleiddar ákvarðanir á grundvelli fjarskiptalaga. Tæki sú áréttning óhjákvæmilega einnig til verkefna á grundvelli fjölmiðlalaga.

Með vísan til alls framangreinds teldi SE ljóst að ákvæði 15. gr. í ákvörðunarorðum ákvörðunar nr. 6/2015, gæti ekki staðið í vegi fyrir ákvörðunum PFS um túlkun og beitingu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

5.4.6. Athugasemdir Vodafone við umsögn SE

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 6. janúar 2017, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn SE frá 8. desember 2016. Fram kom að Vodafone teldi nauðsynlegt að fjalla um misvísandi hugtakanotkun í málatilbúnaði Símans, sem smitast hefði inn í umfjöllun málsaðila sem og SE. Þannig hefði Síminn byggt á því að túlkun PFS á umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga færi gegn 5. mgr. 15. gr. umrædda satta SE og Símasamstæðunnar. Í umræddri málsgrein kæmi fram að Símanum væri óskýlt að afhenda *Sjónvarp Símans* yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Símans.

Hugtakið *Sjónvarp Símans* í skilningi umræddra ákvarðana SE vísaði til *IPTV portals Símans*, sem þá hefði gengið undir heitinu *Sjónvarp Símans*. Haustið 2015 hefði verið gerð sú breyting, að sjónvarpsstöðinni Skjá Einum hefði verið nafnabreytt, samhliða framkvæmd á samruna Símans og Skjásins. Nú gengi sjónvarpsstöðin undir sama nafni og IPTV portal Símans, þ.e. *Sjónvarp Símans*. Á þeim tíma sem framangreindar ákvarðanir SE hefðu verið teknar á árunum 2013 og snemma árs 2015 hefði sjónvarpsstöðin því heitið *SkjárEinn* og því tækju umræddar ákvarðanir SE augljóslega ekki til hennar, heldur til IPTV portalsins. Um eðlisbreytingu væri að ræða sem gæti virkað mjög vísitandi.

Vodafone væri í máli þessu alls ekki að óska eftir aðgangi að IPTV portal Símans eins og ráða mætti af málatilbúnaði Símans. Ágreiningsefnið lyti þannig ekki að atvikum sem um væri fjallað í umræddri 5. mgr. 15. gr. sáttarinnar, heldur að þeirri háttsemi Símans (áður Skjásins) að koma í veg fyrir að viðskiptavinir Vodafone Sjónvarps (IPTV portal Vodafone) fengju aðgang að virðisaukandi þjónustubáttum sem gengið hefðu undir heitinu *Tímavél* og *Frelsi hjá Vodafone*. Þar væri um að ræða ólínulega myndmiðlun sjónvarpsstöðvarinnar *Sjónvarp Símans* (áður *Skjás Eins*).

Hverju sem þessu liði væri því allt að einu hafnað í umsögn SE að ákvæði umræddra satta hefðu áhrif á lögsögu PFS eða framkvæmd fjarskiptalaga og eftir atvikum fjölmiðlalaga. Með vísan til þessa hefði SE talið ljóst að umrætt ákvæði 5. mgr. 15. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar SE nr. 6/2015, gætu ekki staðið í vegi fyrir ákvörðunum PFS um túlkun og beitingu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

5.4.7. Athugasemdir GR við umsögn SE

Með bréfi GR til PFS, dags. 6. janúar 2017, bárust athugasemdir GR við framangreinda umsögn SE frá 8. desember 2016. Þar kom fram að í umsögn SE kæmi skýrt fram að niðurstöður stofnunarinnar í sattaákvörðunum frá 2013 og 2015 hefðu engin áhrif á lögsögu PFS samkvæmt lögum nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun og gætu á engan hátt staðið í vegi fyrir ákvörðunum PFS

um túlkun og beitingu á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá væri lögð áhersla á það í umsögninni að fram kæmi í forsendum umræddra ákvarðana SE að eftirlitið hefði talið það æskilegt til framtíðar litið að Sjónvarp Símans yrði afhent til dreifingar yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Eftirlitið hefði hins vegar ekki talið forsendur til þess á þeim tíma að þvinga slíkt fram á grundvelli samkeppnislaga með vísan til þeirra stjórnsýslumála sem til umfjöllunar hefðu verið.

Með vísan til framangreinds vildi GR ítreka þau sjónarmið sem félagið hefði áður sett fram í erindum sínum til PFS vegna ætlaðs brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um að SE hefði ekki í umræddum ákvörðunum skorið úr því álitafni sem hér væri til umfjöllunar, hvað þá PFS. Þessar ákvarðanir takmörkuðu því ekki að neinu leyti lögsögu PFS til þess að skera úr um hvort umrædd háttsemi Símans færi gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

5.4.8. Athugasemdir Símans við umsögn SE

Með bréfi Símans til PFS, dags. 9. janúar 2017, bárust stofnuninni athugasemdir Símans við framangreinda umsögn SE frá 8. desember 2016. Fram kom að í umsögn SE væri í raun tekið undir meginsjónarmið þau sem Síminn hefði haldið fram varðandi efnisþátt málsins. Þannig hefði SE staðfest að Símanum væri óskilyrt að afhenda sjónvarpsdreifikerfi sitt yfir aðgangsnét GR, en teldi þó æskilegt til lengri tíma litið að samið yrði um það á viðskiptalegum forsendum. Hefði eftirlitið nefnt að þar sem samningar hefðu tekist við aðra aðila um flutning á sjónvarpsþjónustu Símans yfir önnur kerfi ættu einnig að geta nást samningar við GR og Vodafone á viðskiptalegum grundvelli í þessu máli. Eins og fram hefði komið á fyrri stigum hefði Síminn sýnt vilja sinn til að semja við GR og Vodafone á viðskiptalegum forsendum. Teldi Síminn að samningsvilji félagsins hefði byggt að málefnalegum og sanngjörnum samningsforsendum. Skýringar á því af hverju samningar hefðu ekki náðst væri hins vegar að leita hjá GR og Vodafone.

5.4.9. Niðurstaða PFS

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 sem fjallar um sátt stofnunarinnar við Símasamstæðuna kemur fram, samkvæmt 1. gr., að markmið hennar sé verja og efla samkeppni í fjarskiptum hér á landi með því að vinna gegn samkeppnishömlum sem að mati Samkeppniseftirlitsins hafa stafað af aðgerðum og stöðu félaganna á fjarskiptamörkuðum og tengdum mörkuðum.

Af efnisákvæðum sáttarinnar er ljóst að þær ráðstafanir sem gerðar eru með henni til að ná þessu markmiði felast einkum í því að aðskilja að fullu rekstur og starfsemi Símans hf. og Mílu ehf., þ.e. skilgreina hvaða kerfisþættir í fjarskiptanetum samstæðunnar skuli falla undir hvort dótturfélag fyrir sig, skapa aðskilnað og sjálfstæði varðandi stjórnun félaganna, búa til umgjörð gagnsæis og jafnræðis og koma á fót innra eftirliti til að tryggja jafnan aðgang samkeppnisaðila að fjarskiptainnvíðum samstæðunnar. Þetta er sérstaklega orðað í c.-lið markmiðsákvæðisins, sbr. eftirfarandi:

„Tryggja skýran aðskilnað milli Símans og Mílu, sem og einnig milli reksturs heildsölu og smásölu Símans til að vinna gegn hagsmunaárekstrum innan félaganna og samstæðunnar og skapa nauðsynlegt viðskiptatraust milli félaganna og annarra fjarskiptafyrirtækja sem bæði eru keppinautar félaganna og háð þeim um viðskipti.“

Síminn heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi veitt félaginu ívilnandi rétt til að hafna því að flytja Sjónvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. PFS hafi tekið þátt í þessari ákvörðunartöku Samkeppniseftirlitsins og sé því bundin af henni og geti því ekki komist að niðurstöðu um að Síminn sé að brjóta 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga sem gangi gegn efnisákvæðum sáttarinnar. Við þetta sjónarmið Símans er ýmislegt að athuga, bæði að því er varðar efnislega túlkun á sáttinni og laga- og formskilyrðum sem m.a. lúta að valdmörkum og verkaskiptingu milli PFS og Samkeppniseftirlitsins.

PFS telur rétt að byrja á því að kanna efnislegan grundvöll fyrir sjónarmiðum Símans, þó svo að niðurstaða um þessa málsástæðu ráðist fyrst og fremst af laga- og formskilyrðum.

PFS getur ekki fallist á þann skilning sem Síminn leggur í sáttina samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Í fyrsta lagi telur PFS ekki rétt að um sé að tala um „ívilnandi rétt“ Símans til að hafna því að flytja Sjónvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Ef komist væri að niðurstöðu um brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri þannig verið að fella niður ívilnandi réttindi, samkvæmt málalíbúnaði Símans. En af almennum reglum stjórnsýsluréttar leiðar að það yrði að gjalda varhug við slíku.

Á hinn bóginn er það ekki réttur skilningur hjá Símanum að um sé að ræða ívilnandi réttindi félagsins. Með skilyrðum sáttarinnar var verið að leggja íþyngjandi kvaðir á Símasamstæðuna, einkum um aðskilnað á fjarskiptanetum í rekstri dótturfélaganna tveggja, þ.e. Símans og Mílu, sem m.a. laut að því að mæla fyrir um aðgangskvaðir að fjarskiptainviðum samstæðunnar. Hins vegar var ákveðið að láta aðgangskvöðina ekki taka til afhendingar á sjónvarpsdreifikerfi Símans yfir aðgangsnét annarra aðila. Í þessu felast engin ívilnandi réttindi, heldur einungis afmörkun á þeirri íþyngjandi kvöð sem lögð var á Símann.

Af umsögn Samkeppniseftirlitsins má ráða að ástæða þess að aðgangskvöðin var ekki látin ná til sjónvarpsdreifikerfis Símans hafi fyrst og fremst verið vegna meintra tæknilegra vandkvæða við að veita slíkan aðgang, fremur en um hafi verið að ræða sérstakt tillit til hagsmuna Símans (réttinda). Reyndar bendir Samkeppniseftirlitið á í umsögn sinni að svo virðist sem þessi meintu tæknilegu vandkvæði hafi ekki reynst vera fyrir hendi með vísan til þess að Síminn hafi náð viðskiptalegum samningum um flutning á sjónvarpsþjónustu sinni yfir önnur aðgangskerfi eftir gerð sáttarinnar. Í umsögninni er einnig vísað til forsendna sem lágu til grundvallar aðgangskvöðinni samkvæmt 15. gr. sáttarinnar, en um afhendingu á Sjónvarpi Símans til dreifingar á öðrum aðgangsnetum segir sérstaklega: „*Engu að síður er ljóst að slíkur aðgangur er æskilegur til framtíðar litið, ekki síst með það að markmiði að skapa fjarskiptafyrirtækjum sem ekki byggja starfsemi sína á eigin netkerfum betri samkeppnisaðstæður.*“ Miðað við ástæður þess að kvöðin tók ekki til afhendingar á Sjónvarpi Símans yfir á önnur aðgangsnét og þær forsendur sem Samkeppniseftirlitið gaf sér í því sambandi er ekki hægt að líta svo á að um sé að ræða einhver sérgreind og ívilnandi réttindi til handa Símanum.

Í öðru lagi verður að líta til efnislegs andlags þeirrar afmörkunar á aðgangskvöðinni um að láta hana ekki taka til skyldu Símans til að afhenda Sjónvarp Símans yfir á aðgangsnét annarra aðila. Mikilvægt er að gera sér grein fyrir að hér er átt við sjónvarpsdreifikerfið, þ.e. IPTV kerfið sjálft. Þetta virðist sömuleiðis vera skilningur Símans, sbr. eftirfarandi orðalag úr bréfi félagsins, dags. 9. janúar 2017, þar sem vikið er orðum að umsögn Samkeppniseftirlitsins, en þar segir: „*Þannig staðfestir Samkeppniseftirlitið að umbj. mínum sé óskýlt að afhenda sjónvarpsdreifikerfi sitt yfir*

fjarskiptanet yfir aðgangsnét GR...“ Afmörkun aðgangskvaðarinnar samkvæmt 5. mgr. 15. gr. sáttarinnar tekur því til dreifikerfisins, en ekki til þess sjónvarpsefnis sem dreift er á því. Ágreiningsefni þessa máls snýst hins vegar um hvort sú takmörkun á aðgangi að ólínulegu sjónvarpsefni Símans sem fyrir hendi er, þ.e. að aðgangurinn sé bundinn við fjarskiptanet Mílu eða óvirka nethluta tiltekinna annarra aðgangsneta sem eru í notkun Mílu, feli í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ákvæði sáttarinnar sem tiltekur að sjónvarpsdreifikerfi Símans falli ekki undir aðgangskvöðina breytir því engu um það hvort að Síminn sé mögulega að mismuna aðilum hvað varðar aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni félagsins með þeim hætti að það gangi í berhögg við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Samkvæmt framangreindu getur PFS hvorki fallist á að um sé að ræða ívilnandi réttindi Símans sem Samkeppniseftirlitið hafi veitt félaginu né heldur að þau séu þess efnis sem Síminn vill meina í samhengi við það mál sem er til úrlausnar í ákvörðun þessari. Hins vegar hlýtur úrlausn á þessari málsástæðu Símans ávallt að ráðast af laga- og formskilyrðum, sem nú verður vikið að.

Í fyrsta lagi telur PFS að krafa Símans, þess efnis að PFS hafi tekið þátt í og sé bundin af ákvörðunartöku Samkeppniseftirlitsins um sáttina og geti því ekki komist að niðurstöðu um að Síminn sé að brjóta 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga, sem myndi ganga gegn efnisákvæðum sáttarinnar, gefi tilefni til þess að fara yfir tiltekin grundvallaratriði í réttarheimildafræði lögfræðinnar. Í lögfræðinni er fjallað um sett lög í þrengri og rýmri merkingu. Í þrengri merkingu er um að ræða sett lög sem samþykkt eru á Alþingi, en í rýmri merkingu er um að ræða ýmiss stjórnvaldsfyrirmæli sem sett eru með stoð í lögum, t.d. reglugerðir, reglur og gjaldskrár. Skör lægra má flokka stjórnvaldsákvæðanir, sem hafa að geyma fyrirmæli um réttindi og skyldur borgara (einstaklinga eða lögaðila) í einstökum málum, sem hvort tveggja geta átt sér stoð í lögum eða í almennum stjórnvaldsfyrirmælum. Eins og með almenn stjórnvaldsfyrirmæli þurfa stjórnvaldsákvæðanir, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, ekki eingöngu að eiga sér stoð í lögum, heldur mega þær ekki stangast á við önnur lög í þrengri merkingu. Þannig stenst það ekki að fyrirmæli um réttindi og skyldur samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 gangi fram 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Reyndar er það ein grundvallarreglan í lögskýringum að túlka skuli lagaákvæði, stjórnvaldsfyrirmæli og einnig, eftir atvikum, fyrirmæli í stjórnvaldsákvörðunum, á þann veg að þau séu í samræmi við ákvæði annarra laga, eða a.m.k. stangist ekki með beinum hætti á við þau. Þetta á t.d. við um 5. mgr. 15. gr. sáttarinnar, en það ákvæði hennar, um að undaskilja afhendingu á Sjónvarpi Símans yfir á önnur aðgangsnét frá aðgangskvöðinni, verður ekki túlkað á þann veg að það heimili tiltekna háttsemi Símans sem talin yrði brjóta í bága við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Því fær umrædd túlkun Símans á efnislegru afmörkun á aðgangskvöðinni, sem vikið var að hér að framan, ekki staðist.

Í öðru lagi hafnar PFS því að hafa tekið sameiginlega ákvörðun með Samkeppniseftirlitinu varðandi sáttina við Símasamstæðuna, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, og að hún sé þannig bindandi fyrir PFS. Stofnunin bendir á að Samkeppniseftirlitið og PFS eru sjálfstæðar eftirlitsstofnar sem hvor um sig starfa samkvæmt lögum um þau málefnasvið sem undir þær heyrja. Þannig getur PFS ekki tekið ákvörðun, átt aðild að eða tekið ábyrgð á ákvarðanatöku á grundvelli samkeppnislaga og öfugt. Stjórnvald getur með athöfnum sínum ekki farið út fyrir það verksvið sem því er ákvarðað með lögum, en þá er talað um *valdþurrð*. Því er augljóst að PFS hafði hvorki

áform um né heimild til þess að taka sameiginlega ákvörðun með Samkeppniseftirlitinu með þeim afleiðingum að stofnunin hafi bundið hendur sínar varðandi túlkun og framkvæmd á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga.

Hitt er svo annað mál að PFS var Samkeppniseftirlitinu til aðstoðar varðandi tiltekna þætti varðandi útfærslu sáttarinnar. Helgast það af sérþekkingu PFS á viðfangsefninu og reynslu af því að móta aðgangskvaðir að fjarskiptainnvíðum. Aðstoð PFS fólst ekki í formlegri álitsgjöf, heldur fremur í samskiptum við Samkeppniseftirlitið á fundum þar sem rædd voru ýmiss álitæfni varðandi framkvæmd og útfærslu þeirra skilyrða sem Samkeppniseftirlitið hugðist setja. Þá er ljóst að PFS er ætluð tiltekin aðkoma að framkvæmd sáttarinnar, einkum við að samþykkja tilnefningu Símasamstæðunnar á fulltrúum í eftirlitsnefnd um jafnan aðgang (EJAF). Til að taka af allan vafa um það að umrædd ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 myndi í engu raska verkefnum PFS, samkvæmt þeim lögum sem hún starfar eftir, eða hafa áhrif á valdheimildir hennar til að sinna þeim, var talið mikilvægt að setja sérstakan fyrirvara um þetta í ákvæði sáttarinnar, sbr. 30 gr. hennar. Þótt fyrirvarinn vísi eingöngu til fjarskiptalaga gilda, eðli málsins samkvæmt, sömu sjónarmið varðandi önnur lögbundin verkefni PFS, þ.m.t. á grundvelli fjölmiðlalaga.

Með vísan til framangreinds er því hafnað að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 hafi fært Símanum tiltekin réttindi sem gangi framur ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að PFS hafi tekið þátt í ákvarðanatökunni og sé þannig bundin af henni.

5.5. Krafa Símans um niðurfellingu málsins vegna samruna Vodafone og 365

5.5.1. Krafa Símans um frávísun málsins vegna samruna Vodafone og 365

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 10. október 2017, vísaði félagið til fréttatilkynningar sem birt hefði verið á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins (SE) þann 9. október 2017, þar sem tilkynnt hefði verið um að SE hefði samþykkt samruna Vodafone og 365 með skilyrðum. Gerði Síminn þá kröfu að PFS felldi nú þegar niður mál það er varðaði meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, svo komið yrði í veg fyrir farsakennt ástand.

Fram kom í máli Símans að hinn samþykkti samruni fæli í sér að fyrirtæki sem talið hefði verið markaðsráðandi á tilteknum fjölmiðlamörkuðum, t.a.m. markaði fyrir sölu áskriftarsjónvarps, sameinaðist fyrirtæki sem væri markaðsráðandi á markaði fyrir sjónvarpsdreifingu. Meðal skilyrða sem sett hefðu verið fyrir samrunanum væru að Vodafone væri gert að veita nýjum og smærri aðilum, en ekki Símanum, aðgang að mikilvægum sjónvarpsrásum sem skilgreindar væru í ákvörðuninni, sem og aðgang að IPTV kerfi félagsins.

Framangreind niðurstaða, sem fæli það í sér að Vodafone bæri engar skyldur til að afhenda Símanum aðgang að sjónvarpsefni, væri í samræmi við það sem fram hefði komið í máltilbúnaði Símans um hversu fráleitt það væri ef PFS myndi kveða á um skyldu Símans til að veita Vodafone aðgang að efni sínu þegar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins væri byggð upp með þeim hætti að í raun væri sérstaklega kveðið á um það að aðgangi Símans skyldi hafnað. Ætti það ekki síst við núna þegar fyrir lægi að hið sameinaða fyrirtæki stæði sterkar að vígi sem efnisveita en Síminn.

Nú, þegar hið sameinaða fyrirtæki væri það sem nyti mestrar lóðréttrar samþættingar, ættu röksemdir ekki við sem byggðu á því að umrædd 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ætti að vera vörn gegn lóðréttri samþættingu.

5.5.2. Afstaða PFS til frávísunarkröfu Símans

Síminn gerir þá kröfu að PFS felli málið, um meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sökum þess að Samkeppniseftirlitið (SE) hafi þann 8. október 2017 samþykkt samruna Vodafone og 365 miðla ehf.⁸ Meðal skilyrða sem sett hefðu verið fyrir samrunanum væru að Vodafone væri gert að veita nýjum og smærri aðilum, en ekki Símanum, aðgang að mikilvægum sjónvarpsrásum sem skilgreindar væru í ákvörðuninni, sem og aðgang að IPTV kerfi félagsins. Framangreind niðurstaða, sem fæli það í sér að Vodafone bæri engar skyldur til að afhenda Símanum aðgang að sjónvarpsefni, væri í samræmi við það sem fram hefði komið í málalíbúnaði Símans um hversu fráleitt það væri ef PFS myndi kveða á um skyldu Símans til að veita Vodafone aðgang að efni sínu þegar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins væri byggð upp með þeim hætti að í raun væri sérstaklega kveðið á um það að aðgangi Símans skyldi hafnað.

PFS getur ekki tekið undir það með Símanum að umræddur samruni skuli leiða til þess að málið verði fellt niður. Málið snýr að því hvort Síminn hafi með hegðun sinni frá haustinu 2015 brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þar reynir á mun fleiri atriði en umrædda aðgangsbeiðni Vodafone að ólínulegu myndefni Sjónvarps Símans. Eins og áður hefur komið fram hefur Símanum boðist fleiri leiðir en samningar við Vodafone til að koma í veg fyrir það ástand sem ríkt hefur frá haustdögum 2015.

Mál þetta snýr hins vegar ekki að því hvort Vodafone hafi brotið gegn umræddu ákvæði. Ef efasemdir vöknudu um að Vodafone væri að brjóta gegn umræddu ákvæði yrði það mál rekið sem sjálfstætt mál, óháð því máli sem hér er til úrlausnar og varðar hegðun Símans.

Þá má geta þess að Síminn kærði ofangreinda ákvörðun SE þann 3. nóvember 2017 til áfrýjunarnefndar fjarskipta- og póstmála og krafðist þess að hugtakið „nýr aðili“ í 5. og 7. gr. ákvörðunarorða umræddra ákvörðunar SE teldist vera sérhver lögaðili, óháð stærð, sem óskaði eftir kaupum á þjónustu Vodafone, þ.m.t. sjónvarpsþjónustu. Þetta myndi þá þýða að Síminn nyti sama aðgangs að mikilvægum sjónvarpsrásum og kveðið væri á um að Vodafone skyldi veita „nýjum aðilum“ samkvæmt sáttinni. Með úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 6/2017, dags. 16. janúar 2018, var kröfu Símans um framangreindar breytingar á sáttinni hafnað.

Fram kom í umræddum úrskurði að markmið framangreindra skilyrða SE með sáttinni, sem fjölluðu um nýja aðila, hefði ekki verið að beint gegn Símanum, heldur væru þau sett til að bregðast við fækkun fyrirtækja sem byðu sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu í pakka eða vöndli, en við samrunann og brotthvarf 365 af markaðnum hefði þeim fækkað úr þremur í tvö. Ennfremur að skilyrðin hefðu heldur ekki að geyma bann við viðskiptum milli Vodafone og Símans, og fæli því ekki í sér útilokun Símans frá sjónvarpsefni Vodafone. Skilyrðin ættu að auðvelda nýjum aðilum að fylla skarðið sem myndast hefði þegar samkeppnisáðilum hefði fækkað, en þá gætu skapast aðstæður fyrir þegjandi samhæfingu þeirra sem eftir væru á markaðnum.

⁸ Sjá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017.

Þá segir í umræddum úrskurði áfrýjunarnefndar:

„Áfrýjunarnefndin fellst á það með Samkeppniseftirlitinu að með skilyrðum sáttarinnar sé áfrýjandi ekki útilokaður frá því að semja um aðgang fyrir viðskiptavinum sína að sjónvarpsrásum samrunaaðila. Þá eru í gildi samningar milli samrunaaðila, áður 365 miðla hf., og áfrýjanda um endursölu áfrýjanda að sjónvarpsrásum samrunaaðila og um sölu áfrýjanda á einstökum viðburðum í gegnum myndlyklakerfi sitt. Geta viðskiptavinir áfrýjanda keypt áskrift að „Skemmtipakka“ 365 miðla hf. m.a. með því að nota fjarstýringu sína að myndlyklum áfrýjanda.

Eins og Samkeppniseftirlitið bendir á eru í VII. kafla fjölmiðlalaga lögfest ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. ... Í 5. mgr. 45. gr. er síðan að finna sérstaka reglu sem bannar fjölmiðlaveitum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þessum lagaákvæðum er ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við misnotkun á markaðsfirráðum. Þá er í 10. gr. sáttar Samkeppniseftirlitsins og Vodafone kveðið á um aðgang að opinni dagskrá sjónvarpsrása Vodafone og og er greinin til fyllingar reglum fjölmiðlalaga. Loks er í 23. gr. sáttarinnar kveðið á um bann við að Vodafone tvinni saman sölu fjarskiptaþjónustu fyrirtækisins og sölu mikilvægra sjónvarpsrása (MSR). Hafa bæði skilyrði sáttarinnar og lagagreinarnar að geyma ákvæði sem taka á mögulegri útilokun áfrýjanda og annarra samkeppnisaðila frá sjónvarpsefni sem hið sameinaða fyrirtæki býr yfir.“

Það var því niðurstaða áfrýjunarnefndar að ekki yrði annað séð en að þau skilyrði sem samrunanum hefði verið sett með sáttinni hefðu verið reist á málefnalegum grunni og að með þeim mætti koma í veg fyrir þau skaðlegu áhrif á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði sem samruninn væri ella líklegur til að hafa í för með sér. Ennfremur að með gerð umræddrar sáttar Samkeppniseftirlitsins og Vodafone hefði ekki verið brott réttur á Símanum.

Að öllu ofangreindu virtu getur PFS ekki tekið undir það með Símanum að umræddur samruni skuli leiða til þess að málið verði fellt niður og hafnar því umræddri kröfu Símans.

5.6. Vodafone hluti málsins

5.6.1. Inngangur

Sjónvarpsstöðin SkjárEinn hóf göngu sína árið 1999. Með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 voru kaup Símans á umræddri sjónvarpsstöð heimiluð, með ítarlegum skilyrðum sem koma áttu í veg fyrir röskun á fjarskipta- og fjölmiðlamörkuðum. Dagskrá stöðvarinnar var aðgengileg án endurgjalds í opinni dagskrá, en án ólínulegrar þjónustu, fram til 1. desember 2009 þegar stöðin varð að áskriftarstöð. Nokkru eftir að stöðin varð að áskriftarstöð fóru bæði Síminn og Vodafone að bjóða umrætt myndefni með ólínulegum hætti með áskriftinni í gagnvirku IPTV kerfum sínum, eins og tímaflakk (almennt 24-36 klst. hliðrun) og Frelsi (almennt 28 daga hliðrun). Þann 1. október 2015 hætti stöðin sem áskriftarstöð og varð aftur í opinni dagskrá án endurgjalds, án þess að ólínuleg dreifing á sjónvarpsefni fylgdi með hinni línulegu dreifingu.

Þann 21. apríl 2011 tóku fjölmiðlalög nr. 38/2011 gildi. Í þeim voru lagðar margvíslegar kvaðir á fjölmiðlaveitur sem að hluta til svöruðu til þeirra sem falist hefðu í fyrrgreindri ákvörðun samkeppnisráðs. Í athugasemdum við frumvarp til laganna var sérstaklega tiltekið að koma yrði í veg fyrir að það ástand gæti skapast 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 samkeppnisyfirlvalda. Ennfremur að markmiðið með setningu ákvæða um flutningsrétt hefði verið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem slíku eignarhaldi fylgdi hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur til að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í þessu samhengi var ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, um að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, sett.

Þann 25. maí 2011 gerðu Síminn og Vodafone dreifingarsamning vegna dreifingar á sjónvarpsefni Símans yfir sjónvarpsdreifikerfi Vodafone, þ.m.t. IPTV kerfi félagsins. Í kjölfar umrædds samnings, þ.e. strax á árinu 2011, hóf Vodafone að bjóða upp á sjónvarpsefni Símans með ólínulegum hætti í frelsisþjónustu á IPTV kerfi sínu, eftir að Síminn fór að afhenda félaginu efnið á þar til gerðu formi til slíkrar ólínulegrar myndmiðlunar. Þann 18. júlí 2013 byrjaði Vodafone síðan að bjóða notendum sínum, á IPTV kerfi félagsins, upp á hliðrað áhorf á umrætt sjónvarpsefni í formi tímaflakks. Síðastgreind þjónusta fól í sér upptöku og miðlun Vodafone á umræddu myndefni Símans, þar sem notandinn (þ.e. áskrifandinn) pantaði myndefnið þegar honum hentaði innan umrædds tíma.

Þann 15. apríl 2015 tilkynnti Samkeppniseftirlitið að stofnunin hefði gert sátt við Símann sem falið hefði í sér endurskoðun á framangreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005, auk þess sem samruni Símans og Skjásins hefði verið samþykktur með tilteknum skilyrðum sem draga ættu úr hættunni á mögulegum samkeppnishamlandi áhrifum samrunans. Með Skjánum væri í sáttinni átt við rekstur innlendrar línulegrar sjónvarpsrásar og væri Símanum óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu sem fyrirtækið veitti að þjónusta Skjásins fylgdi með í kaupunum. Ennfremur var Símanum heimilað að bjóða línulegt innlent dagskrárefni í opinni dagskrá, þ.e. án sérstaks endurgjalds fyrir endanotanda, enda gætu aðrar dreifiveitur aflað dreifingaréttar á dagskránni á grundvelli fjölmiðlalaga. Fljótlega í kjölfarið var gengið formlega frá umræddum samruna, sem gilda skyldi frá og með 1. janúar 2015. Umrædd sátt var svo formlega birt á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins þann 2. júlí 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015. Með umræddri sátt var því skilið á milli efnis sem teldist til sjónvarpsútsendinga (línulegrar myndmiðlunar) annars vegar og myndmiðlunar eftir pöntun (ólínulegrar myndmiðlunar) hins vegar.

Þann 30. júní 2015 sagði Síminn upp framangreindum dreifingarsamningi. Samningurinn átti að renna út í lok apríl 2016, [...] ⁹. Óskaði Síminn auk þess eftir því að félögin myndu taka upp viðræður að nýju haustið 2015 um gerð nýs dreifingarsamnings. Síminn og Vodafone skrifuðu svo undir nýjan samning um dreifingu Sjónvarps Símans á IPTV kerfi Vodafone þann 1. júní 2016. [...]

Á þeim tíma sem Síminn sagði upp framangreindum sjónvarpsdreifisamningi við Vodafone hefði að sögn Símans ekki legið fyrir hvernig sjónvarpsstöðin SkjárEinn skyldi rekin eftir framangreinda sameiningu Símans og Skjásins. Sú ákvörðun hefði að sögn Símans verið tekin í september 2015

⁹ Fellt brott vegna trúnaðar. Það sama á við um aðra slíka hornklofa í framhaldinu.

og hefði Vodafone verið tilkynnt um það á fundi félaganna þann 11. september 2015 að SkjárEinn yrði í opinni dagskrá, þ.e. án endurgjalds. Nánar tiltekið að viðskiptavinir á kerfum Vodafone myndu ekki greiða fyrir þjónustuna en að sama skapi yrði ekki möguleiki á hliðruðu áhorfi í Sjónvarpi Vodafone.

Samkvæmt ofangreindu bannaði Síminn því Vodafone að bjóða upp á myndefni Sjónvarps Símans með ólínulegum hætti frá og með 1. október 2015. Ólínuleg þjónusta með sjónvarpsefni Símans, m.a. sú sem felst í tímaflakki, frelsi og efnisveitu, var því frá byrjun október 2015 eingöngu seld viðskiptavinum fjölmiðlaveitu Símans.

Í tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 15. september 2015, kom m.a. fram að samningur vegna dreifingar á *línulegu* sjónvarpsefni Símans yrði a.m.k. í boði út samningstímabilið, þ.e. til 1. maí 2016. Eftir það yrði að semja um dreifingu á efni og gæti Vodafone með stoð í 45. gr. fjölmiðlalaga og ákvörðun SE nr. 20/2015 óskað eftir flutningi á *línulegu* sjónvarpsefni Símans.

Samhliða framangreindum breytingum á línulegu Sjónvarpi Símans setti Síminn á laggirnar efnisveituna Sjónvarp Símans Premium sem veitir áskrifendum efnisveitunnar aðgang að ólínulegu myndefni gegn mánaðarlegu áskriftargjaldi. Þar er bæði unnt að nálgast efni sem áður hefur verið sýnt í línulegri dagskrá í Sjónvarpi Símans og annað efni, ásamt því sem efni sem síðar er sýnt á línulegu sjónvarpsstöðinni hefur í æ ríkara mæli verið forsýnt á efnisveitunni og jafnvel heilu þáttaraðirnar gerðar aðgengilegar í einu, sbr. t.d. Stella Blómkvist. Yfirlýst markmið Símans með þessum breytingum var að keppa við erlendar efnisveitur á borð við Netflix og Hulu. Hefur ofangreind sjónvarpsþjónusta Símans staðið viðskiptavinum félagsins til boða allar götur síðan á undirliggjandi fjarskiptaneti Mílu og öðrum fjarskiptanetum sem Símasamstæðan hefur samið um aðgang að, t.d. neti Tengis á Akureyri og nærsveitum og minni staðbundnum ljósleiðaranetum. Hins vegar hefur umrædd sjónvarpsþjónusta Símans ekki verið í boði á stærsta ljósleiðaraneti landsins, þ.e. neti GR, ekki frekar en fjarskiptaþjónusta Símans. Þá hefur Sjónvarp Símans Premium ekki verið í boði á Sjónvarpi Vodafone, né önnur ólínuleg myndmiðlun af sjónvarpsefni Símans, t.d. í formi Frelsis eða Tímavélar frá því seinni hluta árs 2015. Vorið 2017 bauð Síminn Vodafone þó upp á sjónvarpsefni sitt með tímaflakksvirkni með auglýsingum frá Símanum á undan. Vodafone hefur ekki þekkt það boð enn sem komið er og hefur m.a. borið fyrir sig að slíkt [...].

Eftir framangreinda sameiningu Skjásins og Símans gat Síminn undir eigin nafni boðið upp á fjórþætta þjónustu, þ.e. talsíma, farsíma og internetþjónustu, auk sjónvarpsefnis. Það varð líka fljótlega raunin.

Í kynningu Símans á fjárfestakynningu á vegum VÍB þann 2. október 2015, eða daginn eftir framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans, kom eftirfarandi fram í máli Orra Haukssonar, forstjóra Símans:

*„Á heimtaugamarkaði í smásölu er Síminn með 59% markaðshlutdeild. ... Í fastlínu interneti er Síminn með 50% markaðshlutdeild og okkur hefur haldist nokkuð vel á þessari markaðshlutdeild og erum mjög ánægð með það og fókuserum mikið á þetta, **vegna þess að það er svo margt sem tengist þessu, svo margir aðrir þjónustuþættir sem hægt er að selja með þessu og sem tengjast inn á heimilið.** Við þökkum það hvað markaðshlutdeildin hefur haldist há á þessum markaði, **mjög mikið þessu hér sem er þetta IPTV kerfi, sem við erum afar stolt af og er mjög gott, og helst oft í hendur við sölu internetáskrifta.***

*Það er margt að gerast sérstaklega einmitt á þessum afþreyingar og heimilismarkaði. En síðan í Sjóntarvarpinu þá vorum við að breyta mjög um okkar fyrirkomulag, bara núna í gær, þegar við ákváðum að Skjár 1 yrði í opinni dagskrá **á öllum kerfum**, en síðan væri hann svona gluggi inn í mun stærri efnisheim sem að væri SkjárEinn hjá Símanum¹⁰ og **bara á okkar kerfum**.*

Og þetta fyrirkomulag að vera með einhverja ókeypis vöru, þar sem er mikið af auglýsingum t.d. og lítið um möguleika til þess að hafa áhrif á hvað þú horfir á eða hlustar á, en vera svo með aðra borgandi vöru þar sem er miklu meira efni og miklu meiri möguleikar - þetta hefur ekki verið gert að því að við vitum í sjónvarpi áður, í heiminum, en er hins vegar viðskiptamódel sem er nýtt mjög mikið af öðrum afþreyingargreinum, eins og t.d. í tónlistarheiminum. Spotify, er t.d.

....

*Við viljum nýta þetta módel sem hefur gengið mjög vel í þessum parti afþreyingarmarkaðar núna á sjónvarpsmarkaði og vera s.s. með þessa frístöð á öllum kerfum, sem við þurfum hvort sem er að gera skv. fjölmiðlalögum, og samkvæmt sátt við Samkeppniseftirlitið, **að innlendar línulegar stöðvar þurfa að vera á öllum kerfum**, en vera síðan með miklu stærri heim, og þessi línulega stöð sé svona innlit inn í þennan stærri heim sem að baki er. (leturbreyting PFS)*

Með tölvupósti, dags. 28. september 2015, gerði Vodafone athugasemd við að ekki yrði áfram möguleiki á hliðruðu áhorfi á Sjóntarvarp Símans í opinni dagskrá á Sjóntarvarpi Vodafone, þ.e. svokallaðri Tímavél (24 klst. hliðrun) og Frelsi (28 daga hliðrun) og taldi þessa þjónustuþætti óaðskiljanlega hluta þeirrar þjónustu sem jafnan fylgdi línulegu sjónvarpsefni. Síminn benti Vodafone samdægurs á að umrædd breyting fæli í sér aukna þjónustu fyrir alla viðskiptavinum Vodafone, þar sem SkjárEinn yrði í boði fyrir alla án endurgjalds. Þjónustan yrði í boði án hliðraðs áhorfs af hinni opnu dagskrá, enda væri ómögulegt að hafa nægar tekjur af auglýsingum ef viðskiptavinurinn gæti sleppt því að horfa á þær. Þá væri enginn vafi á því að ólínuleg dreifing á sjónvarpsefni félli ekki undir framangreinda ákvörðun SE frá 2015 né flutningsreglur fjölmiðlalaga. Væri Síminn því að öllu leyti að fylgja umræddri ákvörðun SE með framangreindum breytingum á dreifingu sjónvarpsefnis Símans. Síminn, sem kaupandi og greiðandi þjónustu Vodafone varðandi dreifingu á sjónvarpsefni Símans, hefði ekki veitt Vodafone leyfi til að dreifa SkjáEinum í opinni dagskrá með hliðruðu áhorfi.

Með tölvupósti, dags. 24. september 2015, hafði Síminn óskað eftir því við Vodafone að dagskrá SkjásEins yrði opin á kerfum Vodafone frá og með 25. september 2015. Vodafone varð við þeirri beiðni. Jafnframt hefði Síminn óskað eftir því að Vodafone lokaði á ólínulega myndmiðlun af efni SkjásEins um mánaðarmótin september/október 2015. Vodafone neitaði að verða við þeirri beiðni að því er Tímavél varðaði, en Síminn hætti sjálfur að setja inn efni fyrir Vodafone svo félagið gæti áfram boðið upp á Frelsi frá og með umræddum mánaðarmótum. Því gat Vodafone ekki boðið viðskiptavinum sínum upp á sjónvarpsþjónustu Símans með 28 daga hliðrun eftir umrædd tímamörk. Eftir 1. október 2015 gátu því mun fleiri viðskiptavinir Vodafone en áður náð því hliðraða áhorfi sem felst í Tímavél, þar sem dagskráin var orðin öllum opin á kerfum Vodafone í stað einungis áskrifenda að SkjáEinum fyrir þann tíma. Af þessum sökum hefði Síminn þann 1. október 2015 tilkynnt Vodafone um vanefnd á áður nefndum dreifingarsamningi félaganna.

¹⁰ Nafni efnisveitu Símans sem fyrst bar heitið „SkjárEinn hjá Símanum“ var fljótlega í kjölfarið breytt í heitið „Sjóntarvarp Símans Premium“.

Vodafone mótmælti umræddri vanefndartilkynningu Símans þann 5. október 2015 og hélt því fram að Síminn hefði vanefnt samninginn með því að afhenda Vodafone ekki ólínulegt myndefni til notkunar í Frelsi eftir 30. september 2015. Síminn mótmælti því. Í kjölfarið hefði Vodafone sent erindi til SE þann 6. október 2015 og m.a. óskað eftir bráðabirgðaákvörðun þess efnis að ólínulegt myndefni teldist til seinkaðra sjónvarpsútsendinga og ætti þar með undir flutningsréttarákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga. Þann 13. nóvember 2015 hefði SE hafnað því að taka ákvörðun til bráðabirgða í málinu.

Með erindi Símans til PFS, dags. 13. október 2015, óskaði félagið eftir því að stofnunin tæki ákvörðun þess efnis að PFS bannaði Vodafone að taka efni af SkjáEinum í opinni dagskrá og miðla til allra viðskiptavina sinna með ólínulegum hætti. Samkvæmt 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga gæti aðili beint máli til PFS ef ekki tækist samkomulag um flutning eða ef til ágreinings um flutning kæmi á síðari stigum. Álitaefnið lyti að því hvort fjölmiðlaveitu væri skylt að afhenda fjarskiptafyrirtæki ólínuleg réttindi sem gerði fjarskiptafyrirtæki kleift að bjóða viðskiptavinum sínum upp á að horfa á myndefni eftir pöntun. Þar sem Vodafone dreifði umræddu efni með ólínulegum hætti og í óþökk Símans yrði félagið að leita ásjónar PFS í því skyni að stöðva ólöglega myndmiðlun Vodafone til allra viðskiptavina þess. Þá upplýsti Síminn Vodafone um að riftunarúrræðum yrði ekki beitt nema engar aðrar leiðir væru tækar til þess að tryggja rétt Símans. Síminn ítrekaði þó að um vanefnd væri að af hálfu Vodafone.

Strax í kjölfar umrædds erindis Símans til PFS frá 13. október 2015 óskaði PFS eftir afstöðu fjölmiðlanefndar til þess álitaefnis hvort Tímavél og Frelsi Vodafone teldust til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar. Í álitinu sínu, dags. 27. október 2018, komst fjölmiðlanefnd að þeirri niðurstöðu að umræddir þjónustuliðir teldust til myndmiðlunar eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun).

Þann 23. nóvember 2015 hélt PFS sáttafund með Símanum og Vodafone. Rætt var um hugsanlegar lausnir á ágreiningnum, m.a. að Vodafone keypti í heildsölu rétt af Símanum til að fá að selja viðskiptavinum á kerfi Vodafone umrædda ólínulegu þjónustupætti. Sættir náðust ekki, en PFS beindi þeim tilmælum til deiluaðila að vera í sambandi sín á milli í framhaldinu varðandi mögulegan sáttargrundvöll.

Með ákvörðun PFS nr. 30/2015, dags. 18. desember 2015, hafnaði PFS þeirri kröfu Símans að stofnunin skæri úr um það hvort þjónustupættir þeir hjá Vodafone sem nefndust Tímavél og Frelsi teldust til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar samkvæmt flutningsreglum VII. kafla fjölmiðlalaga og vísaði málinu frá. PFS taldi sig 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 þá hefði verið í gildi á milli aðila um flutninginn, og gildi til 1. maí 2016, væri reistur á frjálsum samningum á milli aðila en ekki á flutningsréttarákvæðum fjölmiðlalaga. Ágreiningur um túlkun umrædds samnings ætti því undir dómstóla.

Þann 16. desember 2015 fékk Síminn svo samþykkt lögbann við því að Vodafone tæki upp og miðlaði sjónvarpsefni sjónvarpsstöðvar félagsins með ólínulegum hætti (Tímavél). Lögbannsmál þetta er nú til meðferðar hjá Hæstarétti, en þann 28. apríl 2017 hafði Síminn betur í því máli fyrir héraðsdómi Reykjavíkur.

Þann 2. desember 2015 kvartaði Vodafone formlega til PFS yfir þeirri háttsemi Símans að loka fyrir ofangreinda möguleika Vodafone að geta sýnt línulega dagskrá Sjónvarps Símans með hliðruðum hætti, þ.e. með Tímavél og Frelsi. Með þessu hefði Síminn gerst brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að fjölmiðlaveitan Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þ.e. að IPTV kerfi Símans og dótturfélagi þess Mílu sem netrekanda. Krafðist Vodafone þess að PFS tæki bindandi stjórnvaldsákvörðun og beindi þeim fyrirmælum til Símans að félagið léti þá þegar af umræddri háttsemi. Í bréfi Vodafone til PFS, dags. 2. júní 2016, jók Vodafone við kröfugerð sína í málinu á þann hátt að Síminn skyldi veita félaginu aðgang að efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium í heild eða að hluta, m.a. að Vodafone fengi að endurselja aðgang að efnisveitunni í heild.

Í svarbréfi Símans, dags. 19. janúar 2016, hafnaði Síminn því að umrædd 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæti átt við um ólínulega myndmiðlun, þar sem ákvæðið ætti aðeins við um sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun) eins og allur VII. kafli fjölmiðlalaga sem fjallaði um flutningsskyldu og flutningsrétt. Af því leiddi að mati Símans að PFS hefði ekki valdheimildir að lögum til að fjalla um ágreining aðila hvað þetta varðaði og yrði stofnunin að eftirláta það dómstólum að skera úr um umræddan ágreining.

Í ársskýrslu Símans fyrir rekstrarárið 2015, sem kom út á fyrri hluta ársins 2016, kom m.a. fram að miklar breytingar hefðu átt sér stað í október 2015 þegar SkjárEinn breyttist í gagnvirka efnisveitu í áskrift hjá Símanum (Sjónvarp Símans Premium). Á sama tíma hefði bein línuleg dagskrá SkjásEins verið opnuð á öllum sjónvarpskerfum landsins, án endurgjalds. Með breytingunum væri neytendum boðið að stjórna því hvernig og hvenær þeir horfðu á sjónvarpsefni. Fyrirkomulagið að uppskiptingunni væri byggt á íslensku hugviti og þróað hjá Símanum. Fyrirmyndin væri fengin úr tónlistar- og leikjaheiminum á netinu, þar sem notendur fengju ókeypis aðgang að takmörkuðum hluta þjónustunnar með möguleika á að greiða fyrir úrvalsþjónustu. Orri Hauksson, forstjóri Símans sagði að þessi breyting á SkjáEinum undirstrikaði einfaldlega þá staðreynd að gagnvirkar efnisveitur væru áskriftarstöðvar nútímans.

Þá kom fram í umræddri ársskýrslu að þegar kæmi að áskriftum heimila að efni næði samkeppnismarkaðurinn langt út fyrir landsteinana. Breyttur SkjárEinn hefði því verið forsenda þess að hann lifði þar sem Síminn hefði haft litla trú á framhaldslíf hefðbundins áskriftarsjónvarps. Síminn hefði því á árinu 2015 byrjað að herja með taktföstum hætti á nútímasjónvarpsmarkað. Um þessar byltingarkenndu breytingar innan Símans sagði Magnús Ragnarsson, framkvæmdastjóri Miðla og markaðar hjá Símanum, m.a.:

„Enda tókum við skrefið í trú á þessu nýja viðskiptamódeli. Við sáum að forsenda þess að SkjárEinn lifði væru dramatískar breytingar á þjónustunni. SkjárEinn hjá Símanum var skref til að tryggja framhaldslíf þjónustunnar á tímum þar sem hefðbundið áskriftarsjónvarp á undir högg að sækja“.

„Við sjáum að fólk sækir í myndefni eftir pöntun. Netflix er nú á þriðja hverju heimili. Fólk kys að nálgast sjónvarpsefni á netinu. Þetta er þróun sem er í sókn og þessari eftirspurn vildum við aðlaga okkur að og mæta“.

„Um leið og við bjóðum viðskiptavinum á hverju kvöldi að nálgast forsýningar og heilu þáttaraðirnar, sem enn hafa ekki verið teknar til sýninga á sjónvarpsstöðinni, geta sjónvarpsáhorfendur sem þess óska notið þess að horfa á gamla, góða SkjárEinn sem stendur

undir sér með aðstoð auglýsenda. SkjárEinn í opinni dagskrá og Sjónvarp Símans Premium er ólík þjónusta, hentar ólíku fólki og mætir þörfum fleiri.“ (leturbreyting PFS)

Varðandi það hve fljótir notendur væru að uppgötva forsýningar þátta í Sjónvarpi Símans Premium sagði Magnús:

„Þar höfum við séð gríðarmikinn vöxt, langt umfram væntingar. Ólínulegt sjónvarp er framtíðin enda þverrandi þolinmæði fyrir vikulegri birtingu sjónvarpsefnis.“ (leturbreyting PFS)

Í umræddri ársskýrslu var einnig að finna viðtal við Guðjón Leifsson, forstöðumann Vöru- og viðskiptaþróunar hjá Símanum. Var hann m.a spurður að því hvað drifi söluna hjá Símanum. Hann svarar:

„Eitt af því sem við höfum gert er að færa Símann meira yfir í afþreyingu. Á komandi tímum kemur æ stærri hluti tekna af afþreyingarhlutanum. Við sjáum viðskiptavinum því ekki aðeins fyrir flutningsleiðunum um netið heldur einnig efninu sem þeir vilja njóta. Með Heimilispakkanum höfum við náð að mæta þessari eftirspurn. Hann uppfyllir þarfir og kröfur heimila til fjarskipta og afþreyingar. Innan hans fá viðskiptavinir þúsundir klukkustunda af sjónvarpsþáttum sem hægt er að horfa á þegar hentar. Pakkinn er sniðinn að því að henta langstærstum hluta heimila fyrir fast verð á mánuði. Helsti kostur Heimilispakkans er þó að hann auðveldar kaupákvörðun viðskiptavina.“ (leturbreyting PFS)

Í viðtali við forstjóra Símans í Viðskiptablaðinu, dags. 15. desember 2016, er forstjórinn spurður að því hvernig sjónvarpsmarkaðurinn væri að breytast. Þar svarar hann því til að félagið teldi að línuleg áskrift hefði náð hámarki sínu og að Síminn sem fjarskiptafyrirtæki hefði ekki meira fram að færa í þróun þeirrar vöru einnar og sér. Fólk veldi hvað það kysi að horfa á og hvenær. Síminn hefði talið að það myndi henta félaginu betur að vera annars vegar með opna stöð, sem væri á öllum kerfum, og hins vegar með efnisveitu félagsins, Sjónvarp Símans Premium. Þá segir í umræddu viðtali:

„Vodafone taldi að viðskiptavinir Vodafone Sjónvarps ættu að fá aðgang að ólínulegri dagskrá Sjónvarps Símans og að Síminn ætti að bjóða allt sitt sjónvarpsefni í ólínulegri dagskrá til dreifingar á fjarskiptanetum landsins. Við erum ekki að troða illsakir við Vodafone í þessu máli, en höfum mótmælt því að fyrirtæki taki upp höfundarréttarvarið efni, án heimildar, sem aðrir eiga og miðli því eftir pöntun til viðskiptavina sinna. Síminn vill bara sitja við sama borð og alþjóðlegir aðilar og keppa við þá. Í efnisveitu er helsti samkeppnisaðili Símans Netflix og Síminn er að reyna að vera undir sams konar regluverki og það fyrirtæki. Þeir eru t.d. staðsettir í Lúxemborg til að nýta evrópska fjölmiðlalöggjöf. Netflix getur framleitt sjónvarpsefni og sett það í sína efnisveitu áður en það er sýnt á öðrum kerfum.

Núna höfum við fjárfest í tveimur íslenskum þáttaseríum sem eru svipaðar að stærð og Ófærð. Ef það er þannig að við munum þurfa að afhenda sjónvarpsefnið okkar og það efni sem við erum að fjárfesta sérstaklega í til keppinauta er lítill hvati til að fjárfesta í innlendu efni – Netflix væri aldrei skikkað til að afhenda Hulu efnið sitt. Við þurfum sömu leikreglur og þessir erlendu risar. Það er mikilvægt að innlendar eftirlitsstofnanir gefi íslenskum félögum færi á að keppa við þá. Við eigum félag í Lúxemborg, en höfum ekki virkjað það. Við trúum því ekki að fjölmiðlalög á Íslandi verði túlkuð þannig að þau fæli innlenda aðila frá því að fjárfesta í innlendu sjónvarpsefni. Það yrði séríslensk kvöð og þvert gegn markmiðum fjölmiðlalaga um fjölbreytt íslenskt efni. Ef svo fer erum við með plan B.“

Þann 24. febrúar 2017 sendi Síminn tölvupóst á hagaðila með upplýsingum um Sjónvarp Símans Premium og nýjungar í sölu sjónvarpsauglýsinga. Þar var m.a. að finna viðtal við Pálma Guðmundsson, forstöðumann hjá Símanum. Hann segir m.a.:

„Síminn mat það svo að markaður væri fyrir heimilispakka með afþreyingu og það hefur sannarlega komið á daginn. 28 þúsund heimili eru nú með Sjónvarp Símans Premium og fjölgaði þeim um ríflega helming á síðasta ári. Það þýðir að ekki er lengur marktækur munur á fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium, Netflix Íslandi og Stöð 2. [...] Við erum þegar komin á þann stað sem við stefndum á og nú setjum við markið bara ennþá hærra. Við erum hæstánægð með þessar undirtektir. [...] Til að eiga möguleika á því að ná hylli áhorfenda verðum við að bjóða upp á nýtt íslenskt efni og um þessar mundir er engin íslensk sjónvarpsstöð með meira leikið íslenskt efni í pípunum en við. [...] Það er framtíðin að horfa hvar sem er og hvenær sem er á sjónvarp, þessi hugmynd raungerðist á síðasta ári.“

Í umræddum tölvupósti kom svo fram að sífellt meiri áhersla væri lögð á íslenskt efni og haustið 2017 yrði íslenskur þáttur í fyrsta sinn settur inn á efnisveitu í heilu lagi, þ.e. Stella Blómkvist. Haustið 2018 myndi efnisveitan svo frumsýna glæpabætti byggða á bókum Yrsu Sigurðardóttur, sem Baltasar Kormákur myndi framleiða og haustið 2019 væri röðin komin að spennuþættinum Ferðalaginu í leikstjórn Baldvins Z. Sama máli myndi gegna um alla þessa þætti, þeir yrðu aðgengilegir í heilu lagi.

Þá kom fram að Síminn hefði nýverið (þ.e. snemma árs 2017) hafið að bjóða upp á auglýsingar á undan pöntuðum þætti og að það væru yfir 30.000 pantanir á sjónvarpsefni í efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium á hverju kvöldi, eða rétt nærri ein milljón á mánuði um þessar mundir.

Í ársskýrslu Símans fyrir rekstrarárið 2016, sem birt var á fyrri hluta ársins 2017 gat m.a. að líta viðtal við Sigríði Hrólfsdóttur, þáverandi stjórnarformann Símanns. Hún var m.a. spurð að því hvað einkennt hefði rekstrarárið 2016 hjá Símanum. Þar kom m.a. fram að umbreytingin úr áskriftarsjónvarpi yfir í gagnvirka efnisveitu síðla árs 2015 hefði sannað sig. Magnús Ragnarsson, framkvæmdastjóri Markaða og miðlunar, tók svo fram að Sjónvarp Símans Premium hefði tekið flugið á árinu 2016 og sannað fyrir stjórnendum félagsins að framtíðin lægi í gagnvirkri sjónvarpsþjónustu.

Í umræddri ársskýrslu gat einnig að líta viðtal við Orra Hauksson, forstjóra Símans. Þar kom m.a. fram að Síminn legði metnað sinn í að skapa heimilinu tækifæri til afþreyingar, með því að bjóða viðskiptavinum aðgang að heilum heimi af efni og að aukin áhersla yrði lögð á nýtt leikið íslenskt efni í sjónvarpsþjónustu félagsins á næstu misserum. Þá kom fram:

*„Síminn hefur fjárfest í þróun og sýningarrétti nokkurra þáttaraða sem taka mörg ár í vinnslu. Næsta haust stöflum við upp hjá viðskiptavinum okkar þáttum um Stellu Blómkvist, svo áhorfsþyrstir **viðskiptavinir okkar** geti horft á marga þætti í röð, jafnvel alla seríuna ef því er að skipta. Þættirnir fara síðar í opna sýningu fyrir þá sem ekki kjósa að vera áskrifendur.“* (leturbreyting PFS)

Í umræddri ársskýrslu gat ennfremur að líta viðtal við Birnu Ósk Einarsdóttur, framkvæmdastjóra Sölu- og þjónustusviðs. Þar kom m.a. fram:

„Viðskiptavinum með Heimilispakka fjölgaði frá ágústbyrjun til ársloka 2016 um nærri 40% og þeim sem kusu heldur staka áskrift að Sjónvarpi Símans Premium fjölgaði um ríflega

50%. Við jukum þjónustuna við viðskiptavinum; höfðum samband og bentum þeim á gullmola innan hans. Það leiddi til að mynda til nærri helminga aukningar á notkun innan Sjónvarp Símanum Premium.

Í ársskýrslu Símanum fyrir rekstrarárið 2017, sem birt var í mars 2018, kom m.a. fram að Síminn ætti sjónvarpsstöðina Sjónvarp Símanum og eitt framsæknasta gagnvirka sjónvarpskerfi landsins. Ennfremur ætti félagið efnisveituna Sjónvarp Símanum Premium, með yfir 7.000 klst. af sjónvarpsefni, framleiddi eigið sjónvarpsefni og væri í samstarfi við helstu framleiðendur í Hollywood, þ.á.m. Disney, CBS, Twentieth Century Fox, NBC og Showtime. Sjónvarp Símanum Premium hefði átt sitt stærsta ár frá upphafi á árinu 2017 með tæplega 2 milljónir spilana í desember það ár, ásamt því að Síminn hefði sett í loftið nýja virkni sem gert hefði öllum kleift að taka Sjónvarp Símanum í fríð. Fjöldi áskrifenda í efnisveitunni sem og pantanir á efni hefðu aldrei verið fleiri. Í lok árs 2017 hefði sjónvarpsþáttaserían um Stölu Blómkvist verið frumsýnd í efnisveitunni, en það hefði verið í fyrsta sinn sem leikin íslensk þáttaröð hefði verið sýnd í heilu lagi í íslensku sjónvarpsstögu.

Undir rekstri málsins óskaði PFS eftir ýmsum upplýsingum frá Símanum um þróun áskrifendafjölda í Sjónvarpi Símanum Premium og Heimilispakkanum frá 1. október 2015. Fram kom að áskrifendur að Sjónvarpi Símanum Premium hefðu verið um [...] þann 1. október 2015. Ári síðar hefðu þeir verið orðnir um [...] og [...] þann 1. mars 2018. Varðandi þróun fjölda áskrifenda að Heimilispakkanum kom fram að þann 1. september 2015 var fjöldinn [...], þann 1. október 2015 var fjöldinn [...], þann 1. október 2016 var fjöldinn [...] og þann 1. mars 2018 [...].

Þá spurði PFS hve margar áskriftir að Sjónvarpi Símanum Premium væru keyptar í gegnum Símann annars vegar og aðra þjónustuaðila hins vegar. Svarið var á þá leið að umræddar áskriftir væru einungis seldar í gegnum Símann. Þá spurði PFS hver fjöldi áskrifenda væri sem einnig væri með Heimilispakka Símanum. Fram kom að þann 1. mars 2018 hefði sá fjöldi verið [...] og að allir sem væru með Heimilispakkann væru með Sjónvarp Símanum Premium. Það gera um [...]%, eða yfirgnæfandi meirihluta, af áskrifendum Sjónvarps Símanum Premium. Þá var Síminn spurður að því hve hátt hlutfall áskrifenda að Sjónvarpi Símanum Premium keypti ekki neina aðra þjónustu hjá Símanum. Svarið var afar lágt hlutfall, [...], eða [...]. Að lokum spurði PFS um fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símanum Premium sem ekki væru á kerfum Mílu. Svarið var að þeir væru mjög fáir, [...] áskrifendur, eða rúm [...]. Þetta væri þó mismunandi eftir landssvæðum, sbr. það að á Norðurlandi-Eystra væru um [...]% allra tenginga viðskiptavina Símanum yfir aðgangsnét Tengis.

Af ofangreindum svörum Símanum er ljóst að áskrifendum Sjónvarps Símanum Premium hefur fjölgað mjög mikið frá 1. október 2015 til 1. mars 2018 eða um [...] eða [...]. Þá er ljóst að hlutfallslega fáir áskrifendur að Sjónvarpi Símanum Premium nota önnur aðgangsnét en net Mílu sem burðarlag, þó það geti verið breytilegt eftir landssvæðum, og að mjög fáir áskrifendur kaupa enga aðra þjónustu hjá Símanum. Ennfremur er ljóst að þróun fjölda áskrifenda að Heimilispakkanum hefur haldist nokkuð vel í hendur við þróun í fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símanum Premium og að fremur fáir áskrifendur að Sjónvarpi Símanum Premium eru ekki líka með Heimilispakkann hjá Símanum eða um [...]. Þá virðist augljóst að markaðssetning Heimilispakkans hjá Símanum hefur haldist í hendur við framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símanum og verið órjúfanlegur þáttur í því viðskiptamódeli sem Síminn hóf að vinna eftir á haustdögum 2015 og hefur haldið sér við allar götur síðan.

Þá óskaði PFS undir rekstri málsins eftir upplýsingum frá Vodafone um þróun fjölda áskrifenda að sjónvarpsefni Vodafone. Fram kom að þann 1. janúar 2015 hefðu slíkir viðskiptavinir verið [...]. Þann 31. september 2015, eða rétt áður en Síminn réðst í framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni og hóf að bjóða upp á Heimilispakkann, hefðu þeir verið [...]. Talan féll svo niður í [...] í lok október 2015. Í lok október 2016 var talin [...] og í lok nóvember 2017 var fjöldi áskrifenda [...]. Því er ljóst að í lok nóvembermánaðar 2017 hafði fjöldi áskrifenda að sjónvarpsþjónustu Vodafone ekki enn náð þeim fjölda sem Vodafone var með þegar Síminn greip til framangreindra ráðstafana. Þann 1. desember 2017 tók svo gildi samruni Vodafone og 365 og þar með stórjókst áskrifendafjöldi Vodafone að sjónvarpsþjónustu.

Að öllu ofangreindu virtu er augljóst að framangreindar aðgerðir Símans á sjónvarps- og fjarskiptamarkaði hafa haft mikil og ólík áhrif á þróun fjölda viðskiptavina félaganna tveggja. Á því rúmlega tveggja ára tímabili sem um ræðir hefur fjöldi áskrifenda að sjónvarpsþjónustu Símans stóraukist en nánast staðið í stað hjá Vodafone, þ.e. fram að framangreindum samruna Vodafone og 365. Verður að telja að framangreindar aðgerðir Símans eigi þar stóran þátt í máli.

Með ákvörðun PFS nr. 3/2016, dags. 11. apríl 2016, komst PFS að þeirri niðurstöðu að bannákvæði 5. mgr. 45. gr. tæki jafnt til línulegrar sem ólínulegrar myndmiðlunar. Þá var kröfu Símans, um að PFS vísaði frá kvörtun Vodafone um meint brot Símans á umræddu ákvæði, hafnað. Ennfremur 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. PFS taldi rétt að útkljá umrætt álitaefni varðandi gildissvið ákvæðisins áður en afstaða yrði tekin til þess hvort Síminn hafi gerst brotlegur við það.

Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016, dags. 21. nóvember 2016, var framangreind ákvörðun PFS staðfest. Síminn skaut umræddum úrskurði til héraðsdóms til ógildingar. Með úrskurði héraðsdóms Reykjavíkur þann 20. febrúar 2018 vísaði dómurinn kröfu Símans frá, þar sem úrlausn um inntak umrædds ákvæðis hefði enn ekki haft nein réttaráhrif fyrir Símann. Hin umrædda ákvörðun PFS, sem staðfest hefði verið með úrskurði úrskurðarnefndar, hefði því ekki falið í sér ákvörðun í sjálfstæðu stjórnisýslumáli. Síminn gæti látið reyna á gildissvið ákvæðisins þegar efnisúrlausn lægi fyrir á stjórnisýslustigi. Síminn skaut umræddum úrskurði héraðsdóms ekki til æðra dómstigs.

Í kjölfar framangreindrar ákvörðunar PFS um gildissvið umræddrar 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 11. apríl 2016 áttu sér stað töluverð bréfa- og tölvupóstsamskipti á milli PFS, Símans og Vodafone til 22. ágúst 2016. Þar gerðu félögin nánari grein fyrir kröfum sínum og sjónarmiðum.

Þann 8. september 2016 gerði GR kröfu um aðild að málinu. Síminn mótmælti því og taldi að Vodafone og GR gætu ekki bæði verið aðilar að málinu. Með ákvörðun PFS nr. 13/2016, dags. 29. september 2016, tók stofnunin þá ákvörðun að veita bæði Vodafone og GR aðild að málinu. Síminn kærði þá ákvörðun til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála sem staðfesti ákvörðun PFS með úrskurði sínum nr. 5/2016, dags. 11. október 2016. Þann 16. febrúar 2017 samþykkti PFS svo aðildarbeiðni Mílu í málinu, en aðrir málsaðilar gerðu ekki athugasemdir við aðild félagsins.

Þann 14. nóvember 2016 óskaði PFS eftir afstöðu Samkeppniseftirlits (SE) til hins meinta brots Símans. Umsögn SE barst þann 8. desember 2016 og tók eftirlitið undir með Símanum að í sáttum SE og Símasamstæðunnar frá 2013 og 2015 kæmi fram að Símanum væri ekki skylt að afhenda

IPTV sjónvarp Símans yfir önnur aðgangsnét en aðgangsnét Mílu. Þar hefði þó einnig komið fram að Símanum væri eðlilega frjálst að afhenda Sjónvarp Símans yfir önnur aðgangsnét, yrðu taldar forsendur fyrir því af hálfu fyrirtækisins og hugsanlegs þjónustukaupanda. Ennfremur að eftirlitið teldi það raunar æskilegt til framtíðar litið. Þá tók SE fram að ekki hefði í umræddum sáttum verið gerð sérstök aðgreining á línulegu og ólínulegu sjónvarpsefni, líkt og Síminn virtist halda fram. Að lokum hefði SE tekið það fram í forsendum umræddra sátta, að ætla mætti að þessi mál myndu koma til umfjöllunar í tengslum við frekari mótun fjarskiptamarkaðar, m.a. á vettvangi PFS.

Þann 14. nóvember 2016 óskaði PFS eftir afstöðu fjölmiðlanefndar til hins meinta brots Símans. Svar fjölmiðlanefndar hefði borist þann 13. desember 2017. Fram kom að samkvæmt fjölmiðlalögum skyldi PFS leita álits fjölmiðlanefndar í málum er vörðuðu flutning myndefnis, sbr. 3. mgr. 46. gr. laganna. Í erindi PFS væri ekki um að ræða ágreining vegna flutning myndefnis heldur beiðni um að fjölmiðlanefnd veitti álit vegna hugsanlegs brots á 5. mgr. 45. gr. laganna. Erindi PFS fæli því í sér frjálsta álitsumleitun, en ekki lögbundið álit fjölmiðlanefndar samkvæmt 2. eða 3. mgr. 46. gr. Spurningin sem PFS hefði beint að fjölmiðlanefnd snéri að því hvort Síminn hefði brotið gegn umræddu ákvæði með því að beina viðskiptum viðskiptamanna sjónvarpsþjónustu að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Fjölmiðlanefnd teldi sig ekki vera í stöðu til að svara þeirri spurningu en vildi eigi að síður setja fram sjónarmið um tilurð og markmið ákvæðisins. Svar nefndarinnar við erindi PFS bæri því að skoða í því ljósi.

Ennfremur kom fram að fjölmiðlanefnd, PFS og úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefðu á fyrri stigum komist að þeirri niðurstöðu að málsgreinin hefði sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega dagskrá væri að ræða. Markmið greinarinnar væri að brjóta upp lóðrétt eignarhald hjá efnis- og dreifiveitum. Væri þetta skýrt í athugasemdum í greinargerð sem fylgt hefði frumvarpi því sem orðið hefði að fjölmiðlalögum. Markmið ákvæðisins væri einnig öðru fremur að tryggja að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin efni hefðu aðgang að slíku efni. Samkvæmt lögum væri það PFS sem leitaði sátta með aðilum ef til ágreinings kæmi. Samkvæmt þeim gögnum sem borist hefðu fjölmiðlanefnd væru málsaðilar ekki á einu máli um hvort reynt hefði verið til hins ýtrasta að leita sátta í málinu og hvort raunverulegur vilji stæði til þess. Fjölmiðlanefnd teldi því að PFS væri það stjórnvald sem hefði bestar forsendur til að svara því hvort hægt hefði verið að leysa málið í frjálsum samningum og að taka afstöðu til þess hvort Síminn hefði beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Á tímabilinu 26. október 2016 til 23. mars 2017 áttu sér stað viðamikil bréfa- og tölvupóstsamskipti á milli PFS, Símans, Vodafone, GR og Mílu. Þar gerðu félögin nánari grein fyrir kröfum sínum og sjónarmiðum og PFS hélt áfram að rannsaka málið og kanna hvort samningar gætu náðst á milli Símans og Vodafone annars vegar og Símans og GR hins vegar svo aflétt mætti ofangreindu ástandi. Þann 27. mars 2017 ákvað PFS að verða við kröfu Símans um að láta af frekari málsmeðferð að því er Vodafone þátt málsins varðaði á meðan sambærileg krafa Vodafone, þ.e. að Síminn hefði brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, væri til meðferð hjá dómstólum í lögbannsmálinu.

Þann 28. apríl 2017 hefði eins og fyrr segir fallið dómur í framangreindu lögbannsmáli í héraðsdómi Reykjavíkur. Þar var lögbannið staðfest. Taldi dómurinn að réttur Vodafone til upptöku og miðlunar á sjónvarpsefni sjónvarpsstöðva Símans, með ólínulegum hætti, hefði ekki falist í ofangreindum dreifingarsamningi félaganna heldur verið ólögmet og brotið gegn lögvörðum rétti

Símans samkvæmt höfundalögum. Ekki reyndi á meint brot Síman á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga eða 11. gr. samkeppnislaga um misbeitingu á markaðsráðandi stöðu í umræddum dómi. Fram kom að í málinu hefði ekki verið upplýst um niðurstöður Samkeppniseftirlitsins eða PFS, um það hvort Síminn hefði með háttsemi sinni farið gegn skyldum sínum samkvæmt fyrrgreindum lagaákvæðum. Heimildir Síman til að dreifa efni sjónvarpsstöðva sinna réðust af framangreindum samningi aðila um þá þjónustu sem Síminn keypti af Vodafone varðandi sjónvarpsdreifingu. Jafnvel þótt niðurstaða stjórnvalda, sem færu með eftirlit á markaði um fyrrgreind álitæfni, yrði Símanum óhagfelld, myndi það eitt ekki leiða til þess að Vodafone væri heimilt, án atbeina Síman, að dreifa efni sjónvarpsstöðva Síman með þeim hætti sem lögbann hefði verið lagt við. Vodafone hefur skotið umræddum dómi til Hæstaréttar, en niðurstaða liggur ekki fyrir.

Þann 8. nóvember 2017 tók PFS þá málsmeðferðarákvörðun að fallast á kröfu Vodafone um að halda meðferð málsins áfram, sbr. ítarlega umfjöllun þar um í kafla 5.2 hér að framan. Á tímabilinu 5. apríl til 10. október 2017, eða á meðan málsmeðferð lá að mestu niðri, eru takmörkuð samskipti á milli PFS og málsaðila. Eftir framangreinda málsmeðferðarákvörðun frá 8. nóvember 2017 og til 11. maí 2018, þegar gagnaöflun er lýst lokið, eiga sér stað gríðarlega umfangsmikil bréfa- og tölvupóstsamskipti PFS og málsaðila, auk fjölda símtala og óformlegra funda. Tilgangurinn með þessum umfangsmiklu samskiptum var m.a. að gera lokatilraun til að kanna hvort samningar gætu náðst á milli Síman og Vodafone annars vegar og/eða Síman og GR hins vegar þannig að hinu óeðlilega ástandi, sem að framan hefur verið lýst, yrði aflétt. Ennfremur að kalla eftir hinum ýmsu gögnum og upplýsingum til að fullrannsaka málið.

5.6.2. *Sjónarmið Vodafone*

Vodafone telur að með því að bjóða einungis upp á ólínulega myndmiðlun á efni Sjónvarps Síman á IPTV kerfi Síman, sem aðeins er starfrækt á undirliggjandi fjarskiptaneti Símasamstæðunnar, Mílu, og tilteknum öðrum smærri fjarskiptanetum, en ekki á fjarskiptaneti GR sem starfrækir stærsta ljósleiðaranet landsins til heimila, brjóti Síminn gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og hafi gert það síðan 1. október 2015. Ofangreind ólínuleg myndmiðlun felst m.a. í efnisveitunni Sjónvarpi Síman Premium og hliðraðri myndmiðlun á línulegri dagskrá Sjónvarps Síman, þ.m.t. svokallað tímaflakk. Þeir sem áhuga hafi á að horfa á umrætt myndefni utan hefðbundinna sjónvarpsútsendingatíma geti ekki gert það á IPTV kerfi Vodafone, sem bæði er starfrækt á neti Mílu og GR og víðar. Þar af leiðandi geta viðskiptavinir á ljósleiðaraneti GR, hvort sem þeir séu einnig viðskiptavinir Vodafone eða annarra fjarskiptafyrirtækja, ekki nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun Sjónvarps Síman. Því gætu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Síman þurft að færa viðskipti sín yfir til Síman til að nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun.

Kröfugerð Vodafone gengur því út á að Síminn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu félagsins að fjarskiptanetum Símasamstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi standi ekki til boða í gegnum fjarskiptakerfi Vodafone. Að sögn Vodafone hefur háttsemin ekki einungis áhrif á viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps, heldur ráði í mörgum tilvikum einnig úrslitum um kauphegðun þeirra sem hafa val á milli ljósleiðara GR og grunneta Mílu sem burðarlags. Hegðunin raski því einnig samkeppnisstöðu GR og allra þeirra fjarskiptafyrirtækja sem nýta sér ljósleiðara GR sem burðarlag.

Vodafone óskaði í upphafi málsins eftir aðgangi að þjónustubáttum sem nefndir hafa verið Frelsi (almennt 28 daga hliðrun) og tímaflakk (almennt 24-36 klst. hliðrun), sbr. erindi félagsins til PFS,

dags. 2. desember 2015, en þann 2. júní 2016 óskaði félagið einnig eftir aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium í heild eða að hluta.

Í kjölfar sáttafundar PFS með Símanum og Vodafone sem haldinn var 23. nóvember 2015 áréttaði Vodafone með tölvupósti til Símans beiðni þá sem fram hefði komið á umræddum fundi, um að Vodafone keypti heildsöluvöru Sjónvarps Símans, sem gerði félaginu kleift til frambúðar að bjóða viðskiptavinum Vodafone tímaflakks- og frelsisþjónustu á kerfum Vodafone, sbr. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá lagði Vodafone til að stuðst yrði við svokallaða „retail minus“ aðferð við verðlagningu á heildsöluvörunni. Í bréfi Vodafone til PFS, dags. 4. febrúar 2016, kom fram að Síminn hefði hafnað þessari beiðni og þá um leið sáttatillögu PFS. Í því bréfi kom ennfremur fram að krafa Vodafone stýddist einnig við 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga sem kvæði á um að PFS legði stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. laganna.

Í bréfi Vodafone til PFS, dags. 31. maí 2016, kom m.a. fram að með tölvupósti Vodafone til Símans, dags. 11. apríl 2016, eða strax í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 3/2016 um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, hefði Vodafone skorað á Símann að láta af lögbrotum og heimila Vodafone þegar í stað að veita viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps aðgang að umræddri þjónustu. Síminn hefði hafnað þeirri áskorun með tölvupósti, dags. 16. apríl 2016. Hefði Síminn m.a. tekið það fram að umrædd ákvörðun PFS fæli ekki í sér að tekin væri afstaða til þess hvort Síminn hefði brotið gegn ákvæðum fjölmiðlalaga og því væri tölvupóstur Vodafone ekki aðeins ótímabær heldur einnig tilefnislaus, auk þess sem Síminn væri að meta hvort ástæða væri fyrir félagið að kæra umrædda ákvörðun PFS. Vodafone hefði svo áréttað framangreinda beiðni með tölvupósti til Símans, dags. 20. apríl 2016, þar sem m.a. hefði komið fram að Vodafone hefði talið að framangreind ákvörðun PFS nr. 3/2016 gæti orðið til þess að félögin myndu taka upp þráðinn varðandi Tímavél og Frelsi. Ef það væri hins vegar ófrávíkjanlegt skilyrði af hálfu Símans að inn í þær viðræður kæmi krafa Símans um skaðabætur fyrir meint ólögmet afnot Vodafone ólínulegu myndefni Símans í Tímavél Vodafone á tímabilinu 1. október 2015 fram að lögbanninu sem sett hefði verið á Vodafone þann 16. desember sama ár væri Síminn í reynd að hafna viðræðum. Því hefði enn á ný verið skorað á Símann að endurskoða afstöðu sína og falla frá slíku skilyrði.

Þá kom fram í máli Vodafone að á fundi Símans og Vodafone þann 26. apríl 2016 hefði verið farið að sjást til lands í samningaviðræðum um dreifingarsamningana og að þar hefði verið ákveðið að fyrirtækin könnuðu bakland sitt varðandi sættir varðandi hina ólínulegu myndmiðlun Vodafone á myndefni Símans. Á fundi aðila 9. maí 2016 hefðu fulltrúar Símans mætt umboðslausir til slíkra samningaumleitana. Þar hefðu fulltrúar Vodafone lýst því yfir að í ljósi þessara viðbragða Símans liti Vodafone í reynd svo á að Síminn hefði hafnað áskorunum Vodafone um að láta af umræddu brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og málið færi því væntanlega sína leið fyrir stjórnvöldum og eftir atvikum dómstólum. Þá kom fram að þann 26. maí 2016 hefði Vodafone borist athugasemdir Símans. Þar hefði komið fram að Síminn væri ekki að hafna viðræðum við Vodafone, heldur væri einfaldlega ekki búið að ræða málið innan Símans þannig að félagið gæti tekið afstöðu til beiðni Vodafone.

Í framangreindu bréfi Vodafone til PFS, dags. 31. maí 2016, hefði Vodafone farið fram á að stofnunin tæki þegar í stað bráðabirgðaákvörðun þess efnis að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum að fjarskiptanetum samstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni Símans á ólínulegu formi stæði ekki til boða á fjarskiptaneti Vodafone. Þá væri þess krafist að PFS tæki í framhaldinu, undir efnismeðferð málsins, bindandi stjórnvaldsákvörðun

Þess efnis að stofnunin gæfi fyrirmæli um heildsölu/endursölu á þeim þjónustubáttum sem um væri deilt í málinu og ákvarðaði hæfilega þóknun til handa Vodafone, sbr. 2. mgr. 47. gr. fjölmiðlalaga, og að á Símann yrðu lagðar hæstu lögleyfðu stjórnvaldssektir, sbr. 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga. Ástæða kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun var að EM í fótbolta myndi byrja þann 10. júní 2016 og Símann hefði hafnað því að Vodafone fengi að sýna einstaka leiki í Tímavél og því væri um að ræða alvarlega mismunun á milli dreifikerfa, sem væri til þess fallin að áskrifendur gætu kosið að fara úr viðskiptum við Vodafone Sjónvarp yfir á Sjónvarp Símans. Þetta væri ekki bundið við sjónvarpsviðskipti, heldur fæli slík ákvörðun í sér að færa internetið og að líkindum aðra fjarskiptaþjónustu yfir til Símans, sbr. t.d. markaðssetningu Símans á Heimilisþakkanum.

Þá kom fram að fyrir lægi að Símann beindi viðskiptavinum að fjarskiptanetum samstæðunnar á þann hátt að *sjónvarpsefni* á ólínulegu formi stæði ekki til boða á öðrum fjarskiptanetum. Það væri staðreynd að Tímavél og Frelsi væri eingöngu í boði í Sjónvarpi Símans. Til að nota Sjónvarp Símans væri undirliggjandi krafan að burðarlagið sem væri notað væri annað hvort tengt kerfum Mílu eða notaði kerfi Mílu, því Símann fæddi ekki merki Sjónvarps Símans yfir önnur kerfi. Það væri því sannað í málinu að Símann notaði þessa þjónustu til að selja eigin internettingar og burðarlag Mílu, en ekki annarra fjarskiptafyrirtækja.

Afleiðing þessarar hegðunar Símans væri í raun sú að öll heimili sem GR hefði tengt ljósleiðara misstu þann möguleika að geta horft á sjónvarpsefni Símans með seinkun. Væri þar um að ræða 70.000 heimili í heild, en þar af [...] heimili sem keyptu sjónvarpsþjónustu í gegnum ljósleiðara GR af Vodafone. Eini möguleiki þessara viðskiptavina, til að geta horft á ólínulegt myndefni Sjónvarps Símans, væri að færa sig úr þjónustu við Vodafone og af kerfi GR og yfir til Símans og þannig yfir á fjarskiptakerfi dótturfélags Símans, Mílu. Vodafone væri langstærsti viðskiptavinur GR og væri umrædd aðgerð til þess fallin að hafa veruleg áhrif á rekstur Vodafone.

Samkvæmt 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga *legði* PFS stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Orðalag ákvæðisins gæfi stofnuninni ekkert svigrúm til mats um hvort leggja bæri á sektir. Löggjafanum hefði verið í lófa lagið að orða ákvæðið með þeim hætti að *heimilt* væri að leggja á sektir, en orðalag textans væri ófrávíkjanlegt, að því gefnu að um brot væri að ræða á umræddum ákvæðum. Við slíkar aðstæður *legði* stofnunin einfaldlega á sektir. Þá segði í 4. mgr. 55. gr. að stjórnvaldssektum yrði beitt óháð því hvort brot væru framin af ásetningi eða gáleysi. Eina svigrúmið til mats væri ákvörðun um hve há sektin skyldi vera innan þess ramma sem ákvæðið setti. Stæðu veigamikil rök til að lagðar yrðu á hámarks sektir samkvæmt ákvæðinu, þ.e. 10.000.000 kr.

Þá kom að lokum fram í framangreindu bréfi Vodafone til PFS, dags. 31. maí 2016, að við þetta bættist einbeittur ásetningur Símans til að sniðganga umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Endurspegladist þessi afdráttarlausí vilji til sniðgöngu og brota á lögum í yfirlýsingum forsvarsmanna Símans í tengslum við félagið Símann Media S.A.R.L. Umrætt félag hefði verið stofnað í Lúxemborg í þeim yfirlýsta tilgangi að komast undan lögsögu innlendra eftirlitsstjórnvalda, sbr. viðtal við Magnús Ragnarsson, framkvæmdastjóra hjá Símanum, í Viðskiptablaðinu þann 17. mars 2016 og frétt í Morgunblaðinu þann 14. maí 2016. Virtist ákvörðun Símans um að flýja land hafa verið tekin í kjölfar umsagnar fjölmiðlanefndar til PFS vegna gildissviðs 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, dags. 29. febrúar 2016. Í ljósi fyrrgreindra yfirlýsinga forsvarsmanna Símans um stofnun aflandsfélags í því skyni að sniðganga og brjóta íslensk lög væri

fullreynt, að Síminn myndi ekki láta af brotum gegn 5. mgr. 45. gr. nema að PFS tæki ákvörðun til bráðabirgða sem staðfesti hina brotlegu hegðun.

Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 10. júní 2016, féll félagið frá kröfu um að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu. Fram kom að í ljósi umfangs málsins hefði Vodafone ákveðið, í stað þess að krefjast bráðabirgðaákvörðunar, að fara fram á krafa félagsins um að Síminn hefði gerst brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fengi hefðbundna efnislega meðferð hjá stofnuninni. Við þá efnismeðferð yrði litið til alls brotatímabilsins, þ.e. atvika málsins allar götur frá október 2015, þegar Síminn hefði fyrst hafið að beina viðskiptum að fjarskiptanetum samstæðunnar.

Í tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 1. júní 2016, hefði Síminn vísað til fundar með aðilum sem fram fór þennan sama dag vegna „Tímavélar“ og „Frelsis“. Kvaðst Síminn vera búinn að skoða þessi mál og kvaðst þurfa svör Vodafone við tilteknum spurningum til þess að geta lagt fjárhagslegt mat á beiðnina. Í fyrsta lagi þyrfti lýsingu á því hvaða þjónustu Vodafone óskaði eftir að kaupa af Símanum, en ekki nægði að vísa til „Tímavélar“ og „Frelsis“ þar sem þessi hugtök hefðu enga efnislega merkingu lengur. Í öðru lagi þyrfti grófa viðskiptaáætlun frá Vodafone um hvað félagið væri tilbúið að greiða fyrir þjónustuna. Þá þyrfti að vera fjárhagslegur ávinningur í viðskiptunum fyrir Símann svo félagið gengi til þeirra. Ennfremur að efnið sem Síminn seldi væri keypt og fæli í sér fjárhagslega áhættu og þyrfti það verð sem Vodafone kæmi til með að greiða að taka mið af því. Að lágmarki þyrfti að vera um að ræða fasta lágmarksgreiðslu en ekki eingöngu breytilega þóknun per viðskiptavin. Viðskiptaáætlanir þyrftu einnig að taka mið af því að samningar yrðu bindandi til nokkurra ára. Að lokum þyrfti Vodafone að koma með tillögu um hvernig ætti að greiða fyrir upptöku og miðlun efnis SkjásEins frá október til og með 15. desember 2015.

Með tölvupósti, dags. 2. júní 2016, svaraði Vodafone ofangreindum tölvupósti Símans. Fram kom að Vodafone hefði mánuðum saman reynt að fá Símann að samningaborðinu varðandi þessi atriði. Ítrekuðum áskorunum hefði lengst af ekki verið sinnt þar til nýverið þar sem svörum hefði verið lofað, eftir að Vodafone hefði óskað eftir að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu. Þjónustan sem Vodafone færi fram á væri endursala/heildsala á þeirri vöru sem nú gengi undir heitinu „Sjónvarp Símans Premium“ í heild eða að hluta. Þá væri ekki þörf á sérstakri viðskiptaáætlun, enda væri það þekkt módel að endurselja vörur með „retail minus“ aðferð. Þetta hefði raunar verið sáttatillaga PFS fyrir margt löngu. Beiðni um viðskiptaáætlun væri eingöngu til þess fallin að drepa málinu á dreif. Það væri augljós hagur Símans að auka tekjur með endursölu á þjónustu á fleiri dreifikerfum og afla þannig fleiri viðskiptavina. Varðandi greiðslu Vodafone fyrir upptöku og miðlun sjónvarpsefnis Símans frá október til og með 15. desember 2015 væri ágreiningur um það sem gerst hefði á fyrrgreindu tímabili til meðferðar hjá dómstólum í lögbanismálinu.

Með tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 7. júní 2016, hefði Síminn svarað framangreindum tölvupósti Vodafone frá 2. júní 2016. Fram kom að Vodafone hefði ekki sýnt neinn vilja til þess að sannfæra Símann um að það væri fjárhagslega jákvætt að selja þjónustuna til Vodafone. Þótt „retail minus“ aðferðarfræðin væri þekkt í reglusetningu þá væri ekki þar með sagt að það væri fjárhagslega skynsamlegt fyrir seljanda að nota það í samningum á viðskiptalegum forsendum. Það væri alþekkt líka að þegar það væri verið að selja myndefni þá væri mjög sjaldgæft að efnisréttarhafinn seldi eingöngu hugverk sitt á einingarverðum. Það væri mun algengara að seldur væri aðgangur fyrir fasta lágmarksfjárhæð. Þetta væri líka þróunin í fjarskiptaheiminum þar sem aðgangur að fjarskiptakerfum væri á grundvelli fastrar lágmarksfjárhæðar og stundum að

viðbættum einingarverðum. Afstaða Símans væri sú að ef engin föst greiðsla kæmi til þá væri Vodafone í reynd að hafna samningaviðræðum, líkt og það hefði verið Vodafone sem hefði hafnað samningaviðræðum í desember 2015 en ekki Síminn. Vodafone hefði ekki gefið neitt til kynna um að sá vilji hefði breyst heldur þvert á móti virtist Vodafone frekar vilja sækja sér ókeyppis aðgang í gegnum eftirlitsstofnanir. Þá lagði Síminn áherslu á að ekki væri flutningsréttur eða -skylda á ólínulegu efni, enda væri það óumdeilt og staðfest af PFS. Síminn teldi að í reynd hefði Vodafone engan áhuga á því að fá aðgang að þjónustu Símans heldur væri tilgangurinn fyrst og fremst að skaða keppinauta. Vodafone hefði átt að setja fram hvað félagið vildi borga, ekki eftir hvaða aðferðarfræði. Það hefði Vodafone ekki gert ennþá. Vodafone hefði aldrei komið fram með þá fjárhæð sem félagið væri tilbúið að greiða fyrir réttinn að Sjónvarpi Símans Premium. Síminn hefði ekki áform um að skipta upp þjónustunni. Hins vegar væri hægt að skoða allt fyrir rétt verð. Síminn áréttaði aftur þá beiðni að Vodafone kæmi með þá fjárhæð sem félagið væri reiðubúið til þess að greiða fyrir Sjónvarp Símans Premium.

Með tölvupósti Vodafone til Símans, dags. 8. júní 2016, svaraði félagið ofangreindum tölvupósti Símans frá 7. júní. Fram kom að í ljósi þess að báðir aðilar hefðu lýst yfir samningsvilja (þótt þeir hefðu ólíka sýn á raunverulegan vilja hvors annars) væri lagt til að endursala/heildsala færi einfaldlega af stað og að ákvörðun um endurgjaldið, sem miðast skyldi við „retail minus“, yrði lögð í úrskurð hjá PFS. Vodafone ítrekaði svar þetta í tölvupósti til Símans, dags. 20. júlí 2016.

Með tölvupósti, dags. 22. júlí 2016, svaraði Síminn ofangreindum tölvupóstum Vodafone frá 8. júní og 20. júlí 2016. Fram kom að eins og ítrekað hefði komið fram þá væri samningsvilji Símans tengdur við það hvort Vodafone væri tilbúið að greiða viðunandi verð. Það að afhenda vöru eða þjónustu án þess að semja um verð væri óhugsandi í öllum tilfellum. Þar fyrir utan þá gæti PFS ekki tekið að sér úrskurðarvald í málum nema hafa til þess bæra lagaheimild, sem stofnunin hefði ekki varðandi ágreining er varðandi verðlagningu fyrir ólínulega þjónustu. Hlutverk PFS væri skýrlega bundið við ágreining um verðlagningu fyrir ólínulega þjónustu, þ.e. sjónvarpsútsendingar. Tillaga Vodafone væri því markleysa. Því ítrekaði Síminn aftur að ef Vodafone hefði áhuga á því að fá réttinn til þess að selja ólínulega þjónustu Símans, þá þyrfti félagið að gera tillögu um það verð sem Vodafone væri tilbúið til þess að greiða.

Með tölvupósti, dags. 9. ágúst 2016, svaraði Vodafone ofangreindum tölvupósti Símans frá 22. júlí 2016. Fram kom að tillagan um að PFS ákvarðaði endurgjaldið væri fráleitt markleysa, enda samningsfrelsi í landinu og unnt að semja um slíkt ef raunverulegur vilji væri fyrir hendi. Það verð sem Vodafone vildi greiða væri smásöluverð að frádregnum [...].

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 26. október 2016, bárust stofnuninni frekari athugasemdir félagsins í málinu. Fram kom að staðreynd málsins væri sú að Síminn hefði ekki svarað tillögu Vodafone varðandi endurgjald fyrir aðgang að umræddum þjónustupáttum, en síðustu samskipti vegna þessa væru frá 9. ágúst 2016. Þar hefði Vodafone lagt til að notast yrði við „retail minus“ aðferð, þannig að Vodafone greiddi smásöluverð fyrir hina ólínulegu þjónustu að frádregnum [...]. Í ljósi þess að báðir aðilar hefðu lýst yfir samningsvilja hefði Vodafone lagt til að endursala/heildsala færi einfaldlega af stað og að ákvörðun um endurgjaldið, sem miðast skyldi við „retail minus“, yrði lögð í úrskurð hjá PFS. Með vísan til framangreinds teldi Vodafone samningsleið varðandi „Tímavél“ og „Frelsi“ fullreynda. Því væri óhjákvæmilegt að krefjast íhlutunar PFS.

Síminn hefði ítrekað haft uppi sjónarmið er lytu að formi máls fremur en efni, m.a. með kröfu um frestun meðferðar málsins og kærur til úrskurðarnefndar. Hefði málatilbúnaður Símans verið afar mótsagnarkenndur. Til að mynda hefði Síminn fullyrt í bréfi sínu, dags. 22. ágúst 2016, að GR væri réttur aðili málsins en ekki Vodafone. Þegar GR hefði síðan krafist aðildar hefði Síminn kært þá ákvörðun til úrskurðarnefndar en ekki haft erindi sem erfiði. Af sama meiði væru ýmis önnur sjónarmið sem Síminn hefði sett fram í framangreindu bréfi, svo sem um að fresta bæri málsmeðferð, meint *litis pendens* áhrif og meint vanhæfi forstjóra PFS og starfsmanna stofnunarinnar.

Í málatilbúnaði Símans væri látið að því liggja að kröfugerð Vodafone gengi einungis út á að hagsmunum GR væri ekki raskað. Því færi fjarri. Kröfugerð Vodafone gengi út á að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum að fjarskiptanetum Símasamstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi stæði ekki til boða á *fjarskiptaneti Vodafone*. Í 13. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga væri „fjarskiptanet“ skilgreint sem sendikerfi og þar sem það ætti við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gerðu mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínnum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp. Fyrir lægi að ekki væri unnt að miðla hinum umþrættu þjónustubáttum um fjarskiptanet Vodafone, sbr. skilgreiningu fjarskiptalaga, og á því byggði kröfugerðin.

Þessu til viðbótar hefði Vodafone bent á að háttsemin hefði ekki einungis áhrif á viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps, heldur réði í mörgum tilvikum einnig úrslitum um kauphegðun þeirra sem hefðu val á milli ljósleiðara GR og Ljósnets Mílu sem burðarlags. Hegðunin raskaði því einnig samkeppnisstöðu GR og *allra þeirra fjarskiptafyrirtækja* sem nýttu sér ljósleiðara GR sem burðarlag.

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 6. janúar 2017, bárust stofnuninni frekari athugasemdir félagsins. Fram kom að Síminn hefði allt frá upphafi gert að skilyrði fyrir aðgangi að hliðruðu efni að Vodafone greiddi skaðabætur fyrir meinta óheimila notkun á tímabilinu fram að lögbanni. Nú síðast hefði borist kröfubréf, dags. 14. nóvember 2016, þar sem Síminn hefði farið fram á [...] kr. greiðslu frá Vodafone í skaðabætur. Jafnframt hefði Síminn krafist ótilgreindra „minimum guarantee“ greiðslna. Teldi Vodafone að skilyrði um himinháar skaðabætur og „minimum guarantee“ greiðslur væru eins og á stæði ómálefnalegar og samkeppnishindrandi. Krafan um sérstakt lágmarksgjald, í stað þess að miða við „retail minus“, eftir að Síminn hefði bætt við sig um [...] áskrifendum væri afar samkeppnishindrandi. Einboðið væri að allmargir viðskiptavinir, sem annars hefðu valið Vodafone Sjónvarp, væru þegar farnir til Símans á grundvelli hinna óheimilu aðgerða. Í því ljósi væri með öllu óeðlilegt að setja fram kröfu um lágmarksgreiðslu, óháð fjölda raunverulegra viðskiptavina Vodafone Sjónvarps sem myndu kaupa aðgang að Tímavél og Frelsi. Þess utan fengist ekki séð hvaða fasta kostnað þessi lágmarksgreiðsla ætti að dekkja. Síminn hefði aldrei gert nokkurt gagntilboð, hvorki um prósentuhlutfall (miðað við „retail minus“) né fjárhæð umræddrar lágmarksgreiðslu.

Þá kom fram í umræddu bréfi Vodafone að fyrir lægi að á tímabilinu frá október 2015 fram í maí 2016 hefði Síminn hafnað öllum samningaumleitunum, eða fulltrúar félagsins lýst sig umboðslausa á fundum. *Brotið væri því fyrir löngu fullframið*. Síðan þá hefðu kröfur og skilyrði verið með þeim hætti að meintur samningsvilji Símans í tölvupóstsamskiptum sumarið 2016 virtist til málamynda en ekki raunverulegur.

Þar kom ennfremur fram að afleiðing af háttsemi Símans væri að þau 37.000 heimili sem keyptu Sjónvarpsþjónustu Vodafone, gætu ekki horft á eftirsóknarvert efni þegar þeim hentaði, heldur væri einungis línuleg dagskrá stöðvarinnar Sjónvarp Símans í boði. Það sama ætti við um önnur heimili sem hefðu kost á að virkja tengingu við ljósleiðara GR en veigruðu sér við að nýta hann vegna ofangreinds, en GR hefði tengt 74.000 heimili við ljósleiðarann. Fengi Vodafone enda með engu móti séð með hvaða hætti það myndi hefta framleiðslu Símans á innlendu sjónvarpsefni og innkaupum á erlendu efni að slíku efni væri dreift, gegn eðlilegu gjaldi, á sem flestum dreifiveitum, neytendum í hag. Þvert á móti væri þessi þróun afturhvarf til ástandsins sem verið hefði á markaðnum fyrir árið 2005, þegar Síminn hefði gert að skilyrði að áhorfendur enska boltans væru í ADSL viðskiptum við félagið. Við þeirri stöðu hefði verið brugðist af hálfu samkeppnisyfirvalda með stjórnvaldsákvörðun þar sem Símanum hefði verið gert skylt að heimila dreifingu á enska boltanum á öðrum fjarskiptanetum. Þá hefði Alþingi innleitt skýrt og afdráttarlaust bannákvæði gegn slíkri háttsemi í fjölmiðlalög. Væri afar mikilvægt að eftirlitsstofnanir stæðu vörð um hagsmuni neytenda með festu eins og nýleg dæmi sönnuðu.

Þá kom fram að málsástæður og lagarök Vodafone væru einföld og í reynd í öllum meginatriðum samhljóða því sem fram hefði komið í umsögn fjölmiðlanefndar, dags. 29. febrúar 2016, sem og formákvörðunum PFS og niðurstöðu úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, dags. 21. nóvember 2016:

- a. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri sjálfstætt, skýrt og víðtækt bannákvæði, sem skýra bæri almennri lögskýringu samkvæmt orðanna hljóðan.
- b. Vafalaust væri að gildissvið bannákvæðisins væri víðtækt og ætti við um annað og meira en línulegar sjónvarpsútsendingar. Málsgreinin hefði því sjálfstætt gildi óháð því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða.
- c. Lögskýringargögn styddu lagatúlkunina, enda augljóst að markmið ákvæðisins væri að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu.
- d. Atvik málsins væru í reynd skólabókardæmi um þá aðstöðu sem lagaákvæðinu væri ætlað að koma í veg fyrir.

Að lokum kom fram í framangreindu bréfi Vodafone frá 6. janúar 2017 að félagið legði áherslu á fordæmisgildi þeirrar ákvörðunar sem framundan væri um túlkum á 5. mgr. 45. gr. Málið snérist ekki einungis þröngt um atvik þessa tiltekna máls heldur hvort fjarskiptafyrirtækjum yrði heimilað að binda framboð á eftirsóknarverðu efni við tengd fjarskiptanet og styrkja þannig lóðréttu samþættingu, þvert á markmið og tilgang löggjafans, neytendum og öllum almenningi til tjóns.

Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 25. janúar 2017, bárust athugasemdir félagsins við bréf Símans til PFS frá 9. janúar 2017. Vildi félagið leiðrétta þá rangfærslu að Vodafone hefði slitið viðræðum við Símann í desember 2015 og aftur í júní 2016. Þetta væri alrangt, ekki stutt neinum gögnum af hálfu Símans og því marklaust. Þá væri einnig hallað réttu máli þegar fullyrt væri í bréfi Símans að Vodafone „*reyndi að ná því fram, í gegnum PFS, að Síminn yrði kærður til lögreglu*“ eins og orðrétt segði í bréfi Símans. Hið rétta væri að Vodafone hefði enga kröfu gert um slíkt en hefði bent á lagaákvæði sem gerði að verkum að slík skylda kynni að hvíla á PFS að eigin frumkvæði. Þá væri sú tilvísun Símans haldlaus að efnisveiturnar Netflix og Hulu væru ekki

skyldugar til að bjóða efni hvorrar annarrar, enda væru þessar efnisveitur hvorugar hluti af lóðrétt samþættum fjarskiptasamsteypum og beindu því ekki viðskiptum sínum að tengdu fjarskiptaneti.

Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 16. mars 2017, kom fram að félagið sæi ekki ástæðu til að gera athugasemdir við framkomin sjónarmið Mílu, dags. 14. mars 2017, aðrar en að mótmæla framkomnum málsástæðum og lagarökum Mílu í heild sinni með almennum hætti. Ekkert í málatilbúnaði Mílu væri nýtt og öll sjónarmið félagsins hefðu áður komið fram frá móðurfélaginu, Símanum. Virtist tilgangur Mílu með aðild sinni að málinu eingöngu vera sá að færa málsástæður og lagarök fyrir því að móðurfélagið Síminn hefði ekki gerst brotlegt við umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, í stað þess að reifa sjónarmið út frá hagsmunum Mílu.

Með tölvupósti Vodafone til Símans, dags. 18. nóvember 2017, svaraði Vodafone tölvupósti Símans, dags. 16. nóvember 2017, þar sem Síminn hafði óskað eftir viðræðum um heildsöluáðgang að Stöð 2 og Stöð 2 Sport í kjölfar sáttar Vodafone við Samkeppniseftirlitið vegna kaupa á rekstri sjónvarpsmiðla 365. Vodafone svaraði á þá leið að þar sem samningur væri í gildi á milli 365 og Símans um endursölu á umræddum sjónvarpsstöðvum væri ekki knýjandi þörf á að látið yrði reyna á hvort samningar tækjust á milli Símans og Vodafone á viðskiptalegum forsendum um endursölu á umræddum rásum, fyrr en Vodafone hefði tekið við tilteknum eignum og rekstri 365, en slíkt væri áformað þann 1. desember 2017. Tekið var fram að Vodafone hefði engin áform um að segja ofangreindum samningi upp við það tímamark.

Hins vegar væri að mati Vodafone öllu brýnna að Síminn léti af hindrunum varðandi aðgang að ólínulegu efni Sjónvarp Símans. Síminn hefði mánuðum saman ekki brugðist við kröfu Vodafone um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium til endursölu, í heild eða hluta, á grundvelli *retail minus* reglu, nema með því að hafna aðferðinni. Samkvæmt umfjöllun í Morgunblaðinu myndu þættir sem kenndir væru við Stöllu Blómkvist koma í heild sinni í Sjónvarp Símans Premium föstudaginn 24. nóvember 2017 en yrðu ekki sýndir í línulegri dagskrá í sjónvarpi Símans fyrr en frá og með janúar 2018. Væri krafa um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium því enn á ný áréttuð. Í upphafi hefði Vodafone lagt til, sem fyrsta útspil í samningaviðræðum, að miðað yrði við *retail minus* [...]%. Til að greiða fyrir lausn málsins legði Vodafone nú til að miðað yrði við *retail minus* [...]% og væri þess krafist að aðgangur yrði veittur á þeim grundvelli fyrir 24. nóvember 2017.

Í tölvupósti Vodafone til Símans þann 22. nóvember 2017 kom fram að Vodafone hefði vonast eftir að fundur félaganna yrði haldinn fyrr en 23. nóvember, þar sem frumsýning Stöllu Blómkvist yrði þann 24. nóvember, og því væri að verða of seint fyrir félögin að ná saman fyrir þann tíma. Einungis væri unnt að skilja þetta á þann veg að Síminn ætlaði ekki að veita Vodafone möguleikann á að bjóða þetta efni jafnfætis Símanum á milli kerfa. Eins og Símanum væri kunnugt þá hefði Vodafone farið fram á að geta haldið áfram að bjóða viðskiptavinum sínum þjónusturnar tímavél og frelsi, og síðar Sjónvarp Símans Premium, þar sem Síminn hefði ákveðið að tímavél og frelsi yrðu ekki lengur til sem „vörur“. Aldrei í þessu ferli hefði Síminn léð máls á því að bjóða Vodafone þjónustuna.

Ofangreindur fundur á milli Símans og Vodafone fór fram fimmtudaginn 23. nóvember 2017, eða daginn áður en þáttaserían Stöllu Blómkvist var gerð aðgengileg í Sjónvarpi Símans Premium í heild sinni. Í tölvupósti Vodafone til PFS, dags. þennan sama dag, afhenti félagið stofnuninni minnispunkta (fundargerð) Vodafone af umræddum fundi. Tók Vodafone fram að tímans vegna hefði fundargerðin ekki verið borin undir Símann og bæri því ekki að skoða hana

sem samþykkt fundargerð beggja aðila heldur samtímagagn sem fulltrúar Vodafone hefðu tekið saman í kjölfar fundarins. Vodafone tók ennfremur fram að það væri mat Vodafone að hið svokallaða tilboð Símans væri í reynd markleysa. Jafnframt að í því fælist frekari sönnun á einbeittum vilja Símans til að binda eftirsóknarvert sjónvarpsefni við tengt fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og hindra um leið aðgang að aðgangsneti GR.

Fram kom í framangreindu minnisblaði Vodafone að fulltrúar Símans hefðu staðfest að tilboðið sem borist hefði Vodafone frá Símanum þann 22. nóvember 2017, hefði takmarkast við þau aðgangsnét þar sem Sjónvarp Símans væri þegar í boði um. Þetta undanskildi því net GR. Fram hefði komið að Síminn ætti í deilu við GR um aðgangsform Sjónvarps Símans á neti GR, þ.e.a.s. Síminn væri að vinna að því að GR yrði þvinguð í að veita aðgang fyrir Sjónvarp Símans, sambærilegan þeim aðgangi sem Míla veitti. Ef efni Sjónvarps Símans yrði selt yfir net GR áður en það mál yrði til lykta leitt, myndi slíkt skaða samningsstöðu Símans við GR. Málið væri til meðferðar hjá PFS.

Þá kom fram í minnisblaðinu að fulltrúar Vodafone hefðu á umræddum fundi lýst þeirri skoðun sinni að samkvæmt framangreindri lýsingu væri tilboð Símans markleysa og gengi í reynd út á að Sjónvarp Símans yrði áfram bundið við fjarskiptanet Símans og Mílu. Því til stuðnings hefðu fulltrúar Vodafone bent á að yfir 90% viðskiptavina Vodafone Sjónvarps, sem ekki væru á netum Símasamstæðunnar, væru á neti GR. Af þessari ástæðu væri þýðingarlítið að ræða kjör fyrir hinn meinta aðgang sem í bæði væri. Þá hefðu fulltrúar Símans upplýst að krafan um [...] millj. kr. lágmarksgreiðslu á ársgrundvelli væri fyrsta útspil í samningaviðræðum og hugsunin væri að ákveðinn tröppugangur myndi eiga sér stað áður en greiðslan næði [...] millj. kr. á mánuði.

Fulltrúar Vodafone hefðu áréttað þá skoðun að tilboðið væri markleysa og að fundurinn virtist partur af samkvæmisleik, sem hefði það að markmiði að láta líta svo út að samningaviðræður væru í gangi um aðgang að Sjónvarpi Símans þegar svo væri ekki í reynd. Viðskiptavinir Vodafone myndu því m.a. ekki fá aðgang að seríunni Stelli Blómkvist, sem eingöngu yrði sýnd í Sjónvarpi Símans frá og með 24. nóvember 2017.

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 5. janúar 2018, gerði félagið athugasemdir við umsögn Símans frá 12. desember 2017, færði fram rökstuðning fyrir því hvers vegna „minimum guarantee“ aðferðarfræði kæmi ekki til greina í málinu og hvers vegna „retail minus“ aðferðarfræði ætti fremur við.

Fram kom að fyrir lægi að frá október 2015 fram að álagningu lögbanns þann 18. desember 2015 hefðu alls engir frjálsir samningar verið í boði af hálfu Símans. Ætti þetta að vera ágreiningslaust. Samningaleið hefði síðan verið fullreynd. Síðan þá hefðu kröfur og skilyrði Símans verið með þeim hætti að meintur samningsvilji Símans virtist eingöngu til málamynda en ekki raunverulegur. Á fundi aðila þann 9. maí 2016 hefðu fulltrúar Símans til að mynda sagst vera umboðslausir til sáttaviðræðna. Sumarið 2016 hefðu svo tölvupóstar farið á milli aðila þar sem Síminn hafnaði m.a. að Tímavél og Frelsi stæðu til boða sjálfstætt, heldur væru einungis í boði sem hluti af Sjónvarpi Símans Premium vörunni. Auk þess hefði Síminn allt frá upphafi gert það að skilyrði fyrir aðgangi að hliðruðu efni að Vodafone greiddi skaðabætur fyrir meinta ólögmetna notkun á tímabilinu fram að lögbanni, auk „minimum guarantee“ greiðslna. Nú á síðari stigum hefði Síminn boðið aðgang að Tímavél og Frelsi með auglýsingum á undan. Þetta væri alls ekki sú vara sem tekin hefði verið af viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps haustið 2015, og væri auk þess ekki tæknilega möguleg á

IPTV kerfi Vodafone, a.m.k. ekki að svo stöddu. Þá hefði það loks gerst þann 22. nóvember 2017 að Síminn hefði lagt fram einhvers konar málamyndatilboð um aðgang Vodafone að Sjónvarpi Símans Premium, sem næði ekki til viðskiptavina Vodafone sem væru á neti GR. Ekki yrði séð af framangreindri umsögn Símans, dags. 12. desember 2017, að umræddri fundargerð eða minnisblaði Vodafone frá 23. nóvember 2017 hefði verið mótmælt og bæri því að leggja hana til grundvallar við meðferð PFS á málinu.

Þá kom fram í máli Vodafone að Síminn hefði markaðssett Sjónvarp Símans Premium frá upphafi með þeim hætti að eina undirliggjandi krafan væri að burðarlagið sem notað væri, væri annað hvort tengt kerfum Mílu eða notuðu kerfi Mílu, því Síminn fæddi ekki merki Sjónvarps Símans yfir önnur kerfi sem stæði. Þetta væri heilt yfir enn staðan. Brotin væru því afar skýr og augljós, þ.e. viðskiptamönnum fjölmiðlaveitu Símans væri beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki, dótturfélaginu Mílu. Breytti engu þótt Síminn hefði á staðbundnu neti á Akureyri fætt merki Sjónvarps Símans yfir kerfi Tengis. Samkeppnisröskunin væri eftir sem áður til staðar.

Ennfremur hefði Síminn lagt mikið upp úr því að áskriftarþjónusta Sjónvarps Símans Premium fæli í sér ólínulega myndmiðlun og að í kröfugerð Vodafone fælist því krafa um flutningsrétt á ólínulegu efni. Gallinn við þessa nálgun Símans væri að margnefnd 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gerði engan greinarmun á línulegu eða ólínulegu sjónvarpsefni, heldur legði blátt bann við að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Það væri því einsýnt að PFS bæri að taka bindandi stjórnvaldsákvörðun, þar sem háttsemi Símans yrði talin skýlaust brot á bannákvæðinu og beita jafnframt viðurlögum vegna þessa.

Þá hefði Síminn talið máli skipta að Vodafone hefði nú tekið við tilteknum eignum og rekstri 365. Því væri hafnað að þetta skipti nokkru máli. Það væri hegðun Símans sem fjölmiðlaveitu sem væri til skoðunar og skipti samruninn við 365 engu í því sambandi. Úrlausnarefni PFS væri einfaldlega hvort Síminn hefði með háttsemi sinni hegðað sér í andstöðu við skýrt og ótvírætt bannákvæði fjölmiðlalaganna. Þar að auki hefði samruninn ekki tekið gildi fyrr en 1. desember 2017, en brotatímabilið hefði staðið frá október 2015.

Vodafone áréttaði að krafan um „minimum guarantee“ væri eins og á staði ómálefnaleg og samkeppnishindrandi. Krafan um sérstakt lágmarksgjald, í stað „retail minus“, eftir að Síminn hefði á brotatímabilinu bætt við sig þúsundum áskrifenda, væri afar hindrandi, enda væri einsýnt að allmargir viðskiptavinir, sem annars hefðu valið Vodafone Sjónvarp, væru þegar farnir til Símans á grundvelli hinna óheimilu aðgerða. Í því ljósi væri með öllu óeðlilegt að setja upp kröfu um lágmarksgreiðslu, óháð fjölda raunverulegra viðskiptavina Vodafone sem myndu nýta sér Sjónvarp Símans Premium.

Svar Símans við þeirri spurningu PFS hvort samningur um viðskipti milli Símans og 365 fæli í sér „retail minus“ fyrirkomulag, væri afar athyglisvert. Síminn virtist halda fram að svo væri ekki og byggði auk þess á því að um væri að ræða umboðssölu fyrirkomulag en ekki endursölu. Það blasti hins vegar við, þegar umræddur samningur væri rýndur, að verðlagning hans byggði á „retail minus“ reglunni, en miðað væri við þóknun á bilinu [...] % af áskriftarverði, eftir því hvort um væri að ræða áskrifanda sem verið hefði í viðskiptum við 365 eða nýjan viðskiptavin. Í þessu samhengi skyldi á það bent að það væri stigsmunur en ekki eðlismunur á umboðs- og endursölu fyrirkomulagi. Þá kæmi skýrt fram að Síminn gæti sjálfur ákveðið verð á sölu einstakra leikja, dagpakka eða vikupakka. Heildsöluverð 365 til Símans vegna þeirrar þjónustu væri tilgreint í viðauka I við

samninginn, en þar segði m.a. að til viðmiðunar skyldi miðað við að heildsöluverð á stökum leikjum yrði u.þ.b. [...] af áskriftarverði 365, en slíkt fyrirkomulag væri hliðstætt erlendum fordæmum.

Hér væri því augljóslega verið að leggja „retail minus“ reglu til grundvallar og væri umsögn Símans um hið gagnstæða því með öllu haldlaus. Hér væri auk þess ekki um að ræða umboðssölufyrirkomulag, að því er varðaði einstaka leiki (PPV), enda ákvarðaði Síminn sjálfur verðin. Væri því um skýrt fordæmi fyrir „retail minus“ aðferðarfræði að ræða í samningi sem Síminn hefði sjálfur staðið að. Sérstaklega væri tekið fram í samningnum að þetta „retail minus“ fyrirkomulag væri með hliðsjón af erlendum fordæmum. Af þessum sökum teldi Vodafone óþarft að leggjast í greiningarvinnu á erlendum fordæmum þar sem „retail minus“ hefði verið lagt til grundvallar á viðskiptalegum forsendum, enda væri ágreiningslaust að slík erlend fordæmi væru til staðar, sbr. tilvísað orðalag samningsins.

Þá væri unnt að benda á nýlegan samning Vodafone við Hringdu sem endursöluaðila á mikilvægum sjónvarpsrásum, sem gerður hefði verið á viðskiptalegum forsendum í aðdraganda þess að Vodafone hefði verið heimilað af Samkeppniseftirlitinu að kaupa tilteknar eignir og rekstur 365, sem enn eitt dæmið þar sem „retail minus“ aðferðin væri lögð til grundvallar. Sama gilti um samning við sama aðila um endursölu á sjónvarpi yfir IPTV.

Nú lægi fyrir í gögnum málsins að Vodafone hefði ítrekað óskað eftir aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium, í heild eða hluta. Einnig hefði PFS gert þá sáttatillögu á fundi í nóvember 2015 að miðað skyldi við „retail minus“ regluna við afhendingu þjónustubáttanna Tímavél og Frelsi. Þá hefði verið rakið að í samningum sem Síminn hefði sjálfur staðið að hefði ítrekað verið samið á grundvelli „retail minus“ reglunnar. Þessu til viðbótar mætti nefna að Síminn hefði á viðskiptalegum forsendum og án kvaðar boðið fjarskiptafyrirtækjum að selja bitastraum í endursölu og hefðu félagin fengið 5-10% afslátt eftir bitastraumshraða ADSL tenginga, en enga magnafslætti¹¹.

Af framasögðu yrði ráðið að „retail minus“ aðferðin væri og hefði verið notuð af Símanum og að PFS hefði talið hana koma til álita og raunar gert sáttatillögu þar um. Þá áréttaði Vodafone að félagið teldi kröfuna um „minimum guarantee“ samkeppnishamlandi eins og á stæði. Þegar af þessum ástæðum teldi Vodafone með öllu óþarft að færa frekari rök fyrir „retail minus“ aðferðinni eða frekari mótbáru gegn „minimum guarantee“ leiðinni.

Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 15. febrúar 2018, gerði félagið athugasemdir við umsögn Mílu frá 9. febrúar 2018. Þar kom fram að Míla hefði haldið því fram að vandséð væri að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæti átt við um Vodafone, enda hefði Vodafone yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum. Vísaði Míla til skýringa í athugasemdum með frumvarpi til laganna þar sem fram kæmi að undirliggjandi verndarhagsmunir væru að varna því að fjarskiptafyrirtæki, sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum, ættu áfram erfitt uppdráttar.

Að mati Vodafone breytti tilvísað orðalag í frumvarpinu engu um skýrt og ótvírætt orðalag 5. mgr. 45. gr. laganna um bann við að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Greinargerðin væri einfaldlega ekki lög. Þegar svo skýrt og ótvírætt orðalag væri í lagatextanum

¹¹ Sbr. viðauka A við ákvörðun PFS nr. 8/2008, bls. 43-44.

þyrfti ekki að líta til lögskýringargagna, þ.e.a.s. hið skýra og ótvíræða orðalaga lagatextans gæfi ekki svigrúm til annars skýringarkosts.

Teldi PFS hins vegar þörf á að líta til lögskýringargagna væri ljóst að ákvæðinu væri „ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður fyrirtækja sem hefðu bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum notuðu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald)“, eins og orðrétt segði í almennum athugasemdum vegna þessa kafla laganna. Þegar athugasemdin væri lesin heildstætt væri augljóst að markmiðið væri að brjóta upp lóðrétt eignarhald og tilvísun til eigin sjónvarpsútsendinga einungis sett fram í dæmaskyni og með engum hætti ætlað að vera tæmandi um verndarhagsmunum ákvæðisins. Þvert á móti segði í lok athugasemdanna að aukin samkeppni næðist einungis ef fyrirtækin hefðu aðgang að sambærilegu efni.

Með tölvupósti PFS til Vodafone, dags. 16. apríl 2018, óskaði stofnunin eftir upplýsingum um það hvort Vodafone hefði óskað eftir aðgangi að svörtum ljósleiðara hjá GR á heimilismarkaði. Í svari Vodafone, dags. 20. apríl 2018, kom fram að Vodafone hefði formlega óskað eftir aðgengi að svörtum ljósleiðara til hliðar við virkt FTTH net GR, líkt og Síminn hefði verið að gera nýlega. Þetta hefði verið á árunum 2013 og 2014.

Með tölvupósti PFS til Vodafone, dags. 2. maí 2018, framsendi stofnunin félaginu tölvupóst frá Símanum frá 30. apríl sl. Fram kom að Síminn hefði vísað til samnings SkjásEins við Vodafone um dreifingu á IPTV kerfi Vodafone, þar sem byggt hefði verið á föstum greiðslum. Síminn hefði skorað á PFS að kanna þessi mál betur gagnvart Vodafone. PFS hefði boðið Vodafone að tjá sig um þessi ummæli Símans. Í svarbréfi Vodafone, dags. 2. maí 2018, kom fram að félagið teldi ekki ástæðu til að elta ólar við þetta enn einu sinni. Eins og margoft hefði komið fram, teldi Vodafone, eins og á stæði í þessu tiltekna máli, kröfuna um lágmarksgreiðslu vera ómálefnalega, enda hefði hún verið sett fram eftir að búið hefði verið að smala um 30 þúsund áskrifendum í Sjónvarp Símans Premium. Við þær aðstæður væri ekki raunhæft að lofa þúsundum áskrifenda til viðbótar með fastri greiðslu, enda markaðurinn á Íslandi ekki stór. Auk þess væri gamall samningur milli Skjásins og Vodafone um *dreifingu* um IP kerfi Vodafone engan veginn „relevant“, þegar verið væri að meta hvort krafa Símans um „minimum guarantee“ við *endursölu* á Sjónvarpi Símans Premium væri málefnaleg.

Í tölvupósti PFS til Vodafone, dags. 8. maí 2018, kom fram að við lokayfirferð málgagna í málinu hefði komið í ljós að Vodafone hefði ekki svarað tölvupósti PFS frá 22. febrúar sl., þar sem stofnunin hefði óskað eftir lista yfir efniskaupasamninga Vodafone/365, þar sem greiðsluáðferð kæmi fram. Vodafone svaraði PFS með tölvupósti, dags. 8. maí 2018. Fram kom að í því skyni að lengja ekki málsmeðferðina frekar en þegar væri orðið, væri öllum sjónarmiðum Símans, sem fram hefðu komið í umsögn félagsins, dags. 21. febrúar sl., mótmælt með almennum hætti. Hvað varðaði beiðni um framangreindan lista yfir efniskaupasamninga Vodafone/365 myndi slíkt kalla á yfirgripsmikla vinnu, enda um talsverðan fjölda samninga að ræða. Í ljósi framangreinds, sem og þeirrar staðreyndar að Vodafone teldi að ósk PFS, sem byggði á kröfu Símans, um yfirlit yfir erlenda efniskaupasamninga, vera málinu í reynd óviðkomandi, kysi Vodafone að leggja slíkt yfirlit ekki fram.

Í tölvupósti PFS til Vodafone, dags. 11. maí 2018, kom fram að PFS hefði óskað eftir dreifisamningi Vodafone og 365, sem ekki hefði borist. Í tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 11.

maí 2018, kom fram að félagið teldi að dreifingarsamningur Vodafone og 365 væri málinu óviðkomandi og kysir að leggja hann ekki fram, þar sem sömu sjónarmið ættu hér við og við ættu um ofangreinda erlenda efniskaupasamninga.

5.6.3. *Sjónarmið GR*

GR telur sömuleiðis að Síminn brjóti gegn bannreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, m.a. með því að koma í veg fyrir að Vodafone fái aðgang að umræddu ólínulegu myndefni Símans. Með því að gera það að skilyrði fyrir umræddri þjónustu, að viðskiptavinir notist við fjarskiptakerfi Símasamstæðunnar, sé fjölmiðlaveitan Síminn að beina viðskiptavinum til tengds fjarskiptafyrirtækis, Mílu, í skilningi umrædds ákvæðis. Með umræddri háttsemi sé Síminn að skilyrða framboð myndefnis við ákveðið fjarskiptanet í skilningi umrædds ákvæðis og þar með að misnota þá aðstöðu sem skapast af lóðréttu eignarhaldi samstæðunnar, sem umræddu ákvæði hefði einmitt verið ætlað að koma í veg fyrir. Ljóst mætti vera að með þessari háttsemi Símans væri vinsælt efni notað til að beina viðskiptum yfir á ákveðið fjarskiptanet, til tengds fjarskiptafyrirtækis. Framboð á tilteknu vinsælu myndefni væri semsagt eingöngu í boði fyrir þjónustuveitendur á smásölustigi ef þeir skiptu við fjarskiptanet Símasamstæðunnar, þ.e. Mílu. Slík skilyrði hefðu vitaskuld áhrif á eftirspurn neytenda eftir þjónustu Vodafone, en ekki síður hefði þetta áhrif á samkeppni í grunnfjarskiptum og raskaði samkeppni á milli fyrirtækja á því stigi markaðarins, þ.e. á milli GR og Mílu. Þessi háttsemi gerði það að verkum að grunnnetin fengu ekki að keppa á eigin verðleikum hvað varðaði gæði og flutningsgetu, heldur réði efnisframboð á sjónvarpsmarkaði því hvaða flutningsleið væri valin.

5.6.4. *Sjónarmið Símans*

Með bréfi Símans til PFS, dags. 19. janúar 2016, bárust athugasemdir félagsins vegna framangreindrar kvörtunar Vodafone frá 2. desember 2015. Byggði Síminn á því að mögulegt inngríp PFS samkvæmt VII. kafla fjölmiðlalaga ætti einungis við þegar um *sjónvarpsútsendingar* væri að ræða. Mögulegt brot á 5. mgr. 45. gr. laganna gæti því einungis átt við um sjónvarpsútsendingar en ekki um ólínulega myndmiðlun.

Í málalíbúnaði Vodafone hefði komið fram að félagið teldi sig eiga rétt til ólínulegrar myndmiðlunar á efni Símans samkvæmt samningi aðila, en hefði hins vegar ekki óskað eftir umræddum aðgangi með formlegri beiðni með vísan til fjölmiðlalaga. Í forsendum niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 30/2015 hefði komið fram að PFS hefði ekki getað skorið úr því máli þar sem engin beiðni hefði borist frá Vodafone um að stofnunin skæri úr um flutningsrétt heldur væri það í verkahring dómstóla. Hefði PFS í hyggju að gæta samkvæmni hlytu sömu rök að eiga við í þessu máli. Í forsendum PFS hefði verið lögð áhersla á að ákvæði um flutningsskyldu og flutningsrétt skyldu sæta þröngri túlkun. Samkvæmt framangreindri ákvörðun PFS væri stofnunin því ekki bær aðili til að skera úr ágreiningi aðila heldur væri það í höndum dómstóla að leggja efnislegt mat á það hvað fælist í samningi aðila. Sá ágreiningur væri núna til meðferðar fyrir dómstólum þar sem Síminn hefði fengið lögbann á ólínulega miðlun Vodafone á efni Símans. Því teldi Síminn að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það að félaginu bæri að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila. Í því fælist jafnframt að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um það hvort háttsemi Símans bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Þá kom fram að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins (SE) nr. 20/2015 hefði SE felld niður ákvörðun sína nr. 10/2005 og sett ný samrunaskilyrði gagnvart Símanum vegna sameiningar félagsins og SkjáEins. Ein af niðurstöðum þeirrar ákvörðunar hefði verið sú að skilið hefði verið á milli efnis sem teldist til sjónvarpsútsendinga annars vegar og ólínulegrar myndmiðlunar hins vegar. Með framangreindri ákvörðun væri því líkt og í fjölmiðlalögum gerður skýr greinarmunur á því hvort um væri að ræða sjónvarpsútsendingar eða ólínulega myndmiðlun. Ein af ástæðum þess væri sá grundvallarmunur sem væri á þessum tveimur aðskildu þjónustupáttum. Það hefði því verið talið nægjanlegt til að tryggja samkeppni að með Skjánum væri einungis átt við sjónvarpsútsendingar en ekki ólínulega myndmiðlun. Ekkert væri í framangreindri ákvörðun SE um skyldu Símans til þess að afhenda aðgang að ólínulegri þjónustu.

Markaður fyrir ólínulega myndmiðlun hefði tekið þannig stakkaskiptum á síðastliðnum árum að líkja mætti við byltingu í miðlun sjónvarpsefnis sem ekki sæi fyrir endann á. Í stað þess að markaðurinn byggðist á línulegri dagskrá þar sem landamæri væru dregin og samkeppni því mjög staðbundin væri þróun á markaði fyrir myndmiðlun á þann veg að öll landamæri væru að falla, samkeppnin væri alþjóðleg og færðist hratt yfir á internetið. Á markaðnum ættu íslensk fyrirtæki í samkeppni við alþjóðleg stórfyrirtæki, sem væru meðal stærstu fyrirtækja í heimi eins og Google, Apple og Netflix svo nokkur dæmi væru nefnd. Markaðir fyrir dreifingu og framboð sjónvarpsefnis væru samkvæmt ofangreindu í miklu umbreytingarferli þessi misserin. Yrði því að gjalda varhug við því að stjórnvald hefði afskipti af markaði sem væri í slíkri mótun. Gæti slíkt veikt möguleika Símans til að keppa við erlend stórfyrirtæki og væri sú staða möguleg að samkeppnisfærni myndi tapast með óafturkræfum hætti.

Þá lægi ekkert fyrir um það að aðgangur að ólínulegri þjónustu Símans væri nauðsynlegur fyrir keppinauta Símans á markaði. Í þessu samhengi skipti máli að Vodafone byði upp á ólínulega þjónustu sem eingöngu væri í boði í gegnum Sjónvarp Vodafone.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 22. febrúar 2016, kom fram að í athugasemdum Vodafone frá 4. febrúar 2016 væri því haldið fram að Síminn bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að sjónvarpsdreifikerfi Símans væri einungis aðgengilegt yfir fjarskiptanet dótturfélagsins Mílu. Þessu væri hafnað. Ákvæðið fæli einfaldlega ekki í sér skyldu til þess að bjóða sjónvarpsþjónustu yfir öll möguleg fjarskiptakerfi. Samkeppniseftirlitið hefði með framangreindri ákvörðun nr. 20/2015 sérstaklega mælt fyrir um það að Símanum bæri einungis að afhenda Sjónvarp Símans í heildsölu yfir aðgangsneta Mílu. Í því fælist að Símanum væri ekki skylt að afhenda þjónustuna yfir önnur aðgangsneta.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 6. júní 2016, bárust stofnuninni andmæli Símans vegna kröfu Vodafone frá 1. júní 2016 um bráðabirgðaákvörðun. Síminn taldi augljóst að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar væru ekki fyrir hendi í máli þessu. Þá kom fram að kvörtun Vodafone væri hluti af linnulausum kvörtunum sem félagið hefði sent PFS og Samkeppniseftirlitinu undanfarna mánuði. Einkennust þessar kvartanir af því að í stað þess að Vodafone einbeitti sér að því að keppa af verðleikum og ná árangri á markaði á þeim forsendum væru gerðar ítrekaðar tilraunir til að nýta eftirlitsstofnanir sem vopn í baráttu sinni.

Síminn tók fram að Síminn og Vodafone hefðu undirritað samning um dreifingu á SíminnSport þann 13. maí 2016, þar sem Síminn myndi nýta sér öll dreifikerfi Vodafone gegn greiðslu til loka EM í knattspyrnu þann 15. júlí 2016. Þar sem um áskriftarstöð væri að ræða hefði Síminn talið rétt

að aukaefni myndi fylgja með, s.s. ólínuleg myndmiðlun. Áskrifendur sem væru með aðgang að gagnvirku sjónvarpi gætu því horft á leiki og þætti sem væru í boði á stöðinni með ólínulegum hætti bæði í Sjónvarpi Símans og Vodafone. Það væru því engar líkur á því að framboð Símans á sjónvarpsþjónustu í tengslum við EM myndi hafa einhver áhrif á kauphegðun neytenda hvað internetþjónustu eða sjónvarpsþjónustu varðaði. Stöðin væri aðgengileg á sömu kjörum alls staðar og í sömu gæðum. Sá sem horfa vildi á leiki á öðrum tíma en í beinni útsendingu greiddi þar af leiðandi fyrir EM áskrift en myndi ekki kaupa sér aðgang að Sjónvarpi Símans Premium, þar sem sú áskrift væri dýrari.

Jafnvel þótt Síminn myndi ekki nýta sér kerfi Vodafone eða GR þá hefði það engin áhrif á fjölmiðlalög. Fjarskiptafyrirtækjum væri í sjálfsvald sett hvaða tækni og kerfi félagið notaði til þess að koma þjónustu sinni á framfæri. Í fjölmiðlalögum væri ekki minnst á fjarskiptanet heldur fjarskiptafyrirtæki. Þá ætti Síminn erfitt með að skilja kvörtun Vodafone, sem vildi fá aðgang að ólínulegu myndefni Símans. Óumdeilt væri að ekki væri hægt að beita fjölmiðlalögum í slíkum brögðum. Ástæðan fyrir því að Míla væri í sérstöku dótturfélagi í dag væri vegna sáttar við Samkeppniseftirlitið. Það leiddi ekki til þess að smásala Símans væri skylt að nota undirliggjandi kerfi frá öðrum aðilum til þess að koma þjónustu sinni á framfæri. Það væri ekki rétt túlkun á 5. mgr. 45. gr. og raunar væri ekkert sem styddi túlkun Vodafone um að Símanum væri bannað að velja hvaða undirliggjandi kerfi félagið notaði til þess að koma þjónustu sinni á framfæri. Um það ríkti fullkomið frelsi.

Síminn hefði þegar upplýst Vodafone um að félagið myndi svara beiðni Vodafone í tengslum við Tímavél og Frelsi. Þessu hugtök hefðu þó enga þýðingu þar sem efnislega fælist ekkert í þeim. Síminn hefði auk þess óskað eftir nákvæmum upplýsingum um hvað Vodafone vildi fá og hvað félagið væri reiðubúið til að greiða fyrir þá þjónustu. Áréttað skyldi að slíkur samningur yrði aðeins gerður á viðskiptalegum forsendum en ekki á grundvelli fjölmiðlalaga.

Þá væri Síminn þeirrar skoðunar að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga tæki aðeins til sjónvarpsútsendinga, eins og raunar allur kafli laganna um flutningsreglur. Það væri í öllu falli óumdeilt að flutningsréttur væri ekki fyrir hendi á ólínulegu myndefni. Þar af leiðandi fælist það ekki í ákvæðinu að Símanum væri skylt að afhenda ólínulegt efni til annarra fjarskiptafyrirtækja. Sjónvarp Símans Premium væri stök þjónusta sem innihéldi enga línulega þjónustu. Þótt ólínulegt efni væri talið falla undir ákvæðið þá væri ekkert athugavert við það að fyrirtæki sem byði upp á sjónvarpsþjónustu byði keppinautum sínum á sjónvarpsmarkaði ekki sama efni til þess að selja. Slík hugmynd væri fráleit. Kjarni samkeppni væri að fyrirtæki kepptu sín á milli en skiptust ekki á efni, þannig að vöruframboð yrði einsleitt.

Þá tók Síminn fram að eins og fram kæmi í greinargerð með frumvarpinu væri markmiðið að koma í veg fyrir að tiltekið myndefni væri eingöngu í boði ef viðkomandi notandi keypti einnig internetþjónustu af tengda fjarskiptafyrirtækinu. Fjölmiðlalög segðu ekkert um það hvaða kerfi fjarskiptafyrirtæki ættu að nota til þess að selja eigin þjónustu. Síminn byði upp á sjónvarpsþjónustu óháð því hvort notandinn keypti internetþjónustu eða ekki. Þá byði Síminn þjónustu sína yfir kerfi fjölmargra aðila eins og Tengis. Þannig gætu t.d. notendur á Akureyri keypt sjónvarpsþjónustu Símans yfir það kerfi. Ástæðan fyrir því að Síminn notaði ekki kerfi GR væri sú að GR hefði aðeins boðið Símanum aðgang sem fæli í sér óhagkvæmni í rekstri, minni samkeppni og slíka afarkosti að Síminn teldi það ekki skynsamlegt að taka á sig slíkar fjárhagslegar skuldbindingar. Síminn beindi viðskiptavinum fjölmiðlaveitu sinnar ekki að tengdu

fjarskiptafyrirtæki. Kaupendur sjónvarpsþjónustu Símans gætu keypt internetþjónustu eða talsímabjónustu af öllum fjarskiptafyrirtækjum sem væru starfandi.

Míla seldi ekki þjónustu í smásölu og því væri ekki hægt að beina neytendum eða viðskiptavinum fjölmiðlaveitu, sem væru smásöluviðskiptavinir, að Mílu. Mílu væri reyndar óheimilt að starfa á smásölumarkaði samkvæmt sáttinni við SE og því gæti Síminn ekki beint viðskiptum viðskiptavina sinna að Mílu. Líkt og skýrlega kæmi fram í ákvæðinu þá væri verið að fjalla um viðskiptasamband endanotenda og fjarskiptafyrirtækis sem starfaði á smásölumarkaði, en ekki samband endanotanda og heildsala. Eins og fram kæmi í ákvæðinu þá væri vísað til fjarskiptafyrirtækis en ekki *fjarskiptakerfis* líkt og Vodafone héldi fram. Tilvísun til fjarskiptakerfis ætti sér því ekki stoð í almennri skýringu á ákvæðinu. Endanotandinn greiddi því fjarskiptafyrirtæki sem starfaði á smásölumarkaði fyrir aðgang að viðkomandi fjarskiptakerfi sem notað væru hverju sinni (línugjald). Smásölufyrirtækið bæri ábyrgð á verðlagningu og þjónustu, einnig vegna línugjalds. Endanotandinn gæti þannig greitt línugjald til fyrirtækis A (t.d. Símafélagsins), verið með talsímabjónustu hjá fyrirtæki B (Hringdu), keypt internet af fyrirtæki C (Hringiðunni) en verið með sjónvarpsþjónustu hjá Símanum.

Hið umdeilda ákvæði fæli í sér að fjölmiðlaveitu væri bannað að beina *viðskiptavinum* sínum í að kaupa þjónustu í smásölu. Síminn beindi viðskiptavinum sínum í sjónvarpsþjónustu ekki að internetþjónustu Símans. Sjónvarpsþjónusta Símans, þ.m.t. Sjónvarp Símans Premium, væri í boði fyrir alla viðskiptavini og þyrftu þeir ekki að binda sig við Símann. Í ákvörðun PFS nr. 3/2016 segði m.a. að í almennum athugasemdum í greinargerðinni kæmi fram að flutningsréttarákvæðinu væri ætlað að gera notendum kleift að velja myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Framboð af þjónustu Símans væri þannig að notendur gætu valið að kaupa sjónvarpsþjónustu Símans en þyrftu ekki að kaupa aðra þjónustu hjá Símanum, þ.e. ekki væri um samvinnun að ræða.

Þá kom fram í máli Símans að Vodafone væri frjálst að kaupa efni erlendis frá og taka þar með þá áhættu sem fælist í slíkum viðskiptum. Þar að auki hefði Vodafone yfir sjónvarpsefni að ráða sem félagið segði sjálfst að væri fyllilega samkeppnishæft á við framboð Símans. Fyrirtæki gætu ekki nýtt sér fjölmiðlalög í þeim tilgangi að komast yfir efni með ódýrum og áhættulausum hætti.

Að lokum kom fram að varðandi kröfu Vodafone um lögreglurannsókn væri ljóst að ekki væri um brot að ræða. Jafnvel þótt að um brot væri að ræða þá hefði þjónustuframboð Símans, þ.e. Sjónvarp Símans Premium, ekki haft veruleg áhrif á starfsemi Vodafone. Þá væri Ísland hluti af EES og í EES-samningnum fælist frelsi til þess að staðsetja starfsemi félaga á ákveðnum stöðum og bjóða þjónustu í þeim löndum sem ákveðið væri á hverjum tíma. Minna mætti á að Lúxemborg væri hluti EES og eins og Netflix, Google eða önnur fyrirtæki sem byðu þjónustu hér á landi, væru þau ekki með staðfestu hér á landi. Svo lengi sem Ísland væri aðili að EES þá væri ekkert athugavert við að fyrirtæki á Íslandi nýttu sér þau löglegu og eðlilegu tækifæri sem væru kjarninn í EES-samningnum.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 22. ágúst 2016, bárust frekari sjónarmið Símans í málinu. Síminn hafnaði því að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið brotið. Fram kom að í kvörtun Vodafone væri gerð sú krafa að félaginu yrði veittur heildsöluaðgangur að Tímavél og Frelsi. Ekki væri hins vegar rökstutt á hvaða grundvelli krafa um heildsöluaðgang byggði heldur væri einungis fjallað um hvernig endurgjald skyldi fundið. Virtist því sem kjarni málatilbúnaðar Vodafone um

að Síminn hefði brotið gegn umræddu ákvæði, með því að beina viðskiptavinum að Mílu, tengdist því ekki kröfugerð Vodafone um að félagið fengi slíkan aðgang.

Samkvæmt 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næðu flutningsréttarreglur fjölmiðlalaga einungis til sjónvarpsútsendinga en ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Jafnframt lægi fyrir að samkvæmt 46. gr. fjölmiðlalaga næði heimild PFS einungis til þess að skera úr ágreiningi um flutning sjónvarpsútsendinga. Vodafone hefði skautað hjá 45. gr. og virtist byggja flutningsrétt sinn á 2. mgr. 47. gr. laganna um ákvörðun um endurgjald fyrir þjónustu tengda sjónvarpsútsendingum. Aðgangur að myndmiðlun eftir pöntun gæti ekki sótt stoð í 2. mgr. 47. gr. fjölmiðlalaga. Augljóst yrði að telja að í öllum tilvikum væri þarna um að ræða þjónustuþætti sem tengdust því að fjarskiptafyrirtæki gæti flutt sjónvarpsútsendingu yfir kerfi sitt. Myndmiðlun eftir pöntun væri hins vegar allt önnur þjónusta og væri ekki tengd því að sjónvarpsútsendingu yrði komið til skila.

Að mati Símans væri myndefni það sem um ræddi ekki svokallað „must have“ sjónvarpsefni, þ.e. sjónvarpsefni sem aðilar teldu nauðsynlegt að hafa aðgang að til þess að vera samkeppnishæfir. Fyrir það fyrsta væri það myndefni sem um væri deilt aðgengilegt notendum án endurgjalds með línulegum hætti og í öðru lagi hefði Vodafone staðfest að félagið teldi myndefnið ekki vera nauðsynlegt, með því að óska ekki eftir línulegri dreifingu á Sjónvarpi Símans á stórum hluta dreifikerfis síns, þ.e. á UHF kerfi Vodafone. Vodafone hefði t.a.m. verið áhugalaust um UHF dreifingu efnisins sem félaginu hefði þó ítrekað verið boðið án endurgjalds.

Með bréfi PFS til Símans, dags. 27. október 2016, veitti stofnunin félaginu færi á að tjá sig um framangreindar athugasemdir Vodafone frá 26. október s.á., auk þess að óska eftir því að Síminn rökstyddi hvers vegna félagið teldi sig ekki hafa brotið gegn umræddu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ennfremur að Síminn upplýsti stofnunina um stöðu samningaviðræðna félagsins við Vodafone og veitti m.a. upplýsingar um það hvort Síminn hefði tekið afstöðu til samningstilboðs Vodafone sem fram hefði komið þann 9. ágúst 2016, þ.e. [...] % „retail minus“.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember 2016, barst svar Símans. Kvað félagið ásakanir kvartenda um meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ekki eiga við rök að styðjast. Það væri rangfærsla af hálfu kvartenda að Síminn beindi viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Síminn ætti í milliliðalausum viðskiptasambandi við viðskiptamenn sína og beindi þeim ekki að neinu öðru fyrirtæki. Það væri síðan sjálfstæð ákvörðun Símans hvar félagið keypti þau aðföng sem til þyrfti til að veita þjónustuna. Keypti Síminn aðgang að aðgangsneti ýmist hjá Tenggi, Mílu eða öðrum aðilum. Síminn hefði jafnframt hug á því að kaupa aðgang að aðgangsneti GR, en samningar á milli aðila þar að lútandi hefðu ekki náðst. Síminn beindi því ekki viðskiptum viðskiptamanna sinna til tengds fjarskiptafyrirtækis þó vissulega keypti hann aðgang að tiltekinni þjónustu af Mílu í heildsölu á jafnræðisgrundvelli á við önnur fyrirtæki. Að sama skapi beindi Síminn ekki viðskiptum til Tengis ef hann keypti aðgang að fjarskiptaneti fyrirtækisins sem nauðsynlegur væri til að þjónustan yrði veitt.

Samkvæmt ákvæðinu væri fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Augljóst væri að í ákvæðinu fælist ekki skylda fyrir fjölmiðlaveitu að semja við öll fjarskiptafyrirtæki um dreifingu á ólínulegu efni. Þá segði ekkert í lögnum um að fjölmiðlaveita yrði að afhenda myndefni á tilteknum skilpunkti gagnvart fjarskiptafyrirtæki, en fjarskiptafyrirtæki væru starfandi á mismunandi stigum í innviðakeðjum. Því hefðu undirliggjandi

innviðir ekki þýðingu heldur hvaða fyrirtæki væri viðskiptavinur endanotenda, þ.e. fyrirtækið sem væri í viðskiptasambandi við endanotanda og sendi honum reikning. Míla væri það aldrei.

Þá benti Síminn á að frá því að Sjónvarp Símans Premium hefði farið í loftið þá hefði fjöldi viðskiptavina með internet og sjónvarpsþjónustu hjá Símanum fækkað, sem sýndi að fyrirkomulagið á þjónustu Símans hefði ekki haft þau áhrif sem Vodafone og GR hefðu haldið fram. Til samanburðar hefði viðskiptavinum með internet hjá Símanum fjölgað í sjónvarpsþjónustu frá janúar 2015 til september 2015, þ.e. áður en Síminn réðst í breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni.

Þá væri línulegt Sjónvarp Símans í boði í opinni dagskrá á öllum IPTV kerfum án endurgjalds. Með þessu væri tryggt að allir notendur hefðu möguleika á því að fá það myndefni sem um væri deilt. Þetta sýndi að Síminn beindi viðskiptavinum sínum ekki að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ennfremur væri vert að benda á að þýðing hliðraðs áhorfs væri gróflega ofmetin af GR og Vodafone. Í skýrslu Capacent sem PFS hefði birt á heimasíðu sinni snemma árs 2016 kæmi í ljós hve lítið vægi hliðrað áhorf hefði. Það staðfesti að þeir hagsmunir sem um væri deilt væru óverulegir, þ.e. að fá ólínulegan aðgang að efni sem áður hefði verið sýnt með línulegum hætti.

Vodafone hefði ekki bent á neitt sem kæmi í veg fyrir að fyrirtækið gæti nálgast sama eða svipað efni og í boði væri hjá Símanum með sjálfstæðum og milliliðalausum hætti. Stærstur hluti af því efni sem Síminn býði upp á í Sjónvarpi Símans Premium væri eldra efni sem félögin gætu fengið aðgang að beint frá rétthafa efnisins. Annað efni væri í boði með línulegum hætti án endurgjalds.

Þá kom fram í máli Símans að það útilokaði ekki viðskiptavinum frá því að kaupa internettengingu af GR þó svo að sjónvarpsþjónustan væri keypt af Símanum. Í málatilbúnaði GR virtist sem félagið byggði á því að notandi sem keypti IPTV þjónustu af Símanum gæti ekki notað neina þjónustu frá GR. Síminn vildi benda á að tæknilega væri ekkert sem hindraði notanda frá því að kaupa IPTV þjónustu af Símanum á sama tíma og keypt væri internettenging eða VoIP þjónusta um kerfi GR. Þjónusta fyrirtækjanna útilokaði ekki hvora aðra. Þjónusta GR virkaði þótt notandi væri með IPTV frá Símanum sem færi ekki um kerfi GR. Síminn þekkti nokkur dæmi um að notendur hefðu keypt IPTV þjónustu Símans en verið með internettengingu frá öðru fjarskiptafyrirtæki um kerfi GR. Staðfesti þetta að því færi fjarri að viðskiptum viðskiptamanna Símans væri beint að tengdum fyrirtækjum.

Síminn ítrekaði að það væri ekki skilyrði að vera í viðskiptum við félagið eða tengd félög til þess að nálgast sjónvarpsþjónustuna. Það væri ekki skilyrði að vera á kerfi Mílu, heldur aðeins á þeim kerfum þar sem sjónvarpsþjónustan væri í boði, t.d. á kerfi Tengis.

Þá kom fram að Vodafone hefði ítrekað lýst því yfir að félagið teldi það alls ekki koma til greina að borga fasta lágmarksupphæð fyrir aðgang að Sjónvarpi Símans Premium eins og Síminn hefði krafist, sbr. t.d. tölvupóst Vodafone til Símans, dags. 2. júní 2016. Þvert á móti ætlaði Vodafone að draga úr tekjum Símans með því að taka [...]% þóknun fyrir að selja þjónustuna. Síminn undraðist af hverju Vodafone teldi sig geta komist upp með að greiða ekki lágmarks ábyrgð (e. minimum guarantee) þegar félagið segði síðan eigin fjárfestum að um væri að ræða eðlilegt gjald fyrir kaup á myndefni. Síminn óskaði eftir því að Vodafone kæmi að borðinu með raunverulegt tilboð. Í staðinn væri sendur tölvupóstur þar sem Vodafone lýsti einhliða yfir hvaða þóknun það hygðist taka fyrir að selja þjónustu Símans, ekki hvað Vodafone ætlaði að greiða Símanum.

Í samskiptum við Símann og PFS hefði Vodafone reynt að halda því fram að „retail minus“ væri þekkt módel þegar kæmi að sölu á efnisréttindum, en þegar félagið talaði við aðila á markaði á fjárfestafundum þá staðfesti forstjóri félagsins að svo væri ekki. Staðreyndin væri sú að það væri nær undantekningarlaust gerð krafa um fasta lágmarkspóknun í slíkum samningum. Það sem Vodafone samþykkti gagnvart erlendum aðilum væri eðlilegt að gildi einnig í viðskiptum við Símann. Það væri því sanngjörn og eðlileg krafa af hálfu Símans að Vodafone tæki tillit til þessa og gerði ekki tilboð einungis til málamynda í því skyni að knýja á um hagstæðari samning með aðstoð PFS. Þá skyldi því haldið til haga að Vodafone hefði ekki enn boðist til þess að greiða fyrir ólögmeta notkun á efninu frá 1. október 2015 til og með 16. desember 2015.

Síminn væri að skoða aðrar leiðir til dreifingar á sjónvarpsþjónustu félagsins til að ná betri rekstrarárangri. Ljóst væri að hvorki tilboð GR né Vodafone fælu í sér að kostnaði væri haldið í lágmarki, né heldur að rekstur félagsins yrði einfaldaður. Í báðum tilfellum lækkuðu tekjur Símans og kostnaður hækkaði samanborið við að Síminn væri í beinu viðskiptasambandi við endanotendur. Það væru til aðrar leiðir til þess að koma þjónustunni til fleiri viðskiptavina sem kynnu að skila meiri ábata fyrir rekstur félagsins. Reyndust þær leiðir kostnaðarsamari en það sem Vodafone hefði boðið kynni Síminn að vera opnari fyrir því að klára samningagerð við Vodafone.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 9. janúar 2017, bárust athugasemdir Símans við álit fjölmiðlanefndar, dags. 14. desember 2016. Síminn hafnaði því enn og aftur að hafa brotið gegn fjölmiðlalögum í samskiptum við GR og Vodafone. Fyrir lægi að Síminn hefði ekki beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, enda ætti hann í milliliðalausum viðskiptum við viðskiptavini sína og keypti bæði aðgang að fjarskiptanetum dótturfélagsins Mílu og annarra fjarskiptafyrirtækja. Það eitt að Síminn keypti þjónustu af aðilum sem ekki væru í eignatengslum við félagið útilokaði að um brot gæti verið að ræða.

Síminn benti sérstaklega á umfjöllun fjölmiðlanefndar um markmið fjölmiðlalaga þar sem fram kæmi að markmið umrædds ákvæðis væri öðru fremur að tryggja að fjarskiptafyrirtæki, sem ekki hefðu yfir að ráða eigin efni, hefðu aðgang að slíku efni. Tók Síminn fram að Vodafone hefði nú þegar yfir að ráða aðgangi að sambærilegu myndefni og Síminn og starfrækti efnisveitu. Þá hefði Vodafone nú fest kaup á 365. Afstaða fjölmiðlanefndar væri skýr hvað það varðaði að umræddu ákvæði væri ekki ætlað að vernda fyrirtæki eins og Vodafone, sem hefði yfir eigin efni að ráða. Af þeim sökum hefði Síminn ekki brotið gegn ákvæðinu. Álit fjölmiðlanefndar um að ekki væri um að ræða ágreining um flutning myndefnis styddi í raun það sem Síminn hefði haldið fram í málinu allt frá upphafi, að það væri verkefni fyrirtækjanna að semja sín á milli, en þau viðskipti sem um væri deilt í máli þessu féllu ekki undir fjölmiðlalög.

Þá kom fram í máli Símans að félagið hefði sýnt raunverulegan vilja til að semja við Vodafone og hefði lagt sig fram um það. Af þeim ástæðum yrði að útiloka að brot á ákvæðinu gæti hafa átt sér stað. Félögin hefðu átt í samskiptum sem komið hefðu til vegna kvörtunar Vodafone til PFS, en ekki á grundvelli frjálsra samningaviðræðna. Síminn hefði lagt áherslu á að ákveðið fast lágmarksverð yrði lagt til grundvallar eins og þekktist í öllum samningum við efnisréttarhafa. Vodafone hefði hafnað þessari tillögu alfarið og ekkert gert til að koma til móts við umræddar tillögur Símans. Þvert á móti hefði Vodafone komið með tillögu um að félagið myndi taka [...]% póknun af öllum mánaðaráskriftum sem seldar yrðu í gegnum kerfi Vodafone. [...]% póknun á hverjum mánuði af sölu á Sjónvarpi Símans Premium í gegnum viðmót Vodafone, væri sambærilegt gjald og Apple gerði kröfu um þegar þjónusta væri seld í gegnum app-store Apple.

Það hefði leitt til þess að fyrirtæki eins og Google seldi ekki kvikmyndir í gegnum app-store Apple en gerði það í gegnum Android-store þar sem engin þóknun væri tekin fyrir sölu.

Við blasti að Síminn gæti selt þjónustuna eftir ýmsum leiðum án þess að greiða [...] % þóknun fyrir hverja sölu. Sem dæmi gæti Síminn náð samningum við GR eins og vilji hefði staðið til. Jafnvel GR myndi ekki taka slíka þóknun fyrir sölu á þjónustu Símans. Þannig væri það alltaf betri kostur að ná samningum við GR, sem myndi frekar auka tekjur Símans, að því gefnu að um tæknilegan hagkvæman aðgang væri að ræða, á meðan tillaga Vodafone myndi líklega draga úr tekjum Símans af sjónvarpsþjónustu sinni.

Þá nefndi Síminn að Apple gerði ekki kröfu um að Síminn byði þjónustu sína í gegnum Apple TV og því væri það fjarstæðukennt ef PFS ætlaði að taka undir löglausar hugmyndir Vodafone. Amazon byði t.d. ekki þjónustu sína í gegnum viðmót Apple heldur þyrfti sérstakan búnað til þess að nota þjónustu Amazon. Netflix gæti ekki gert kröfu um að Hulu byði myndefni sitt í gegnum Netflix og öfugt. Vodafone gæti af þessum ástæðum ekki gert kröfu um að Síminn ætti að bjóða ólínulegt myndefni Vodafone í gegnum sjónvarpsþjónustu Símans. Tillaga Vodafone væri í reynd sú sama og ef Amazon Prime myndi gera kröfu um að Netflix yrði aðgengilegt í gegnum þjónustu sína. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga veitti enga heimild fyrir kröfum af þessu tagi. Forsendur eiginlegra samningaviðræðna við Vodafone hefðu aldrei verið fyrir hendi, sökum þess að verulega hefði borið á milli aðila varðandi aðferðarfræði við verðlagningu. Vodafone hefði hafnað áskilnaði Símans um lágmarksgjald og Síminn hefði ítrekað lýst því yfir að félagið hefði ekki áhuga á því að afhenda fjölmiðlaþjónustu sína með „retail minus“ aðferðafræði.

Þrátt fyrir að Síminn hefði verið skýr í sinni afstöðu varðandi ákveðið lágmarksverð í samskiptum sínum við Vodafone í júní 2016 hefði Vodafone þráast við og komið með fráleita tillögu um að fela PFS úrskurðarvald um afhendingu á ólínulegu efni á grundvelli „retail minus“ aðferðarfræði. Eins og Vodafone ætti að vera kunnugt um þá væri ekki hægt að fela stjórnvöldum að skera úr um ágreining nema það hefði til þess lagaheimild. Af þeirri ástæðu að 46. gr. fjölmiðlalaga næði aðeins til sjónvarpsútsendinga, hefði PFS ekki lagaheimild til að taka ákvörðun um afhendingu á ólínulegu myndefni og ákveða verð fyrir slíka þjónustu. Í ljósi þess að verulega bæri á milli félaganna og Vodafone hefði ekki gert neinar tillögur til þess að ræða fastar greiðslur blasti við að forsendur fyrir samningaviðræðum væru ekki fyrir hendi. Breytti Vodafone afstöðu sinni myndi Síminn nálgast samningaviðræður með jákvæðum hætti.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 25. janúar 2017, gerði félagið athugasemdir við bréf Vodafone frá 6. janúar 2017. Athugasemdir Vodafone og framganga í málinu frá upphafi hefði fyrst og fremst borið þess merki að félagið vildi nota mál þetta til að koma höggi á keppinaut sinn. Mikilvægt væri að líta til stöðu Vodafone á markaði. Í fyrsta lagi yrði að leggja það til grundvallar að Vodafone væri markaðsráðandi á markaði fyrir dreifingu á sjónvarpsefni á Íslandi. Þar fyrir utan væri Vodafone í sterkri stöðu á mörgum af undirmörkuðum fjarskipta og væri jafnframt efnisveita og að lágmarki jafnoki Símans. Félagið hefði jafnframt tilkynnt um kaup á 365 sem hefði verið talið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Gengju þessi kaup eftir léki ekki nokkur vafi á því að sameinað félag yrði með mestu markaðshlutdeild íslenskra efnisveitna að umfangi og veltu.

Mikilvægustu ummælin í áliti fjölmiðlanefndar yrði að skoða í framangreindu ljósi. Fyrir lægi að nefndin teldi um frjálsa álitsumleitan að ræða. Því væri merkilegt að nefndin skyldi leggja sérstaka

áherslu á það að markmið 5. mgr. 45. gr. væri öðru fremur að tryggja að fjarskiptafyrirtæki, sem ekki hefðu yfir að ráða eigin efni, hefðu aðgang að slíku efni. Skipti framangreint verulegu máli þar sem það væri ekki fjarskiptafyrirtækið Vodafone sem óskað hefði eftir því að fá sjónvarpsþjónustu Símans til dreifingar, heldur væri það efnisveitan Vodafone sem óskaði eftir að bæta ólínulegu myndefni í vöruframboð sitt. Yrði því að telja að það væri komið ansi langt frá þeim meginsjónarmiðum sem fjölmiðlanefnd teldi liggja að baki ákvæðinu ef Síminn yrði þvingaður til að veita efnisveitunni Vodafone aðgang að ólínulegu efni til myndmiðlunar. Yrði sú niðurstaða ennþá sérkennilegri þegar horft væri til þess að Vodafone hefði öll tæk á því að verða sér úti um efni með sama hætti og Síminn. Að mati Símans staðfesti álit fjölmiðlanefndar, sem PFS gæti ekki litið framhjá, að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gildi ekki um samskipti Símans og Vodafone, af þeirri ástæðu að Vodafone hefði yfir eigin efni að ráða.

Þá yrði að áréttu þýðingu þess hvernig Vodafone hefði nálgast samningaviðræður í máli þessu. Hefði Vodafone gert þá skilyrðislausu kröfu að samningar miðuðust við smásöllumínus aðferð. Vodafone hefði ekki verið til viðræðu um neitt annað varðandi aðgang að efni Símans. Hefði Vodafone því í raun gert það að verkum að samningaumleitanir hefðu á engu stigi gengið fyrir sig með eðlilegum hætti, þar sem svigrúm til að finna lausnir á verðlagningu aðgangs hefði verið lítið. Það að aðilar hefðu ekki náð saman gæti hins vegar ekki talist brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda væru ástæður þar að baki ekki síst að rekja til óbilgirni Vodafone.

Síminn legði áherslu á að sú tillaga sem Vodafone vildi að lögð yrði til grundvallar væri versti valkosturinn fyrir Símann. Tekjur Símans af fjölmiðlaþjónustu sinni yrðu þá takmarkaðar við að greiða Vodafone þóknun á hverjum mánuði fyrir allar sölur. Eina leiðin til þess að það yrði hagkvæmt fyrir Símann af afhenda Vodafone aðgang að efninu væri ef Vodafone myndi greiða lágmarksþóknun fyrir aðganginn. Síminn hefði meira að segja tekið fram við Vodafone að þótt það hefðu ekki verið áform Símans að skipta upp sjónvarpsþjónustunni Sjónvarp Símans Premium, þ.e. valmöguleikanum á því að vera með tímahliðrun sem staka þjónustu, þá væri hægt að skoða það fyrir rétt verð. Vodafone hefði aldrei sett fram þá fjárhæð sem félagið vildi greiða fyrir réttinn að Sjónvarpi Símans Premium né tímahliðrun. Vodafone hefði aðeins boðið Símanum upp á að taka þóknun á hverjum mánuði en ekki að greiða Símanum fyrir. Staðreynd málsins væri að þrátt fyrir góðan vilja Símans hefði Vodafone einfaldlega ekki lagt sig neitt fram um að hefja raunverulegar frjálssar viðræður.

Að lokum kom fram í framangreindu bréfi Símans að félagið hefði átt í viðræðum við bæði Vodafone og GR um aðgang að sjónvarpsefni Símans. Hefðu þær viðræður ekki leitt til niðurstöðu enn sem komið væri. Þó svo samningar hefðu ekki tekist gæti það þó ekki leitt til þeirrar niðurstöðu að brotið hefði verið gegn umræddu ákvæði, enda væri í 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hvergi kveðið á um skyldu til afhendingar á sjónvarpsefni til myndmiðlunar. Myndi slík niðurstaða fela í sér að Síminn hefði í reynd aldrei neinn rétt til að gæta hagsmuna sinna við samningsgerð ef lagatúlkun væri með þeim hætti að það fæli sjálfkrafa í sér brot gegn lögum.

Þá benti Síminn á þýðingu alþjóðlegrar þróunar í miðlun á myndefni. Sjónvarpsmarkaður hefði á síðustu árutugum einkennst af því að réttur til myndmiðlunar hefði verið svæðisbundinn. Þróunin væri hröð í þá átt að landamæri í dreifingu á efni væru á undanhaldi. Yrði að hafa þessar aðstæður til hliðsjónar við endanlega ákvörðun í málinu, þar sem þær hefðu verulega þýðingu. Í raun væri staðan þannig í dag að öll fjarskiptafyrirtæki gætu boðið upp á fjölbreytt sjónvarpsefni, sbr. t.d. markaðssetning Nova sem legði áherslu á notkun Apple TV fyrir sjónvarpsáhorf. Við þetta bætist

síðan að sum af stærri fyrirtækjum heims væru nú keppinautar íslenskra efnisveitna í myndmiðlun á ólínulegu sjónvarpsefni. Nægði þar að nefna Netflix, Amazon Prime, Google Movies og Apple TV/iTunes. Styddi það við málatilbúnað Símans um að ekki væru lagaforsendur til að kveða á um að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga hefði verið brotin.

Þann 11. apríl 2017 spurðist PFS fyrir um hvað gerst hefði varðandi könnun Símans á öðrum leiðum til að koma sjónvarpsþjónustu félagsins til fleiri viðskiptavina, eins og félagið hefði gefið til kynna í bréfi sínu til PFS þann 10. nóvember 2016. Þá spurði PFS hvort Síminn væri ennþá opin fyrir að klára samningagerð við Vodafone, ef umrædd könnun leiddi ekki í ljós hagkvæmari leiðir til dreifingar.

Í svari Símans, dags. 27. apríl 2017, kom fram að Síminn hefði unnið að gerð OTT lausnar sem væri tilbúin og komin í prufur hjá starfsmönnum. Áætlanir gerðu ráð fyrir að lausnin yrði markaðssett í [...]. OTT lausnin væri mun hagkvæmari en það sem verið hefði á borðinu í samningaviðræðum við Vodafone. Síminn lýsti sig þó ávallt reiðubúinn til viðræðna við Vodafone og önnur fyrirtæki um dreifingu á sjónvarpsefni. Þegar OTT lausnin væri komin á markað yrði hægt að tengja slíka myndlykla hvaða nettengingu sem væri, hvort sem um væri að ræða fastlínueða farnet. Vodafone hefði aldrei lýst áhuga á að dreifa línulegri dagskrá Sjónvarps Símans heldur einungis haft áhuga á ólínulegri dagskrá, þó svo að mestu leyti væri um sama efni að ræða. Síminn og Vodafone hefðu nú nýlega náð saman um dreifingu á Sjónvarpi Símans (línuleg dreifing) yfir UHF kerfi Vodafone. Síminn hefði í þeim viðræðum kannað áhuga Vodafone á því að fá möguleikann á Sjónvarpi Símans með 24 stunda tímahliðrun gegn greiðslu. Vodafone hefði haft áhuga á möguleikanum en ekki viljað greiða fyrir hann. Afstaða Vodafone hefði verið sú að félagið teldi sig vera að veita þjónustu til efnisveitna og því ætti Vodafone ekki að borga fyrir slíkt heldur væri eðlilegra að efnisveitan myndi borga fyrir að þessi möguleiki væri í boði með línulegri þjónustu.

Í tölvupósti Símans til PFS, dags. 31. maí 2017, vísaði félagið til fundar með PFS sem fram hefði farið þann 3. maí 2017, þar sem Síminn hefði upplýst PFS um að félagið hefði í hyggju að hefja tilraunir með 24 klst. tímahliðrun á Sjónvarpi Símans, þar sem auglýsingum væri skeytt framan við viðkomandi dagskrárliði. Fram kom að Vodafone hefði verið upplýst um framangreind áform Símans með tölvupósti þann 5. maí 2017.¹² Síminn og Vodafone hefðu fundað um málið þann 12. maí 2017 þar sem fram hefði komið að Síminn vildi hefja þessa þjónustu sem fyrst, en að Síminn væri tilbúinn að bíða eftir að Vodafone yrði tilbúið til að veita þessa þjónustu sín megin ef það leiddi ekki til langrar tafar. Vodafone hefði sagst lítast vel á umrædda þjónustu og hefði ætlað að vera í sambandi vikuna á eftir og upplýsa Símann um hvort félagið gæti framkvæmt umrædda virkni. Engin svör hefðu borist frá Vodafone og hefði Síminn því sent ítrekun þann 23. maí, sem Vodafone hefði svarað þann 26. maí 2017. Þau svör hefðu að mati Símans verið einkennileg þar sem Vodafone hefði viljað að heildsala Símans kæmi með upplegg um viðskiptamódel og verðlagningu. Að lokum hefði komið fram að Vodafone stæði til boða að vera með tímahliðrun, en Vodafone gæti ekki stjórnað því hvenær byrjað yrði að veita umrædda þjónustu með því að draga því að svara Símanum. Síminn myndi hefja umrædda virkni eftir eina til tvær vikur.

¹² Í þeim tölvupósti kom fram Síminn hefði lengi leitað leiða til þess að finna tekjur á móti notkun hliðraðs áhorfs línulega sjónvarps Símans.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 8. júní 2017, óskaði stofnunin eftir fréttum af gangi máli í samningaumleitunum Símans og Vodafone vegna ofangreindra áforma Símans um tímahliðrun á Sjóntvarpi Símans og hvort þau áform væru kominn til framkvæmda. Ennfremur óskaði PFS upplýsinga um þau OTT áform sem Síminn hefði kynnt stofnuninni á fundi þann 3. maí 2017.

Í svari Símans þennan sama dag kom fram að félagið hefði ekki fengið neinar upplýsingar frá Vodafone um hvort félagið vildi raunverulega eða gæti verið með í umræddri virkni og þá hvenær. Vodafone hefði þó virst jákvætt fyrir þessum áformum. Fyrstu tilraunir á sjónvarpsstöðinni Sjóntvarp Símans myndu hefjast bráðlega í gegnum viðmót 365 og Símans (og öðrum sem vildu dreifa Sjóntvarpi Símans). Ekki væri gert ráð fyrir öðru en að Vodafone myndi verða með á endanum. Ekki væri hægt að bíða eftir Vodafone lengur, en auglýsingadeildin væri að bíða eftir að selja auglýsingar og ótækt væri að Vodafone gæti staðið í vegi fyrir því að Sjóntvarp Símans yki tekjur sínar. Mat Símans væri að Vodafone vildi fá pening fyrir að veita umrædda þjónustu. Ef væntingar Vodafone um tekjur væru umfram væntingar Símans um auglýsingatekjur myndi Síminn ekki óska eftir þessari þjónustu Vodafone.

Varðandi fyrirspurn PFS um OTT lausn kom fram í svari Símans að fyrsti fasi væri farinn í loftið, þ.e. myndlykill sem gerði það að verkum að hægt væri að horfa á á ferðinni. Í dag væru um [...] lykklar í notkun sem hefðu möguleika á því að tengjast í gegnum WiFi eða þráðlaust. Sumarið yrði nýtt til þess að prófa búnaðinn/þjónustuna og staðan tekin aftur [...].

Með bréfi Símans til PFS, dags. 29. ágúst 2017, svaraði Síminn fyrirspurn stofnunarinnar, dags. 15. ágúst 2017, um gang mála í samningaumleitunum Símans við Vodafone og GR frá því að málið hefði verið sett í bið þann 27. mars 2017. Ennfremur óskaði PFS eftir upplýsingum um gang mála varðandi áform félagsins um OTT lausn. Fram kom að Síminn hefði sýnt viðleitni til að leysa málið með sátt en ástæður þess að lítið hefði þokast í átt að samkomulagi væru að Vodafone og GR hefðu sýnt takmarkaðan samningsvilja og virtust frekar treysta á að PFS skilaði þeim hagfelldri niðurstöðu en að fara samningaleiðina. M.a. hefðu samskipti átt sér stað við Vodafone frá vorinu 2017 og hefði Síminn boðið Vodafone tímahliðrun á Sjóntvarpi Símans. Síminn hefði staðið í þeirri trú að Vodafone hugnaðist boð félagsins hvað þetta varðaði en Vodafone hefði ekki svarað síðasta erindi Símans frá 6. júní 2017 hvað þetta varðaði. Varðandi OTT lausnina hefði Síminn ekki ákveðið endanlega hvernig varan yrði markaðsfærð. Gera mætti ráð fyrir því að þegar ákvörðun í samrunamáli Vodafone og 365 lægi fyrir og endanlega yrði ljós hvort Síminn fengi umbeðinn aðgang að aðgangneti GR yrði tekin ákvörðun um framhaldið.

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 4. september 2017, upplýsti félagið stofnunina um gang mála í samningaumleitunum Símans og Vodafone vegna ofangreindra áforma Símans um tímahliðrun á Sjóntvarpi Símans. Fram kom að svar hefði borist frá Vodafone þennan sama dag við erindi Símans frá 5. maí 2017 eða um fjórum mánuðum síðar. Eina sem Vodafone hefði að segja væri að félagið væri ekki tæknilega tilbúið. Það sem verra væri, það lægi ekkert fyrir um hvort Vodafone ætlaði sér að gera eitthvað meira eða hvenær. Það sem ráða mætti af viðbrögðum Vodafone væri að tilgangur félagsins væri einhver annar en að ná samningum á viðskiptalegum forsendum. Vodafone stæði til boða, líkt og fyrr, að bjóða upp á tímahliðrun á sínu kerfi með því að setja inn auglýsingu á undan. Sama væri gert í sjónvarpsþjónustu annarra, þ.m.t. Símans. Vodafone hefði áréttað að þetta tilboð Símans tengdist ekki fyrri kröfum Vodafone um aðgang að ólínulegri dagskrá sjónvarpsdagskrárinnar á Sjóntvarpi Símans án hindrana og að sú krafa stæði áfram. Vodafone

virtist vilja fá þjónustu sem engum öðrum stæði til boða og helst með peningalegri meðgjöf frá Símanum.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 20. nóvember 2017, vísaði stofnunin til tölvupósts Vodafone til Símans, dags. 18. nóvember 2017, þar sem Vodafone hefði, til að greiða fyrir lausn málsins, lagt fram nýtt tilboð til Símans um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium, í heild eða að hluta, á grundvelli „retail minus“ aðferðar með [...]% afslætti í stað [...]% áður. Í umræddum tölvupósti Vodafone hefðu komið fram sjónarmið um að á næstu dögum myndu meint brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga raungerast með skýrum hætti m.t.t. þeirrar forsyningar á Stelli Blómkvist í Sjónvarpi Símans Premium sem áformuð væri á næstu dögum á meðan línuleg útsending efnisins hæfist ekki fyrr en í byrjun janúar 2018. Tók PFS það fram að Vodafone legði mikla áherslu á að Síminn veitti umræddan aðgang að Sjónvarpi Símans Premium fyrir umrædda frumsýningu þann 24. nóvember 2017.

Í tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 21. nóvember 2017, kom fram að rétt væri að í gildi væri umboðssölusamningur (ekki heildsölusamningur) við 365, en hann hefði reynst Símanum og viðskiptavinum félagsins afar illa. Ástæðan væri sú að ekki væri gert ráð fyrir stöðugum tilboðum og vöruvöndlum 365, þannig að Síminn hefði aldrei getað keppt á jafnræðisgrundvelli heldur verið stöðugt undirboðinn af efniseiganda. 365 hefði hingað til ekki viljað selja Símanum rásirnar í heildsölu. Heildsölusamningur væri mun heilbrigðari í ljósi þess hversu rásirnar væru mikilvægar. Síminn ítrekaði beiðni sína og óskaði eftir samtali hið allra fyrsta um heildsöluáðgang að mikilvægum sjónvarpsrásum (MSR) hins sameinaða félags.

Þá kom fram í umræddum tölvupósti Símans til Vodafone að rétt væri að Síminn hefði hafnað kröfu Vodafone um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium á „retail minus“ forsendunni. Síminn hefði hins vegar ávallt verið reiðubúinn til viðræðna um endursölu, svo fremi sem Vodafone tryggði Símanum lágmarksfjölda viðskiptavina og þar með gólf á greiðslur. Þetta módel væri næstum allsráðandi í efnisheiminum og hentaði öllum vel til að tryggja að mögulegt væri að ráðast í metnaðarfullt verkefni á borð við Stelli Blómkvist. Síminn fagnaði áhuga Vodafone á að létta undir með Símanum, en það yrði ekki gert með því að skilja Símann einan eftir með alla áhættu af kaupum og framleiðslu. Síminn væri reiðubúinn til að setjast strax við þetta samningsborðið.

Þann 22. nóvember 2017 sendi Síminn Vodafone tölvupóst og lagði til fund aðila daginn eftir. Þá kom fram að ef Vodafone myndi samþykkja fundinn myndi Síminn senda Vodafone tillögu að upplagi Símans fyrir fundinn. Sú tillaga yrði byggð á lágmarksgreiðslugólfi og markmiðum um fjölgun áskrifenda á x mánaða tímabili eins og alltaf hefði staðið til boða, þrátt fyrir að Vodafone hefði ranglega klifað á því að Síminn hefði synjað beiðnum um samtöl. Það eina sem Síminn hefði hafnað væru hugmyndir Vodafone um „retail minus“ hugmyndafræðina.

Síðar þennan sama dag sendi Síminn Vodafone tölvupóst er hafði að geyma tillögu að dreifingu Vodafone á Sjónvarpi Símans Premium. Fram kom að tilgangur samningsins væri að gera Sjónvarp Símans Premium að enn öflugri vöru þannig að stórauka mætti framboð íslensks efnis og efla innlent sVOD í samkeppni við erlendar dreifiveitur. Forsendur yrðu eftirfarandi:

1. Þjónustan yrði aðgengileg í gegnum sömu aðgangsneta og sjónvarpsþjónusta Símans væri í boði í dag. Þetta væru flest aðgangsneta á landinu í dag, sem væru orðin nokkuð mörg.

Síminn vonaðist til að það þokaðist varðandi aðgang félagsins að neti GR á næstu mánuðum og þá yrðu samningsmarkmið uppfærð í samræmi við það.

2. Samið yrði um fast gólf í greiðslum sem römpuðust línulega upp á 12 mánuðum. Endanleg mánaðargreiðsla að ári liðnu yrði [...] millj. kr. Engar takmarkanir yrðu á fjölda viðskiptavina innan þessarar upphæðar (hér væri miðað við netstærð í dag sem væri ca. [...] tengingar).
3. Síminn tryggði að klukkustundafjöldi sem yrði í boði á þjónustunni minnkaði ekki á samningstímabilinu og að upphæð sem varið yrði í innlenda framleiðslu yrði tvöfölduð miðað við árið 2017.

Ofangreindur fundur á milli Símans og Vodafone fór fram fimmtudaginn 23. nóvember 2017, eða daginn áður en þáttaserían Stella Blómkvist var gerð aðgengileg í Sjónvarpi Símans Premium.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 2. desember 2017, spurði stofnunin félagið að því hvort rétt væri að samkvæmt samningi Símans við 365, hefði Síminn fengið [...]% umboðslaun fyrir hverja sölu til aðila sem hefðu verið í viðskiptasambandi við 365 á síðustu 12 mánuðum og [...]% umboðslaun til þeirra sem ekki hefðu verið í slíku viðskiptasambandi á tímabilinu? Og að frá og með 1. janúar 2017 hefðu umboðslaunin verið [...]%? Þá spurði PFS hvort það væri rétt skilið hjá stofnuninni að verðákvæði þessa samnings byggðu á „retail minus“ aðferðarfræði.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 12. desember 2017, bárust stofnuninni frekari athugasemdir félagsins í málinu, ásamt svörum við fyrirspurnum PFS. Þar kom m.a. fram að eina leiðin að skynsamlegri og varanlegri lausn í málinu væri sú að Síminn og GR næðu saman um skilmála aðgangs fyrir sjónvarpsþjónustu Símans að fjarskiptaneti GR.

Síminn benti á að skv. ákvörðun nr. 3/2016 (gildissviðsmálið) skyldi rannsókn PFS snúa að því hvort ólínulegt myndefni stæði *almennt* til boða á öðrum fjarskiptanetum. Þar segði:

„PFS mun nú taka málið til frekari meðferðar í framhaldi af ákvörðun þessari og leggja mat á það hvort Síminn hafi brotið gegn ákvæðinu með því að beina viðskiptavinum að fjarskiptanetum samstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi standi almennt ekki til boða á öðrum fjarskiptanetum“.

Tók Síminn fram að ólínulegt myndefni Símans stæði *almennt* til boða á fjölda annarra aðgangsneta en Mílu, víða um landið. Rétt væri að taka fram að orðið „almennt“ þýddi ekki „alltaf“. Myndefni Símans væri almennt í boði yfir önnur fjarskiptanet en þau sem tilheyrðu samstæðu Símans.

Þá vísaði Síminn til þess að þann 9. október 2017 hefði verið tilkynnt um það á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins að samruni Vodafone og 365 hefði verið heimilaður. Samruni félaganna hefði verulega þýðingu fyrir málið. Með samrunanum sameinuðust Vodafone, sem væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis, og 365 sem talið hefði verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Hefði framangreint nú verið staðfest með samrunaákvörðun SE nr. 42/2017. Ljóst væri að hið sameinaða fyrirtæki hefði yfirburði í efnisframboði á sjónvarpsefni á Íslandi. Hvorki gæti það því samræmst markmiðum fjölmiðlalaga, fjarskiptalaga né samkeppnislaga ef minni keppinautum, sem legðu í áhættusamar fjárfestingar til

að ná árangri í samkeppni við þann sem væri í ráðandi stöðu á markaðnum fyrir, yrði gert að afhenda það efni sem væri til þess fallið að búa til aðgreiningu. Minnti Síminn á að skv. greinargerð með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ákvæðinu fyrst og fremst ætlað að tryggja að þau fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum fengju aðgang að þeim hjá fjarskiptafyrirtækjum sem hefðu yfir sjónvarpsútsendingum að ráða.

Í þessu máli væri um það að ræða að mati Símans að það væri fjölmiðlaveitan Vodafone sem gerði kröfu um aðgang að efni hjá annarri fjölmiðlaveitu, sem félagið væri í samkeppni við, til að bæta efnisframboð sitt og koma í veg fyrir að keppinauturinn næði aðgreiningu í efnisframboði. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ekki ætlað að tryggja að fjölmiðlaveita gæti sótt í efni annarra fjölmiðlaveitna í þessum tilgangi og yrði því að hafna því að brotið hefði verið gegn ákvæðinu. Í kröfu Vodafone fælist að félagið ætti að fá sjálfkrafa aðgang að öllu myndefni Símans, án nokkurrar áhættu. Fæli það í sér verulega skerðingu á stöðu Símans í samkeppni við Vodafone, sérstaklega þar sem Vodafone byði mikilvægar sjónvarpsrásir almennt ekki í heildsölu.

Framhjá þessum staðreyndum gæti PFS ekki litið. Síminn legði sig fram um að stuðla að framleiðslu á innlendu leiknu efni sem fæli í sér verulega fjárhagslega áhættu. Það væri óljóst fyrirfram hvernig eftirspurn eftir sjónvarpsefninu yrði. Krafa Vodafone fæli í sér að fyrirtæki, sem hefði lengi haft yfirburðastöðu í dreifingu sjónvarpsefnis og hefði núna yfirburðastöðu í sölu áskriftarsjónvarps, fengi áhættulausan aðgang að myndefni keppinautar síns og veikti með því samkeppnisstöðu hans gagnvart sterkari keppinauti. Síminn áréttaði að efnisréttindi hans væru stjórnarskrárvarin eignarréttindi.

Þá kom fram í máli Símans að ákvæði fjölmiðlalaga veittu ekki heimild til handa fyrirtæki eins og Vodafone að fá afhent myndefni keppinautar. Í ofangreindri samrunaákvörðun Samkeppniseftirlitsins væri sérstaklega tekið fram að flutningsréttur og flutningsskylda næðu ekki til myndmiðlunar eftir pöntun. Hérna væri lykilatriði að krafa Vodafone um heildsölu á ólínulegu myndefni Símans ætti sér ekki stoð í fjölmiðlalögum, líkt og Samkeppniseftirlitið hefði svo bersýnilega staðfest. Kvöð um heildsölu næði ekki til sjónvarpsútsendinga, hvað þá ólínulegs myndefnis. Þá hefði SE talið að almenn skylda til þess að veita aðgang að sjónvarpsrásum Vodafone í heildsölu gæti leitt til of mikillar einsleitni á markaðnum, sem væri óheppileg m.t.t. samkeppni. Hefði þótt varhugavert að leggja *almenna* skyldu á Vodafone um heildsölu kvöð, blasti við að almenn kvöð á Símann væri fjarstæðukennd.

Önnur hlið á þessu máli væri að þróun í samkeppni fyrir framboð á ólínulegu efni hefði á undanförunum árum verið með þeim hætti að þar ætti Síminn, ásamt öðrum efnisveitum, í samkeppni á alþjóðavísu, þar sem keppt væri við alþjóðlega rísa eins og Netflix, Hulu, Apple og Google. Engin dæmi væru um það að slíkum aðilum væri gert skylt að afhenda efni sem þeir væru réttahafar yfir og hefðu látið framleiða til sýninga í sínum eigin efnisveitum til keppinauta sinna. Það væri frekar þróunin að aðilar væru að draga efni sitt úr dreifingu og setja í eigin streymisþjónustu. Sú þróun leiddi til þess að það yrði erfiðara fyrir Símann að nálgast erlent afþreyingarefni til lengri tíma. Ákvörðun um að skylda aðila til að afhenda keppinaut efni sem þeir hefðu framleitt væri ekki hægt að finna lagastoð í íslenskum lögum og fengi með engu móti samrýmst erlendri framkvæmd.

Þá kom fram í máli Símans að við málsmeðferð í málinu yrði að taka til athugunar þróun áskrifta að IPTV þjónustu síðan málsmeðferð í málinu hefði hafist, enda teldi Vodafone það skaða

samkeppnisstöðu félagsins að hafa ekki aðgang að hliðruðu áhorfi og frelsisþjónustu og nú síðast að Sjónvarpi Símans Premium í heild sinni. Rétt væri að halda því til haga að frelsisþjónusta væri hugtak sem almennt fylgdi línulegri áskriftarþjónustu en Síminn byði ekki upp á slíka þjónustu. Fyrir lægi að munur á markaðshlutdeild félaganna eftir samruna Vodafone og 365 væri mjög lítill og bæði félögin væru með nálægt 50% hlutdeild á markaði fyrir IPTV í fjölda viðskiptavina talið. Hins vegar lægi fyrir að Vodafone hefði í veltu talið um 70-75% markaðshlutdeild í dreifingu sjónvarps. Af framansögðu yrði ráðið að áhrif þess að Vodafone hefði ekki haft aðgang að ólínulegu efni Símans hefði ekki haft neikvæð áhrif á vöxt áskrifta að IPTV þjónustu félagsins heldur þvert á móti hefði áskrifendum Vodafone fjölgað meira en áskrifendum Símans.

Þá væri mikilvægt að hafa í huga að krafan beindist að starfssvæði GR. [...]

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 23. nóvember 2017, óskaði stofnunin eftir því að Síminn útlistaði með nákvæmum hætti hvernig félagið sæi fyrir sér umrædda „minimum guarantee“ leið, auk þess að benda á fordæmi fyrir slíkri leið við endursölu á vöru eða vörum á borð við þær sem um ræddi í málinu. Ennfremur var óskað eftir rökstuðningi fyrir því hvers vegna Síminn hefði alfarið hafnað að ræða „retail minus“ aðferð við umrædda endursölu.

Síminn hefði ítrekað bent á að það væri almenn regla í viðskiptum með sjónvarpsefni að kaupandi efnisins greiddi tiltekna fasta greiðslu og að engin fordæmi væru fyrir notkun smásöllumínus aðferðar í slíkum viðskiptum. Afstaða Símans hefði því verið sú að til þess að Vodafone fengi leyfi til þess að selja Sjónvarp Símans Premium, þá þyrfti að koma til fastrar lágmarksgreiðslu. Vodafone hefði alfarið hafnað því að greiða Símanum fasta lágmarksgreiðslu þótt Vodafone hefði opinberlega staðfest að það gerði slíka samninga á viðskiptalegum forsendum við erlenda aðila. Símanum þætti afstaða Vodafone undarleg og gæfi frekar til kynna að beiðni Vodafone væri ekki sett fram með viðskiptalega hagsmuni í huga. Til að mynda hefði Vodafone getað reynt að semja um greiðslu sem félagið myndi treysta sér til, í stað þess að hafna alfarið að ræða fasta greiðslu. Í þessu sambandi væri ágætt að hafa í huga að Vodafone gerði kröfu um að það væri greitt fast grunnjald fyrir aðganginn að dreifikerfi Vodafone, en ekki þóknun fyrir hvern viðskiptavin sem notaði kerfið. Það væri því ekkert rökrænt sambengi í afstöðu Vodafone í þessu máli, þ.e. kröfur félagsins endurspegluðu ekki framkvæmd félagsins í viðskiptalegum samningum.

Þá kom fram að PFS hefði óskað eftir fordæmum um fasta lágmarksgreiðslu. Dæmi um fyrirtæki sem gerðu skilyrði um lágmarksgreiðslu og oft einnig verulega skuldbindingu um framlag í auglýsingar væru [...]

Síminn benti líka á að almenna reglan væri að það væri greitt fast gjald fyrir efnisréttindi. 365 hefði greitt fast gjald fyrir réttinn til þess að sýna enska boltann og Meistaradeild Evrópu í knattspyrnu. Síminn teldi unnt að fullyrða að 365 hefði greitt fast gjald fyrir réttinn til að sýna myndefni frá HBO. Þá lægi fyrir að 365 hefði greitt verulega fjárhæð fyrir sýningarréttinn á Þjóðardeild UEFA og EM 2020, en þær greiðslur væru eftir því sem Síminn best vissi, ekki tengdar sölu áskrifta heldur fastar greiðslur.

Það væri einfaldlega þekkt staðreynd að efnisréttarsamningar fælu í sér lágmarksgreiðslur. Í sumum tilfellum kæmu til breytilegar greiðslur ofan á fastar greiðslur, en óalgenget væri að eingöngu væri samið um breytilegar greiðslur. Ástæðan fyrir því að um fastar greiðslur væri að ræða, væri að kostnaður við framleiðslu væri fastur að stærstum hluta. Aðferðarfræðin

endurspeglaði síðan samninga annarra aðila í keðjunni, þar sem aðilar gerðu samninga til þess að dreifa fjárhagslegri áhættu milli aðila.

Rökin á bak við þessa aðferðarfræði væri vel þekkt út um allan heim og fæli í sér að sá sem fengi réttinn til þess að selja ákveðna þjónustu, fengi aðeins réttinn ef hann myndi skuldbinda sig til þess að selja þjónustuna áfram og leggja sig fram um að selja hana. Lágmarksgreiðslur fælu í sér hvata fyrir kaupanda til þess að leggja sig fram um að koma þjónustunni til viðskiptavina sinna og kæmi í veg fyrir að kaupandinn væri að fljóta á fjárfestingu annarra. Þessi verðlagning væri einnig þekkt sem „two part tariff“ þar sem kaupandinn greiddi fast gjald fyrir réttinn til þess að mega nota þjónustuna og gjald fyrir hverja notkun. Allur gangur væri á því hvort einhver þjónusta væri innifalin í fasta gjaldinu, en að mati Símans væri eðlilegt að styðjast við fastar lágmarksgreiðslur þar sem tiltekinn fjöldi áskrifta væri tryggður og breytileg gjöld þegar lágmarksfjöldanum væri náð.

Í greiningu framkvæmdastjórnar ESB frá 2016 vegna sölu rafrænnar þjónustu yfir internetið og yfirferð vegna samninga milli rétthafa og söluaðila þjónustu kæmi fram að framkvæmdastjórnin hefði yfirfarið 6300 samninga sem tengdust sölu á myndefni. Þar kæmi fram að 72% samninganna hefðu innifalið greiðslufyrirkomulag sem væri með fastar greiðslur, 16% samninga hefðu verið með lágmarksgreiðslur og 12% samninga með fyrirframgreiðslur. Algengt væri að fleiri en eitt greiðslufyrirkomulag væri við lýði, oft fast gjald með breytilegum gjöldum ofan á það, sem væri sú leið sem Síminn hefði viljað fara. Sú leið væri því vel þekkt víða um heim og fjöldi fordæma fyrir. Hvergi í greiningunni væri fjallað um smásölumínus aðferðarfræði og eftir því sem næst yrði komist væri slík aðferðarfræði ekki notuð í leyfissamningum sem væru sambærilegir þeim sem Vodafone óskaði eftir. Slík aðferðarfræði væri almennt ekki notuð í samningum sem væru gerðir á viðskiptalegum forsendum, heldur eingöngu þegar um eftirlitskvaðir væri að ræða. Að halda því fram að smásölumínus væri alþekkt í samningum á viðskiptalegum forsendum væri því rangt.

Annað atriði sem einnig skipti máli væri, að ef eingöngu væri samið um breytilegan kostnað án skuldbindinga um sölu, þá gæti kaupandinn fleytt sér áfram (e. free ride) á markaðssetningu seljanda. Með öðrum orðum þá gæti kaupandinn sleppt því að eyða fjármagni í að auglýsa þjónustuna og látið seljandann eyða kostnaði í markaðssetningu. Þar sem auglýsingin hefði áhrif á sölu hjá öðrum, þá væri seljandinn í reynd að borga fyrir markaðsherferð kaupandans. Þetta gerði kaupandanum síðan einnig kleift að selja vöruna ódýrara en seljandinn gerði þar sem markaðskostnaðurinn lenti allur á seljandanum.

Ef endurseljandinn fengi aðgang að höfundavörðu efni eingöngu á breytilegum kjörum án nokkurrar skuldbindingar um fastar greiðslur, væru hagsmunir aðila af samningum einnig verulega ólíkir. Seljandinn tæki þá alla áhættuna en engin áhætta lægi hjá kaupanda (þ.e. endurseljanda). Til þess að hagsmunir væru samstilltir væri uppsetningin almennt sú að um fastar greiðslur væri að ræða og ofan á það bættist breytilegur kostnaður sem lækkaði eftir því sem fleiri áskriftir væru seldar. Þannig fengi seljandinn ákveðna lágmarkstryggingu fyrir því að hann fengi kostnað sinn greiddan og kaupandinn hefði þannig ríkan hvata af því að selja þjónustuna þar sem hagnaður ykist eftir því sem meira væri selt. Þetta fyrirkomulag gerði seljandanum síðan kleift að fjárfesta í auknu myndefni og viðhalda gæðum þjónustunnar. Kaupandinn legði einnig áherslu á að selja þjónustuna þar sem aukin sala skilaði auknum hagnaði, þar sem kostnaður við hverja áskrift lækkaði með aukinni sölu og hagnaður ykist.

Sérstaklega væri þetta mikilvægt í þeim tilfellum þegar kaupandinn væri einnig keppinautur í smásölu líkt og í tilfalli Vodafone, þar sem kaupandinn hefði beina hagsmuni af því að seljanda mistækist. Kaupandinn í þessu dæmi hefði hvata til þess að selja *ekki* þjónustuna, nema hann hefði samþykkt að greiða fasta lágmarksgreiðslu.

[...]

Síminn og Vodafone væru í samkeppni um innkaup á myndefni og hefðu verið það lengi, og það áður en Síminn hefði byrjað að selja Sjónvarp Símans Premium. Þar væri Vodafone með yfir 50% hlutdeild í efniskaupum. Þá væru félögin einnig í samkeppni í sölu á áskriftarsjónvarpi, auk þess að vera í samkeppni í sölu á sjónvarpsþjónustu. Vodafone hefði því takmarkaðan hvata til þess að selja þjónustu Símans, enda gengi Vodafone það eitt til að draga úr getu Símans til þess að keppa við Vodafone.

Að setja á laggirnar smásölumínus væri að mati Símans óheppilegt með tilliti til þess að slík verðlagning tengdist í samkeppni í smásölu og að tengja heildsöluverðlagningu til keppinautar við smásöluverðlagningu væri óheppilegt og erfitt í framkvæmd. Aðferðarfræðin væri umdeild. „Retail minus“, betur þekkt undir fræðilega heitinu „Efficient Component-Pricing Rule“, væri notuð af stjórnvöldum til að ákvarða verð fyrir aðgang að kerfum sem nytu einokunar. Sjónvarp Símans Premium nyti ekki einokunar og væri hlutdeild Símans á áskriftarsjónvarpsmarkaði undir [...]%. Aðferðarfræðin hefði ekki þróast út frá viðskiptalegum forsendum, heldur verið notuð sem fræðileg aðferð við að greina rétta verðlagningu fyrir aðgang að svokölluðum flöskuháls (e. bottleneck) kerfum. Samkeppnisyfirvöld í Bretlandi hefðu til að mynda talið að slík verðlagning gæti haft neikvæð áhrif á samkeppni. Fræðimenn hefðu talið aðferðarfræðina vera til þess fallna að vernda einokun og draga úr verðsamkeppni. Helstu kostir aðferðarfræðinnar hefðu verið að aðstoða nýja aðila við að komast inn á markaðinn. Slíkar röksemdir ættu einfaldlega ekki við um Vodafone sem væri þegar virkt á markaðnum og væri núna með [...]% markaðshlutdeild. Að beita aðferðarfræðinni við þessar aðstæður væri einfaldlega rangt og að gera tilraunir til þess að bera þetta saman lýsti vanþekkingu á grundvelli umræddrar aðferðarfræði. Þótt aðferðarfræðin væri Símanum kunn, þýddi það ekki að hún væri jákvæð.

Varðandi hugleiðingar PFS um samning Símans við 365 þá vildi Síminn ítreka að sá samningur hefði ekki haft jákvæð áhrif, sem helgast hefði af því að 365 hefði verið með tilboð á eigin þjónustu, sem Síminn gæti ekki boðið upp á sökum þess að um væri að ræða umboðssölu. Fengi Síminn aðeins þóknun fyrir að selja sjónvarpsrásir 365. Síminn hefði ekki áhuga á því að semja um slíkar leiðir þar sem árangur af umboðssölu væri lítill sem enginn. Viðskiptin væru einfaldlega ósambærileg. Síminn hefði til að mynda ekki heimild til að selja efnisveituna Stöð2 Maráþon og væri hvorki með umboðssölusamning né heldur heildsölusamning um þá þjónustu, sem væri þó að miklu leyti sambærileg við Sjónvarp Símans Premium.

Þá væri það væri rangt skilið hjá PFS að verðákvæði ofangreinds samnings Símans og 365 byggðu á „retail minus“ aðferðarfræðinni. Um væri að ræða þóknun fyrir að selja rásir 365 í gegnum sölukerfi Símans. Síminn hefði gert þá kröfu að fá að innheimta viðskiptavininn milliliðalaust. Hefði það fyrst og fremst verið gert til þess að koma í veg fyrir áhættuna af því að 365 myndi nota upplýsingar um viðskiptavininn og selja honum þjónustu, sem myndi leiða til þess að viðskiptavinurinn myndi hætta í viðskiptum hjá Símanum. 365 hefði boðið fjarskiptaþjónustu

nánast endurgjaldslaust og því hefði það verið veruleg áhætta fyrir Símann að samþykkja sölufyrirkomulagið.

Varðandi þann fund sem Síminn hefði átt með Vodafone þann 23. nóvember 2017, þá hefðu rök Símans fyrir því að vilja vera fyrst með Sjónvarp Símans Premium yfir aðgangsnét GR verið útskýrð. Viðbrögð Vodafone bæru þess keim að félagið væri ekki að sækjast eftir þjónustu Símans á viðskiptalegum grunni. Aftur hefði því verið alfarið hafnað að ræða málið frekar. Að mati Símans væri krafa félagsins málefnaleg [...]

Að lokum kom fram í framangreindu bréfi Símans til PFS, dags. 12. desember 2017, að Síminn hefði lýst yfir vilja sínum til að semja um aðgang að sjónvarpsefni sínu ef þeir samningar yrðu gerðir á almennt viðurkenndum viðskiptalegum forsendum. Síminn væri reiðubúinn til þess að ræða nákvæmar útfærslur lágmarksgjalda við Vodafone, en félagið hefði hingað til hafnað þeim viðræðum. Nýverið hefði Síminn reynt að koma hreyfingu á viðræðurnar með því að leggja fram tillögu til umræðu. Þær viðræður hefðu ekki skilað árangri þar sem Vodafone hefði *hafnað* því að greiða lágmarksgjald fyrir réttinn til þess að selja Sjónvarp Símans Premium.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 28. janúar 2018, óskaði stofnunin eftir upplýsingum um áform félagsins um mögulega OTT dreifingu myndefnis. Fram kom að á fundi PFS og Símans [...]. PFS hefði skilið Símann þannig að í kjölfarið á þeim prófunum stæði jafnvel til að gera Sjónvarp Símans Premium aðgengilegt um slíka dreifileið án tillits til þess hvaða fjarskiptaneti viðkomandi viðskiptavinur tengdist. Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 15. febrúar 2018, framsendi stofnunin félaginu tölvupóst frá Hringdu, þar sem m.a. hefði komið fram að Hringdu hefði um skeið átt í viðræðum við Símann um heildsöluaðgang að sjónvarpslausnum (IPTV platform) fyrir alla viðskiptavinum Hringdu, þ.m.t. þeirra sem væru á neti GR. Þær viðræður hefðu ekki skilað árangri, þar sem sú lausn sem væri í boði veitti Hringdu ekki færi á að þjóna viðskiptavinum félagsins sem væru á neti GR.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 21. febrúar 2018, bárust stofnuninni athugasemdir félagsins við umsögn Vodafone, dags. 5. janúar 2018. Ennfremur tjáði Síminn sig um mögulega markaðssetningu OTT lausnar og samskipti Símans og Hringdu varðandi beiðni Hringdu um heildsöluaðgang að IPTV kerfi Símans.

Í máli Símans kom fram að meginatriðið í þessum þætti málsins væri að fjölmiðlaveitan Vodafone vildi fá efni frá fjölmiðlaveitunni Símanum til að auka vöruframboð sitt. Ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga fjölluðu hins vegar um það þegar um væri að ræða viðskipti milli fjölmiðlaveitu annars vegar og fjarskiptafyrirtækis hins vegar. Ágreiningur um skilmála slíks aðgangs félli utan 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga enda snéri hann ekkert að því að verið væri að beina viðskiptum að einu eða öðru fjarskiptafyrirtæki. Ef fallist yrði á kröfu Vodafone um aðgang að sjónvarpsefni Símans til ólínulegrar myndmiðlunar þá fæli það í raun í sér að flutningsreglur fjölmiðlalaga næðu til ólínulegrar myndmiðlunar ef fjölmiðlaveita væri einnig fjarskiptafyrirtæki. Flutningsréttur skv. 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði einungis til sjónvarpsútsendinga og væri niðurstaða um flutningsrétt að ólínulegu myndefni því andstæð því ákvæði. Þá væri markmið 5. mgr. 45. gr. að vernda fjarskiptafyrirtæki sem hefðu ekki yfir eigin sjónvarpsútsendingum að ráða og augljóst væri að það ætti ekki við um Vodafone. Hagsmunir Símans fælust fyrst og fremst í því að vernda fjárfestingu sína í sjónvarpsefni þar sem Vodafone væri í umtalsvert sterkari stöðu á markaði en Síminn.

Varðandi þá fullyrðingu Vodafone að það væri stigsmunur en ekki eðlismunur á umboðssölufyrirkomulagi annars vegar og endursölufyrirkomulagi hins vegar, þá væri það rangt. Umboðssölufyrirkomulag takmarkaði verulega heimildir umboðssöluaðila til þess að selja sjálfur þjónustuna, ólíkt endursöluaðilanum. Það lægi í hlutarins eðli varðandi mismun á umboðssölu og endursölu. Í umboðssölufyrirkomulagi hefði umboðssöluaðilinn ekkert með endanlegt verð að segja en það hefði hann í endursölufyrirkomulagi. Þess vegna hefði Síminn ítrekað reynt að fá samning um endursölu á sjónvarpsstöðvum 365 (nú Vodafone) en ávallt fengið synjun, bæði fyrir og eftir samruna félaganna.

Hvað varðaði umfjöllun um verðlagningu á „Pay-Per-View“ (PPV) hluta samnings Símans og 365 (nú Vodafone) þá yrði að telja að umrætt fyrirkomulag væri fjarri því að vera jákvætt. Sala á þjónustunni væri langt undir væntingum, einkum vegna þess að verðlagningin í heildsöluverðinu væri of há. PPV lausnin hefði ekki verið til í smásölu þegar samningurinn var gerður og því ekki um „retail-minus“ að ræða. Þvert á móti fæli samningurinn í sér að verið væri að byrja með nýja þjónustu sem engin reynsla væri á og hefði 365 ákveðið heildsöluverðið fyrir staka leigu sem hlutfall af mánaðaráskrift. Markmiðið með PPV verðlagningu 365 hefði verið að draga ekki úr eftirspurn eftir mánaðaráskriftum, heldur mæta eftirspurn eftir stökum leikjum hjá áhorfendum sem vildu ekki kaupa mánaðaráskrift. Því væri um ósambærileg atvik að ræða sem kæmi Vodafone ekki að neinu gagni í sínum málflutningi. Tilvísun Símans til erlenda fordæma væri á þá leið að almennt væri PPV þjónusta verðlögð sem tiltekið hlutfall af fullri áskrift. Það væri því rangt að verið væri að vísa til erlendra fordæma um „retail minus“.

Síminn gæti ekki annað en undrast að Vodafone gæti aðeins nefnt samning við Hringdu sem dæmi um „retail minus“ fyrirkomulag sem ætti að hafa verið gert með frjálsum samningum. Um væri að ræða samning sem Samkeppniseftirlitið hefði gert að skilyrði fyrir því að stofnunin gæti samþykkt samruna 365 og Vodafone. Ekki þyrfti að fara mörgum orðum um að slíkur samningur væri ekki gerður á grundvelli frjálsra viðskipta, heldur undir kvöðum frá Samkeppniseftirlitinu. Engin ástæða væri til að ætla að Vodafone hefði gert umræddan samning nema af því að Samkeppniseftirlitið hefði þvingað Vodafone til þess. Það mætti líka setja spurningarmerki við samning Vodafone og Hringdu, en það virtist af málflutningi Vodafone sem félagið hefði boðið Hringdu um [...] % afslátt af sjónvarpstöðvunum. Væri það rétt yrði ekki séð hvernig Hringdu ætti að geta keppt við Vodafone. Því væri ljóst að Vodafone gæti ekki bent á nein dæmi þess að félagið hefði gert „retail minus“ samninga í frjálsum samningum.

Sú krafa væri gerð til PFS að stofnunin krefðist þess að Vodafone upplýsti um hvort félagið hefði gert samninga um kaup á myndefni á grundvelli lágmarksgreiðslna. Síminn hefði ítrekað skorað á PFS að afla slíkra gagna frá Vodafone en af einhverjum ástæðum hefði PFS ekki spurt þessarar spurningar sem þó væri sjálfsögð í ljósi þess að Vodafone segði að slíkir samningar væru samkeppnishindrandi. Ástæðan fyrir því að Vodafone hefði ekki viljað upplýsa um samningagerð félagsins um efniskaup væri líklegast sú að það myndi staðfesta málsstað Símans. Síminn áréttaði að það vantaði allan rökstuðning Vodafone fyrir því af hverju lágmarksgreiðslur væru samkeppnishindrandi.

Það eina sem umfjöllun Vodafone drægi fram væri að félagið hefði fjölda viðskiptavina í IPTV, en það mætti velja því upp hvort Vodafone væri ekki nægilega ánægt með það efnisframboð sem félagið byði upp á. Það gæti ekki verið vandamál sem Símanum bæri að leysa. Staðreyndin væri

sú að viðskiptavinum með IPTV þjónustu hjá Vodafone hefði fjölgað, og þótt þeir keyptu ekki SVOD þjónustu Vodafone, þá hefði það ekkert með efnisframboð Símans að gera, sérstaklega ekki þar sem umræddir viðskiptavinir héldu áfram að kaupa IPTV þjónustu Vodafone. Að halda því fram að Sjónvarp Símans Premium myndi draga úr vilji viðskiptavina, sem væru með IPTV hjá Vodafone að kaupa SVOD þjónustu Vodafone, sýndi hversu rökþrota Vodafone væri í sínum málflutningi. Engin orsakatengsl væru á milli vaxtar í sölu á Sjónvarpi Símans Premium annars vegar og dræmri eftirspurn eftir Vodafone Play. Auk þess væri umfjöllun Vodafone þess efnis að áskrift að SVOD þjónustu hefði farið stöðugt lækkandi ekki trúverðug.

Hefði viðskiptavinum með SVOD þjónustu hjá Vodafone fækkað, þvert gegn því sem félagið hefði haldið fram í eigin ársskýrslu 2016, þá gætu verið ýmsar skýringar á því hvers vegna viðskiptavinir með IPTV hjá Vodafone vildu ekki kaupa það efni sem væri í boði í gegnum viðmót Vodafone. Ein skýring gæti verið að viðskiptavininum þætti þjónustan of dýr miðað við hvaða efni væri í boði. Ef til vill hefði Vodafone ekki náð að kynna þjónustuna nægilega fyrir sínum viðskiptavinum. Mögulega væru aðrir valkostir betri og ódýrari, s.s. Netflix eða Amazon Prime. Það gæti þannig verið að nákvæmlega sama efni væri í boði hjá Netflix sem kostaði aðeins um þúsund krónur. Þá hefði Vodafone ekkert lagt sig fram um að fjárfesta í nýrri innlendri framleiðslu. Líkleg skýring væri einnig sú að Vodafone hefði verið búin að ákveða að fjárfesta í 365 til að tryggja sér sjónvarpsefni og því hefði verið lítil hvati til þess að ráðast í aðrar fjárfestingar.

Varðandi áform um OTT lausn kom fram í máli Símans að ástæðan fyrir því að félagið teldi nauðsynlegt að ná samningum við GR áður en lausnin færi á markað væri að Síminn vildi geta selt viðskiptavinum sínum alla þjónustu sína yfir öll aðgangsnét. Þá hefði það einnig þýðingu í samningaviðræðum við GR að Síminn hefði eitthvað sem skapaði félaginu samningsstöðu. Ef GR ætlaði að halda því til streitu að synja Símanum um aðgang þá blasti við að Síminn myndi fara með lausnina í loftið um leið og félagið myndi finna rétta tímasetningu. Lausnin hefði sem slík verið í prófunum, en eins og þekkt væri hefði hluti af lausninni verið settur á markað sumarið 2017, þar sem viðskiptavinum Símans hefði verið boðið að fá myndlykil sem hægt væri að taka með í ferðalagið, þ.e. tengja þráðlaust. Sem stæði væru gæðin þó takmörkuð og ekki hefði verið sett á markaðinn lausn með fullri þjónustu. Væru þær prófanir í gangi og hefðu staðið yfir í einhvern tíma. [...].

Síminn áformaði að [...].

Í samhengi við tillögu Vodafone um smásöllumínus aðferð við dreifingu sjónvarpsefnis þá lægi fyrir að það væri umtalsvert hagkvæmara fyrir Símann að dreifa myndefni með OTT lausn heldur en að semja við Vodafone um dreifingu.

Varðandi samskipti við Hringdu kom fram í máli Símans að [...]. Síminn hefði reynt að koma með tillögur fyrir Hringdu sem miðuðu að því að bjóða heildsölulausnir þannig að allir viðskiptavinir Hringdu gætu notað þjónustuna.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 22. febrúar 2018, óskaði stofnunin eftir nánari skýringum á tilteknum ummælum Símans sem fram hefðu komið í kafla um markaðssetningu OTT lausnar í framangreindu bréfi Símans til PFS frá 21. febrúar 2018. PFS taldi sig þurfa frekari skýringu á þeirri staðhæfingu Símans að ástæðan fyrir því að Síminn teldi nauðsynlegt að félagið næði samningum við GR áður en OTT lausnin færi á markað, væri að Síminn vildi geta selt

viðskiptavinum sínum alla þjónustu sína yfir öll aðgangsnét. PFS spurði hvort Síminn gæti rökstutt þetta betur. Væri það réttur skilningur að ekki væri um tæknilegan ómöguleika (eða örðugleika) að ræða við að fara í OTT lausn án samnings við GR, heldur væri þetta frekar markaðslegs eðlis? Ef Síminn færi í OTT lausn sem allir ættu að geta nálgast án tillits til burðarnets eða IPTV kerfa, hvers vegna væri þá nauðsynlegt að vera með samning við GR?

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 26. febrúar 2018, barst svar Símans við ofangreindri fyrirspurn. Í svari Símans kom fram að [...]

Í bréfi Símans til PFS, dags. 20. mars 2018, kom fram að félagið hefði unnið að uppfærslu á nýju smáforriti (appi) og IPTV viðmóti og hefði uppfærslan verið kynnt nýlega. Nýja viðmótið hefði verið í vinnslu í nokkurn tíma og væri ein umfangsmesta breyting sem hefði átt sér stað á þjónustunni á undanförunum árum. Fyrsta uppfærsla af appinu hefði verið sett í loftið á síðustu dögum og myndi endurbætt útfærsla vera send til rýnis hjá Apple fljótlega. Þegar því væri lokið þá yrði Sjónvarp Símans með tímahliðrun í 24-36 tíma, þar sem auglýsingar kæmu á undan spilun, aðgengileg öllum. Þess væri vænst að það yrði aðgengilegt á næstu vikum. Til áréttingar þá væri hægt að nota þennan hluta Síma-appsins án þess að vera með nokkra aðra þjónustu hjá Símanum og þar með gætu allir notendur á landinu nálgast tímahliðrun á Sjónvarpi Símans í allt að 24-36 tíma. Umrætt app væri aðgengilegt í Apple símtækjum og spjaldtölvum, auk sambærilegra Android tækja. Þar sem neytendur gætu nálgast og notað hið nýja viðmót óháð því hjá hvaða fjarskiptafyrirtæki það væri í viðskiptum væri útilokað að félagið bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Loks gerði markaðsfærsla Símans á OTT þjónustu félagsins það að verkum að útilokað væri að þeirri niðurstöðu að brotið væri gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 23. apríl 2018, minnti stofnunin félagið á að svar hefði ekki enn borist við þeirri fyrirspurn PFS hvort Sjónvarps-app Símans veitti aðgang að Sjónvarpi Símans Premium. Einnig væri gott í tengslum við þetta að fá það staðfest að Sjónvarps-app Símans veitti öðrum en þeim sem væru með myndlykil hjá Símanum ekki slíkan aðgang.

Svar Símans barst PFS með tölvupósti, dags. 30. apríl 2018. Fram kom að umrætt app, sem greitt væri 500 kr. fyrir, væri takmörkuð framlenging á núverandi þjónustu og gæfi möguleika á því að nota sjónvarpsþjónustuna í afmörkuðum fjölda snjalltækja. Hins vegar veitti það ekki fulla þjónustu, eins og í gegnum myndlykil. Til þess að geta notað appið þyrfti að samtengja það við myndlykil, enda væri það hluti af sjónvarpsþjónustunni. Megnið af ólínulegu myndefni væri aðgengilegt en erlent endurvarp væri nokkuð takmarkað sem og innlendar rásir. Þá kom fram að appið hefði farið í loftið 2013 en ný uppfærsla ekki sett á markað fyrr en á árinu 2018 og hefði appið því lengi þurft uppfærslu. Frí appið fyrir opnar rásir hefði farið í loftið 2016 í tengslum við EM í fótbolta.

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 30. apríl 2018, spurðist félagið fyrir um hvort stofnunin hefði kallað eftir gögnum frá Vodafone um samninga félagsins um fastar lágmarksgreiðslur. Í þessu sambandi minnti Síminn á að þegar SkjárEinn hefði verið með samning við Vodafone um dreifingu á IPTV neti Vodafone, hefði SkjárEinn greitt fastar greiðslur fyrir aðgang að kerfi Vodafone, ekki per áskrift, þegar ólínulegu myndefni hefði verið miðlað um kerfi Vodafone. Fast gjald hefði því verið greitt óháð fjölda notenda. Það væri því athyglisvert að Vodafone vildi ekki greiða fast gjald, en teldi ekki nein vandkvæði að innheimta fast gjald af Símanum/Skjánunum. Teldi Síminn tilefni til þess að PFS óskaði einnig eftir sjónarmiðum Vodafone um þetta atriði, ella væri augljóst að PFS

væri eingöngu að afla gagna sem beindu í ákveðna átt en ekki gæta hlutleysis í rannsóknarvinnu sinni.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 10. maí 2018, framsendi PFS svar Vodafone frá 8. maí sl., til Símans. Fram kom að PFS teldi ekki þörf á því að ganga sérstaklega eftir því að umræddur listi yfir erlenda efniskaupasamninga yrði afhentur. Vodafone yrði að bera hallann af því að afhenda listann ekki, enda þá hægt að byggja á því sjónarmiði Símans um að í umræddum samningum væri byggt á „minimum guarantee“ aðferðarfræði, þ.e. fyrst að ekki hefði verið sýnt fram á annað og Vodafone kysi að leggja listann ekki fram. Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 11. maí 2018, framsendi stofnunin félaginu einnig svar Vodafone frá 11. maí 2018, þess efnis að félagið kysi að leggja ekki umræddan dreifingarsamning SkjáEins og Vodafone fram, þar sem hann væri málinu óviðkomandi að mati Vodafone.

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 9. maí 2018, sendi félagið stofnuninni glærुकynningu sem hafði að geyma kynningu Símans á nýrri OTT lausn við sjónvarpsdreifingu, sem óháð væri fjarskiptanetum, og félagið stefndi á að markaðssetja í byrjun ágúst 2018. Fram kom varðandi þjónustuframboð Símans, að það væri í stöðugri þróun, þ.m.t. sjónvarpsþjónustan. Síminn hefði verið með það lengi til skoðunar hvort og hvernig félagið ætti að fara í OTT lausnir, þar sem þróunin hefði verið í þá átt. Síminn hefði hafið undirbúning að þráðlausum myndlyklum haustið 2016, en sú lausn hefði verið kynnt fyrir PFS vorið 2017. „Ferðalausn“ hefði verið sett á markað sumarið 2017, fyrst og fremst til þess að prufukeyra þjónustuna með takmarkaðri þjónustu. Veturinn 2017-2018 hefði verið nýttur til þess að vinna greiningarvinnu og þróa þjónustuna, m.t.t. gæða og fullra afkasta. Nýtt sjónvarpsviðmót hefði verið í vinnslu samhliða. Því væri ekki enn lokið, því aðeins hluti myndlykla væri kominn með hið nýja viðmót og hluta myndlykla þyrfti að skipta út þegar rekstri eldra viðmótsins yrði hætt. [...].

Varðandi sjónvarpsþjónustu með þráðlausum myndlykli þá hefði sú lausn upp á viðtækustu dreifinguna að bjóða, þ.e. ein lausn fyrir öll aðgangsnét og aðgangskerfi. Einnig hentaði hún vel fyrir svæði með takmarkaða flutningsgetu í fastlínu og mögulegt væri að nota farsímakerfi. Þá kom fram að markmiðið væri að setja lausnina á markað aðra helgina í ágúst 2018. Haustið væri tíminn til þess að setja sjónvarpslausnir á markað. Gróf markaðsáætlun gerði ráð fyrir [...].

5.6.5. *Sjónarmið Mílu*

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 14. mars 2017, bárust stofnuninni fyrstu athugasemdir félagsins í málinu, eftir að aðild félagsins var staðfest. Fram kom að Míla væri ósammála sjónarmiðum Vodafone og GR og teldi kvörtun Vodafone reista á röngum lagaskilningi, þ.á.m. varðandi skýringu á gildissviði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Míla tæki undir með Símanum að umrætt ákvæði væri einskorðað við línulega myndmiðlun, þrátt fyrir að PFS og úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefðu á fyrri stigum komist að þeirri niðurstöðu að ákvæðið tæki einnig til ólínulegrar myndmiðlunar.

Burtséð frá ofangreindu yrði að mati Mílu ekki ráðið af fyrirbyggjandi gögnum að Síminn hefði með einhverju móti brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda þótt lagt væri til grundvallar að greinin tæki jafnframt til ólínulegrar myndmiðlunar. Málalíbúnaður Vodafone og GR virtist reistur á því að Síminn væri að „beina viðskiptum viðskiptamanna og tengdu fjarskiptafyrirtæki“, þ.e. dótturfélaginu Mílu, í andstöðu við umrætt ákvæði, með því að „tímaflakk“ væri ekki aðgengilegt

í sjónvarpsviðmóti Vodafone. Með því að taka tímaflakkið út af Vodafone myndlyklum styrktist lóðrétt samþætting Símans, þar sem ekki væri hægt að fá umrædda þjónustu nema í gegnum Mílu.

Míla fengi ekki séð hvernig Vodafone og GR kæmust að þeirri niðurstöðu að meintar afhafnir eða athafnaleysi Símans, að því er varðaði umrætt tímaflakk og núverandi dreifingu þess, færi á einhvern hátt í bága við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Míla teldi ástæðu til að rifja upp háttarnisreglu ákvæðisins, en samkvæmt því væri fjölmiðlaveitu „*óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.*“ Í frumvarpsathugasemdum segði um ákvæðið að með flutningsreglunum væri markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því væri ljóst að það yrði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Við þessu væri brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar.

Að mati Mílu væri ekkert fram komið í málinu sem benti til þess að Síminn hefði á einhverjum tímamarki „beint“, hvað þá „reynt að beina“, viðskiptum viðskiptamanna að „tengdu fjarskiptafyrirtæki.“ Þá mætti setja spurningamerki við það hvort umrætt ákvæði fjölmiðlalaga gæti tekið til Mílu sem „fjarskiptafyrirtækis“ í fyrirliggjandi samhengi. Með fjarskiptafyrirtæki í skilningi ákvæðisins væri nánar tiltekið ekki átt við *dreifiveitu*, heldur fjarskiptafyrirtæki sem væru í beinu samningssambandi við neytendur um miðlun fjölmiðlaþjónustu/fjarskiptaþjónustu, og svo sem endurspegladist m.a. í fyrrgreindu orðalagi lögskýringargagna um að „*í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar.*“

Míla ætti ekki í samningssambandi við „viðskiptamenn“ í skilningi ákvæðisins, og því væri vandséð hvernig Síminn teldist vera að „beina“ viðskiptum viðskiptamanna til Mílu. Fyrirliggjandi málatilbúnaður, að því marki sem spjótum væri beint að samningssambandi Mílu og Símans sem slíks, stæðist því ekki skoðun. Þegar af þessum ástæðum væri málatilbúnaður GR og Vodafone haldlaus.

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 4. desember 2017, bárust stofnuninni frekari athugasemdir félagsins í málinu. Áréttaði Míla áður framkomin sjónarmið sín í málinu og mótmælti framkomnum málatilbúnaði Vodafone og GR. Að mati Mílu væri engu broti fyrir að fara.

Í *fyrsta lagi* legði Míla áherslu á að samkvæmt 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri fjölmiðlaþjónustuveitendum skylt að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um að fjarskiptafyrirtæki fengju að flytja sjónvarpsútsendingar á stafrænu fjarskiptaneti sínu að uppfylltum nánar tilgreindum skilyrðum. Í greinargerð með ákvæðinu væri alveg sérstaklega tiltekið að flutningsréttur næði hins vegar ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Þar sem flutningsrétturinn samkvæmt framansögðu væri *að lögum* bundinn við sjónvarpsútsendingar, en tæki ekki til ólínulegrar myndmiðlunar, væri vandséð hvernig umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. legði hins vegar þá skyldu á fjölmiðlaþjónustuveitendur, hér „sjónvarpsþjónustu“ Símans, að verða við kröfu fjarskiptafyrirtækis, hér Vodafone, um flutning myndmiðlunar eftir pöntun. Í því fælist algjör lagaleg þversögn. Fengi og engan veginn staðist að horfa á umrætt ákvæði 5. mgr. í eins konar

lagalegu tómarúmi, þ.e. án tillits til annarra ákvæða innan sömu lagagreinar og lagabálks, þvert á viðurkennd lögskýringarfræði og lögskýringarsjónarmið.

Í annan stað þá yrði ekki séð að umrætt ákvæði tæki til Mílu, þ.e. þannig að Míla teldist „tengt“ fjarskiptafyrirtæki í skilningi lagagreinarinnar. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til laganna segði að með „flutningsreglunum væri markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því væri ljóst að það yrði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki“. Við þessu væri „brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki“ og í „ljósi reynslunnar væri talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyndu að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar“. Samkvæmt þessu virtist ákvæðinu, sbr. einnig 1. mgr. sömu lagagreinar, ætlað að sporna við því að fjölmiðlaþjónustuveitandi byggði ekki svo um hnúta, að einungis tengd fjarskiptafyrirtæki fengju að flytja sjónvarpsútsendingar (línulegar) hlutaðeigandi fjölmiðlaþjónustuveitanda. Ákvæðið tæki hins vegar samkvæmt efni sínu ekki til dreifiveitna á borð við Mílu, eða GR. Míla flytti enda hvorki sjónvarpsútsendingar né væri hún í samningssambandi við „viðskiptamenn“ í skilningi ákvæðisins. Fjarskiptaþjónusta, sími, internet og sjónvarp, sem færi um kerfi Mílu yrði alfarið til í kerfum annarra fjarskiptafyrirtækja en Mílu og aðgengi einstakra viðskiptavina þeirra að þjónustunni væri stýrt af þeim. Míla væri einungis hlutlaus flutningsaðili.

Í þriðja lagi, og burtséð frá framangreindu, fengi Míla ekki ráðið að sú háttsemi sem væri umkvörtunarefni Vodafone og GR ætti við rök að styðjast, sbr. nánar ítarlegar röksemdir Símans sem fyrir lægju í málinu.

Í athugasemdum Mílu, dags. 9. febrúar 2018, við umsögn GR, dags. 24. janúar 2018, kom fram að líta bæri til þess að samkvæmt því sem segði í greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlaloganna. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga virtist ætlað að sporna við því að „fjölmiðlaþjónustuveitandi“, sem væri jafnframt smásali á t.d. sjónvarpsþjónustu til endanotenda og að því leyti jafnframt „fjarskiptafyrirtæki“ (eða í tengslum við slíkt fyrirtæki), synjaði öðrum fjarskiptafyrirtækjum um sölu á efni „fjölmiðlaþjónustu-veitandans“, þar sem „fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar“, þ.e. ef þau gætu ekki selt þessa þjónustu samfara annarri fjarskiptaþjónustu. Með „fjarskiptafyrirtæki“ væri þannig, í fyrirliggjandi samhengi, átt við fyrirtæki sem annaðist sölu til endanotenda. Míla væri hins vegar hvorki seljandi sjónvarpsþjónustu (eða annarrar þjónustu til endanotenda) né í samnings- og kröfuréttarsamanbandi við endanotendur og ekki væri verið að beina neinum „viðskiptamönnum“ til Mílu samkvæmt texta ákvæðisins, en minna mætti á að bæði PFS og GR og Vodafone hefðu lagt sérstaka áherslu á textaskýringu við lögskýringu hins umdeilda ákvæðis. Gæti því heldur ekki verið um að ræða brot gegn GR.

Þá væri vandséð hvernig ákvæðið gæti átt við um Vodafone, enda hefði það félag yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum eftir samrunann við 365, sbr. á hinn bóginn fyrrnefnt markmið ákvæðisins, og undirliggjandi verndarhagsmuni um að varna því að „fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar.“ Raunar væri markaðsstaða Vodafone sem fjölmiðlaþjónustu-veitanda til muna sterkari en staða Símans. Hér virtist því öllu snúíð á hvolf, a.m.k. eftir að umræddur samruni hefði gengið í gegn og gæti ákvæðið í öllu falli aldrei átt við samkvæmt efni sínu eftir hann.

Varla hefði vilji löggjafans staðið til þess að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga yrði skýrt í einhverju tómarúmi, án tillits til samkeppnislaga (þ.m.t. 10. og 11. gr.). Með öðrum orðum að þessir markaðir lytu ekki grunnlögmálum samkeppnisréttar, heldur færi eingöngu um réttarstöðuna samkvæmt óljósu og lítt skilgreindu ákvæði fjölmiðlalaga. Slík niðurstaða kynni jafnframt að brjóta gegn skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Einnig mætti velta fyrir sér hvernig ákvörðun PFS kynni að horfa við gagnvart forsendum ákvörðunar SE nr. 6/2015 (sátt Símasamstæðunnar við SE) og fleiri stjórnvaldsákvörðunum, þar sem kvaðir ýmiss konar hefðu verið lagðar á Símann og Mílu út frá tilteknum markaðs- og samkeppnisréttarlegum forsendum, þ.á.m. um hvað væri heimilt og hvað ekki, m.a. að teknu tilliti til umfangsmikilla fjárfestinga í uppbyggingu, þróun og endurnýjun innviða.

Að lokum hefði GR talið að áskrifendur Sjónvarps Símans Premium væru orðnir yfir 30.000 talsins og hefði fjölgað um yfir [...] frá því í október 2015 og af því mætti ætla að tekjuaukning Símasamstæðunnar væri veruleg, þar sem flestir viðskiptavinir fengju aðgang að umræddri efnisveitu í gegnum áskrift af Heimilispakka Símans. Míla mótmælti því að unnt væri að tengja fjölgun viðskiptavina í Sjónvarpi Símans Premium við aukningu á tekjum Mílu og benti í því sambandi á neikvæða þróun í fjöldatölum í aðgangsneti Mílu. Míla seldi L1 og L2 þjónustu, óháð því hvaða sjónvarpsþjónustu endanotandi keypti af viðkomandi fjölmiðlaveitu.

Með tölvupósti Mílu til PFS, dags. 19. febrúar 2018, gerði félagið athugasemdir við umsögn Vodafone frá 15. febrúar sl. Fram kom að af athugasemdum Vodafone væri helst að skilja að félagið teldi lögskýringargögn, þ.á.m. um undirliggjandi verndarhagsmuni og tilgang ákvæðis fjölmiðlalaga, án þýðingar við skýringu ákvæðisins, heldur skyldi horfa á lagatextann í einhvers konar tómarúmi. Míla sái ekki ástæðu til að elta ólar við málalíbúnað sem þennan, en sjónarmiða sem þessara hefði Míla eingöngu séð gæta í sératkvæði í hæstaréttarmálinu nr. 366/2007. Eins og PFS þekkti væntanlega mætavel þyrfti vart að fjölyrða um sérstaka þýðingu lögskýringargagna við lagatúlkun að íslenskum rétti, þ.m.t. þegar texti lagaákvæðis væri talinn „skýr“. Endurspegladist það einmitt ágætlega í atkvæði 4 dómara af 5 í fyrrgreindum dómi, sbr. t.d. þau ummæli að „*af lögskýringargögnum væri einnig ljóst að sá skilningur á gildissviði laganna sem leiddi af orðalagi þeirra og að framan væri rakinn væri í fullu samræmi við vilja löggjafans*“.

Loks, vegna ummæla Vodafone um „bútasam“ Mílu varðandi tilvísanir til lögskýringargagna, þá ítrekaði Míla fyrri málalíbúnað um að ákvæðinu hefði ljóslega aldrei verið ætlað að taka til aðstöðu sambærilegrar þeirri sem nú væri uppi. Slíkt gæti vart orkað tvímælis þegar lögskýringargögnin væru lesin í heild sinni, þótt sú niðurstaða væri vitaskuld ekki Vodafone þóknanleg og setti málið allt í sérkennilegt ljós.

5.6.6. Niðurstaða PFS í Vodafone þætti málsins

5.6.6.1 Inngangur

Eins og áður segir rekur Síminn bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi. Fjölmiðlaveitan samanstendur af Sjónvarpi Símans, sem sendir út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun), og efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium (ólínuleg myndmiðlun). Síminn stundar síðan fjölþætta fjarskiptastarfsemi, bæði á smásölu- og heildsölustigi, og starfrækir m.a. IPTV sjónvarpsdreifikerfi,

sem býður m.a. upp á framangreinda þjónustupætti Sjónvarps Símans. Auk þess er Síminn móðurfélag Mílu, sem starfrækir umfangsmestu fjarskiptanetin og fjarskiptakerfin 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.

Vodafone stundar einnig fjarskiptastarfsemi, ásamt því að starfrækja fjölmiðlaveitu. Vodafone hefur starfrækt ólínulegu efnisveituna Vodafone Play, 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 Maraþon Now. 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 er gríðarlega mikið hér á landi og sú langmesta í Evrópu. Um 80% heimila hér á landi nýta sér slíka tækni við sjónvarpsáhorf og hefur hlutfallið farið síhækkandi síðustu ár, þrátt fyrir tilkomu landsdekkandi UHF dreifingu stafræns sjónvarps í lofti og OTT (e. Over the Top) tækni við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum, þ.e. dreifikerfi á sjónvarpi í gegnum internetið (streymisþjónusta). Þannig voru rúmlega 107.000 virkir myndlyklar í notkun í árslok 2017 og hafði þá fjölgað úr rúmlega 85.000 á þremur árum.

GR á og rekur stærsta ljósleiðarakerfið (FTTH) á höfuðborgarsvæðinu og á því í harðri samkeppni um uppbyggingu og rekstur fjarskiptaneta við Mílu, sem á og rekur VDSL kerfi sem nær til langflestira landsmanna, auk þess sem Míla hefur á síðustu misserum staðið í umfangsmikilli ljósleiðaraútbreiðslu (FTTH) á höfuðborgarsvæðinu, sem félagið hyggst ljúka á árinu 2020.

Mál það sem hér er til úrlausnar varðar meint brot Símans á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sem kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með ákvörðun PFS nr. 3/2016, dags. 11. apríl 2016, komst PFS að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði taki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála staðfesti þá niðurstöðu með úrskurði sínum nr. 3/2016, dags. 21. nóvember 2016.

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.

Ágreiningurinn í GR þætti málsins snýr að því að Síminn hefur ekki boðið upp á umrædda ólínulegu myndmiðlun á fjarskiptaneti GR, heldur aðeins á fjarskiptaneti dótturfélagsins Mílu og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni. Því hafa þeir tugþúsundir notenda, sem kosið hafa að nýta sér ljósleiðaranet GR á höfuðborgarsvæðinu og annars staðar á starfssvæði GR, ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun, nema með því að kaupa

einnig aðgang að VDSL eða ljósleiðartengingum Mílu eða skipta alfarið yfir á umrædd fjarskiptanet Mílu. Það liggur því fyrir að þeir fjölmörgu notendur, sem nýta sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og eru viðskiptavinir Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, hafa nú í vel á þriðja ár ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans.

Vodafone óskaði á fyrstu stigum málsins eftir áframhaldandi aðgangi að ólínulegri myndmiðlun Sjónvarps Símans í gegnum framangreinda þjónustubætti Vodafone er bera heitin Tímavél og Frelsi. Sumarið 2016 óskaði Vodafone einnig eftir aðgangi að Sjónvarpi Símans Premium í heild eða að hluta, t.d. til endursölu, þegar Síminn tilkynnti félaginu um að umræddir þjónustubættir sem kenndir hefðu verið við Tímavél og Frelsi væru ekki lengur í boði.

Í málinu liggur fyrir að það ástand hefur verið uppi 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 viðskiptavinum þá sem nota ljósleiðara GR sem burðarlag. Ástand þetta skapaðist vegna áhrifa lóðréttis eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki. Markmið ákvæðisins samkvæmt frumvarpsathugasemdom 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.

Við úrlausn málsins þarf því að leggja mat á þá hegðun Símans sem átti sér stað á haustdögum 2015 þegar sjónvarpsstöðin SkjárEinn var gerð að opinni frístöð, ólínulega efnisveitan Sjónvarp Símans Premium var samhliða sett á laggirnar og viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone bauðst ekki lengur aðgangur að ólínulegri myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans, né þeim notendum sem aðeins voru á undirliggjandi fjarskiptaneti GR. Heilt yfir er þetta ennþá staðan nú hátt í þremur árum síðar.

Ennfremur þarf að leggja mat á athafnir og/eða athafnaleysi Símans, og eftir atvikum Vodafone og GR, allar götur síðan. Verður þá meðal annars að meta hvort það sé Símasamstæðan sem bera verði hallann af því að ekki hafi um samist á milli annars vegar Símans og Vodafone og hins vegar Símans og GR, eða hvort ábyrgðin liggi fremur hjá gagnaðilum Símans. Verður þá m.a. horft til samningsvilja aðila og/eða skorts á honum á umræddu tímabili og hvort aðgangsbeiðni Vodafone gagnvart Símanum og aðgangsbeiðni Símans gagnvart GR geti talist eðlilegar og sanngjarnar aðgangsbeiðnir. Þá þarf einnig að skoða hvort Símanum hafi staðið til boða önnur úrræði en að semja við Vodafone og/eða GR, til að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist haustið 2015 og hafi varað æ síðan. Verður þar fyrst og fremst horft til lausna við dreifingu myndefnis sem kenndar eru við OTT og eru almennt óháðar undirliggjandi fjarskiptakerfum.

5.6.6.2 Afmörkun Vodafone þáttar málsins

Vodafone telur að með því að bjóða einungis upp á framangreinda ólínulegu myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á IPTV kerfi Símans, sem aðeins er starfrækt á undirliggjandi fjarskiptaneti Símasamstæðunnar, Mílu, og tilteknum öðrum smærri fjarskiptanetum, en ekki á fjarskiptaneti GR sem starfrækir stærsta ljósleiðaranet landsins til heimila, brjóti Síminn gegn umræddu bannákvæði. Þeir sem áhuga hafi á að horfa á umrætt myndefni utan hefðbundinna sjónvarpsútsendingatíma geti ekki gert það á IPTV kerfi Vodafone, sem bæði er starfrækt á neti Mílu og GR. Þar af leiðandi geta viðskiptavinir á ljósleiðaraneti GR, hvort sem þeir séu einnig viðskiptavinir Vodafone eða annarra fjarskiptafyrirtækja, ekki nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun Sjónvarps Símans. Því gætu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans þurft að færa viðskipti sín yfir til Símans til að nálgast umrædda myndmiðlun. Kröfugerð Vodafone gengur því út á að Síminn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu félagsins að fjarskiptanetum Símasamstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni á ólínulegu formi standi ekki til boða í gegnum fjarskiptakerfi Vodafone. GR styður málatilbúnað Vodafone í Vodafone þætti málsins.

Síminn hafnar því alfarið að hafa brotið gegn umræddu ákvæði fjölmiðlalaga og bendir á að ekki sé kveðið á um flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitna í 1. mgr. 45. gr. né 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá telur Síminn sig hafa sýnt sammingsvilja, bæði gagnvart Vodafone og GR, en samningar hafi ekki tekist á viðskiptalegum forsendum. Það sama sé ekki hægt að segja um Vodafone og GR, sem með óbilgjörnum kröfum sínum hafi komið í veg fyrir samninga. Vodafone hafi aðeins viljað notast við smásölumínus aðferð (e. retail minus) við ákvörðun endurgjalds fyrir aðgang að umræddu ólínulegu sjónvarpsefni Símans, en Síminn telur það ekki koma til greina og telur eðlilegt að byggja á lágmarksgreiðslum (e. minimum guarantee) eins og almennt tíðkast við kaup á myndefni að mati félagsins. Míla styður svo málatilbúnað Símans í Vodafone þætti málsins.

Undir rekstri málsins hefur Vodafone farið fram á að stofnunin taki ákvörðun þess efnis að Síminn hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum að fjarskiptanetum samstæðunnar á þann hátt að sjónvarpsefni Símans á ólínulegu formi standi ekki til boða á fjarskiptaneti Vodafone. PFS mun í ákvörðun þessari skera úr um það hvort Síminn hafi með háttsemi sinni brotið gegn umræddri lagagrein og verður þá m.a. horft til þess að sjónvarpsefni Símans standi ekki til boða á IPTV sjónvarpskerfi Vodafone með ólínulegum hætti.

Ennfremur hefur Vodafone krafist þess að PFS taki bindandi stjórnvaldsákvörðun þess efnis að stofnunin fyrirskipi Símanum að selja Vodafone þá þjónustupætti sem um er deilt í málinu í heildsölu eða endursölu og ákvarði hæfilega þóknun til handa Vodafone, sbr. 2. mgr. 47. gr. fjölmiðlalaga, í því sambandi. Þá lagði Vodafone það til sumarið 2016 að endursala/heildsala færi einfaldlega af stað og að ákvörðun um endurgjaldið, sem miðast skyldi við „retail minus“, yrði lögð í úrskurð hjá PFS.

Síminn hafnar því alfarið að hafa brotið gegn umræddu ákvæði fjölmiðlalaga og bendir á að ekki sé kveðið á um flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitna í 1. mgr. 45. gr. né 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þar fyrir utan þá gæti PFS ekki tekið að sér úrskurðarvald í málum nema hafa til þess bæra lagaheimild, sem stofnunin hefði ekki varðandi ágreining er varðaði verðlagningu fyrir ólínulega þjónustu. Hlutverk PFS væri skýrlega bundið við ágreining um verðlagningu fyrir ólínulega þjónustu, þ.e. sjónvarpsútsendingar. Tillaga Vodafone væri því markleysa.

PFS tekur undir með Símanum að ákvæði 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki aðeins til sjónvarpsútsendinga (línulegrar myndmiðlunar). Það sama á við um 46. og 47. gr. laganna sem fjalla meðal annars um aðkomu PFS að ágreiningi fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtækis um flutningssskyldu og flutningsrétt, m.a. að því er varðar úrskurðarvald PFS um endurgjald fyrir aðgang. Mál það sem hér er til úrlausnar varðar því ekki túlkun á umræddum ákvæðum um flutningsrétt fjarskiptafyrirtækis á sjónvarpsútsendingum fjölmiðlaveitu, heldur hvort Síminn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. PFS hefur með ákvörðun sinni nr. 3/2016 skorið úr um það að síðastgreind lagagrein taki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar. Með úrskurði sínum nr. 3/2016 staðfesti úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála framangreinda ákvörðun PFS. Tók nefndin það sérstaklega fram að með túlkun á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri PFS ekki að fyrirskipa Símanum að afhenda dagskráefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila heldur að skera úr um hvort Síminn væri með háttsemi sinni að beina viðskiptavinum Sjónvarps Símans að eigin fjarskiptafyrirtæki.

Að ofangreindu virtu er ljóst að 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt skyldar Símann ekki til að afhenda Vodafone eða öðrum fjarskiptafyrirtækjum ólínulegt sjónvarpsefni sitt. Hins vegar er fjölmiðlaveitan Síminn, samkvæmt umræddri 5. mgr. 45. gr., óheimilt að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Samningur við Vodafone var ein lausn sem Símanum stóð til boða til að koma í veg fyrir að það ástand skapaðist þann 1. október 2015 sem fer í bága við markmið og tilgang umræddrar 5. mgr. og hefur staðið Símanum til boða síðan til að vinda ofan af umræddu ástandi.

5.6.6.3 Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og frumvarpsathugasemdir

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga orðast svo:

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

Í almennum athugasemdum við frumvarp til fjölmiðlalaga 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 efnun.

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

Með umræddu ákvæði fjölmiðlalaga er því að mati PFS leitast við að tryggja að notendur geti valið um myndefni á því fjarskiptaneti sem þeir hafa valið sér, svo fremi sem umrætt fjarskiptafyrirtæki kýs 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.

Þá kemur fram í athugasemdum við framangreinda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að með „tengdu fjarskiptafyrirtæki“ sé átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl í öðrum tilvikum. PFS telur hafið yfir allan vafa að umrætt ákvæði eigi við í máli því sem hér er til umfjöllunar þannig að það nái til fjölmiðlaveitu Símans annars vegar (bæði línulega og ólínulega hlutans) og fjarskiptafyrirtækjanna Símans og Mílu, en öll þessi fyrirtæki eru innan sömu fyrirtækjasamstæðu.

5.6.6.4 *Aðdragandi, áhrif og tilgangur aðgerða Símans á haustdögum 2015*

Eins og fram hefur komið hér að framan keypti Síminn sjónvarpsstöðina SkjáEinn á árinu 2005 eftir samþykki samkeppnisráðs, sem setti gjörningnum skilyrði með ákvörðun sinni nr. 10/2005. Á árinu 2009 var stöðinni breytt úr opinni frístöð í áskriftarstöð. Í apríl 2011 höfðu fjölmiðlalög nr. 38/2011 tekið gildi, þar sem margvíslegar kvaðir voru lagðar á fjölmiðlaveitur, m.a. sú sem fram kemur í umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Fram kom í frumvarpsathugasemdum að umræddar kvaðir svöruðu að hluta til þeirra kvaða sem samkeppnisráð hefði lagt á Símann í framangreindri ákvörðun.

Nokkru síðar, eða í kjölfar samnings Símans og Vodafone um dreifingu á sjónvarpsefni Símans yfir sjónvarpsdreifikerfi Vodafone frá því í maí 2011, fóru bæði félögin að bjóða umrætt myndefni með ólínulegum hætti með áskriftinni í gagnvirkum IPTV kerfum sínum, eins og Tímaflakk/Tímavél og Frelsi. Nánar tiltekið hóf Vodafone að bjóða upp á sjónvarpsefni Símans í frelsisþjónustu strax á árinu 2011, eftir að Síminn fór að afhenda félaginu efnið á þar til gerðu formi til slíkrar ólínulegrar myndmiðlunar. Í júlí 2013 byrjaði Vodafone síðan að bjóða notendum sínum upp á hliðrað áhorf á umrætt sjónvarpsefni í formi tímaflakks. Síðastgreind þjónusta fól í sér

upptöku og miðlun Vodafone á umræddu myndefni Símans, þar sem notandinn (þ.e. áskrifandinn) pantaði myndefnið þegar honum hentaði innan 24-36 klst.

Þann 15. apríl 2015 gerðu Samkeppniseftirlitið og Síminn með sér sátt, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015, sem fól í sér endurskoðun á framangreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005, auk þess sem samruni Símans og Skjásins var samþykktur með tilteknum skilyrðum sem draga áttu úr hættunni á mögulegum samkeppnishamlandi áhrifum hans. Með umræddri sátt var skilið á milli efnis sem telst til línulegrar myndmiðlunar annars vegar ólínulegrar myndmiðlunar hins vegar. Með Skjánnum var í sáttinni átt við rekstur innlendrar línulegrar sjónvarpsrásar og fram kom að Símanum væri óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að þjónusta Skjásins fylgdi með í kaupunum. Ennfremur var Símanum heimilað að bjóða slíkt línulegt myndefni án endurgjalds í opinni dagskrá, enda gætu aðrar dreifiveitur aflað dreifingaréttar á dagskránni á grundvelli fjölmiðlalaga.

Eftir framangreinda sameiningu Skjásins og Símans gat Síminn í eigin nafni boðið upp á fjórþætta þjónustu, þ.e. talsíma, farsíma og internetþjónustu, auk sjónvarpsefnis. Það varð líka fljótlega raunin.

Fram eftir árinu 2015 vann Síminn að undirbúningi skráningar félagsins á hlutabréfamarkað. Þann 5. október 2015 hófst útboð í hlutabréf Símans og þann 15. október s.á. voru hlutabréf Símans svo tekin til viðskipta í kauphöll, nánar tiltekið á Aðalmarkaði Nasdaq Iceland.

Þann 1. október 2015 kynnti Síminn til sögunnar viðamiklar breytingar á sjónvarpsþjónustu félagsins og gerði stöðina aftur að opinni frístöð, án þess að ólínuleg myndmiðlun fylgdi með hinni línulegu dagskrá. Samhliða setti Síminn á laggirnar efnisveituna Sjónvarp Símans Premium sem varð áskrifarstöð, sem eins og áður segir var og hefur æ síðan aðeins verið aðgengileg hjá Símanum og þá á undirliggjandi fjarskiptanetum Mílu og nokkurra staðbundinna fjarskiptaneta sem Símasamstæðan hefur samið við, en ekki á fjarskiptaneti GR, sem starfrækir stærsta ljósleiðaranet landsins. Þar er m.a. hægt að nálgast efni með ólínulegum hætti sem áður hefur verið sýnt á hinni línulegu opnu frístöð. Fljótlega fór Síminn ennfremur að forsýna þáttaraðir á efnisveitunni, jafnvel þannig að hægt væri að nálgast heilu seríurnar á sama tíma, sem síðar hafa svo verið sýndar með hefðbundnum hætti á línulegu stöðinni. Gjarnan er um vinsælt efni að ræða sem þannig háttar til um, eins og t.d. Stella Blómkvist, Gudjohnsen og The Handmaid's Tale. Yfirlýst markmið Símans með þessum breytingum var að keppa við erlendar efnisveitur á borð við Netflix. Verðið fyrir Sjónvarp Símans Premium er í dag 4.800 kr. á mánuði með vsk. og hefur hækkað lítillega frá því að þjónustan hóf göngu sína.

Á sama tíma kynnti Síminn til sögunnar breytingar í fjarskiptaþjónustu félagsins með Heimilispakkanum. Þar fá áskrifendur Símans m.a. aðgang að heimasíma, Interneti og sjónvarpsþjónustu. Í sjónvarpsþjónustunni felst sjónvarpsþjónusta Símans (myndlykill og aðgangur að frístöðvum), Sjónvarp Símans Premium og Sjónvarps-app Símans fyrir allt að fimm snjalltæki. Smásöluverðið fyrir þessa þjónustu í dag er 14.000 kr. á mánuði með VSK en var um 13.000 kr. þegar hún hóf göngu sína. Inni í þeirri fjárhæð er ekki línugjald, sem Síminn innheimtir af þeim viðskiptavinum sem eru í Heimilispakka Símans. Línugjaldið í dag er 3.200 kr./mán. sem Síminn innheimtir, en hluti gjaldsins rennur til aðgangsneta í formi heimtaugaleigu. Sú heimtaugaleiga er næstum öll hjá dótturfyrirtækinu Mílu eða [...]%. Fjárhæðin helst því nær öll

innan Símasamstæðunnar. Síminn innheimtir því í raun 17.200 kr. mánaðarlega af hverjum viðskiptavin í Heimilispakkanum.

PFS telur að framangreindar breytingar Símans á fyrirkomulagi sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu félagsins, sem tóku gildi þann 1. október 2015, hafi augljóslega tengst framangreindri skráningu félagsins á hlutabréfamarkað, sem varð að veruleika nokkrum dögum síðar.

Aðdragandi ofangreindra breytinga á sjónvarpsþjónustu Símans, eins og hann snéri að Vodafone, var að öðru leyti á þann veg að þann 30. júní 2015 sagði Síminn upp framangreindum dreifingarsamningi við Vodafone þannig að hann skyldi renna út í lok apríl 2016 og óskaði jafnframt eftir því að félögin myndu taka upp viðræður að nýju haustið 2015 um gerð nýs dreifingarsamnings um *línulega* myndmiðlun. Síminn tilkynnti Vodafone svo um það á fundi félaganna þann 11. september 2015 að SkjárEinn yrði frístöð í opinni dagskrá en að sama skapi yrði ekki möguleiki á hliðruðu áhorfi í Sjónvarpi Vodafone. Samkvæmt ofangreindu bannaði Síminn því Vodafone að bjóða upp á myndefni Sjónvarps Símans með ólínulegum hætti frá og með 1. október 2015, eða með um 3ja vikna fyrirvara. Þann 28. september 2015 gerði Vodafone athugasemd við að ekki yrði áfram möguleiki á hliðruðu áhorfi á Sjónvarp Símans í opinni dagskrá í Sjónvarpi Vodafone. Þennan sama dag benti Síminn Vodafone á að umrædd breyting fæli í sér aukna þjónustu fyrir alla viðskiptavini Vodafone, þar sem SkjárEinn yrði í boði fyrir alla án endurgjalds, en án hliðraðs áhorfs að hinni opnu dagskrá, enda væri ómögulegt að hafa nægar tekjur af auglýsingum ef viðskiptavinurinn gæti sleppt því að horfa á þær. Þá væri enginn vafi á því að ólínuleg dreifing á sjónvarpsefni félli ekki undir framangreinda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015, né flutningsreglur fjölmiðlalaga. Væri Síminn því að öllu leyti að fylgja umræddri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins með framangreindum breytingum á dreifingu sjónvarpsefnis Símans og hefði ekki veitt Vodafone leyfi til að dreifa sjónvarpsefni Símans í opinni dagskrá með ólínulegum hætti.

Þróun mála næstu vikunnar eftir að Síminn bannaði Vodafone að bjóða upp á myndefni Símans með ólínulegum hætti þann 1. október 2015, var á þá leið að Síminn hætti þá þegar að setja inn efni fyrir Vodafone, þannig að síðargreinda félagið gat ekki lengur boðið upp á frelsisþjónustu til viðskiptavina sinna. Vodafone neitaði hins vegar að loka fyrir Tímavél frá umræddum tímamörkum og bauð upp á þá þjónustu þar til sýslumaðurinn á höfuðborgarsvæðinu féllst á lögbannsbeiðni Símans þann 16. desember 2015. Eftir það tímamark hefur Vodafone ekki getað boðið viðskiptavinum sínum upp á ólínulega myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans, a.m.k. hvorki í formi Frelsis eða aðgangs að Sjónvarpi Símans Premium. Nokkrum dögum fyrir umrætt lögbann, eða þann 2. desember 2015, hafði Vodafone lagt fram formlega kvörtun til PFS þess efnis að Síminn hafi með framangreindu hátterni sínu brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Vísaði Vodafone m.a. til árangurslauss sáttafundar sem PFS hefði haldið með aðilum þann 23. nóvember 2015, þar sem PFS hefði lagt til að Síminn veitti Vodafone heimild til að bjóða upp á ólínulega myndmiðlun sjónvarpsefnis PFS á heildsöluþingum með „retail minus“ aðferð.

Í júní 2016 óskaði Vodafone eftir heildsöluaðgangi að Sjónvarpi Símans Premium að hluta eða öllu leyti, til viðbótar við fyrri kröfur um aðgang að ólínulegu myndefni Símans í formi Tímavélar og Frelsis. Lagði Vodafone til að „retail minus“ aðferðafræði yrði lögð til grundvallar við ákvörðun verðs, en Síminn hefur ekki tekið það í mál og leggur til „minimum guarantee“ aðferðarfræði. Aðilar hafa ekki náð saman á þeim tæpu þremur árum sem liðin eru. Þá má geta þess að vorið 2017 bauð Síminn Vodafone upp á sjónvarpsefni sitt með tímaflakksvirkni með auglýsingum frá

Símanum á undan. Vodafone hefur ekki þekkt það boð enn sem komið er og hefur m.a. borið fyrir sig að slíkt kalli á [...] hjá Vodafone og að ekki sé um sömu vöru að ræða og Vodafone hafði aðgang að fram til ársins 2015. Nánar verður fjallað um þennan þátt málsins hér síðar þegar mat verður lagt á samningavilja eða skort á samningavilja aðila.

Eins og að framan greinir þá hefur Síminn frá haustinu 2015 vöndlað saman fjarskiptaþjónustu og sjónvarpsþjónustu og það með góðum árangri að mati PFS. Stofnunin telur ástæðu til að geta um áhrif umræddra aðgerða Símans samhengisins vegna, en tekur fram að við túlkun umrædds ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er það háttsemin sjálf sem skiptir máli en ekki áhrif hennar. Þannig getur fjölmiðlaveita brotið gegn umræddu ákvæði með því að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þó svo að ávinningur háttsemin verði ekki jákvæður eða sá sem félagið hafði stefnt að. Ef svo væri hefði ákvæðið væntanlega verið orðað þannig að umrædd háttsemin væri bönnuð ef jákvæður ávinningur hlytist af fyrir geranda og jafnvel samsvarandi tjón fyrir keppinauta.

Þann 1. október 2015 voru áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium um [...]. Ári síðar voru þeir orðnir um [...] og rúmlega [...] í mars 2018. Þetta er fjölgun upp á um [...] áskrifendur eða [...]. Varðandi þróun fjölda áskrifenda að Heimilispakkanum þá var fjöldinn aðeins nokkrir tugir þann 1. september 2015 en var strax mánuði síðar kominn í rúmlega [...]. Þann 1. október 2016 var fjöldinn kominn í rúmlega [...] og í rúmlega [...] þann 1. mars 2018. Ljóst er að þróun fjölda áskrifenda að Heimilispakkanum hefur haldist vel í hendur við þróun fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium. Tölurnar sýna að að yfirgnæfandi hlutfall, eða um [...], af áskrifendum Sjónvarps Símans Premium eru með Heimilispakkann hjá Símanum. Auk þessa eru afar fáir, eða einungis um [...], af áskrifendum Sjónvarps Símans Premium ekki með neina aðra þjónustu hjá Símanum og einungis um [...] á öðrum undirliggjandi netum en fjarskiptaneti Mílu. Miðað við nýjustu tölur er Síminn því að innheimta um [...] milljónir króna á mánuði og um [...] milljarða króna á ári af sölu á Heimilispakkanum með línugjaldi. Ljóst er að augljós hvati ætti að vera hjá Símanum að selja sem mest af Heimilispakkanum í stað þess að selja aðeins Sjónvarp Símans Premium sem staka vöru, enda tala tölurnar sínu máli.

Að ofangreindu virtu telur PFS augljóst að markaðssetning Heimilispakkans hjá Símanum hefur haldist í hendur við framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans og verið órjúfanlegur þáttur í því viðskiptamódeli sem Síminn kynnti til sögunnar á haustdögum 2015 í tengslum við skráningu félagsins á hlutabréfamarkað og hefur haldið sér við allar götur síðan. Í þessu samhengi er athyglisvert að rýna í tölfræðigögn á því tímabili sem um ræðir. Í árslok 2014 var markaðshlutdeild Símans í internetþjónustu í fastanetum 50%, í árslok 2015 var hún 49%, í árslok 2016 var hún 48% og nú í árslok 2017 var hún rúm 46%. Telja verður að þetta sé vel af sér vikið hjá Símanum á þessum 3 árum á sama tíma og félagið er ekki á stærsta ljósleiðaraneti landsins til heimila, sem stækkað hefur verulega á þessu tímabili. 365 bauð fjarskiptaþjónustu í nokkur misseri á verulega góðum kjörum og ný félög eins og Hringdu og Nova hafa aukið hlutdeild sína á tímabilinu verulega. Þá má geta þess að þrátt fyrir að Síminn sé ekki á neti GR er félagið samt með um 40% markaðshlutdeild í internetþjónustu á fastanetum á höfuðborgarsvæðinu. Þá er markaðshlutdeild Símans einnig há í IPTV og var hún um 53% í árslok 2017. Á sama tíma var markaðshlutdeild Vodafone 40% og markaðshlutdeild 365 um 7%, en 365 endurseldi IPTV þjónustu Símans. Þrátt fyrir samruna Vodafone og 365, sem tók gildi þann 1. desember 2017, er ólíklegt að mikill fjöldi fyrrum 365 viðskiptavina hafi enn sem komið er fært myndlyklapþjónustu sína yfir til Vodafone. Því má með nokkurri vissu halda því fram að markaðshlutdeild Símans hafi

verið töluvert hærri en 53% um síðustu áramót og sé enn. Þá má bæta því við að Míla var um síðustu áramót með um 60% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu m.v. fjölda heimtauga í notkun, hvort sem um er að ræða ljósleiðara eða koparheimtaugar, þrátt fyrir umfangsmikla uppbyggingu ljósleiðaranets GR á því svæði, og um 71% markaðshlutdeild á landinu öllu.

PFS telur vert að bera ofangreinda þróun í viðskiptavinafjölda Sjónvarps Símans Premium saman við upplýsingar frá Vodafone um þróun fjölda áskrifenda að sjónvarpsefni þess félags. Þann 1. janúar 2015 voru slíkir viðskiptavinir hjá Vodafone tæplega [...]. Þann 31. september 2015, eða rétt áður en Síminn réðst í framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni og hóf að bjóða upp á Heimilispakkann, voru þeir rúmlega [...]. Fjöldinn féll svo niður í rúmlega [...] í lok október 2015. Í lok október 2016 var fjöldinn rúmlega [...] og í lok nóvember 2017 um [...]. Því er ljóst að í lok nóvembermánaðar 2017 hafði fjöldi áskrifenda að sjónvarpsþjónustu Vodafone ekki enn náð þeim fjölda sem Vodafone var með þegar Síminn greip til framangreindra ráðstafana á haustdögum 2015. Þann 1. desember 2017 tók svo gildi samruni Vodafone og 365 og þar með stórkjóst áskrifendafjöldi Vodafone að sjónvarpsþjónustu. Í þessu ljósi er ekki ólíklegt að þessi þróun hafi haft sitt að segja við ákvörðunartöku Vodafone í tengslum við framangreindan samruna, en formlega var umræddur samruni undirritaður þann 14. mars 2017. Fyrstu fréttir af fyrirhuguðum samruna hófu að berast í lok ágúst 2016, eða tæpu ári eftir að Síminn breytti fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu sinnar. Erfitt er að draga aðra ályktun af þessari þróun en þá að framangreindar aðgerðir Símans hafi ekki aðeins haft jákvæð áhrif á fjölda viðskiptavina Símans að sjónvarpsþjónustu, og væntanlega einnig í fjarskiptajónustu, heldur einnig slæm áhrif á þróun fjölda viðskiptavinafjölda Vodafone að sjónvarpsefni fram að því að framangreindur samruni tók gildi þann 1. desember 2017. Þá er mjög líklegt að umrædd háttsemi Símans hafi haft neikvæð áhrif á markaðshlutdeild Vodafone, sem og annarra samkeppnisaðila Símans, á fjarskiptamörkuðum, sér í lagi á markaði fyrir internetþjónustu um fastanet.

Þegar aðdragandi og áhrif ofangreindra breytinga á sjónvarpsþjónustu Símans og samhliða innleiðing á Heimilispakkanum eru skoðuð verður að leggja til grundvallar að Síminn hafi þann 1. október 2015, með meðvituðum og einbeittum hætti í tengslum við skráningu félagsins á hlutabréfamarkað, hrint í framkvæmd breyttri viðskiptastefnu sem gerði það að verkum að upp kom sú staða sem umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er ætlað að koma í veg fyrir. Annars vegar að aðgengi notenda myndefnis skertist með því að við val þeirra á fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að tilteknu myndefni og hins vegar að Síminn, sem fyrirtæki sem bæði hefur yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum, nýtti sér þá aðstöðu sína með því að binda framboð tiltekinnar tegundar myndmiðlunar við eigin fjarskiptanet, þvert á það meginmarkmið umræddrar greinar að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald. Í frumvarpsathugasemdum við umrædda lagagrein var einmitt tekið fram að í ljósi reynslunnar yrði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. PFS hefur hér að framan gert grein fyrir þessum hvata í tilviki Símans og áhrifum aðgerða félagsins.

Varðandi tilganginn með umræddum breytingum Símans á fyrirkomulagi sjónvarps- og fjarskiptamála félagsins, sem hrundið var í framkvæmd þann 1. október 2015, telur PFS að hann hafi verið augljós þegar ummæli forsvarsmanna félagsins í kjölfar breytinganna eru skoðuð og að áhrif aðgerðanna hafi verið í takt við þann tilgang.

Í kynningu Símans á fjárfestakynningu á vegum VÍB þann 2. október 2015, eða daginn eftir framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans, kom fram í máli Orra Haukssonar, forstjóra

Símans, að Síminn væri með 50% markaðshlutdeild í interneti og að félaginu hefði haldist nokkuð vel á þessari hlutdeild og að félagið fókuseraði mikið á þetta, vegna þess að hægt væri að selja svo marga aðra þjónustubætti með þeirri þjónustu inn á heimilið. Þakkaði hann IPTV kerfi félagsins því hve markaðshlutdeildin hefði haldist há, enda héldist notkun á umræddu sjónvarpskerfi félagsins oft í hendur við sölu internetáskrifta. Ennfremur að þann 1. október 2015 hefði Síminn gert viðamiklar breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsmála félagsins þegar ákveðið hefði verið að SkjáEinn yrði í opinni dagskrá *á öllum kerfum*, en síðan væri hann gluggi inn í mun stærri efnisheim þar sem væri miklu meira af efni og meiri möguleikar, þ.e. Sjónvarp Símans Premium, sem væri **bara á kerfum Símans**. Þá segir hann:

*„Og þetta fyrirkomulag að vera með einhverja ókeypis vöru, þar sem er mikið af auglýsingum t.d. og lítið um möguleika til þess að hafa áhrif á hvað þú horfir á eða hlustar á, en vera svo með aðra borgandi vöru þar sem er miklu meira efni og miklu meiri möguleikar - þetta hefur ekki verið gert að því að við vitum í sjónvarpi áður, í heiminum, en er hins vegar viðskiptamódel sem er nýtt mjög mikið af öðrum afþreyingargreinum, eins og t.d. í tónlistarheiminum. Spotify, er t.d. [...]. Við viljum nýta þetta módel sem hefur gengið mjög vel í þessum parti afþreyingarmarkaðar núna á sjónvarpsmarkaði og vera með þessa frístöð á öllum kerfum, sem við þurfum hvort sem er að gera samkvæmt fjölmiðlalögum og sátt við Samkeppniseftirlitið, **að innlendar línulegar stöðvar þurfa að vera á öllum kerfum**, en vera síðan með miklu stærri heim, og þessi línulega stöð sé svona innlit inn í þennan stærri heim sem að baki er.“ (leturbreyting PFS)*

Í ársskýrslu Símans fyrir rekstrarárið 2015, sem kom út á fyrri hluta ársins 2016, kom m.a. fram að miklar breytingar hefðu áttu sér stað í október 2015 þegar SkjárEinn breyttist í gagnvirka efnisveitu í áskrift hjá Símanum (Sjónvarp Símans Premium). Á sama tíma hefði bein línuleg dagskrá SkjásEins verið opnuð á öllum sjónvarpskerfum landsins, án endurgjalds. Með breytingunum væri neytendum boðið að stjórna því hvernig og hvenær þeir horfðu á sjónvarpsefni. Orri Hauksson, forstjóri Símans, sagði að þessi breyting á SkjáEinum undirstrikaði einfaldlega þá staðreynd að gagnvirkar efnisveitur væru áskriftarstöðvar nútímans.

Í ofangreindri ársskýrslu kom einnig fram í máli Magnúsar Ragnarssonar, framkvæmdastjóra Miðla og markaðar hjá Símanum, að breyttur SkjárEinn hefði verið forsenda þess að hann lifði, þar sem Síminn hefði litla trú á framhaldslíf hefðbundins áskriftarsjónvarps og hefði Síminn því á árinu 2015 byrjað að herja með taktföstum hætti á nútíma sjónvarpsmarkað. Um þessar breytingar sagði Magnús m.a. að Síminn hefði tekið þetta skref í trú á þessu nýja viðskiptamódeli. Hefðbundið áskriftarsjónvarp ætti undir högg að sækja og fólk sækti í myndefni eftir pöntun. Ólínulegt sjónvarp væri því framtíðin. Þá kom fram í máli Magnúsar að SkjárEinn í opinni dagskrá og Sjónvarp Símans Premium væri ólík þjónusta og hentaði ólíku fólki, þar sem Sjónvarp Símans Premium hentaði þörfum fleiri.

Í umræddri ársskýrslu kom ennfremur fram í máli Guðjóns Leifssonar, forstöðumanns Vöru- og viðskiptaþróunar hjá Símanum, þegar hann var spurður að því hvað drifi sölnuna hjá Símanum, að eitt af því sem Síminn hefði gert væri að færa félagið meira yfir í afþreyingu. Síminn sæi viðskiptavinum ekki aðeins fyrir flutningsleiðunum um netið heldur einnig efninu sem þeir vildu njóta. Með Heimilispakkanum hefði Síminn náð að mæta þessari eftirspurn.

Í ársskýrslum Símans fyrir rekstrarárin 2016 og 2017 og í viðtölum við forráðamenn félagsins kveður svo við svipaðan tón og gegnumgangandi er hve vel þetta viðskiptamódel hefur virkað fyrir Símann og í raun hve árangurinn hafi farið fram úr björtustu vonum.

Þegar framangreind ummæli forsvarsmanna Símans eru metin í samhengi við framangreindar breytingar á sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu Símans í tengslum við skráningu félagsins á hlutabréfamarkað og þau áhrif sem aðgerðirnar hafa haft er ljóst að mati PFS að tilgangur Símans með þeim hafi verið afar skýr. Nánar tiltekið að styrkja eða a.m.k. að verja stöðu Símans í harðri samkeppni á fjarskiptamarkaði, bæði á vettvangi Símans og Mílu. Meðalið sem Síminn hefur notað er hin lóðrétt samþætta staða samstæðunnar sem fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki, þannig að viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaþjónustu Símans, sem horfa vilja á ólínulegt myndefni Símans, er beint annars vegar að IPTV fjarskiptakerfi Símans, sem Síminn leggur svo áherslu á að sé innifalið í Heimilispakka félagsins sem inniheldur ýmis konar fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu, og hins vegar að undirliggjandi fjarskiptaneti Símasamstæðunnar, þ.e. neti Mílu. Til að tryggja góðan árangur af þessum aðgerðum hefur Síminn boðið upp á áhugavert sjónvarpsefni í ólínulegum frumsýningum sem síðar er sýnt með hefðbundnum hætti á línulegu sjónvarpsstöðinni. Er slíku efni gjarnan hlaðið inn á efnisveitu Símans í einu lagi til að tryggja enn meiri eftirspurn. Eina ráðið fyrir áhugasama neytendur, sem ekki hafa verið viðskiptavinir Símans, hefur verið að skipta um þjónustuveitanda og jafnvel netrekanda líka eða að verða sér úti um tvöfalda þjónustu. Við slíka yfirfærslu er líklegt að viðskiptavinir kjósi einnig að versla aðra fjarskiptaþjónustu af Símanum, enda er Heimilispakkinn byggður upp á þann hátt að hann hámarki árangur að þessu leyti fyrir Símann.

5.6.6.5 *Hið meinta brot Símans í Vodafone þætti málsins*

Hér að framan hefur ítarleg grein verið gerð fyrir aðdraganda málsins, áhrifum umræddrar háttsemi Símans og tilgangsins með henni, eins og þessi atriði horfa við PFS. Ennfremur hefur verið gerð grein fyrir inntaki 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og undirliggjandi markmiðum með setningu ákvæðisins. Ennfremur að ljóst sé að 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt skyldar Símann ekki til að afhenda Vodafone eða öðrum fjarskiptafyrirtækjum ólínulegt sjónvarpsefni sitt. Hins vegar er fjölmiðlaveitan Síminn, samkvæmt umræddri 5. mgr. 45. gr., óheimilt að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hljóðar svo:

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

PFS ítrekar að í athugasemdum við framangreinda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, komi fram að með „tengdu fjarskiptafyrirtæki“ sé átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl. PFS telur hafið yfir allan vafa að umrætt ákvæði eigi við í máli því sem hér er til umfjöllunar þannig að það nái til fjölmiðlaveitu Símans annars vegar (bæði línulega og ólínulega hlutans) og fjarskiptafyrirtækjanna Símans og Mílu, en fyrirtæki þessi og/eða deildir þeirra eru innan sömu fyrirtækjasamstæðu.

Fjölmiðlaveita Símans, þ.e. Sjónvarp Símans, er sá aðili sem bannað er að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Eins og áður segir telur PFS augljóst að „tengt

fjarskiptafyrirtæki“ í þessu sambandi sé bæði Síminn sjálfur, sem m.a. rekur IPTV sjónvarpsdreifikerfi og Míla, sem á og rekur undirliggjandi fjarskiptanet sem Síminn notar í stórum stíl. Um GR þátt málsins verður fjallað hér síðar.

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, háspennulínum 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.

Ljóst er að bæði Vodafone og Síminn starfrækja fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu. IPTV kerfi félaganna er því fjarskiptanet í skilningi umrædds 13. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga. Þar af leiðandi eru félögin bæði fjarskiptafyrirtæki í skilningi framangreindrar 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Fjölmiðlaveitu Símans er því óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna einungis að fjarskiptahluta Símans (IPTV sjónvarpsdreifing), á sama hátt og fjölmiðlaveitu Vodafone væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna einungis að fjarskiptahluta Vodafone (IPTV sjónvarpsdreifing). Að sama skapi stendur neytendum til boða að kaupa IPTV fjarskiptaþjónustu sem felst í því að fá aðgang að efni því sem er í boði á IPTV fjarskiptaneti félaganna.

Síminn heldur því fram að þar sem Síminn byði viðskiptavinum sínum upp á sjónvarpsþjónustu óháð því hvort þeir kaupi internetþjónustu af Símanum eða ekki gæti félagið ekki verið að brjóta umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Sjónvarpsþjónusta Símans, þ.m.t. Sjónvarp Símans Premium, væri í boði fyrir alla viðskiptavini og þyrftu þeir ekki að binda sig við Símann hvað aðra þjónustu varðaði. Framboð af þjónustu Símans væri þannig að notendur gætu valið að kaupa sjónvarpsþjónustu Símans án þess að kaupa aðra þjónustu Símans.

PFS getur ekki tekið undir ofangreind sjónarmið Símans. Það að Síminn geri ekki kröfu um að viðskiptavinur í sjónvarpsþjónustu kaupir ekki einnig internetþjónustu af Símanum leysir félagið ekki undan broti á ákvæðinu. Síminn hefur hagað málum þannig frá 1. október 2015 að viðskiptavinur sem vill kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans þarf að kaupa aðgang að IPTV sjónvarpsdreifingu Símans, sem er fjarskiptaþjónusta. Fjölmiðlaveita Símans er þannig að beina viðskiptavinum sínum að umræddri fjarskiptaþjónustu Símans, þ.e. IPTV sjónvarpsdreifingu félagsins, sem þar að auki er einungis í boði á undirliggjandi fjarskiptaneti Mílu og nokkrum minni staðbundnum fjarskiptanetum en ekki á stærsta ljósleiðaraneti landsins, þ.e. neti GR. Þá má geta þess að þó svo Síminn geri það ekki að skilyrði að viðskiptavinur sem kaupir aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni félagsins kaupir enn fremur internetþjónustu af Símanum, þá gerir þetta fyrirkomulag það að verkum að langflestir viðskiptavinir Sjónvarps Símans Premium kaupa einnig fjölþætta fjarskiptaþjónustu af Símanum í formi Heimilispakkans eða um [...]%.

Síminn hefur haldið því fram að það sé fjölmiðlaveitan Vodafone sem vilji fá aðgang að ólínulegu myndefni frá fjölmiðlaveitu Símans til að auka vöruframboð sitt, en ekki fjarskiptafyrirtækið Vodafone að óska eftir ólínulegu efni til dreifingar. Ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga fjalla hins vegar um það þegar um er að ræða viðskipti á milli fjölmiðlaveitu annars vegar og fjarskiptafyrirtækis hins vegar. Gæti ákvæðið því ekki átt við um viðskipti Símans og Vodafone í

þessu sambandi. PFS er ósammála þessu og telur ljóst að það er fjarskiptahluti Vodafone sem er að óska eftir að fá að dreifa ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitu Símans á IPTV fjarskiptakerfi sínu, með sama hætti og Vodafone fær að gera varðandi línulegt myndefni Sjónvarps Símans og fékk að gera fyrir framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans þann 1. október 2015 og með tímabundnum samningi við Símann í tengslum við EM í knattspyrnu sumarið 2016.

Síminn og Míla hafa undir rekstri málsins raunar haldið því fram að vafamál sé hvort umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga geti átt við um dreifiveitur á borð við Mílu. Nánar tiltekið að „fjarskiptafyrirtæki“ í fyrirliggjandi samhengi geti ekki átt við um dreifiveitur, heldur aðeins fjarskiptafyrirtæki sem eru í beinu samningssambandi við neytendur um miðlun fjölmiðla- og/eða fjarskiptaþjónustu. Síminn teflir því m.a. fram að félagið ætti í milliliðalausum viðskiptasambandi við viðskiptavinum sína og beindi þeim ekki að neinu öðru fyrirtæki. Það væri síðan sjálfstæð ákvörðun Símans hvar félagið keypti þau aðföng sem til þyrfti til að veita þjónustuna. Þá segði ekkert fyrir um það í fjölmiðlalögum að fjölmiðlaveita yrði að afhenda myndefni á tilteknum skilpunkti gagnvart fjarskiptafyrirtæki, en fjarskiptafyrirtæki væru starfandi á mismunandi stigum innviðakeðjunnar. Því hefðu undirliggjandi innviðir ekki þýðingu, heldur hvaða fjarskiptafyrirtæki væru viðskiptavinir endanotanda, þ.e. fyrirtækið sem væri í viðskiptasambandi við endanotanda og sendi honum reikning. Míla væri það aldrei. Það eitt að Síminn keypti þjónustu af aðilum sem ekki væru í eignatengslum við félagið útilokaði að um brot gæti verið að ræða á umræddu ákvæði. Þá fæli umrætt ákvæði ekki í sér skyldu til þess að bjóða sjónvarpsþjónustu yfir öll möguleg fjarskiptakerfi. Símanum væri í sjálfsvald sett hvaða fjarskiptakerfi eða -net félagið notaði til að koma umræddri þjónustu sinni á framfæri. Ákvæðið nefndi heldur ekki „fjarskiptanet“ heldur „fjarskiptafyrirtæki“.

Þarna halda Síminn og Míla því fram að skoðun PFS ætti eingöngu að beinast að því hvort fjölmiðlaveita Símans hafi beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að fjarskiptahluta Símans, en ekki að undirliggjandi fjarskiptaneti, þ.e. að Mílu. PFS er sammála Mílu um að athugun málsins skuli ná til þess hvort fjölmiðlaveita Símans hafi brotið gegn umræddu ákvæði með samskiptum sínum við fjarskiptahluta Símans, þ.e. varðandi IPTV dreifingu efnisins, en er eins og að ofan greinir ósammála því að skoðunin eigi ekki einnig að beinast að áhrifum aðgerða fjölmiðlaveitu á markað fyrir undirliggjandi fjarskiptanet, þ.m.t. Mílu.

PFS er einnig sammála Símanum um að Síminn þurfi ekki að bjóða umrædda ólínulegu myndmiðlun á öllum fjarskiptakerfum eða -netum, en hins vegar má félagið ekki beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að eigin fjarskiptafyrirtæki, hvorki að IPTV sjónvarpsdreifingu Símans eða undirliggjandi fjarskiptaneti dótturfélagsins Mílu. Það fyrirkomulag sem Síminn hefur viðhaft síðan 1. október 2015 brýtur að mati PFS gegn umræddu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, eins og nánari grein verður gerð fyrir hér að neðan. 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.

Þá hefur Síminn haldið því fram að félagið brjóti ekki gegn umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem allir gætu nálgast hina línulegu sjónvarpsstöð Símans. Ennfremur heldur Síminn því fram að þýðing ólínulegrar myndmiðlunar sé gróflega ofmetin. Að mati PFS eru sjónvarmið þessi marklaus þar sem mál þetta varðar aðgang að ólínulegu myndefni Símans en ekki línulegu. Forsvarsmenn Símans hafa sjálfir látið hafa það eftir sér að um allt aðra vöru sé að ræða

og að framtíðin felist í ólínulegri myndmiðlun. Það að þýðing ólínulegrar myndmiðlunar sé ofmetin stangast líka alfarið á við orð forsvarsmanna Símans sem rakin hafa verið hér að framan.

Verður því næst skoðað hvort fjölmiðlaveitan Síminn hafi með framangreindum aðgerðum sínum þann 1. október 2015 beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, hér fjarskiptahluta Símans sem starfrækir IPTV sjónvarpsdreifingu, þannig að öðrum fjarskiptafyrirtækjum hafi ekki staðið til boða aðgangur að því ólínulega myndefni sem um ræðir.

Ljóst er að frá og með 1. október 2015 hefur ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu Símans einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans sjálfs. Umrædd myndmiðlun hefur hins vegar hvorki verið í boði á IPTV kerfi Vodafone, eins og raunin var fyrir þann tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og Frelsi, né hefur hún verið tiltæk eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. með OTT lausn sem er óháð fjarskiptakerfum. Þá má geta þess að Hringdu hefur á síðustu mánuðum átt í viðræðum við Símann um heildsöluaðgang að sjónvarpsrásum fyrir alla viðskiptavinum Hringdu án tillits til undirliggjandi fjarskiptaneta. Þær viðræður hafa ekki skilað niðurstöðu þar sem Síminn hefur ekki getað boðið lausn fyrir viðskiptavinum Hringdu á kerfum GR. Frá október 2015 hefur efnisveita Símans, þ.e. Sjónvarp Símans Premium, heldur ekki verið í boði á öðrum dreifileiðum en IPTV kerfi Símans. Telur PFS þetta hafi skapað alvarlegan aðstöðumun á milli dreifikerfa, takmarkað valkosti þeirra sem kaupa þjónustu af Vodafone og öðrum þjónustuveitendum og í raun leitt af sér afturhvarf til ástandsins sem hér ríkti fram á árið 2005 áður en samkeppnisyfirvöld settu ítarleg skilyrði fyrir kaupum Símans á Skjánum.

Þegar af þessari ástæðu telur PFS að fjölmiðlaveita Símans hafi brotið gegn umræddu ákvæði frá og með 1. október 2015 og var brotið þá fullframið. Hér í næsta kafla mun PFS síðan leggja mat á það hvort brotatímabilið standi enn yfir, m.a. með því að leggja mat á samningaviðræður þær sem fram hafa farið á milli Símans og Vodafone frá umræddu tímamarki til að ákvarða hvort unnt sé að líta þannig á að Síminn hafi í raun náð að vinda ofan af umræddu broti með fullnægjandi viðleitni til samninga og Vodafone hafi þá í raun með óbilgjörnum kröfum komið í veg fyrir samninga.

Að öllu ofangreindu virtu er ljóst að Síminn tók á haustdögum 2015 ákvarðanir sem hafa orðið þess valdandi að framangreint ástand hefur verið uppi á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði í hátt í þrjú ár. Ljóst er að þegar Síminn réðst í framangreindar breytingar þá stóð félaginu til boða leiðir til að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist og hafa félaginu staðið þessar leiðir til boða allar götur síðan.

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 hefði náð saman á eðlilegum viðskiptalegum forsendum. Erfitt er að sjá að sá kostur hafi verið ofarlega í huga Símans þegar litið er til þess að Vodafone er tilkynnt um umræddar breytingar aðeins þremur vikum áður en þær áttu að taka gildi, forstjóri Símans tilkynnir daginn eftir breytingarnar að Sjónvarp Símans Premium verði aðeins í boði á kerfum Símans og þeirrar staðreyndar að Síminn var ekki til viðræðu um slíkan aðgang eða endurgjald fyrir hann að nokkru ráði fyrr en sumarið 2016. Nánar verður fjallað um þetta í næsta kafla.

Þá 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 talað 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.

Að lokum hefði Síminn a.m.k. getað takmarkað skaðleg áhrif umræddra ráðstafana fyrir GR í samkeppninni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn réðst í umræddar breytingar, en á þeim tíma voru viðræður Símans og GR aðeins á byrjunarstigi og langt í land með samkomulag, sem að vísu hefur ekki náðst ennþá. Að mati PFS hefði þessi leið ein og sér ekki komið í veg fyrir brotið, þar sem fjarskiptahluti Símans hefði samt sem áður áfram verið eina sjónvarpsdreifikerfið sem hið ólínulega myndefni stæði til boða á, þar sem efninu væri enn einungis dreift yfir IPTV kerfi Símans, þó því væri svo veitt yfir net GR. Því mætti með nokkru sanni segja að sú leið, ein og sér, hefði leitt til þess að brot Símans hefði að vissu leyti verið yfirfært yfir á net GR. 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 keppninautur og sá eini sem byði þar upp á ólínulegt sjónvarpsefni Símans. Þá verður ekki annað séð en að sú leið myndi einnig geta verið skaðleg fyrir minni þjónustuveitendur, sem gætu misst fjarskiptaviðskiptavinum yfir til Símans, m.a. sökum aðráttarafls Sjónvarps Símans Premium.

Síminn og Míla hafa haldið því fram undir rekstri málsins að ekki geti verið um að ræða brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gagnvart Vodafone, þar sem fram komi í frumvarpsathugasemdum að markmiðið með ákvæðinu sé einungis að tryggja stöðu fjarskiptafyrirtækja sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum, þannig að þau muni ekki áfram eiga erfitt uppdráttar.

PFS er ósammála þessari túlkun Símans og Mílu. Eftirfarandi kemur fram að í umræddum frumvarpsathugasemdum:

„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 aðrar 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. 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.“

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er að mati PFS mjög skýrt og ber að túlka það eftir orðanna hljóðan. Þar kemur hvergi fram að ákvæðið leggi aðeins bann við umrætt framferði fjölmiðlaveitu ef það beinist að fjarskiptafyrirtæki sem hefur ekki yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum. PFS telur Símann og Mílu slíta umrædda tilvitnun í frumvarpsathugasemdunum úr samhengi. Þegar athugasemdirnar eru lesnar í heild fer þetta ekkert á milli mála. PFS telur þessa tilvitnun aðeins nefnda í dæmaskyni. Þar að auki þarf ekki í þessu tilviki að leita til lögskýringargagna þegar um túlkun á svo skýru lagaákvæði er að ræða. Texti lagaákvæðisins veitir engar undantekningar frá umræddu banni.

Þá hefur Síminn byggt á því að óhugsandi væri að erlendar efnisveitur á borð við Netflix og Hulu, sem Síminn ætti í samkeppni við, væri gert að afhenda hvorri annarri efni sitt. PFS telur þessa málsástæðu gagnslausa þar sem ekki er um það að ræða að þessi fyrirtæki séu lóðrétt samþætt fyrirtæki sem reki bæði efnisveitu og undirliggjandi fjarskiptanet. Því getur þar ekki verið um að ræða misnotkun á slíkri stöðu sem færi í bága við umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Þá hefur Síminn talið að eftir að samruni Vodafone og 365 hafi tekið gildi þann 1. desember 2017, ætti PFS að láta af meðferð málsins eða þá að komast að þeirri niðurstöðu að Síminn gæti ekki hafa brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem hið sameinaða fyrirtæki væri komið í mun sterkari stöðu en Síminn á markaði fyrir sölu á myndefni.

PFS getur ekki tekið undir þessi sjónarmið Símans. Umrætt ákvæði er skýrt bannákvæði sem gildir um háttsemi lóðréttis samþætts fyrirtækis, án tillits til þess hvort það sé í markaðsráðandi stöðu á fjölmiðla- eða fjarskiptamarkaði. Auk þess bendir PFS á að Símasamstæðan er í mjög sterkri stöðu á fjarskiptamarkaði og umrætt brot hefur ekki síður afleiðingar á fjarskiptamörkuðum en fjölmiðlamarkaði. Þvert á móti mætti með góðum rökum halda því fram að umrædd háttsemi Símans hafi haft jafnvel alvarlegri afleiðingar á fjarskiptamarkaði en fjölmiðlamarkaði, en mun hærri fjárhæðir eru undir í fjarskiptum en við sölu á myndefni.

Ennfremur hefur Síminn haldið því fram að Vodafone, eða aðrir keppinautar Símans, þyrftu ekki nauðsynlega á umræddu myndefni að halda og væri Vodafone t.a.m. með eigin ólínulegu þjónustu. Þá væri umrætt myndefni Símans ekki svokallað „must have“ sjónvarpsefni, auk þess sem Síminn ætti í harðri samkeppni við erlend stórfyrirtæki á borð við Netflix. Markaðir fyrir sjónvarpsefni væru þessi misserin í miklu umbreytingarferli og því bæru stjórnvöld á Íslandi að leyfa markaðnum að mótast og ekki grípa inn í nema sýnt væri fram á brýna nauðsyn. PFS getur ekki tekið undir þessi sjónarmið Símans. Umrætt ákvæði er skýrt bannákvæði sem gildir um háttsemi lóðréttis samþætts fyrirtækis, án tillits til þess hvort það sé í markaðsráðandi stöðu á fjölmiðla- eða fjarskiptamarkaði, hvort keppinautar Símans sýni fram á að þeim sé umrætt myndefni nauðsynlegt, hvort það sé svokallað „must have“ efni eða að Síminn ætti í samkeppni við erlend stórfyrirtæki. Sjónarmið þessi eru einfaldlega ekki tæk við skýringu á svo skýru og afdráttarlausu ákvæði, sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini „viðskiptum“ viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Að öllu ofangreindu virtu telur PFS að Síminn hafi brotið gegn umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 1. október 2015 með því að skapa aðstæður sem umræddu ákvæði er ætlað að koma í veg fyrir. Síðar í ákvörðun þessari verður metið hvort Síminn hafi sýnt fullnægjandi viðleitni í samningaumleitunum við Vodafone eftir 1. október 2015 þannig að unnt sé að líta svo á að Síminn hafi ekki lengur borið ábyrgð á því ástandi sem fyrr hefur verið lýst og varir enn eða a.m.k. getað takmarkað afleiðingar brotsins á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningum við GR.

5.6.6.6 *Samningsvilji aðila eftir umrætt brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 1. október 2015*

Eins og að framan greinir mun PFS nú taka afstöðu til þess hvort unnt sé að líta svo á að Vodafone hafi, með ósanngjörnum kröfum um aðgang að ólínulegu myndefni Símans, gert það að verkum að Síminn hafi ekki á einhverjum tímavæðingum eftir 1. október 2015 náð að vinda ofan af framangreindu broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem PFS hefur hér að framan talið fullframið á þeim degi. Eins og fyrr greinir telur PFS að Símanum hafi staðið tvær leiðir til boða til að forðast að brjóta umrætt ákvæði. Annars vegar samningur við Vodafone um dreifingu umrædds efnis á IPTV kerfi þess félags, og eftir atvikum samningar við önnur áhugasöm þjónustufyrirtæki, sem ekki reka eigin sjónvarpsdreifikerfi, um aðgang að IPTV kerfi og umræddri myndmiðlun Símans óháð fjarskiptanetum. Hins vegar að bjóða upp á fullnægjandi OTT dreifingu á umræddu myndefni óháð fjarskiptakerfum eða -netum.

Þar sem Símanum hefur á öllu tímabilinu átt kost á að innleiða framangreinda OTT dreifingu telur PFS að Síminn geti ekki skýlt sér á bakvið staðhæfingar um það að Vodafone hafi komið í veg fyrir samninga með ósanngjörnum kröfum. Auk þess telur PFS, eins og nánari grein verður gerð fyrir hér fyrir neðan, að aðgangsbeiðni Vodafone hafi ekki verið ósanngjörn þegar samskipti félaganna eru metin í heild sinni á umræddu tímabili og að fremur megi líta svo á að Síminn hafi sýnt af sér skort á samningsvilja. Í ljósi framangreindra aðgerða Símans á haustdögum 2015, áhrifa þeirra og tilgangs, verður að telja að rík skylda hafi hvílt á Símanum að eiga frumkvæði að því að semja við Vodafone, hafi Síminn á annað borð haft á því áhuga á því tímabili sem hér um ræðir. Þá ber að horfa til þess að það var Síminn sem kom hinu ólögmeta ástandi á, eins og PFS hefur ítarlega rökstutt hér að framan.

Eins og fyrr greinir tilkynnti Síminn Vodafone um það með þriggja vikna fyrirvara að ekki stæði til boða frá og með 1. október 2015 að Vodafone fengi áframhaldandi aðgang að ólínulegu myndefni Símans fyrir þjónustuþætti á borð við Tímavél og Frelsi, né var félaginu boðinn aðgangur að hinni nýju ólínulegu efnisveitu Símans, Sjónvarpi Símans Premium. Þann 2. október lét forstjóri Símans hafa eftir sér á opinberum vettvangi að hin ólínulega myndmiðlun yrði aðeins í boði á kerfum Símans. Þann 23. nóvember 2015 hélt PFS árangurslausan sáttafund með Símanum og Vodafone þar sem því var m.a. varpað fram hvort að „retail minus“ aðferðarfræði gæti mögulega orðið grundvöllur að samkomulagi um verðlagningu heildsöluáðgangs Vodafone að umræddu ólínulegu myndefni Símans. Í kjölfar þess fundar áréttaði Vodafone kröfu sína um að Síminn myndi selja Vodafone í heildsölu vöru sem gerði Vodafone kleift til frambúðar að bjóða viðskiptavinum sínum tímaflakks- og frelsisþjónustu á kerfum Vodafone. Þann 16. desember 2015 fékk Síminn svo lagt lögbann á áframhaldandi notkun Vodafone á ólínulegu myndefni Símans með tímaflakksvirkni.

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 4. febrúar 2016, áréttaði Vodafone framangreinda kröfu sína frá því í lok nóvember 2015 um að Síminn seldi Vodafone heildsöluvöru með ólínulegu myndefni. Með bréfi Símans til PFS, dags. 22. febrúar 2016, kom fram að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fæli ekki í sér skyldu til þess að bjóða sjónvarpsþjónustu yfir öll möguleg fjarskiptakerfi, auk þess sem Síminn lagði mikla áherslu á að ákvæðið tæki ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Með ákvörðun PFS nr. 3/2016, dags. 11. apríl 2016, komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að ákvæðið tæki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar. Strax í kjölfar þeirrar ákvörðunar skoraði Vodafone á Símann að láta af lögbrotum og heimila Vodafone þegar í stað að veita viðskiptavinum

Vodafone Sjónvarps aðgang að umræddri þjónustu. Síminn hafnaði þeirri áskorun með tölvupósti til Vodafone þann 16. apríl 2016 og taldi að þar sem umrædd ákvörðun fæli ekki í sér afstöðu PFS til þess hvort Síminn hefði brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri tölvupóstur Vodafone ótímabær og tilefnislaus, auk þess sem Síminn væri að íhuga að kæra niðurstöðu PFS til úrskurðarnefndar. Vodafone áréttaði umrædda beiðni með tölvupósti til Símans, dags. 20. apríl 2016.

Síminn og Vodafone funduðu þann 26. apríl 2016 um nýjan dreifingarsamning, sem aðeins hafði að geyma ákvæði um dreifingu Vodafone á línulegu myndefni Sjónvarps Símans. Þar hefði verið ákvæðið að fulltrúar félaganna könnuðu bakland sitt varðandi sættir í tengslum við framangreindan ágreining um hina ólínulegu myndmiðlun Vodafone á ólínulegu myndefni Símans. Fulltrúar félaganna funduðu svo þann 9. maí 2016 um hina ólínulegu myndmiðlun en á þeim fundi kváðust fulltrúar Símans ekki hafa umboð til að semja um þetta atriði. Í kjölfarið lýsti Vodafone því yfir að félagið liti svo á að Síminn hefði hafnað því að láta af umræddu broti og að málið færi nú sína leið fyrir stjórnvöldum og eftir atvikum dómstólum. Þann 26. maí 2016 sendi Síminn tölvupóst á Vodafone þar sem fram kom að félagið væri ekki að hafna viðræðum við Vodafone um þetta atriði, heldur væri einfaldlega ekki búið að ræða málið innan Símans, þannig að félagið gæti tekið afstöðu til umræddrar beiðni Vodafone.

Þegar þarna er komið sögu eru liðnir sjö mánuðir frá því að Síminn breytti fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu sinnar og að mati PFS er ljóst að Síminn hafði sýnt samningum við Vodafone um ólínulega myndmiðlun síðargreinds félags á sjónvarpsefni Símans takmarkaðan áhuga á umræddu tímabili og það þrátt fyrir að PFS hefði í apríl 2016 komist að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga tæki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar, sem fram að þeim tímapunkti höfðu verið megin rök Símans fyrir höfnun á samningum við Vodafone. Á þessu sama tímabili fjölgaði viðskiptavinum Sjónvarps Símans Premium úr [...] í um [...] og viðskiptavinum í Heimilispakkanum fjölgaði úr nánast engu í um [...]. Á sama tíma fór viðskiptavinum Vodafone, er keyptu sjónvarpsefni af því félagi, fækkandi. Að mati PFS er sú breytta viðskiptastefna sem Síminn kynnti til sögunnar þann 1. október 2015 rekin með stífum og einbeittum hætti þegar þarna er komið sögu í lok maí 2016. Ekki verður annað séð en að árangurinn sé afar góður.

Á þessu tímabili, og að vísu æ síðan, var það ennfremur ófrávikjanlegt skilyrði af hálfu Símans að inn í mögulegar viðræður við Vodafone um framangreindan aðgang yrði samið um skaðabætur til handa Símanum fyrir meint ólögmat afnot Vodafone á ólínulegu myndefni Símans með tímaflakksvirkni á tímabilinu 1. október 2015 fram að framangreindu lögbanni þann 16. desember 2015. PFS telur að slíkt skilyrði lýsi ekki miklum samningavilja af hálfu Símans. Það atriði hefði mátt leysa óháð samningi aðilanna um aðgang Vodafone að ólínulegu myndefni Símans, auk þess sem framangreint lögbansmál var komið til héraðsdóms, sem úrskurðaði ekki í málinu fyrr en í lok apríl 2017, og er málið ennþá óútkljáð fyrir Hæstarétti. Fær PFS ekki séð að Síminn hefði orðið af neinum rétti til mögulegra skaðabóta þótt félagið hefði gengið til samninga við Vodafone og auðveldlega hefði verið hægt að hafa sérstakan fyrirvara í þeim samningi um hugsanlegt skaðabótamál vegna þessa einangraða þáttar. Eðli málsins samkvæmt var ofangreindur áskilnaður ekki líklegur til að greiða fyrir samningum á milli Símans og Vodafone.

Ennfremur má benda á að forsvarsmaður Símans lýsti því yfir í viðtali við Viðskiptablaðið þann 17. mars 2016, sem var svo endurtekið í frétt í Morgunblaðinu þann 14. maí 2016, að Síminn hefði

stofnað félag í Lúxemborg, þ.e. Síminn Media S.A.R.L. Fyrri fréttin birtist fljótlega eftir að fjölmiðlanefnd hafði skilað PFS umsögn sinni þess efnis að nefndin teldi að umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga tæki einnig til ólínulegrar myndmiðlunar. Seinni fréttin birtist svo um mánuði eftir að PFS hafði tekið ákvörðun þess efnis. Ekki verður annað ráðið af umræddum fréttum en að yfirlýstur tilgangur Símans með stofnun umrædds félags í Lúxemborg hafi verið að sniðganga íslenska fjölmiðlalöggjöf þar sem íslensk stjórnvöld hefðu komist að þeirri niðurstöðu að gildissvið umrædds ákvæðis væri víðtækara en Síminn hefði kosið. Þá bar Síminn fyrir sig meinta mismunun gagnvart erlendum stórfyrirtækjum eins og Netflix. PFS ítrekar að Netflix er ekki lóðrétt samþætt fyrirtækjasamsteypa á Íslandi og getur því ekki að óbreyttu brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga.

Þann 31. maí 2016 fór Vodafone fram á að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu þar sem ekki hefðu náðst samningar á milli Símans, sem réttthafa að EM í knattspyrnu, og Vodafone um ólínulega myndmiðlun, en mótið myndi hefjast þann 10. júní 2016. Ítrekaði Vodafone fyrri kröfur sína um aðgang að ólínulegu myndefni Símans.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 6. júní 2016, taldi Síminn augljóst að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar væru ekki fyrir hendi. Fram kom að Síminn og Vodafone hefðu undirritað samning um dreifingu á SíminnSport þann 13. maí 2016, þar sem Síminn myndi nýta sér öll dreifikerfi Vodafone gegn greiðslu til loka EM í knattspyrnu þann 15. júlí 2016. Þar sem um áskriftarstöð væri að ræða hefði Síminn talið rétt að aukaefni myndi fylgja með, s.s. ólínuleg myndmiðlun. Áskrifendur sem væru með aðgang að gagnvirku sjónvarpi gætu því horft á leiki og þætti sem væru í boði á stöðinni með ólínulegum hætti bæði í Sjónvarpi Símans og Vodafone. Það væru því engar líkur á því að framboð Símans á sjónvarpsþjónustu í tengslum við EM myndi hafa einhver áhrif á kauphegðun neytenda hvað internetþjónustu eða sjónvarpsþjónustu varðaði. Sá sem horfa vildi á leiki á öðrum tíma en í beinni útsendingu greiddi þar af leiðandi fyrir EM áskrift en myndi ekki kaupa sér aðgang að Sjónvarpi Símans Premium, þar sem sú áskrift væri dýrari.

PFS hefur undir höndum umræddan samning Símans og Vodafone, um dreifingu Vodafone á SíminnSport. Um var að ræða tímabundinn samning vegna EM í knattspyrnu sem gildi til 15. júlí 2016. Þar fékk Vodafone því framgengt að geta boðið viðskiptavinum sínum, sem voru með áskrift að umræddri sjónvarpsrás, upp á ólínulega myndmiðlun af umræddu myndefni Símans, auk þess sem Vodafone fékk að endurselja áskriftir með [...]% þóknun og tilteknu fjárhæðarhámarki. Vodafone fékk greidda eingreiðslu frá Símanum fyrir umrædda dreifingu á línulegu sjónvarpsefni umræddrar sjónvarpsstöðvar, auk heimildar til að bjóða upp á ólínulega myndmiðlun án sérstaks endurgjalds. Ofangreind ummæli Símans í bréfi félagsins til PFS, dags. 6. júní 2016, þess efnis að „þar sem um áskriftarstöð er að ræða hefði Síminn talið rétt að aukaefni myndi fylgja með, s.s. ólínuleg myndmiðlun.“ Þessi rök virðast þó ekki vera Símanum ofarlega í huga í samningaviðræðum félagsins við Vodafone um aðgang Vodafone að Sjónvarpi Símans Premium, sem þó er ólínuleg áskriftarveita á meðan SíminnSport var línuleg áskriftarstöð sem bauð upp á ólínulega myndmiðlun af hinu línulega efni. Að mati PFS er því viss líkindi með Sjónvarpi Símans Premium og SíminnSport, sérstaklega hvað varðar hina ólínulegu myndmiðlun.

Þann 1. júní 2016 skrifuðu félögin svo undir nýjan dreifingarsamning varðandi línulega myndmiðlun á Sjónvarpi Símans, sem gilda skyldi til þriggja ára, sem þó var uppsegjanlegur með sex mánaða fyrirvara á tímabilinu. Þrátt fyrir að hafa sótt það fast við gerð þess samnings fékk

Vodafone því ekki framgengt að fá heimild til að bjóða viðskiptavinum sínum upp á ólínulega myndmiðlun af umræddu myndefni Símans á sama hátt og raunin var með SíminnSport.

Ofangreint sýnir að mati PFS að það hafi fyrst og fremst verið hin harða afstaða Símans sem á framangreindu tímabili hafi komið í veg fyrir að samningar næðust á milli félaganna um ólínulega myndmiðlun Vodafone á sjónvarpsefni Símans í tengslum við umræddan dreifingarsamning frá 1. júní 2016 á línulegu myndefni Símans. Að mati PFS hefði framangreindur samningur um dreifingu á SíminnSport auðveldlega hafa getað orðið fyrirmynd að slíkum langtímasamningi að breyttu breytanda. Það er mat PFS að á þessum tíma hafi verið ljóst að Síminn hafði ekki mikinn áhuga á slíkri samningagerð við Vodafone og hafði félagið t.a.m. kært framangreinda ákvörðun PFS um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 11. apríl 2016 til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Þegar þarna var komið sögu bar Síminn það ennþá stíft fyrir sig að umrætt ákvæði tæki ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Eins og síðar greinir staðfesti úrskurðarnefnd síðan framangreinda ákvörðun PFS þann 21. nóvember 2016.

Í tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 1. júní 2016, vísaði Síminn til fundar með aðilum sem fram fór þennan sama dag vegna „Tímavélar“ og „Frelsis“. Kvaðst Síminn vera búinn að skoða þessi mál og kvaðst þurfa svör Vodafone við tilteknum spurningum til þess að geta lagt fjárhagslegt mat á beiðnina. Í fyrsta lagi þyrfti lýsingu á því hvaða þjónustu Vodafone óskaði eftir að kaupa af Símanum, en ekki nægði að vísa til „Tímavélar“ og „Frelsis“ þar sem þessi hugtök hefðu enga efnislega merkingu eftir þær breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans sem kynntar hefðu verið til sögunnar þann 1. október 2015. Í öðru lagi þyrfti grófa viðskiptaáætlun frá Vodafone um hvað félagið væri tilbúið að greiða fyrir þjónustuna. Þá þyrfti að vera fjárhagslegur ávinningur af viðskiptunum fyrir Símann og að áhættu Símans af kaupum og framleiðslu sjónvarpsefnis væri dreift á milli félaganna svo Síminn gengi til slíkra viðskipta. Að lágmarki þyrfti að vera um að ræða fasta lágmarksgreiðslu (e. minimum guarantee) en ekki eingöngu breytilega þóknun per viðskiptavin. Viðskiptaáætlanir þyrftu einnig að taka mið af því að samningar yrðu bindandi til nokkurra ára. Að lokum þyrfti Vodafone að koma með tillögu um hvernig ætti að greiða fyrir upptöku og miðlun efnis frá 1. október til og með 15. desember 2015.

Með tölvupósti, dags. 2. júní 2016, svaraði Vodafone ofangreindum tölvupósti Símans. Fram kom að Vodafone hefði mánuðum saman reynt að fá Símann að samningaborðinu varðandi þessi atriði. Ítrekuðum áskorunum hefði lengst af ekki verið sinnt þar til nýverið þar sem svörum hefði verið lofað, eftir að Vodafone hefði óskað eftir að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu. Þjónustan sem Vodafone færi fram á væri endursala/heildsala á þeirri vöru sem nú gengi undir heitinu „Sjónvarp Símans Premium“ í heild eða að hluta. Þá væri ekki þörf á sérstakri viðskiptaáætlun, enda væri það þekkt módel að endurselja vörur með „retail minus“ aðferð. Þetta hefði raunar verið sáttatillaga PFS fyrir margt löngu. Beiðni um viðskiptaáætlun væri eingöngu til þess fallin að drepa málinu á dreif. Það væri augljós hagur Símans að auka tekjur með endursölu á þjónustu á fleiri dreifikerfum og afla þannig fleiri viðskiptavina. Varðandi greiðslu Vodafone fyrir upptöku og miðlun sjónvarpsefnis Símans frá október til og með 15. desember 2015 væri ágreiningur um það sem gerst hefði á fyrrgreindu tímabili til meðferðar hjá dómstólum í lögmannsmálinu.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 6. júní 2016, í tengslum við framangreinda kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun, kom m.a. fram að Vodafone væri frjálst að kaupa efni erlendis frá og taka þar með þá áhættu sem fælist í slíkum viðskiptum. Þar að auki hefði Vodafone yfir sjónvarpsefni að ráða sem félagið segði sjálft að væri fyllilega samkeppnishæft á við framboð Símans. Fyrirtæki

gætu ekki nýtt sér fjölmiðlalög í þeim tilgangi að komast yfir efni með ódýrum og áhættulausum hætti. Að mati PFS veita ummæli þessi sterka vísbendingu um að Síminn hafi ekki verið í samningaviðræðum við Vodafone af heilum hug á umræddum tímapunkti og jafnvel ekki síðar, eins og rakið verður frekar hér að neðan.

Í tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 7. júní 2016, kom fram að Vodafone hefði ekki sýnt neinn vilja til þess að sannfæra Símann um að það væri fjárhagslega jákvætt að selja þjónustuna til Vodafone. Þótt „retail minus“ aðferðarfræðin væri þekkt í reglusetningu þá væri ekki þar með sagt að það væri fjárhagslega skynsamlegt fyrir seljanda að nota hana í samningum á viðskiptalegum forsendum. Einnig væri sjaldgæft við sölu myndefnis að efnisréttarhafinn seldi hugverk sitt á eingöngu einingarverðum. Mun algengara væri að aðgangur væri seldur fyrir fasta lágmarksfjárhæð. Afstaða Símans væri sú að ef engin föst greiðsla kæmi til þá væri Vodafone í reynd að hafna samningaviðræðum. Vodafone virtist fyrst og fremst vilja sækja sér ókeypis aðgang í gegnum eftirlitsstofnanir. Síminn teldi að í reynd hefði Vodafone engan áhuga á því að fá aðgang að þjónustu Símans heldur væri tilgangurinn fyrst og fremst að skaða keppinaut. Vodafone hefði átt að setja fram hvað félagið vildi borga, ekki eftir hvaða aðferðarfræði. Það hefði Vodafone ekki gert ennþá. Síminn hefði ekki áform um að skipta upp þjónustunni. Hins vegar væri hægt að skoða allt fyrir rétt verð. Síminn áréttaði aftur þá beiðni að Vodafone nefndi þá fjárhæð sem félagið væri reiðubúið til þess að greiða fyrir Sjónvarp Símans Premium. Ofangreind afstaða Símans til samningaviðræðna við Vodafone ber að mati PFS ekki vott um fyrirtæki sem áhuga hefur á að selja umrætt myndefni sitt yfir sjónvarpsdreifikerfi annarra aðila.

Þess má geta að þann 10. júní 2016 breytti Vodafone kröfugerð sinni á þann hátt að ekki var lengur óskað eftir að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun heldur að málið væri tekið til hefðbundinnar málsmeðferðar.

Í tölvupósti Vodafone til Símans, dags. 8. júní 2016, sem ítrekaður var þann 20. júlí 2016, kom fram að í ljósi þess að báðir aðilar hefðu lýst yfir samningsvilja (þótt þeir hefðu ólíka sýn á raunverulegan vilja hvors annars) væri lagt til að endursala/heildsala færi einfaldlega af stað og að ákvörðun um endurgjaldið, sem miðast skyldi við „retail minus“, yrði lögð í úrskurð hjá PFS.

Með tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 22. júlí 2016, kom fram að eins og ítrekað hefði komið fram þá væri samningsvilji Símans tengdur við það hvort Vodafone væri tilbúið að greiða viðunandi verð. Það að afhenda vöru eða þjónustu án þess að semja um verð væri óhugsandi í öllum tilfellum. Þar fyrir utan þá gæti PFS ekki tekið að sér úrskurðarvald í málum nema að hafa til þess bæra lagaheimild, sem stofnunin hefði ekki varðandi ágreining er varðaði verðlagningu fyrir ólínulega þjónustu. Hlutverk PFS væri skýrlega bundið við ágreining um verðlagningu fyrir línulega þjónustu, þ.e. sjónvarpsútsendingar. Tillaga Vodafone væri því markleysa. Því ítrekaði Síminn aftur að ef Vodafone hefði áhuga á því að fá réttinn til þess að selja ólínulega þjónustu Símans, þá þyrfti félagið að gera tillögu um það verð sem Vodafone væri tilbúið til þess að greiða.

Í tölvupósti Vodafone til Símans, dags. 9. ágúst 2016, kom fram að tillagan um að PFS ákvarðaði endurgjaldið væri fráleitt markleysa, enda samningsfrelsi í landinu og unnt að semja um slíkt ef raunverulegur vilji væri fyrir hendi. Það verð sem Vodafone vildi greiða væri smásöluverð að frádregnum [...]%.
[...]

Í bréfi Símans til PFS, dags. 22. ágúst 2016, tók Síminn m.a. fram að það ólínulega myndefni sem Vodafone óskaði eftir væri ekki svokallað „must have“ efni og því Vodafone ekki nauðsynlegt. PFS telur ummæli þessi til marks um það að Síminn hafi ekki verið í samningaviðræðum við Vodafone af fullum hug. Ítrekað ber Síminn fyrir sig atriði á borð við þau að efnið sé Vodafone ekki nauðsynlegt, Vodafone starfræki sjálft ólínulega efnisveitu og að félagið geti sjálft keypt efni annars staðar frá. Fær PFS ekki séð að aðili sem vill ná samningum við annan aðila beri slíkt fyrir sig í miðjum samningaviðræðum.

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 26. október 2016, bárust stofnuninni frekari athugasemdir félagsins í málinu. Fram kom að Síminn hefði ekki svarað tillögu Vodafone varðandi endurgjald fyrir aðgang að umræddum þjónustubáttum frá 9. ágúst 2016. Þar hefði Vodafone lagt til að notast yrði við „retail minus“ aðferð, þannig að Vodafone greiddi smásöluverð fyrir hina ólínulegu þjónustu að frádregnum [...]%. Í ljósi þess að báðir aðilar hefðu lýst yfir samningsvilja hefði Vodafone lagt til að endursala/heildsala færi einfaldlega af stað og að ákvörðun um endurgjaldið, sem miðast skyldi við „retail minus“, yrði lögð í úrskurð hjá PFS. Með vísan til framangreinds teldi Vodafone samningsleið varðandi „Tímavél“ og „Frelsi“ fullreynda. Því væri óhjákvæmilegt að krefjast íhlutunar PFS. Þá hefði Síminn ítrekað haft uppi sjónarmið er lytu að formi máls fremur en efni, m.a. með kröfu um frestun meðferðar málsins og kærur til úrskurðarnefndar. Hefði málatilbúnaður Símans verið afar mótsagnarkenndur. Til að mynda hefði Síminn fullyrt í bréfi sínu, dags. 22. ágúst 2016, að GR væri réttur aðili málsins en ekki Vodafone. Þegar GR hefði síðan krafist aðildar hefði Síminn kært þá ákvörðun til úrskurðarnefndar en ekki haft erindi sem erfiði. Af sama meiði væru ýmis önnur sjónarmið sem Síminn hefði teft fram í framangreindu bréfi, svo sem um að fresta bæri málsmeðferð, meint *litis pendens* áhrif og meint vanhæfi forstjóra PFS og starfsmanna stofnunarinnar.

Með bréfi PFS til Símans, dags. 27. október 2016, veitti stofnunin félaginu færi á að tjá sig um framangreindar athugasemdir Vodafone, auk þess að óska eftir upplýsingum um stöðu samningaviðræðna félagsins við Vodafone, m.a. upplýsingum um það hvort Síminn hefði tekið afstöðu til samningstilboðs Vodafone um [...]% „retail minus“.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember 2016, barst svar Símans. Fram kom að Vodafone hefði ekki bent á neitt sem kæmi í veg fyrir að fyrirtækið gæti nálgast sama eða svipað efni og í boði væri hjá Símanum með sjálfstæðum og milliliðalausum hætti. Stærstur hluti af því efni sem Síminn byði upp á í Sjónvarpi Símans Premium væri eldra efni sem félögin gætu fengið aðgang að beint frá rétthafa efnisins. Annað efni væri í boði með línulegum hætti án endurgjalds. Hér er að mati PFS enn eitt dæmið um skort á samningsvilja af hálfu Símans.

Þá kom fram í framangreindu bréfi Símans að Vodafone hefði ítrekað lýst því yfir að félagið teldi það alls ekki koma til greina að borga fasta lágmarksupphæð fyrir aðgang að Sjónvarpi Símans Premium eins og Síminn hefði krafist. Þvert á móti ætlaði Vodafone að draga úr tekjum Símans með því að taka [...]% þóknun fyrir að selja þjónustuna. Síminn undraðist af hverju Vodafone teldi sig geta komist upp með að greiða ekki lágmarks ábyrgð (e. minimum guarantee) þegar félagið segði síðan eigin fjárfestum að slíkt væri eðlilegt gjald við kaup á myndefni. Síminn hefði óskað eftir því að Vodafone kæmi að borðinu með raunverulegt tilboð. Í staðinn hefði Vodafone einhliða lýst því yfir hvaða þóknun félagið hygðist taka fyrir að selja þjónustu Símans, ekki hvað félagið ætlaði að greiða Símanum.

Í samskiptum við Símann og PFS hefði Vodafone ennfremur reynt að halda því fram að „retail minus“ væri þekkt módel þegar kæmi að sölu á efnisréttindum, en þegar félagið talaði við aðila á markaði á fjárfestafundum þá staðfesti forstjóri félagsins að svo væri ekki. Staðreyndin væri sú að það væri nær undantekningarlaust gerð krafa um fasta lágmarkspóknun í slíkum samningum. Það sem Vodafone samþykkti gagnvart erlendum aðilum væri eðlilegt að gildi einnig í viðskiptum við Símann. Það væri því sanngjörn og eðlileg krafa af hálfu Símans að Vodafone tæki tillit til þessa og gerði ekki tilboð einungis til málamynda í því skyni að knýja á um hagstæðari samning með aðstoð PFS. Þá skyldi því haldið til haga að Vodafone hefði ekki enn boðist til þess að greiða fyrir ólögmeta notkun á efninu frá 1. október 2015 til og með 15. desember 2015.

Þá kom að lokum fram að Síminn væri að skoða aðrar leiðir til dreifingar á sjónvarpsþjónustu félagsins til að ná betri rekstrarárangri. Ljóst væri að hvorki tilboð GR né Vodafone fælu í sér að kostnaði væri haldið í lágmarki, né heldur að rekstur félagsins yrði einfaldaður. Í báðum tilfellum lækkuðu tekjur Símans og kostnaður hækkaði samanborið við að Síminn væri í beinu viðskiptasambandi við endanotendur. Það væru til aðrar leiðir til þess að koma þjónustunni til fleiri viðskiptavina sem kynnu að skila meiri ábata fyrir rekstur félagsins. Reyndust þær leiðir kostnaðarsamari en það sem Vodafone hefði boðið kynni Síminn að vera opnari fyrir því að klára samningagerð við Vodafone. Þarna er að mati PFS að finna enn eitt dæmið um skort á samningsvilja af hálfu Símans. Þarna, rúmu ári eftir að hafa fullframið brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, lýsir Síminn því yfir að félagið gæti orðið opnara fyrir að klára samningagerð við Vodafone ef könnun á öðrum leiðum yrði neikvæð.

Þann 21. nóvember 2016 staðfesti úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála framangreinda ákvörðun PFS nr. 3/2016 frá 11. apríl 2016, þess efnis að umrædd 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga tæki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar.

Ekki eru í gögnum málsins upplýsingar um frekari samskipti Símans og Vodafone út árið 2016. Þegar hér er komið sögu, þ.e. í árslok 2016, hafði viðskiptavinafjöldi Sjónvarps Símans Premium hækkað í um [...] úr [...] þann 1. október 2015 og um [...] í lok maí 2016. Viðskiptavinir Símans sem keyptu Heimilispakka voru í árslok 2016 orðnir um [...] eftir að hafa verið nokkrir tugir í september 2015 og um [...] í lok maí 2016. Ljóst er að áform Símans í tengslum við hið nýja viðskiptamódel sem kynnt var til sögunnar þann 1. október 2015 voru að ganga vel út árið 2016, sem rímar vel við ummæli forsvarsmanna Símans í ársskýrslum og víðar.

PFS telur að hafa verði ofangreint í huga þegar samningsvilji Símans frá byrjun júní og út árið 2016 er skoðaður. Ekki virðist það hafa breytt afstöðu Símans á neinn hátt, eða ýtt við félaginu að eiga frumkvæði að lausn málsins gagnvart Vodafone, að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála staðfesti gildissviðsákvörðun PFS þann 21. nóvember 2016, heldur skaut félagið þeim úrskurði til héraðsdóms Reykjavíkur sem vísaði málinu svo frá þann 20. febrúar 2018.

Þá er PFS sammála Vodafone að því leyti að Síminn virðist þvert á móti hafa reynt að þæfa málið og tefja með ítrekuðum formkröfum og bréfaskiptum þar sem sjónarmið Símans, sem að mati PFS hafa sum hver litla tengingu við það mál sem hér er til úrlausnar, eru margítrekuð í löngu máli.

Auk þess kom Síminn á árinu 2016 ekki með neinar verðhugmyndir gagnvart Vodafone í tengslum við þá aðferðarfræði sem félagið lagði til úrlausn málsins, þ.e. „minimum guarantee“. Þá hafnaði Síminn alfarið að ræða hið upprunalega [...] % „retail minus“ tilboð Vodafone, sem Vodafone

lækkaði svo á árinu 2017 í [...]%. Ekki er loku fyrir það skotið að Vodafone hefði fallist á enn lægra hlutfall hefðu raunverulegar viðræður á einhverjum tímamarki farið af stað í málinu á milli Símans og Vodafone. Þess má geta að Apple tekur 25% þóknun þegar vara er seld í gegnum app-store Apple. Vodafone er því að bjóða dreifingu á mun betri kjörum en það.

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 líða 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 undirliggjandi. Telur PFS að umrætt skilyrði undirstriki þann ásetning Símans að binda umrætt myndefni við net tengds fjarskiptafyrirtækis.

Þegar ofangreint er haft í huga telur PFS að „retail minus“ aðferðarfræði hefði vel komið til greina í málinu. Eins og fyrr greinir hafði Vodafone lækkað hugmyndir sínar í [...]% þóknun af smásöluverði. Aldrei er að vita nema að Síminn hefði með raunverulegum viðræðum við Vodafone getað lækkað það hlutfall frekar. Þá hefði að mati PFS einnig komið til greina að nota framangreindan skammtímasamning í tengslum við EM í knattspyrnu sem fordæmi fyrir samningi á milli Símans og Vodafone um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium að breyttu breytanda. Þó PFS geti fallist á það með Símanum, að meginreglan við erlend efniskaup í sjónvarpi sé einhvers konar „minimum guarantee“ aðferðarfræði, þá telur PFS að samningar innlendra aðila um endursölu á heilli efnisveitu þurfi ekki að lúta þeim lögmálum, enda er velþekkt hér innanlands að aðilar semji um eins konar „retail minus“ aðferðarfræði eða umboðslaun við endursölu, þ.m.t. Síminn sjálfur varðandi umboðssölu á sjónvarpsefni 365 (nú Vodafone). Að mati PFS hefði ennfremur verið hægt að koma í veg fyrir þá agnúa sem Síminn hefur lýst varðandi „retail minus“ aðferðarfræði, þ.m.t. hættu á undirverðlagningu af hálfu Vodafone við endursölu á Sjónvarpi Símans Premium, með sérstökum ákvæðum í samningi aðila.

Þá hafnaði Síminn því alfarið að PFS kæmi að því að miðla málum varðandi verð, þrátt fyrir að rétt sé hjá Símanum að PFS hefði enga lögformlega aðkomu að slíku varðandi ólínulega myndmiðlun. Þessi afstaða Símans sýnir hins vegar ekki fram á mikinn samningsvilja að mati PFS.

Ef allt væri með felldu, og ekki væri fyrir hin lóðrétt samþættu áhrif innan Símasamstæðunnar, ætti að vera augljós hagar 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 fær 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 fjölmiðlaveitunnar þar sem dreifing á efninu væri orðin mun víðtækari og mögulegir viðskiptavinir þar með orðnir mun fleiri en áður. Hins vegar er ljóst að tekjur af stakri áskrift að Sjónvarpi Símans Premium eru mun lægri en tekjur af viðskiptavinum í Heimilispakkanum og því er hvati af hálfu Símans að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að eigin fjarskiptafyrirtækjum. Hefði Síminn samið við Vodafone er 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 hefur 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 fer eins og áður greinir í bága við hið umrædda ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að mati PFS.

Að öllu ofangreindu virtu er það mat PFS að Síminn hafi ekki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone á árinu 2016 svo unnt sé að líta svo á að það hafi í raun verið Vodafone sem hafi komið í veg fyrir að Síminn hefði getað losnað undan brotinu með samningum við Vodafone á árinu 2016. Hegðun Símans ber að mati PFS ekki vott um fyrirtæki sem hefur áhuga á að selja umrætt myndefni sitt yfir IPTV kerfi Vodafone, sem bendir til þess að Síminn meti að hagsmunir sínir séu meiri af því að viðhalda hinni lóðrétt samþættu fjölmiðla- og fjarskiptastarfsemi.

Á árinu 2017 og fram til dagsins í dag hefur í raun ekki mikið breyst varðandi samningaviðræður Símans og Vodafone. Eins og áður greinir er það mat PFS að krafa Símans um „minimum guarantee“ aðferðarfræði við ákvörðun á verði fyrir umrædda endursölu Vodafone á Sjónvarpi Símans Premium hafi með hverjum mánuðinum sem liðið hefur frá 1. október 2015 orðið æ ómálefnalegri. Sá samningsvilji sem Síminn hefur lýst yfir í málinu er í raun algjörlega tengdur við þessa aðferðarfræði við ákvörðun endurgjalds. Þegar Síminn kom loksins með sitt fyrsta útspil varðandi verðhugmyndir og fyrirkomulag eftir slíkri aðferðarfræði í nóvember 2017, eða rúmum tveimur árum eftir að umræddar breytingar voru gerðar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans, voru verðhugmyndirnar að mati PFS háar ([...] milljónir kr. á ári), auk þess sem tilboðið var meingallað að því leyti að það náði aðeins til þeirra [...]% viðskiptavina Vodafone sem eru á neti Mílu eða netum sem Símasamstæðan hefur samið við en ekki þeirra [...]% viðskiptavina Vodafone sem eru á neti GR. Hefði Vodafone gengið að slíkum afarkostum mætti með góðum rökum segja að félagið hefði verið að aðstoða Símann við brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem leitt hefði getað til tjóns fyrir GR.

Það að Síminn hafi boðið Vodafone tímaflakksvirkni á vordögum 2017, með auglýsingum á undan, breytir ekki framangreindri niðurstöðu PFS. Það er aðeins hluti af því ólínulega efni Símans sem Vodafone hefur óskað eftir, sem frá og með júní 2016 hefur fyrst og fremst beinst að því að fá að selja Sjónvarp Símans Premium í endursölu eða dreifa þeirri efnisveitu með öðrum hætti.

Til að sýna enn betur fram á skort á samningavilja Símans í málinu sagði Síminn í bréfi til PFS á árinu 2018 að samningur við Vodafone hefði verið lakasti kostur Símans í stöðunni. Skárri hefði verið að semja um innkomu Símans á net GR eða að bjóða upp á OTT dreifingu óháð fjarskiptanetum. Þá sagði Síminn m.a. í bréfi til PFS, dags. 12. desember 2017, að eina skynsamlega og varanlega lausnin í málinu væri sú að Síminn og GR næðu saman um óvirkan aðgang Símans að neti GR. Eins og áður hefur komið fram, telur PFS að samningur Símans við GR einn og sér, hefði ekki losað Símann undan umræddu broti og jafnvel gert það alvarlegra gagnvart

samkeppnisaðilum Símans á smásölumarkaði í fjarskiptum. Þá hefur Síminn tilkynnt um að OTT lausn verði sett í loftið í ágúst næstkomandi. Því má með góðum rökum draga í efa að raunverulegur samningsvilji hafi verið fyrir hendi af hálfu Símans gagnvart Vodafone frá því að brotið var fullframið í október 2015 til dagsins í dag.

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 dreifingaraðila, sérstaklega eftir að fordæmi um slíkan samning liggur fyrir með samningi málsaðila um dreifingu EM í knattspyrnu á línulegu sjónvarpsrásinni SíminnSport og ólínulegu efni sem henni fylgdi. Á hinn bóginn verður ekki séð að Síminn hafi hagað samskiptum eða samningsumleitunum í málinu þannig að hagsmunir fjölmiðlaveitu Símans sem efnissala, sem vilji koma efni sínu í sölu sem víðast, hafi verið í forgrunni. Jafnvel má draga þá ályktun að ófullkomin kröfugerð Vodafone hafi verið nýtt til að drepa málinu á frekari dreif og tefja fyrir niðurstöðu þess.

Að öllu ofangreindu virtu er það mati PFS að Síminn hafi ekki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone á því tímabili sem liðið er frá því að umræddar breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans voru kynntar til sögunnar þann 1. október 2015, þannig að unnt sé að líta svo á að það hafi í raun verið Vodafone sem hafi komið í veg fyrir að Síminn hefði, með samningum við Vodafone, getað losnað undan broti því á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem PFS hefur hér að framan komist að raun um að Síminn hafi fullframið á þeim degi. Að mati PFS stendur brot Símans því ennþá yfir.

5.7. Niðurstaða PFS í GR þætti málsins

5.7.1. Inngangur

Eins og áður segir rekur Síminn bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi. Fjölmiðlaveitan samanstendur af Sjónvarpi Símans, sem sendir út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun), og efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium (ólínuleg myndmiðlun). Síminn stundar síðan fjölþætta fjarskiptastarfsemi, bæði á smásölu- og heildsölustigi, og starfrækir m.a. IPTV sjónvarpsdreifikerfi, sem býður m.a. upp á framangreinda þjónustuþætti Sjónvarps Símans. Auk þess er Síminn móðurfélag Mílu, sem starfrækir umfangsmestu grunnfjarskiptanetin 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.

GR á og rekur stærsta ljósleiðarakerfið (FTTH) á höfuðborgarsvæðinu og er því í samkeppni um uppbyggingu og rekstur fjarskiptaneta við Mílu, sem á og rekur VDSL kerfi sem nær til langflestra landsmanna, auk þess sem Míla hefur á síðustu misserum staðið í umfangsmikilli ljósleiðaraútbreiðslu (FTTH) á höfuðborgarsvæðinu, sem félagið hyggst ljúka á árinu 2020.

Mál það sem hér er til úrlausnar varðar meint brot Símans á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sem kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með ákvörðun PFS nr. 3/2016, dags. 11. apríl 2016, komst PFS að þeirri niðurstöðu að umrætt ákvæði taki bæði til línulegrar og ólínulegrar

myndmiðlunar. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála staðfesti þá niðurstöðu með úrskurði sínum nr. 3/2016, dags. 21. nóvember 2016.

Ágreiningurinn í Vodafone þætti málsins snýr fyrst og fremst að því að frá og með 1. október 2015 hefur viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans. Hér fyrir í ákvörðuninni komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði þann 1. október 2015 fullframið brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að ólínulegt myndefni fjölmiðlaveitunnar Símans hafi aðeins verið dreift á IPTV sjónvarpsdreifikerfi Símans frá og með umræddu tímamarki. Ennfremur að brotið stæði ennþá yfir. Komst PFS einnig að þeirri niðurstöðu að samningur um dreifingu á umræddu ólínulegu myndefni um IPTV kerfi Vodafone hefði verið ein leið Símans til að forðast umrætt brot. Önnur leið hefði verið að dreifa umræddu sjónvarpsefni með OTT lausn sem ekki tengdist tilteknum fjarskiptanetum.

Þá kom fram í niðurstöðu PFS hér að framan í Vodafone þætti málsins að Síminn hefði a.m.k. getað takmarkað skaðleg áhrif umræddra ráðstafana fyrir GR í samkeppninni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn réðst í umræddar breytingar haustið 2015, en á þeim tíma hefðu viðræður Símans og GR aðeins verið á byrjunarstigi og langt í land með samkomulag, sem að vísu hefur ekki náðst ennþá. Að mati PFS hefði þessi leið ein og sér þó ekki komið í veg fyrir brotið, þar sem fjarskiptahluti Símans hefði samt sem áður áfram verið eina sjónvarpsdreifikerfið sem hið ólínulega myndefni stæði til boða um, þar sem efninu væri enn einungis dreift yfir IPTV kerfi Símans, þó því væri svo veitt yfir net GR. Því mætti með nokkrum sanni segja að sú leið, ein og sér, hefði leitt til þess að brot Símans hefði að vissu leyti verið yfirfært yfir á net GR. Í raun mætti með góðum rökum halda því fram að sú leið, ein og sér, fæli í sér að Vodafone yrði í enn verri stöðu en með óbreyttu ástandi, þar sem Síminn kæmi inn á net GR sem öflugur keppninautur og sá eini sem byði þar upp á ólínulegt sjónvarpsefni Símans. Þá yrði ekki annað séð en að sú leið myndi einnig geta verið skaðleg fyrir minni þjónustuveitendur á smásölumarkaði fyrir fjarskipti, sem gætu misst fjarskiptaviðskiptavinum yfir til Símans, m.a. sökum aðdráttarafls Sjónvarps Símans Premium og Heimilispakkans.

Þrátt fyrir ofangreinda niðurstöðu PFS, þess efnis að samningur Símans um óvirkan aðgang að neti GR hefði ekki einn og sér getað leyst Símann undan brotinu, telur PFS engu að síður rétt að fjalla um það hvort GR hafi á umræddu tímabili hafnað sanngjarnri og eðlilegri aðgangsbeiðni Símans, sem eins og að framan greinir hefði getað dregið úr skaðlegum afleiðingum brotsins fyrir GR á samkeppnismarkaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet á milli Mílu og GR.

Ágreiningurinn í GR þætti málsins snýr að því að Síminn hafi ekki boðið upp á umrædda ólínulegu myndmiðlun á fjarskiptaneti GR, heldur aðeins á fjarskiptaneti dótturfélagsins Mílu og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni, né samið við Vodafone sem starfrækir fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu á neti GR. Því hafa þeir tugþúsundir notenda, sem kosið hafa að nýta sér ljósleiðaranet GR sem undirliggjandi fjarskiptanet á höfuðborgarsvæðinu og annars staðar á starfssvæði GR, ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun, nema með því að kaupa einnig aðgang að VDSL eða ljósleiðartengingum Mílu eða skipta alfarið yfir á umrædd fjarskiptanet Mílu. Það liggur því fyrir að þeir fjölmörgu notendur, sem nýta sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og eru viðskiptavinir Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri

félaga, hafa nú í vel á þriðja ár ekki átt kost á að nálgast umrædda ólínulegu myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans.

Við úrlausn Vodafone þáttar málsins hér að framan lagði PFS mat á þá hegðun Símans sem átti sér stað á haustdögum 2015 þegar sjónvarpsstöðin SkjárEinn var gerð að opinni frístöð, ólínulega efnisveitan Sjónvarp Símans Premium var samhliða sett á laggirnar og viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone bauðst ekki lengur aðgangur að ólínulegri myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans, né þeim notendum sem aðeins voru á undirliggjandi fjarskiptaneti GR. Heilt yfir er þetta ennþá staðan nú hátt í þremur árum síðar. Ennfremur lagði PFS mat á athafnir og/eða athafnaleysi Símans allar götur síðan. Komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn yrði að bera hallann af því að ekki hafi um samist á milli Símans og Vodafone. Þar með standi brotið ennþá yfir, þar sem áformuð OTT lausn Símans, sem óháð yrði fjarskiptanetum, hefur ekki enn litið dagsins ljós. Nánar verður fjallað um þau áform í kafla 5.8 hér að neðan.

Mun PFS nú leggja mat á það hvort GR hafi á umræddu tímabili hafnað sanngjarnri og eðlilegri aðgangsbeiðni Símans, sem eins og að framan greinir hefði getað dregið úr skaðlegum afleiðingum brotsins fyrir GR á samkeppnismarkaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet á milli Mílu og GR. PFS telur rétt að nálgast viðfangsefnið varðandi þennan þátt málsins út frá spurningunni um hvort framangreind aðgangsbeiðni Símans gagnvart GR hafi verið sanngjörn og eðlileg, þar sem það er mikilvæg meginregla í fjarskiptarétti að aðgangsbeiðnir séu það. Inn í það mat blandast svo óhjákvæmilega mat á samningsvilja aðila og/eða skorts á honum á umræddu tímabili.

5.7.2. *Helstu málsatvik og sjónarmið aðila í GR þætti málsins*

Af gögnum málsins sést að viðræður hafa staðið yfir á milli Símans og GR, um innkomu Símans á net GR, með hléum í langan tíma. Viðræður hefðu fyrst hafist á árinu 2006 þegar OR hefði átt í viðræðum við Símann um kaup á grunnneti Símans (nú Míla). Þegar þau áform gengu ekki eftir óskaði GR eftir því að Síminn kæmi inn á Opna net GR (virkur aðgangur). Á árinu 2009 hefði GR m.a. látið fyrirtækið Sensa, dótturfélag Símans, gera greiningu og hönnun á því með hvaða hætti best væri að styðja fleiri en eitt sjónvarpskerfi yfir Opna netið, með innkomu Símans í huga. Að sögn Símans voru svo einhverjar þreifingar á milli félaganna á árunum 2010-2012 um óvirkan aðgang Símans að neti GR, sem ekki hefðu skilað árangri. Í kjölfar sáttar Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins á árinu 2013 gerði GR aftur árangurslausu tilraun til að fá Símann inn á hið Opna net GR.

Viðræður hófust aftur á milli félaganna í febrúar 2015 en þær voru á nokkuð óformlegum nótum og lítil kraftur í viðræðum fram á haustið það ár, eftir að Síminn var skráður á hlutabréfamarkað í október það ár. Haustið 2015 gerði Síminn GR grein fyrir því að félagið óskaði eftir óvirkum aðgangi að ljósheimtaugum GR (svartur ljósleiðari) og vörpuðu félögin lauslegum hugmyndum sín á milli þess efnis, án þess þó að verðlagning væri rædd að ráði eða að GR gerði Símanum formlegt tilboð í slíkan aðgang. Að sögn GR hefði ekki á þessum tímapunkti verið búið að skoða þessa hugmynd til hlítar né kostnaðar- og áhættugreina hana innan GR. Í tölvupósti forstjóra Símans til framkvæmdastjóra GR, dags. 1. september 2015, var m.a. spurt hvort GR hefði hugleitt nánar hvert verð heimtaugarinnar yrði, hvort um magnafslátt yrði að ræða o.s.frv. Í svari forstjóra GR, dags. 5. september s.á., kom fram að búið væri að hugsa þetta töluvert langt af hálfu GR, verið væri að undirbúa kynningu fyrir fund með Mílu varðandi verð og vörulýsingu. GR gerði Mílu svo tilboð um aðgang að neti sínu þann 11. september 2015, sem tengdist ennfremur ágreiningi GR og Mílu

um frágang innanhússlagna. Hafnaði Míla tilboði þessu þann 22. september 2015 þar sem félagið tiltók m.a. að of kostnaðarsamt væri fyrir Mílu að tengjast kerfum GR og Míla væri nú þegar búin að leggja í [...] % af kostnaði við að leggja ljósleiðara inn á heimili á höfuðborgarsvæðinu.

Þann 21. desember 2015 var svo haldinn fundur á milli GR og Símans, þar sem GR hafði óskað eftir Sjónrarpi Símans inn á net GR, enda teldi félagið engar tæknilegar hindranir vera í vegi fyrir slíku. Ekkert kom út úr þeim fundi.

Samningaumleitanir Símans og GR hefðu haldið áfram á árinu 2016. Í febrúar það ár funduðu félögin m.a. um það hvernig hægt yrði að breyta grunnkerfi GR þannig að allar sírstöðvar Mílu gætu tengt GPON búnað við tengistöðvar GR. Aftur var fundað þann 3. mars. 2016 og síðar þann dag sendi GR Símanum tilboð sem falið hefði í sér nánari greiningu á aðkomu Símans að Opnu neti GR (A3 bitastraumsaðgangur), ásamt kynningu GR frá fundinum, minnisblaði með samningsdrögum og drögum að þjónustusamningi milli aðila. Í umræddri kynningu GR kom fram að umræddur bitastraumsaðgangur væri að mati félagsins eina færa leiðin í stöðunni. Óvirkur aðgangur Símans væri ekki fær leið, hvorki með eða án Mílu á milli GR og Símans. Vísaði GR m.a. til nýlegrar ársskýrslu Símans vegna ársins 2015, þar sem m.a. hefði komið fram að Míla myndi byggja ljósleiðaranet sitt hratt upp á árinu 2016. Þá þyrfti að tengja um 110 tengistöðvar GR við um 30 sírstöðvar Mílu til að ná til þeirra 70.000 heimila sem ljósleiðaranet GR næði nú til. Meðal ókosta við þessa leið væru að GR þyrfti að geta boðið öllum fjarskiptafélögum þessa leið, sem ekki væri hægt. Þetta væri dýr leið fyrir bæði félögin, stofnkostnaður gæti verið á milli [...] millj. kr. og það gæti tekið 18-24 mánuði að koma þessari högun í gagnid með tilheyrandi óþægindum fyrir endanotandann vegna „patch“ vinnu, auk þess sem verulegur kostnaður félli til við hverja virkjun eða óvirkjun. Veitti GR Símanum frest til 31. mars 2016 til að svara tilboðinu.

Þann 11. apríl 2016 var haldinn fundur um málið. Á fundinum var farið yfir nethögun GR og með hvaða hætti Síminn gæti komið inn á net GR. Í framhaldi af fundinum hefðu starfsmenn GR farið yfir það með hvaða hætti best væri fyrir Símann að koma inn á net GR, hvort heldur sem væri með bitastraumsaðgangi eða ljósleiðaraheimtaugaleigu. Fram kom að grundvöllur hefði verið fyrir áframhaldandi viðræðum félaganna, ef um semdist varðandi verð. Ennfremur kom fram að Síminn kysi frekar að koma inn í gegnum heimtaugaleigu, en að slíkur aðgangur væri ekki til sem vara hjá GR.

Þann 20. apríl 2016 sendi framkvæmdastjóri GR forstjóra Símans tölvupóst, þar sem niðurstöðum framangreinds fundar aðilanna var lýst, eins og þær horfðu við GR. Var sú skoðun GR ítrekuð að eðlilegast væri að félögin reyndu að ná saman um bitastraumslausn. Útilokaði GR þó ekki að hægt yrði að finna flöt á heimtaugaeiguleiðinni og óskaði félagið eftir nánari lýsingu á því hvernig Síminn sæi umbeðinn aðgang að ljósleiðaraheimtaugum GR fyrir sér, þ.m.t. verðhugmyndir og landfræðilega útbreiðslu, ásamt afstöðu Símans til þess hvort að það samræmdist bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að Síminn kæmi inn í gegnum leigu á ljósleiðaraheimtaugum GR.

Með tölvupósti forstjóra Símans til framkvæmdastjóra GR, dags. 21. apríl 2016, var framangreindum tölvupósti GR svarað. Fram kom að Síminn óskaði eftir að kaupa aðgang að öllum ljósleiðaraheimtaugum GR. Í einhverjum tilvikum ætti Míla slíkar heimtaugar inn í sömu hús og þar reyndi ekki á slíka ósk. Það hvar Míla ætti ljósheimtaugar, væru opinberar upplýsingar sem GR gæti nálgast. Aðalatriðið væri að Símasamstæðan vildi beina fjárfestingum í skynsamlegri farvegi en að tvöfalda lagnir og innviði sem fyrir væru. Síminn gæti örugglega spáð fyrir um það með

nokkurri vissu hvað félagið þyrfti mikið af heimtaugum hjá GR, hvenær og á hvaða svæðum, en það væri auðvitað endakúnninn sem ákvæði hvaða þjónustuveitendur hann veldi sér á hverjum tíma. Síminn hefði ítrekað sagt GR að bitastraumslausn hentaði fyrirtækinu ekki. Síminn hefði á löngum tíma byggt upp stóran hluta þeirra þjónustubátta sem fælist í hinni almennu lausn GR. Síminn teldi að samvinna af þessu tagi milli GR og Símasamstæðunnar á höfuðborgarsvæðinu myndi auka fjölbreytni og samkeppni í fjarskipta- og tækniþjónustu.

Þann 25. apríl 2016 sendi framkvæmdastjóri GR forstjóra Símans tölvupóst þar sem óskað var eftir ítarlegri útskýringu á umræddri beiðni Símans um óvirkan aðgang, m.a. að því er varðaði aðkomu Mílu að lausninni og hvað Síminn væri tilbúinn að skuldbinda sig mikið varðandi fjölda tenginga per ár, en ómögulegt væri að ræða verð án þeirrar vitneskju.

Í framhaldinu hófust viðræður um það hvað skyldi felast í umbeðnum aðgangi Símans að ljósleiðaraheimtaugum GR og um mögulegt magn sem Síminn myndi skuldbinda sig til að kaupa af GR. M.a. voru haldnir fundir milli félaganna dagana 13. og 24. maí 2016, ásamt tölvupóstsamskiptum út þann mánuð. Þarna var verið að ræða ýmsa þætti varðandi mögulegan óvirkan aðgang Símans að neti GR, þ.m.t. aðkomu Mílu, tæknilega útfærslu, stofnkostnað, mánaðargjöld og mögulega lágmarksskuldbindingu Símans í fjölda. Þó tók Síminn fram að félagið væri ekki tilbúið á þessu stigi að lofa neinni lágmarksskuldbindingu.

Þann 2. júní 2016 fór fram kynning í stjórn GR á mögulegum sviðsmyndum í tengslum við umrædda aðgangsbeiðni Símans, miðað við aðgang að ljósleiðaraheimtaugum annars vegar og aðgang að Opnu neti GR hins vegar. Helstu niðurstöður greiningarvinnunnar hefðu verið þær að nýtingarhlutfall GR myndi hækka með innkomu Símans hvor leiðin sem farin væri. Varðandi heimtaugaleiðina yrðu flestir aðrir mælikvarðar neikvæðir, þ.e. hætta væri á að önnur fjarskiptafélög myndu krefjast sama aðgangs, sem myndi rýra tekjur GR til framtíðar, leiðin kallaði á aukna fjárfestingu við að tengja símsstöðvar og EBITDA myndi lækka nema heimtaugaleigan yrði há.

Þann 3. júní 2016 hefði enn verið fundað milli aðila um mögulegan aðgang og hugsanlegar forsendur GR varðandi verðlagningu. Aftur hefði verið fundað þann 24. júní sama ár. Niðurstaða síðargreinds fundar var sú að aðilar náðu ekki saman varðandi óvirkan aðgang, m.a. vegna ólíkrar sýnar félaganna á mánaðarverð, stofnkostnað, lágmarksskuldbindingu og innleiðingartíma. GR taldi þessa leið vera torfæra m.a. vegna mikils kostnaðar, mikils inngríps í kerfi GR með neikvæðum áhrifum á rekstraröryggi og jafnframt vegna áhættu varðandi innsýn Mílu inn í högun á neti GR með tilliti til samkeppnislaga. Að mati GR hefði Síminn hvorki verið tilbúinn til að skuldbinda sig varðandi fjölda né greiða stofngjöld. Hins vegar myndi GR senda Símanum uppfært tilboð í aðgang að Opnu neti GR og var það gert þann 30. júní 2016. Með umræddu tilboði, sem samþykkt hafði verið í stjórn GR, taldi GR sig koma til móts við óskir Símans varðandi verð fyrir aðgang að Opna netinu, verð sem að mati GR væri lægra en það verð sem Síminn fengi hjá Mílu. Tilboðinu var fylgt eftir gagnvart Símanum með fundi þennan sama dag.

Ofangreint tilboð GR var tekið fyrir í stjórn Símans þann 12. júlí 2016 og var formlega hafnað með tölvupósti til GR, dags. 18. ágúst 2016, auk þess sem Síminn óskaði eftir að hefja viðræður á ný við GR um aðgang að ljósleiðaraheimtaugum.

Þann 15. ágúst 2016 lagði GR fram formlega beiðni til Símans um að fá að flytja IPTV þjónustu Símans um ljósleiðara GR og óskaði eftir heildsölusamningi þar að lútandi. Fram kom að á ljósleiðara GR gætu heimili valið sér þjónustu frá mörgum mismunandi aðilum. GR styddi því við að neytandinn gæti valið sér þjónustu, þ.m.t. sjónvarpsþjónustu, óháð fjarskiptafyrirtæki og vildi GR þannig auka úrvalið á opna neti GR. Þeirri beiðni hefði Síminn svarað daginn eftir á þá leið að félagið skyldi ekki eftir hverju GR væri að óska. GR hefði svarað Símanum daginn eftir og tekið fram að óskað væri eftir að kaupa sjónvarpsþjónustu Símans í heildsölu á sama hátt og aðrir, t.d. 365 miðlar, nema með því að flytja sjónvarpið yfir ljósleiðarakerfi GR en ekki Mílu. Í svari Símans, dags. 26. ágúst 2016, var umsókn GR um Sjónvarp Símans í heildsölu formlega hafnað. Ástæðan var sögð sú að félögin hefðu ekki náð saman um aðgang að ljósleiðaraheimtaugum GR, en slíkt væri forsenda Símans fyrir því að veita aðgang að Sjónvarpi Símans í heildsölu. Síminn hefði þó enn hug á að ná samkomulagi við GR um hagkvæman aðgang að ljósleiðaraheimtaugum GR.

Ekki var frekara framhald á viðræðum aðila á árinu 2016 eftir framangreind samskipti í ágúst 2016. Að vísu fór Síminn að beina spjótum sínum undir lok árs 2016 að OR, sem eiganda GR, varðandi beiðni sína um óvirkan aðgang.

Þann 8. september 2016, eða þegar tæpt ár var liðið frá því að Síminn fullframdi brot gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, óskaði GR eftir aðild að málinu til að gæta hagsmuna sinna. Fram kom m.a. í máli GR að viðskiptavinir á ljósleiðara félagsins þyrftu vegna hinna ólögmetu aðgerða Símans að fara af ljósleiðara GR og yfir til Mílu eða borga tvöfalt línugjald ef þeir vildu njóta þeirrar ólínulegu myndmiðlunar af sjónvarpsefni Símans sem þeir hefðu haft fram til 1. október 2015. Þannig hefðu aðgerðir Símans mikil áhrif á samkeppni í grunnnetum fjarskipta og af þeim hefði GR mikla hagsmuni, en Vodafone væri langstærsti þjónustuveitandinn á ljósleiðara GR. Síminn andmælti aðildarbeiðni GR í málinu, en PFS samþykkti hana með ákvörðun sinni nr. 13/2016, dags. 29. september 2016. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála staðfesti framangreinda ákvörðun PFS með ákvörðun sinni nr. 5/2016, dags. 11. október 2016.

Með bréfi GR til PFS, dags. 26. október 2016, bárust fyrstu efnislegu sjónarmið og kröfugerð GR í málinu frá því að félagið fékk formlega aðilastöðu að því. Krafðist félagið þess að PFS tæki ákvörðun um að Síminn hefði með framangreindum breytingum á sjónvarpsþjónustu sinni þann 1. október 2015 brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Með þessu væri fjölmiðlaveitan Síminn að beina viðskiptum viðskiptavina sinna að tengdum fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. IPTV kerfi Símans og Mílu, og þar með að misbeita lóðréttu eignarhaldi samstæðunnar á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtækjum. Framboð á tilteknu vinsælu myndefni væri eingöngu í boði fyrir þjónustuveitendur á smásölustigi ef umræddir þjónustuveitendur skiptu við tiltekið fjarskiptanet, þ.e. fjarskiptanet Símasamstæðunnar og nokkurra minni staðbundinna fjarskiptaneta. Slík skilyrði hefðu vitaskuld áhrif á eftirspurn neytenda eftir þjónustu Vodafone, en ekki síður hefði þetta áhrif á samkeppni í grunnfjarskiptum og raskaði samkeppni á milli fyrirtækja á því stigi markaðarins, þ.e. á milli GR og Mílu. Umrædd háttsemi Símans væri því til þess fallin að hafa áhrif á samkeppni í grunnfjarskiptum, auk þess að hafa jafnframt í reynd haft áhrif á brottfall af ljósleiðara GR.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember 2016, tjáði félagið sig um framangreindar kröfur og sjónarmið GR. Þar ýjaði Síminn að því að GR væri komið í markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og lýsti efasemdum sínum um að framangreindar aðgerðir Símans hefðu leitt til brottfalls hjá GR. Þvert á móti stækkaði ljósleiðaranet GR ört. Þá sagðist Síminn vilja kaupa óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti GR, en ekki þann virkan aðgang sem GR hefði boðið upp á, sem

drægi úr hagkvæmni og yki flækjustig í rekstri Símans. Síminn hefði á fyrri stigum málsmeðferðar óskað eftir slíkum aðgangi hjá GR en ekki haft erindi sem erfiði. Þrátt fyrir að samningaumleitarnir við GR hefðu hingað til ekki skilað árangri sýndu þær engu að síður að vilji Símans stæði til þess að veita sjónvarpsþjónustu sína yfir það net ef unnt reyndist að gera það á ásættanlegum viðskiptalegum forsendum. Framboð GR fæli í sér að hið opinbera fyrirtæki útilokaði eða drægi úr samkeppni á smásölustigi, þar sem hinn virki aðgangur sem til boða stæði hjá GR gerði fjarskiptafyrirtækjum ekki kleift að aðgreina sig í gæðum og tækni. Óumdeilt væri að aukinn og mismunandi aðgangur að fjarskiptakerfi, eins og Míla og Tengir byðu upp á, hefði jákvæð áhrif á samkeppni.

Þá kom fram í máli Símans að yrði ekki stefnubreyting af hálfu GR teldi Síminn nauðsynlegt að PFS legði aðgangskvaðir á GR, sem tækju mið af leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um ríkisstyrkta breiðbandsuppyggingu, enda væri starfsemi GR byggð upp í skjóli einokunarstöðu OR. Framkvæmdastjórnin legði áherslu á að netrekandi sem starfrækti ljósleiðaranet, líkt og það sem GR hefði byggt upp, veitti aðgang að óvirka hluta kerfisins og léti síðan fjarskiptafyrirtækjum eftir að byggja upp þjónustu ofar í virðiskeðjunni og keppa sín á milli.

Með bréfi GR til PFS, dags. 28. nóvember 2016, gerði GR athugasemdir við framangreinda umsögn Símans frá 10. nóvember 2016. Benti GR m.a. á það að fjarskipta- og sjónvarpsmarkaðir hefðu breyst verulega frá því að sátt Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins hefði verið gerð á árinu 2013, sem heimilaði Símanum að bjóða upp á IPTV kerfi sitt eingöngu á neti Mílu.

Með bréfi GR til PFS, dags. 6. janúar 2017, gerði GR frekari athugasemdir í málinu, en þar var fyrst og fremst um að ræða yfirlit yfir samningaviðræður GR og Símans allt frá árinu 2006.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 6. janúar 2017, krafðist Síminn þess að stofnunin hlutaðist til um það að GR veitti fjarskiptafyrirtækjum, þ.m.t. Símanum, óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti sínu á grundvelli 28. gr. fjarskiptalaga. Vísaði Síminn til árangurslausra tilrauna félagsins til að fá umræddan aðgang hjá GR. Fram kom m.a. að það fyrirkomulag sem Síminn hefði leitast við að þróa tryggði einsleitni í rekstri og þar með hagkvæmni í rekstrinum. Sá aðgangur sem GR hefði hingað til boðið Símanum fæli í sér tvöföldun í rekstri og kostnaði fyrir Símann og þjónaði því ekki hagsmunum viðskiptavina Símans. Þar að auki drægi aðgangur GR úr samkeppni á markaði, yki einsleitni og kæmi í veg fyrir þróun og samkeppni í gæðum og vöruframboði. Í reynd byggði aðgangur GR til markaðsform þar sem samhæfð hegðun yrði auðveldari og gengi gegn hagsmunum neytenda.

Þá kom fram að síðasta tilboð GR til Símans hefði verið sent í júlí 2016 og í mesta lagi falið í sér að Síminn myndi fá afslátt ef félagið myndi flytja viðskiptavinum af því kerfi sem Síminn notaði í dag yfir á kerfi GR. Miðað hefði verið við að Síminn ætti að flytja yfir [...] viðskiptavinum á net GR á tveimur árum. Í reynd gengi verðskrá GR út á að félög hefðu ríkan hag af því að fara í einkakaupaviðskipti við GR. Þá væri verðskrá GR einfaldlega óaðgengileg fyrir Símann þar sem núverandi aðilar væru á kjörum sem Síminn gæti ekki náð, þótt félagið myndi færa nánast alla viðskiptavinum félagsins yfir á kerfi GR. Síminn hefði verið í markvissri vinnu við að einfalda allan rekstur og kerfi félagsins til þess að ná hagræðingu sem gerði félagið samkeppnishæfara og skilaði bæði viðskiptavinum félagsins og hluthöfum ábata. Samkeppni á markaðnum væri hörð og mikilvægt að halda kostnaði í lágmarki. Sá aðgangur sem Síminn hefði leitast eftir að fá hjá GR þyrfti að samræmast stefnu félagsins.

Aðgangurinn sem Síminn hefði óskað eftir fælist í því að tengjast neti GR í tengipunktum GR sem mætti skilgreina sem götuskápa, en væru í reynd veitustöðvar þar sem GR hefði byggt upp kerfi sitt. Á höfuðborgarsvæðinu væru þessir tengipunktar um 200 talsins. Síminn hefði óskað eftir að koma upp eigin virkum (aktífum) búnaði til þess að tengjast kerfi GR á þessum stöðum. GR hefði hafnað því og gert kröfu um að Síminn tengdist GR í miðlægum búnaði GR. Þegar fyrirtæki gerði það að skilyrði að tengst væri um MPLS kerfi þess við veitingu á fjarskiptaþjónustu væri fyrirtækið í reynd að gera tilraun til þess að eigna sér alla virðiskeðjuna.

Samkvæmt tilskipun nr. 2014/61/ESB, um aðgerðir til þess að draga úr kostnaði við uppbyggingu háhraða fjarskiptakerfa, sem ekki hefði verið tekin upp í EES-samninginn né í íslenska löggjöf, væri gert ráð fyrir að fyrirtæki á borð við GR, bæri skylda til að veita aðgang að grunninnviðum. Væri því óhjákvæmilegt að GR yrði gert að opna kerfi sitt meira en nú hefði verið gert. Staðan væri sú að GR myndi þurfa að veita Símanum, sem og öðrum fjarskiptafyrirtækjum, þann aðgang sem óskað væri eftir fyrr eða síðar á grundvelli ofangreindrar tilskipunar, óháð því hver staða félagsins væri. Síminn hefði talið að það væru hagsmunir GR að semja um slíkan aðgang á viðskiptalegum forsendum í stað þess að fá PFS til þess að leggja kvaðir á félagið.

Til þess að tryggja að innviðafélag næði ekki þessari einokunarstöðu sem GR stefndi á, hefðu fjarskiptafyrirvöld tryggt aðgang sem eflði virka samkeppni í innviðum, m.a. með svokallaðri „ladder of investment“ reglu. Í því fælist að fyrirtæki gætu fjárfest upp keðjuna og orðið sterkari keppinautar fyrir vikið á fleiri stigum framleiðslunnar.

Ríkisrekin fjarskiptafyrirtæki, líkt og GR, ættu að bjóða upp á opinn heildsöluaðgang, sem þýddi að fjarskiptafyrirtæki ættu að geta valið um mismunandi aðgangsleiðir. Slíkt fæli í sér að fyrirtæki gætu stjórnað gæðum þjónustunnar sjálf og þannig aðgreint sig í samkeppni og ákveðið hvar þau staðsettu sig í virðiskeðjunni, til hagsbóta fyrir neytendur. Slíkt leiddi einnig til þess að þrýstingur yrði á GR um að bjóða eðlileg verð og félagið kæmist ekki í einokunarstöðu. Aðgangur sá er GR byði upp á takmarkaði aðgreiningu milli fjarskiptafyrirtækja og drægi úr nýsköpun í vöruþróun og verðlagningu. Fullyrðingar GR um að félagið stuðlaði að heilbrigðari samkeppni væru því villandi. Yrði ekki annað ráðið en að með sölusynjun gengi GR það eitt til að verja markaðsráðandi stöðu sína og koma í veg fyrir að samkeppni þróaðist með eðlilegum hætti, neytendum til hagsbóta.

Þá gerði Síminn alvarlegar athugasemdir við verðskrá GR sem fram hefði komið í framangreindu tilboði GR til Símans um virkan aðgang. Krafðist Síminn þess að PFS legði ennfremur verðkvöð á GR. Sérstaklega teldi Síminn tilefni til þess að taka verðlagningu GR á aðgangi fyrir sjónvarpsþjónustu (IPTV) til skoðunar. Þegar litið væri til verðskrárinnar væri ljóst að afsláttarkjörin hygldu þeim aðila sem væri stærstur á neti GR, þ.e. Vodafone, og kæmi í veg fyrir að hægt væri að keppa á jafnræðisgrundvelli á neti GR við veitingu sjónvarpsþjónustu. Kostnaður við IPTV dreifingu væri [...] kr. á hvern viðskiptavin í upphafi, en stíglækkaði niður í [...] kr. á hvern viðskiptavin þegar ákveðnum fjölda viðskiptavina væri náð. Ljóst væri að þetta fyrirkomulag væri Vodafone mjög hagstætt. Vodafone virtist vera að greiða [...] kr. eða [...] kr. á hvern viðskiptavin í sjónvarpsþjónustu hjá GR. Ef Síminn myndi koma inn á kerfið væri jaðarkostnaður Símans af hverjum viðskiptavini með þeim hætti að Síminn þyrfti að niðurgreiða þjónustuna til þess að geta keppt við Vodafone. Þetta dæmi sýndi að Síminn gæti einfaldlega ekki gengið að þeim skilmálum sem GR hefði sett, enda ómögulegt að keppa á jafnræðisgrundvelli.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 9. janúar 2017, kom félagið á framfæri athugasemdum við framangreinda umsögn GR frá 28. nóvember 2016. Þar ítrekaði félagið það sjónarmið að félagið hefði ekki brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, hvorki gagnvart Vodafone né GR. Þá kom fram m.a. fram að GR hefði með samningum við Vodafone tryggt sér að sjónvarpsþjónusta væri í boði yfir kerfi GR. Upphaflega hefði IPTV sjónvarpsdreifikerfi Vodafone í raun verið í eigu GR. Þá hefði GR *aldrei* óskað eftir því að fá að dreifa myndefni Símans, eins og félagið hefði hæglega getað gert. GR væri ekki með sjónvarpsþjónustu en gæti vissulega sett upp eigin þjónustu eða óskað eftir heildsöluáðgangi að sjónvarpsþjónustu Vodafone.

Þá kom fram að Síminn hefði átt frumkvæði að samskiptum við GR með því að óska eftir óvirkum aðgangi að neti GR. Hefði verið óskað eftir að fá að tengjast GR með þeim hætti að Síminn gæti boðið þjónustu yfir heimtaugar GR, ekki ósvipað því sem í dag væri í boði í gegnum heimtaugar Mílu. Hefði Síminn óskað eftir því að setja upp eigin virkan búnað eða notast við virkan búnað sem félagið væri þegar með í notkun. Hvaða leið yrði svo endanlega fyrir valinu hefði verið hægt að útfæra nánar, en meginkrafa Símans hefði verið að geta notað eigið MPLS kerfi, því annars myndi eiginlegur rekstrarkostnaður hækka við að tengjast GR í gegnum þann virka aðgang sem GR byði upp á, þar sem notast væri við MPLS net GR. Þótt Síminn hefði lýst yfir áhuga á því að nota kerfi GR, þá gæti hann ekki, í ljósi mjög harðrar samkeppni á markaðnum, tekið ákvörðun sem stuðlaði að óhagkvæmari rekstri, bæði til skamms tíma og sérstaklega til langs tíma. Sýndi framangreint að raunverulegur samningsvilji hefði verið til staðar af hálfu Símans, enda hefði félagið átt frumkvæði að því að óska eftir aðgangi að kerfi GR með tilteknum hætti fyrir allt sitt vöruframboð, sem GR hefði síðan hafnað.

Af ákvörðun PFS nr. 8/2014 (M6/2008) að dæma væri ljóst að afstaða PFS væri sú að það væri neikvætt fyrir samkeppni ef fyrirtæki væru þvinguð til þess að nota MPLS kerfi GR, enda segði beinlínis að þau færdust neðar í virðis kedjunni og hefðu minni áhrif á þá þjónustu sem þau veittu.

Að mati Símans væri í raun óumflýjanlegt að GR opnaði kerfi sitt meira en félagið hefði gert. Vegna þess hefði Síminn sent erindi til ESA þar sem Síminn teldi uppbyggingu fjarskiptanets GR ekki samrýmast ríkisstyrkjareglum EES-samningsins.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 25. janúar 2017, kom félagið á framfæri athugasemdum við framangreinda umsögn GR frá 6. janúar 2017. Ítrekaði Síminn m.a. þá skoðun sína að afstaða GR til aðgangsbeiðni Símans væri einfaldlega lýsandi fyrir fyrirtæki sem komið væri í markaðsráðandi stöðu og vildi vernda sig fyrir samkeppni. Við blasti að GR vildi halda allri virðis kedjunni hjá sér og takmarka samkeppni frá öðrum á þeim sviðum sem félagið starfaði. Þvert á það sem GR héldi fram blasti það við að sá aðgangur sem Síminn óskaði eftir væri jákvæður fyrir samkeppni. Stæði vilji PFS og annarra stjórnvalda til þess að framfylgja markmiðum laga um að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði væri það viðurkennt sjónarmið að óvirkur aðgangur að fjarskiptanetum væri best til þess fallinn. Með því gæti fyrirtæki byggt upp eigin þjónustu upp virðis kedjuna og aðgreint sig frá keppinautum.

Það tilboð sem Síminn hefði fengið hefði hins vegar verið verulega óhagstætt þar sem það hefði falið í sér að félagið gæti ekki notað eigið MPLS kerfi og GR tæki að sér mikið af þjónustu sem Síminn veitti viðskiptavinum sínum. Rekstur Símans yrði óhagkvæmari, tekjur myndu lækka verulega og mikill munur yrði á framlegð af hverjum viðskiptavin. Meginástæða fyrir því að tilboð GR væri óhagstætt væri sú að Síminn hefði ekki þörf fyrir þá þjónustu sem GR hefði boðið félaginu.

Væri GR alvara með því að bjóða opið net til að efla samkeppni væri eðlilegast að GR leyfði fyrirtækjum að ráða því hvaða aðgangur yrði veittur með hliðsjón af hagsmunum hvers og eins. Það væri nokkuð holur hljómur í því að tala um opið net á tyllidögum sem byggt væri upp fyrir opinbert fé sem sótt væri í skjól einkaleyfisrekstrar þegar stærstur hluti virðisdeðju netsins væri lokaður. Afleiðingin af því væri einnig sú að samkeppni þeirra sem fengju aðgang að netinu yrði mun einsleitari en ella.

Síminn tæki fram að GR hefði aldrei óskað eftir sjónvarpsþjónustu í heildsölu á grundvelli sáttar Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins. Hins vegar hefði GR óskað eftir því að fá sjónvarpsþjónustu Símans í heildsölu yfir net GR, sem sáttin tæki ekki til. Um leið og GR myndi veita Símanum umbeðinn aðgang að kerfi GR þá væri mögulegt að ræða slíkar útfærslur. Ekki væri því hægt að kalla beiðni GR málefnalega og sanngjarna beiðni.

Með bréfi GR til PFS, dags. 25. janúar 2017, gerði félagið athugasemdir við framangreint bréf Símans til PFS, dags. 9. janúar 2017, er varðaði kröfu Símans um að PFS legði aðgangskvöð og fleiri kvaðir á GR með stoð í 28. gr. fjarskiptalaga. GR ítrekaði fyrri rök félagsins og hafnaði því að bera ábyrgð á því að ekki hefði um samist á milli félaganna. Vilji GR til að semja á viðskiptalegum forsendum væri ótvíræður, sem kæmi m.a. fram í tilboði GR frá júní 2016 sem falið hefði í sér lægri einingarverð en verðskrá Mílu tilgreindi fyrir sömu þjónustu.

Í umsögn Símans segði að Síminn keypti bæði aðgang að fjarskiptanetum dótturfélagsins Mílu og annarra fjarskiptafyrirtækja. Staðreyndin væri hins vegar sú að mati GR að Síminn beindi í reynd eingöngu viðskiptum til Mílu, þar sem Míla væri milliliður í öllum samskiptum við önnur fjarskiptanet, þ.m.t. við Tengi. Míla starfrækti allan virkan búnað á neti sínu og annarra, þ.m.t. Tengis.

Í umsögn Símans hefði því verið lýst að Síminn hefði óskað eftir því að setja upp eigin virkan búnað á opnu neti GR, en síðan hefði verið hægt að útfæra nánar hvaða leið hefði verið valin. Rétt væri að taka fram í þessu sambandi að það, að notaður væri virkur búnaður GR kæmi ekki í staðinn fyrir netrekstur Símans, ekki frekar en hjá Vodafone eða öðrum þjónustuveitum. Frá upphafi viðræðna um viðskipti félaganna hefði verið rætt um að hægt væri að tengjast virka neti GR með mismunandi hætti. Viðræðurnar árið 2016 hefðu aldrei komist á það stig að rætt hefði verið um valkosti eða útfærslur. Að mati GR væri það óhjákvæmilegur fylgifiskur þess að Síminn tengdist neti GR, að einhver hluti rekstrar samstæðunnar yrði ekki nýttur, svo sem koparheimtaugar eða virkur búnaður í aðgangsneti Mílu.

Vegna umfjöllunar Símans um sjónarmið PFS í ákvörðun PFS nr. 8/2014 væri rétt að taka fram að GR seldi ekki MPLS þjónustu. IP-MPLS tækni væri notuð innan nets GR til að flytja umferð til miðlægra samtengipunkta. Slík notkun kæmi á engan hátt í veg fyrir notkun Símans á sínu eigin IP-MPLS neti. Þá mætti nefna að í fyrri viðræðum félaganna, árið 2006, hefði verið rætt um möguleika á tengingu við net GR framhjá IP-MPLS neti GR. Viðræður hefðu hins vegar aldrei komist á það stig þá.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 8. febrúar 2017, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn GR frá 25. janúar s.á. Fram kom að sá aðgangur sem Síminn hefði óskað eftir væri óvirkur aðgangur að ljósleiðaraneti GR. GR hefði hafnað þeim aðgangi og því lægi fyrir með ótvíræðum

hætti sölusynjun af hálfu GR gagnvart þeirri beiðni. Þá drægi GR ekki fram rétta mynd af staðreyndum málsins. Í samningaviðræðum við GR hefði Síminn reynt ítrekað að ná fram sínum sjónarmiðum til að fá óvirkan aðgang að neti GR. Sú upplifun sem Síminn hefði haft af þessum fundum væri á þá leið að GR hefði aldrei sýnt neinn vilja til að semja um slíkan aðgang eða annan aðgang en þann sem í boði væri fyrir alla. GR hefði a.m.k. aldrei boðið Símunum upp á neitt annað.

Þá hefði GR vísaði til fjarskiptanets síns sem opins nets. Síminn teldi þetta öfugmæli. Ef um væri að ræða opið net myndu fjarskiptafyrirtæki fá aðgang að netinu og ákveða sjálf hvernig aðgangi væri háttað. Að minnsta kosti hefðu þau eitthvert val. Fjarskiptanet GR gæti ekki kallast opið net, því möguleikar fjarskiptafyrirtækja væru afar þröngir og því nærri lagi að tala um lokað net fremur en opið.

Með bréfi GR til PFS, dags. 20. febrúar 2017, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn Símans frá 8. febrúar s.á. Mótmælti GR sérstaklega lýsingu Símans á þeim samningaviðræðum sem fram hefðu farið á milli félagana á vormánuðum 2016, þar sem beiðni Símans um aðgang að óvirkum innviðum GR hefði verið skoðuð. Hið rétta væri að GR hefði talið þessa leið vera torfæra m.a. vegna kostnaðar og mikils inngríps Símasamstæðunnar í kerfi GR með neikvæðum áhrifum á rekstraröryggi o.fl. Í ljós hefði komið að Síminn hefði hvorki verið tilbúinn til að skuldbinda sig varðandi fjölda né greiða stofngjöld og því hefðu aðilar ekki náð saman um umræddan aðgang. Hvernig þessi gögn, sem Síminn vísaði til, ættu að sýna fram á skort á samningsvilja, eða eiginlega höfnun af hálfu GR, væri forsvarsmönnum GR fyrirmunað að skilja. Gögnin sýndu einmitt fram á samningsvilja GR, fyrirhöfn fyrirtækisins við greiningu á kostum og göllum og kostnaði við umræddan aðgang, sem vel að merkja hefði ekki verið í boði hjá fyrirtækinu áður en beiðnin hefði borist frá Símanum. Orðfæri eins og viðsnúningur, synjun og einokunartilburðir ættu einfaldlega ekki við um þær samningaviðræður sem átt hefðu sér stað á milli félaganna.

GR væri staðfastlega á þeirri skoðun að aðgangur að opnu neti félagsins hefði aukið samkeppni. Það sæist m.a. á fjölgun fjarskiptafélaga sem seldu þjónustu á neti GR, sbr. t.d. Vodafone, Nova, 365, Hringdu og Símafélagið. GR hefði litið svo á að sá aðgangur sem Síminn hefði óskað eftir eflði ekki samkeppni, heldur myndi hann þvert á móti gera Símanum kleift að halda lóðréttri samþættingu hjá sér og koma í veg fyrir að önnur fjarskiptafyrirtæki gætu boðið þjónustu til sama viðskiptavinar. Með því fyrirkomulagi sem Síminn legði til, réði Síminn yfir allri keðjunni og gæti lokað á aðgang annarra fjarskiptafélaga að sama viðskiptavini, sem væri öfugt við opið net GR. Um opið net GR gætu endanotendur valið sér þjónustuaðila óháð því hver seldi fyrstu þjónustuna um kerfi GR. Sem dæmi mætti nefna að endanotandi gæti keypt IPTV þjónustu af Vodafone, Internet af Hringdu og heimasímaþjónustu af Símafélaginu, eða hverja þá samsetningu sem endanotandinn kysi.

Þá taldi GR nauðsynlegt að leiðrétta þann misskilning Símans að tilboð GR fæli í sér að Síminn gæti ekki notað eigið MPLS kerfi og því væri tilboð GR afar óhagstætt fyrir Símann. Ekkert í tilboði GR stöðvaði Símann í að nota eigið MPLS þjónustu og vitað væri að Vodafone notaði sína MPLS þjónustu enn, þrátt fyrir að vera á opnu neti GR.

Að lokum mótmælti GR fullyrðingum Símans um að opið net GR væri byggt upp fyrir opinbert fé sem sótt væri í skjól einkaréttar. Röksemdir Símans sem að þessu lytu væru nú til meðferðar hjá

Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) og því væri ekki þörf á að hrekja umrædda fullyrðingu Símans með fyllri hætti á þessum vettvangi.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 10. mars 2017, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn GR frá 20. febrúar s.á. Þar kom m.a. fram að krafa Símans samræmdest regluverki fjarskipta sem gildi á EES-svæðinu og gengi út á að fyrirtækjum yrði veittur aðgangur eins djúpt í kerfinu og mögulegt væri. Væri þar m.a. vísað til „ladder of investment“ reglu sem gengi út á að veita ætti fyrirtækjum aðgang að þeim innviðum sem til staðar væru í samræmi við þann búnað eða tækni sem þau hefðu komið sér upp sjálf. Á þetta hefði framkvæmdastjórn ESB m.a. lagt áherslu í tilskipun sinni nr. 2014/61/ESB (Broadband Cost Reduction Directive) þar sem kostum óvirks aðgangs er lýst. Bæri að taka umrædda tilskipun til greina í málinu þótt hún hefði ekki verið innleidd í EES-samninginn eða lögleidd hér á landi.

Þá væru áhyggjur GR af viðskiptamódeli Símans þar að auki ekki málefnaleg ástæða. GR kæmi í reynd í veg fyrir að önnur fjarskiptafyrirtæki eins og Símafélagið, Vodafone og fleiri félög gætu vaxið með eðlilegum hætti og reyndi að vísa til lóðréttar samþættingar Símans sem ástæðu þess að synja um umræddan aðgang. Það væri einfaldlega ekkert neikvætt við að fyrirtæki væru lóðrétt samþætt, þvert á móti gæti slíkt verið jákvætt þar sem það kæmi í veg fyrir milliálagningu milli sölustiga og skilaði neytendum þjónustu eða vörum á betri kjörum. Með grundvallarreglunni um að fyrirtæki gætu vaxið upp fjárfestingarstigann ættu samkeppnis- og fjarskiptayfirvöld einmitt að stefna að því að fleiri fyrirtæki gætu verið lóðrétt samþætt. Það væri því markmið fjarskiptalaga að auka lóðréttu samþættingu fleiri fyrirtækja á fjarskiptamarkaði sem efla myndi virka samkeppni.

Með bréfi GR til PFS, dags. 17. mars 2017, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn Símans frá 10. mars s.á. M.a. hefði komið fram að sá aðgangur sem Síminn óskaði eftir væri óhagstæður fyrir alla aðila og væri illmögulegur nema með miklum tilkostnaði. Varðandi tilvísanir Símans í tilskipun ESB 2014/61/ESB þá væri sú tilskipun ekki í gildi á Íslandi og ætti því ekki við í málinu. Þá hefði GR lagt sig í líma við að finna lausn sem hentað gæti Símanum og raunar gengið mjög langt í þeim efnunum. Það sæist í gögnum málsins. Þá ítrekaði GR að skuldbinding varðandi fjölda og greiðsla stofnkostnaðar hefði verið rædd á fundum félaganna á árinu 2016, en látið hefði verið staðar numið þar sem forsvarsmenn Símans hefðu ekki láð máls á slíku.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 5. apríl 2017, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn GR frá 17. mars s.á. Tók félagið það m.a. fram að í athugasemdum GR kæmi fram að sá aðgangur sem Síminn óskaði eftir væri óhagstæður fyrir alla aðila og illmögulegur nema með miklum tilkostnaði. Síminn hafnaði þessu enda byggði krafa um óvirkan aðgang að fjarskiptaneti GR á því að sú leið væri hagkvæmust fyrir Símann. Ef sá aðgangur yrði veittur þyrfti GR ekki að bera kostnað við aðstöðu, tækjabúnað eða annað við að veita þá þjónustu fyrir Símann eða aðra.

Síminn hefði ekki haldið því fram að lóðrétt samþætting væri eitt af markmiðum fjarskiptalaga. Hins vegar hefði verið á það bent að lóðrétt samþætting gæti verið mun hagkvæmari fyrir neytendur en of mörg millilög þar sem hver og einn milliliður þyrfti að hafa framlegð af þjónustu sinni. Hér væri um að ræða rök sem byggðu á viðurkenndum hagfræðikenningum sem óþarft væri að rekja frekar.

Þann 26. apríl 2017 barst GR erindi frá Mílu um óvirkan aðgang að lögnum GR á Seltjarnarnesi. Var það í fyrsta skipti sem slíkt erindi barst GR frá Mílu. Þann 4. júlí 2017 ítrekaði Míla umrædda beiðni. Á fundi félaganna í framhaldinu kom fram af hálfu GR að félaginu þættu umræddar heimtaugar (1500-2000) vera svo fáar að ekki tæki því að gera þetta að vöru. Ljóst væri að ekki yrði um að ræða allt sveitarfélagið, heldur aðeins brot af því, þar sem Míla ætti nú þegar ljósleiðaraheimtaugar í stórum hluta heimila á Seltjarnarnesi, sérstaklega í fjölbýlishús. Míla hefði svarað því til að þetta væri bara fyrsta tilraun félagsins til að fá aðgang að svörtum ljósleiðara GR og að ef það gengi vel þá gæti GR átt von á að Míla vildi útvíkka þetta til um 10.000-15.000 heimtauga á höfuðborgarsvæðinu öllu.

Í bréfi Mílu til GR, dags. 10. ágúst 2017, hefði komið fram að Míla hefði upphaflega óskað eftir aðgangi að heimtaugum á Seltjarnarnesi, sbr. beiðni þar að lútandi, dags. 26. apríl 2017. Síðar hefðu bæst við heimtaugar á svæðinu kringum Hrauntungu í Kópavogi. Þetta væru því þeir staðir sem Míla hefði óskað eftir aðgangi að án þess að fá svar. GR hefði óskað eftir upplýsingum um alla staði þar sem Míla gæti haft áhuga á aðgangi að heimtaugum GR. Því hefði Míla svarað í tölvupósti þann 6. júní 2017 og það svar stæði enn. Beiðni Mílu varðaði því heildsöluaðgang að heimtaugum á Seltjarnarnesi. Svar Mílu væri að áætlað heildarumfang gæti verið um 10-15 þúsund heimili. Það yrði ekki mögulegt að staðsetja það niður á götur eða húsnúmer, enda gæti það ekki skipt máli. Þó mætti gera ráð fyrir að þetta væru mest tengingar í fábýli eða sérbylí innan alls höfuðborgarsvæðisins. Einnig mætti gera ráð fyrir að þetta væri nokkuð jafnt dreift en þó væntanlega heldur meira í eldri hverfum og minna í nýrri hverfum. Míla væri ekki að biðja um tilboð í 10-15 þúsund heimili og sú áætlun væri mjög gróf og gæti vel breyst. Endanlegt umfang væri m.a. háð eftirspurn, en öll þessi heimili væru nú þegar með góða tengingu gegnum Ljósnet Mílu. Hvort eða hvenær þörf yrði á ljósleiðaratengingu á viðkomandi heimili réðist af notendum.

Með bréfi GR til Mílu þann 22. september 2017, hafnaði GR að veita Mílu umræddan aðgang. Þar kom m.a. fram að GR þyrfti að leggja í kostnað við ljósleiðarakerfið á mun stærra svæði heldur en aðeins á Seltjarnarnesi, með engin loforð frá Mílu um viðskipti eða lágmarks samningstíma. Auk þess hefði Míla ekki skilað umbeðnum gögnum um mögulegt umfang viðskiptanna svo GR gæti lagt viðhlítandi mat á beiðni Mílu, m.a. til að meta útlagðan kostnað GR og ákvarða verð fyrir aðganginn. Að mati GR virtist beiðni Mílu eingöngu ná til einbýla og hugsanlega minni fjölbýla, þar sem Míla ætti erfiðara um vik að ljósleiðaravæða, auk þess sem hún virtist ekki fela í sér tilboðsbeiðni í einstök hverfi og/eða svæði heldur einstök hús á höfuðborgarsvæðinu, án frekari tilgreiningar. GR sæi því ekki viðskiptalegan grundvöll fyrir slíkum viðskiptum. Ef um 10.000-15.000 tengingar gæti verið að ræða væri viðskiptatækifærið eflaust ekki stærra en 5.000-7.000 tengingar á nokkrum árum.

Með bréfi GR til PFS, dags. 4. maí 2017, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn Símans frá 5. apríl s.á. Fram kom að það væri rangt að GR hefði afdráttarlaust hafnað Símanum um aðgang að svörtum ljósleiðara. GR hefði bent á að þar sem Síminn hefði hvorki verið tilbúinn til þess að greiða stofnkostnað sem félli til við nauðsynlegar breytingar á kerfi GR né að skuldbinda sig í fjölda, þá hefði einfaldlega ekki verið viðskiptalegur grundvöllur til að leggja í þann mikla stofnkostnað og vinnu sem því fylgdi að breyta kerfinu á þann veg sem Síminn hefði óskað eftir. GR teldi félagið hafa gert fullkomlega eðlilegar kröfur til framlags Símans og skuldbindinga að þessu leyti, fyrst og fremst með vísan til viðskiptalegra sjónarmiða. Þessar kröfur væru einnig eðlilegar þegar litið væri til uppbyggingar dótturfélags Símans, Mílu, á ljósleiðarakerfi sínu. Að mati GR væri engan veginn hægt að gera þær kröfur til félagsins að kerfum þess væri breytt fyrir

Símann án raunverulegra viðskiptalegra hagsmuna fyrir GR fyrir komu örfárra viðskiptavina frá Símanum, sem yrðu að öllum líkindum færðir yfir til Mílu að nýju um leið og ljósleiðarakerfi Mílu væri tilbúið. Af þessu þætti GR augljóst að Síminn og Míla hefðu ekki verið tilbúin, sem samstæða, til að skuldbinda sig í magni eða til að greiða nauðsynlegan stofnkostnað við breytingar á kerfi GR.

GR vildi ítreka að félagið hefði óskað eftir aðgangi að ljósleiðara Mílu í Úlfarsárdal en fengið synjun þar um á grundvelli þess að Míla byði ekki slíka vöru. Málið hefði farið fyrir PFS í september 2015. Í skjölum þess máls kæmi fram að Míla væri búin að leggja í yfir [...]% þeirrar fjárfestingar sem þyrfti til að leggja ljósleiðara inn á stærstan hluta heimila á svæðinu. Þá hefði komið fram í máli Mílu að gera mætti ráð fyrir allnokkrum kostnaði við að tengja saman kerfi Mílu og GR og myndi Míla þannig ekki nýta verulegar fjárfestingar sínar. Míla gengi raunar skrefinu lengra og tæki orðrétt fram að „slík lausn gæti aldrei verið ásættanleg fyrir Mílu“. Því myndi GR óeðlilegt að Símasamstæðan sendi viðlíka beiðni á GR, án þess að félagið væri reiðubúið til að taka þátt í stofnkostnaði eða taka á sig skuldbindingu um magn tenginga.

Staða ljósleiðaravæðingar hér á landi væri allt önnur nú í maí 2017 en þegar viðræður hefðu hafist snemma árs 2015, enda hefði Símasamstæðan í gegnum Mílu lagt ljósleiðara til um 30.000 heimila í upphafi árs 2017. Þá stefndi samstæðan að því samkvæmt útgefnum tilkynningum að ljúka lagningu ljósleiðara inn á öll heimili á höfuðborgarsvæðinu fyrir árslok 2018. Þar með yrði orðið til tvöfalt ljósleiðarakerfi inn á öll heimili á höfuðborgarsvæðinu, eitt í eigu Símasamstæðunnar í gegnum Mílu og annað í eigu GR.

Af ofangreindu mæti GR beiðni Símans sem ósanngjarna, á meðan Síminn væri ekki tilbúinn í greiðslu stofnkostnaðar eða til skuldbindingar um lágmarks fjölda. GR hefði þegar orðið fyrir umtalsverðum kostnaði vegna beiðni Símans um óvirkan aðgang. Hér væru einnig ótalin þau áhrif sem fyrirkomulagið hefði mögulega haft á gildandi samninga GR við önnur fjarskiptafélög sem hefðu getað farið í uppnám. Umrætt fyrirkomulag hefði valdið skaða á viðskiptamódeli GR um opið net, þar sem með núverandi fyrirkomulagi væri hægt að kaupa þjónustur með rafrænum hætti og kaupa mismunandi þjónustur samtímis af hinum ýmsu þjónustuaðilum, sem ofangreind beiðni Símans myndi koma í veg fyrir. Með þessu yrði Míla milliaðili og leigði ljósleiðaraþráðinn af GR og því ekki lengur um opið net að ræða hjá GR. Til dæmis þá hefði ekki verið hægt að kaupa IPTV-þjónustu frá Símanum og internetþjónustu frá öðru fjarskiptafélagi, nema að viðkomandi fjarskiptafélag færi með allt í gegnum Mílu. Jafnframt myndi þetta fyrirkomulag seinka afhendingu á virkjun á kúnum þar sem fara þyrfti aftur inn í tengistöð og færa „patch“ á nýtt port í búnaði GR. Þessar aðstæður kölluðu á ferli sem gæti tekið nokkrar vikur í staðinn fyrir virkjun með rafrænum hætti þegar ljósleiðarabox væri í íbúð. Auk þeirrar fyrirhafnar og þess rasks sem þetta hefði í för með sér væri þetta ferli líklegt til að hækka verð til neytenda.

Ef Síminn fengi aðgang að svörtum ljósleiðara gæti Síminn í formi eignarhalds á Mílu stýrt framkvæmdum Mílu og valdið GR á sama tíma kostnaði vegna breytinga á heildar ljósleiðarakerfi sínu, en aðeins keypt þjónustu í gegnum GR á valin heimili sem væru kostnaðarsöm fyrir Mílu í framkvæmd. Slíkt væri ekki viðskiptalega hagkvæmt fyrir GR, án skuldbindingar um þátttöku í stofnkostnaði og lágmarksfjölda viðskiptavina.

Síminn drægi fram þau sjónarmið að verið væri að leggja óþarfa innviði, grafið væri tvisvar og aðföng og náttúrugæði væru þar með illa nýtt. Út frá þeim aðgangi sem GR hefði boðið Símanum þá væri þvert á móti verið að nýta framangreint með sem bestum hætti og þau verð sem GR hefði

boðið Símanum væru þannig að hagstæðara væri fyrir Símann að fara þá leið heldur en að kaupa aðgang aðeins að svörtum ljósleiðara. Aðgangur að svörtum ljósleiðara myndi hafa í för með sér gríðarlegan kostnað og fresta mögulegri nýtingu Símans á innviðum GR um 18-24 mánuði. Tilboð GR væri að mati GR viðskiptalega hagkvæmt fyrir báða aðila og auðleyst út frá tæknilegum sjónarmiðum.

Síminn héldi því fram að Símasamstæðan væri ekki að falast eftir því að fá einhvers konar sérmeðferð hjá GR umfram aðra þjónustuveitendur. Að mati GR væri Síminn einmitt að óska eftir aðgangi sem hefði ekki verið í boði hjá GR og myndi setja aðra samninga GR í uppnám. Þá væri umræddur aðgangur heldur ekki í boði hjá Mílu. Á sama tíma myndi slíkur aðgangur gera Símanum kleift að viðhalda lóðréttri samþættingu og loka á aðra aðila að veita þjónustu til umræddra viðskiptavina, ásamt því að kalla á viðamiklar breytingar á kerfi GR og takmarka áframhaldandi þróunarmöguleika kerfisins. Sem dæmi mætti nefna að fyrirséð væri að fjöldi farsímaneta ætti eftir að margfaldast, mögulega tífalt, með tilkomu 5G. Sú kerfishögun sem Síminn hefði óskað eftir myndi valda mikilli auka vinnu í hvert skipti sem viðskiptavinur myndi færast milli þjónustuaðila og ekki væri hægt að færa þá rafrænt á milli eins og gert væri í dag, heldur þyrfti að senda mann í hvert skipti og breyta lögnum. GR teldi að það yrði mikil afturför og fæli ekki aðeins í sér aukinn kostnað, heldur einnig afturför um 10-15 ár aftur í tímann með auknum líkindum á rekstrartruflunum. Innkoma Símans inn á opið net GR myndi hafa það í för með sér að Míla þyrfti ekki að vera milliliður og myndi Síminn þannig geta keypt þjónustu annars vegar um kerfi Mílu og hins vegar um kerfi GR.

Að lokum kom fram í máli GR að það hefði alltaf verið fullur vilji hjá GR að selja Símasamstæðunni þjónustu, enda myndi það skila GR auknum tekjum. Kæmi þá hvort tveggja til greina ljósheimtaugaleiga og opið net GR. Jafnframt væri ljóst að GR gæti ekki ráðist í kostnaðarsamar breytingar á kerfum sínum fyrir Símann nema að fá þann kostnað til baka frá Símanum sem eina kaupanda þeirrar þjónustu. GR gæti ekki velt þeim kostnaði yfir á aðra viðskiptavini. GR hefði ávallt haft jafnræði að leiðarljósi í viðskiptum sínum og hefði gætt þess að bjóða Símanum sömu þjónustu og öðrum.

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 2. október 2017, upplýsti Síminn stofnunina um að félagið hefði freistað þess að ná samningum við GR um óvirkan aðgang. Þar sem fyrri samskipti félaganna hefðu engu skilað, sökum tregðu GR að semja um aðganginn, hefði Síminn reynt að ná samtali við stjórn OR og fá OR til þess að setja þrýsting á GR að opna fyrir umræddan aðgang að neti GR, líkt og nánast öll önnur fjarskiptafyrirtæki hefðu gert víða um land. Þetta hefði ekki skilað árangri.

Með tölvupósti GR til PFS, dags. 3. október 2017, svaraði GR framangreindum tölvupósti Símans frá 2. október s.á. Fram kom að í umræddum tölvupósti Símans hefði komið fram að Síminn hefði freistað þess að ná samningum við GR um óvirkan aðgang. Ekki væri um nýjar fréttir væri að ræða, en GR hefði ekki orðið vör við óskir Símans þar að lútandi frá árinu 2016.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 20. nóvember 2017, kom fram að PFS færi fram á að Síminn rökstyddi hvernig beiðni félagsins um óvirkan aðgang að neti GR teldist sanngjörn og eðlileg í ljósi þess að Míla, dótturfélag Símans, hefði þann 9. janúar 2017 tilkynnt að í árslok 2017 yrðu 70% af heimilum á höfuðborgarsvæðinu tengd ljósleiðarakerfi félagsins og að forsvarsmenn Símasamstæðunnar hefðu lýst því yfir að stefnt væri að 100% útbreiðslu á svæðinu á næstu misserum.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 27. nóvember 2017, bárust frekari athugasemdir Símans í málinu. Áréttaði Síminn beiðni sína um óvirkan aðgang að neti GR og tók Síminn það fram að félagið myndi bera kostnaðinn við að tengjast neti GR, annað hvort í formi mánaðargjalda eða stofnkostnaðar. Aðgangsbéiðnin ætti því ekki að fela í sér verulegan kostnað fyrir GR. Haustið 2015 hefðu viðræður verið teknar upp milli félaganna og á þeim tímapunkti hefði GR tekið jákvætt í beiðni Símans. GR hefði meira að segja komið með útlistun á því hvernig félagið teldi heppilegast að tengja Símann við aðgangsneta GR. Síðar hefði GR þó borið fyrir sig ýmsar skýringar á því hvers vegna ekki væri mögulegt að veita Símanum slíkan aðgang, sem Síminn teldi ekki halda, enda fjölmörg dæmi víða um land um að slíkur aðgangur væri veittur án tæknilegra vandkvæða. Hefði GR ítrekað sett það skilyrði fyrir viðskiptum að aðgangur yrði keyptur að virka hluta nets GR.

Kerfi GR væri byggt upp með þeim hætti að félagið hefði í gegnum 30 símsstöðvar byggt upp 100-150 tengistaði á höfuðborgarsvæðinu eða fleiri eftir því sem uppbygging kerfis GR byði upp á, t.d. ef tengt yrði í götuskápum eða brunnum. Hver tengistaður þjónustaði ákveðið hverfi og óskaði Síminn eftir því að fá að tengjast við kerfi GR á umræddum stöðum. Til þess að tengjast síðan viðkomandi tengistöðum þyrfti að leggja ljósleiðara milli tengipunkta Símans og tengistöðvar GR. Síminn gæti lagt ljósleiðara á milli, væru þeir ekki fyrir hendi, eða leigt ljósleiðarasamband sem væri fyrir hendi, mögulega af GR. Gæti umrædd útfærsla verið ólík eftir mismunandi stöðum. Í ljósi sáttar Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins kynni Síminn eftir atvikum að óska eftir samnýtingu kerfa Mílu eða óska eftir að tiltekin verk væru unnin af Mílu, þar sem tekið hefði verið fram að aðgreining kerfa Símans og Mílu ætti ekki að koma í veg fyrir að rekstur netkerfa yrði með sem hagkvæmustum hætti.

Kostnaður GR ætti því að vera óverulegur og félli hann til ætti hann að innheimtast hratt og örugglega af þeim sem óskuðu eftir aðganginum. Það ætti því ekki að vera tæknileg né kostnaðarleg fyrirstaða fyrir GR að bjóða upp á þann aðgang sem Síminn óskaði eftir. Síminn teldi engan vafa á að aðgangur af þessu tagi væri til þess fallinn að hafa jákvæð áhrif á samkeppni og engin neikvæð áhrif. Í ljósi umfangs fjárfestinga GR í ljósleiðaraverkefni sínu þá hlyti GR að hafa áhuga á því að nýta kerfi sitt með skilvirkari hætti og fá Símann í viðskipti.

Þann 6. desember 2017 funduðu fulltrúar Mílu og GR um hugmyndir að sameiginlegum jarðvegsframkvæmdum félaganna á árinu 2018. Í fundargerð kom fram að Míla hefði boðað GR á fund til að ræða hvar framkvæmdir félaganna gætu átt samleið á árinu 2018. Fram kom að bæði félög vildu stuðla að því að lágmarka kostnað við ljósleiðaralagningu. Fram kom að félögin hefðu átt í sameiginlegum jarðvegsframkvæmdum á árinu 2017 og að gott væri að koma slíku samstarfi í fastara form.

Míla hefði m.a. lagt til þá útfærslu að GR myndi leggja sitt kerfi og leigja Mílu svo óvirkan aðgang að ljósleiðarapráðum eftir pöntunum. GR sagði að þetta yrði alltaf gert með tveggja þráða kerfi, eins og lagt hefði verið til á árinu 2017 í verkefninu í Kópavogi. Ef GR myndi búa til nýja vöru, þar sem aukapráður væri í boði, myndi sá þráður vera í boði til allra fjarskiptafélaga. Míla sagðist myndi senda GR dæmi um svæði þar sem GR gæti mögulega nýtt fyrirliggjandi innviði Mílu og á hvaða forsendum. Að lokum kom fram að GR ætlaði að skoða möguleikann á því að búa til kerfi með aukapræði í verkefnum 2018 og móta verð þar að lútandi.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 12. desember 2017, bárust frekari athugasemdir Símans í málinu. Fram kom að PFS hefði óskað eftir rökstuðningi Símans fyrir því að beiðni um óvirkan aðgang teldist sanngjörn og eðlileg, m.a. í ljósi ljósleiðaraútbreiðsluáforma Mílu á höfuðborgarsvæðinu. Legði Síminn áherslu á að félagið vildi að viðskiptavinir gætu nálgast þjónustu félagsins með sem útbreiddustum hætti og þar með talið yfir aðgangsnét GR. Áform Mílu breyttu því ekki. Síminn mæti hverju sinni hvað þjónaði hagsmunum félagsins best. Lykilatriði væri að krafa Símans fæli í sér aukin viðskipti og aukna nýtingu á kerfi GR, sem hefði jákvæð áhrif á GR. Það væri því fjárhagslega skynsamleg lausn fyrir GR að bjóða upp á mismunandi aðgang til þess að þjónusta fyrirtæki. Að mati Símans væri krafa félagsins um aðgang að neti GR bæði eðlileg og sanngjörn.

Þá benti Síminn á sænska félagið Stokab, sem væri í eigu Stokkhólmsborgar, ekki ósvipað og GR. Það félag hefði það að leiðarljósi að raska samkeppni með sem minnstum hætti og veitti þess vegna óvirkan aðgang að svörtum ljósleiðara. Telia, sem væri sambærilegt fyrirtæki og Síminn, væri meðal viðskiptavina félagsins og byði Stokab Telia kjör á jafnræðisgrundvelli, jafnvel þótt Telia ætti eigið ljósleiðarakerfi. Í ljósi yfirlýsinga eiganda GR um aðgangsskilmála að ljósleiðaraneti GR yrði að líta svo á að rekstrarfyrirkomulag Stokab væri í samræmi við vilja eigenda GR. Framkvæmd GR væri hins vegar ekki í samræmi við eigendastefnu GR, sem væri að reka opið grunnkerfi sem hvetti til samkeppni þjónustuaðila, drægi úr hættu á offjárfestingu og væri rekið með hóflegri arðsemi. GR væri ekki rekið með þeim hætti að það hvetti til samkeppni milli þjónustuaðila líkt og kerfi Stokab gerði. Þá væri grunnkerfi GR lokað en ekki opið. Í ljósi yfirlýsingar eigenda GR væri augljóst að vilji eigenda félagsins og beiðni Símans samrýmdust vel og af þessari ástæðu einni og sér, væri beiðni Símans sanngjörn og eðlileg.

Varðandi frekari röksemdir fyrir því að beiðni Símans væri sanngjörn og eðlileg benti Síminn annars vegar á að GR hefði sérstaklega óskað eftir því að sjónvarpsþjónusta Símans (IPTV) yrði í boði yfir aðgangsnét GR og í því ljósi væri eðlilegt að Síminn óskaði eftir aðgangi sem gerði honum kleift að tryggja gæði þeirrar þjónustu sem um ræddi. Lykilatriði í rekstri sjónvarpsþjónustu væri að seljandinn gæti haft stjórn á atriðum sem lytu að gæðum og rekstraröryggi. Áriðandi væri fyrir Símann að geta hagað tækniþróun sinni og þjónustustýringu á þeim forsendum sem félagið teldi best fallið að framtíðarþörfum og með eigin viðskiptavini í fyrirrúmi, í stað þess að þurfa að treysta á þriðja aðila í þessu sambandi. Það gæti verið skaðlegt fyrir fyrirtæki að þurfa að vera háð þjónustu- og þróunarhugmyndum annarra. Hins vegar væri ljósleiðaranet GR það útbreiddasta á landinu hvað heimtaugar varðaði, með um 85.000 tengd heimili, og áætlaði Síminn að helmingur þeirra væri með virka þjónustu, eða um 40.000 - 45.000 heimili. Færi þessi fjöldi ört vaxandi en líkt og á Akureyri vildi Síminn að viðskiptavinir á neti GR ættu kost á því að njóta þjónustu Símans með sama hætti og neytendur á Akureyri gerðu á neti Tengis. Beiðni Símans um aðgang að neti GR væri einnig sanngjörn af þeirri ástæðu að GR væri í ráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu.

Varðandi spurningu PFS um hvort þjónusta Símans yrði ekki aðgengileg um allt kerfi GR ef orðið væri við beiðni um óvirkan aðgang skyldi því haldið til haga að á Akureyri veitti Tengir óvirkan aðgang og þjónusta Símans væri í boði um allt kerfi Tengis. Það væri ekki ástæða til annars en að ætla að þjónusta Símans yrði í boði með sambærilegum hætti á höfuðborgarsvæðinu, jafnvel þótt Míla byði einnig ljósleiðara á sama stað.

Síminn hefði fengið þær upplýsingar frá GR um að tengistaðir væru ríflega 100. Þá væri GR með um 30 símsstöðvar og mögulega kynni að vera heppilegra að veita aðgang í símsstöðvum, en það

færi eftir kerfishögun GR. Ef Síminn myndi tengjast GR með þeim hætti sem GR gerði kröfu um, myndi Síminn missa verulega tækifæri á því að hafa áhrif á eigin þjónustu, þ.m.t. gæðum hennar.

Um ástæður þess að aðgangur að svörtum ljósleiðara væri sanngjörn og eðlileg beiðni mætti einnig vísa til fyrirtækisins CityFibre í Bretlandi. Það fyrirtæki veitti óvirkan aðgang að svörtum ljósleiðurum sínum. Yfirráð og ábyrgð á rekstri þjónustunnar væri því lykilatekni í rekstri fyrirtækis eins og Símans. Síminn benti á að Vodafone tengdist kerfi Mílu í tengistöðvar til þess að bjóða þjónustu um svokallaða aðgangsleið 1. Þá beiðni hefði PFS ekki talið óeðlilega enda gerði það Vodafone kleift að nota eigið MPLS net í stað þess að kaupa slíka þjónustu af Mílu. Yrði ekki séð af hverju GR ætti ekki að veita sambærilegan aðgang að ljósleiðaraneti sínu. Ef litið væri til lýsinga CityFibre ætti það að vera augljós kostur fyrir GR að bjóða upp á sambærilegan aðgang.

Með bréfi GR til Símans, dags. 15. desember 2017, svaraði GR framangreindri beiðni Símans frá 27. nóvember 2017 um aðgang að svörtum ljósleiðara í neti GR. Fram kom að í framangreindu erindi Símans hefði félagið óskað eftir óvirkum aðgangi að innviðum GR sem gerði Símanum kleift að tengjast því með virkum búnaði sínum. GR fagnaði áhuga Símans á aðgangi að neti GR og hefði GR haft áhuga á að semja við Símann um slíkt. Félögin hefðu hins vegar ekki náð saman í samningaviðræðum sem lokið hefði í júlí 2016. Frá þeim tíma hefði GR haft til skoðunar með hvaða hætti hægt væri að veita Símanum aðgang á viðskiptalegum grundvelli. GR hefði þar haft til hliðsjónar þróun vöruframboðs á breiðbandsmarkaði fyrir ljósleiðarasambönd, bæði hérlendis og í Evrópu. Í framangreindu bréfi Símans hefðu komið fram tiltekin sjónarmið, svo sem varðandi það að Síminn vildi geta notað eigið IP-MPLS kerfi, en sú ósk hefði einnig komið fram í viðræðum félaganna á fyrri stigum. Þar sem það væri eindreginn vilji GR að fá Símann í viðskipti hefði GR leitað leiða til að skilgreina nýja vöru, í formi aðgangs að hinu Opna neti GR, sem GR teldi koma til móts við þessi sjónarmið Símans, án þess að umrædd vara færi gegn núverandi viðskiptamódeli GR.

GR gerði Símanum því nýtt tilboð. Með þessu byðist þjónusta Símans öllum heimilum sem tengd væru ljósleiðara GR (tæplega 90.000), óháð því hvort þau notuðu hann nú þegar. Síminn gæti með því veitt fleiri viðskiptavinum ljósleiðaraaðgang, en í því fælust tækifæri bæði fyrir Símann og GR.

Í tilboðinu fælist að Síminn fengi aðgang að Opna neti GR til heimila með bitastraumsaðgangi, [...]. Með tilboði þessu ætti Síminn viðskiptasambandið við viðskiptavini sína. Það þýddi að Síminn sæi um að innheimta öll gjöld af viðskiptavinum sínum. Síminn greiddi þjónustugjöld beint til GR samkvæmt gjaldskrá.

[...]

Þennan sama dag áttu Síminn og GR með sér fund um áðurgreinda beiðni Símans um aðgang að óvirkum innviðum GR og framangreint gagntilboð GR. Í samþykktari fundargerð af umræddum fundi kom m.a. fram að GR teldi að tilboðið kæmi til móts við kröfur Símans að miklu leyti en þó ekki öllu. Forstjóri Símans hefði spurt hvers vegna þetta tilboð hefði verið lagt fram en ekki tilboð um aðgang að svörtum ljósleiðara. [...] Þá taldi GR sig þurfa að geta „splittað“ þráðum til þess að búa til fleiri tengistaði til þess að mæta framtíðarþörfum félagsins. Aðgangur að svörtum ljósleiðara myndi takmarka þróun GR til framtíðar, þar sem ljósleiðari hefði þegar verið lagður.

Bætti hann við að framboð á svörtum ljósleiðara væri ekki hluti af viðskiptamódeli GR til heimilismarkaðar og því næði tilboðið ekki til slíks hvað varðaði svæði sem þegar væri búið að leggja ljósleiðara um, en möguleiki væri að skoða þetta í tengslum við svæði sem ljósleiðari hefði ekki enn verið lagður um. Vilji væri til þess að skoða það að leggja tvo ljósleiðara í nýjar lagnir til þess að mæta þörfum um aðgang að svörtum ljósleiðara, óháð því hvort Síminn tæki umræddu tilboði GR.

[...]

Þá voru félögin ósammála um hver mismunurinn væri í fjölda á milli neta GR og Símasamstæðunnar. Síminn taldi að munurinn væri meiri en GR vildi meina. Forstjóri GR sagði erfitt að gera tilboð þegar fjöldi eða skuldbinding lægi ekki fyrir. Fulltrúar Símans sögðu fjöldann ekki liggja fyrir en ljóst væri að möguleg viðskipti gætu numið [...] milljóna á ári. Þá sagði forstjóri GR að langt væri á milli aðila varðandi verðlagningu og nefndi að þau heimili sem ætti eftir að tengja við ljósleiðara væru verulega dýr. Verðhugmyndir Símans væru einfaldlega of lágar til að GR gæti tekið málið áfram. Að mati GR þyrfti verð fyrir óvirkan aðgang að vera hærra en verðlagning fyrir þann bitastraumsaðgang sem GR hefði boðið Símanum. Síminn lagði áherslu á að tillaga félagsins um verð hefði verið hugsuð sem innlegg og til að koma umræðunni af stað.

Með tölvupósti Símans til GR, dags. 17. desember 2017, bárust fyrstu viðbrögð Símans við framangreindu tilboði GR um [...] Þá hefði verið gleðilegt að heyra að GR opnaði á óvirkan aðgang í ónumdum hverfum og myndi Símasamstæðan klárlega vilja ræða það nánar, en eins og gæfi að skilja óskaði Síminn eftir því sama í eldri hverfum.

Þróunin í hinum vestræna heimi hefði sýnt að óvirkur aðgangur væri mun hagkvæmari leið við samnýtingu fyrirbyggjandi innviða hjá fyrirtækjum í opinberri eigu, en að samnýta eingöngu hið virka aðgangskerfi í heild sinni eða að samnýta eingöngu rörin og framkvæmdirnar. Mismunandi þjónustuveitendur gætu tengst heimtaug án endabúnaðar með sínum virka fjarskiptabúnaði og skapað samkeppni í mismunandi þjónustulausnum. Svartur ljósleiðari opnaði þannig aðgang djúpt í virðisreidjunni og laðaði fram fjölbreytni og nýsköpun. Þeir smásalar sem vildu frekar meiri þjónustu frá GR, svo sem búnað og virkni, gætu nýtt sér þá þjónustu líka. Bæði löggjafinn og eftirlitsaðilar væru sammála um nauðsyn á óvirkum aðgangi eins og glögg mætti sjá í skilmálum styrkúthlutunar Fjarskiptasjóðs til uppbyggingar ljósleiðarakerfa í dreifbýli í tengslum við verkefnið Ísland ljóstengt 2018. Þar væri skýrt kveðið á um að ekki væri veittur styrkur fyrir virkum fjarskiptabúnaði sem þyrfti til að veita þjónustu yfir ljósleiðarakerfið, aðeins fyrir upphafskostnaði vegna byggingar óvirks varanlegs hluta ljósleiðarakerfisins og að kerfið sem byggt yrði skyldi hanna fyrir opinn aðgang.

Í tölvupósti forstjóra Símans til GR, dags. 22. desember 2017, kom fram að ljóst væri að Síminn myndi ekki samþykkja hið nýja tilboð GR. Eins og áður hefði komið fram væru verðin í tilboðinu vonbrigði, auk þess grundvallaratriðis að tilboðið fjallaði um aðra þjónustu en þá sem Síminn hefði óskað eftir. Hins vegar hefði Símanum þótt ýmislegt jákvætt hafa komið fram í máli GR og vildi Síminn því gjarnan taka markvissa fundaröð með GR í janúar 2018. [...]

Þann 19. desember 2017, svaraði Míla fyrirspurn PFS þar sem stofnunin hafði óskað eftir skýringum á því hvað hefði valdið því að ljósleiðaravæðingaráform félagsins hefðu ekki gengið að fullu eftir í samræmi við áður auglýst áform. Forstjóri Símans hefði t.a.m. sagt í viðtali í desember

2016 að ljósleiðaravæðing til heimila á höfuðborgarsvæðinu yrði að mestu lokið snemma árs 2018, en Míla hefði þann 5. desember 2017 tjáð PFS að dekkunin yrði orðin um 60% í árslok 2017 og um 72% í árslok 2018.

Í framangreindu svari Mílu kom fram að ýmislegt hefði breyst síðan í árslok 2016 sem valdið hefði töfum á útbreiðslunni. *Í fyrsta lagi* hefðu [...]

Með bréfi GR til PFS, dags. 24. janúar 2018, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn Símans frá 12. desember 2017. M.a. kom fram að sumarið 2016 hefðu fyrirtækin átt í viðræðum sem m.a. höfðu það að markmiði af hálfu GR að varpa ljósi á það hvort viðskiptalegar forsendur væru fyrir því að bjóða upp á þann óvirka aðgang að innviðum GR sem Síminn hefði sótt stíft eftir að fá. Í ljós hefði komið að forsendur fyrir slíkum aðgangi hefðu ekki verið til staðar. Þann 15. desember 2017 hefði GR síðan gert Símanum tilboð um [...] Með þessu hefði GR talið að verið væri að bjóða Símanum þann aðgang sem Síminn hefði óskað eftir í bréfi til GR, dags. 27. nóvember 2017. Á fundi forsvarsmanna félaganna þann 18. janúar 2018 hefði GR fengið frekari upplýsingar um gagntilboð Símans um óvirkan aðgang að ljósleiðurum GR, ásamt því að fá það staðfest að Síminn hefði engan áhuga á umræddri bitastraumslausn GR. Samtímis hefði verið farið yfir verðtilboð Símans til GR varðandi leigu á svörtum ljósleiðara til heimila sem reynst hefðu óraunhæfar. Síminn hefði með tilboði sínu verið að óska eftir aðgangi að innviðum GR sem bæru ríflega [...] af kostnaði vegna fjárfestinga og myndi þar að auki hafa aukinn kostnað í för með sér fyrir GR. GR hefði sömuleiðis upplýst Símann um að umræddur aðgangur væri ekki mögulegur á svæðum þar sem búið væri að leggja ljósleiðara. Hægt væri að skoða slíkan aðgang þar sem tveir ljósleiðaraþræðir hefðu verið lagðir í heildarverki alla leið og sömuleiðis við ljósleiðaravæðingu heimila til framtíðar.

Þannig hefði GR sýnt frumkvæði og gengið nokkuð langt til þess að reyna að koma til móts við kröfur um aðgang. Fyrst á grundvelli aðgangs að svörtum ljósleiðara, en ekki hefði gengið saman með aðilum á þeim grundvelli. Vert væri að nefna að umræddur aðgangur sem Síminn gerði kröfu um væri ekki í boði til fjarskiptafyrirtækja hjá Mílu.

Þá vildi GR benda á að viðskiptamódel GR frá upphafi hefði byggst á hugmyndafræði um „Opið net“ sem fælist í:

- Rekstraraðili netsins væri óháður þjónustuaðilum og væri ekki á þjónustumarkaði.
- Jafn aðgangur allra þjónustuaðila til að bjóða þjónustu um netið. Sú staðreynd að óháður aðili, sem ekki væri í samkeppni á markaði, ætti og starfrækti netið (dreifikerfið) tryggði að ekki yrði um markaðslegar hindranir að ræða.
- Þjónustuaðili þyrfti ekki að fjárfesta í dreifikerfi heldur einungis taka á sig lágmarks kröfur (tæknilegar og fjárhagslegar) til að fá aðgang að netinu. Þannig næðist fram sem breiðast framboð þjónustu inn á netið.
- Frjálst val viðskiptavina á þjónustu. Engin takmörk væru sett um val þjónustu sem byðist um netið.
- Aðgengi að netinu, þjónustum og fjarskiptafyrirtækjum væri stýrt með rafrænum hætti í gegnum hugbúnaðarkerfi.

Þetta viðskiptamódel væri ekki séríslenskt fyrirbæri. Sem dæmi vísaði ESB til þessa viðskiptamódelis undir enska heitinu „Active-layer Open Model“ í skýrslu á vef sambandsins sem birt var þann 24. apríl 2015 en síðan uppfærð þann 3. október 2017.

Óvirkur aðgangur myndi óhjákvæmilega leiða til óhagræðis og aukins kostnaðar þar sem ekki væri lengur hægt að bjóða aðgang eða skipta um þjónustu með rafrænum hætti. Með því að veita Símanum slíka þjónustu gæti myndast hvati hjá Símanum að hamla samkeppni hjá öðrum aðilum á kerfi GR eins og Vodafone, Nova og Hringdu. Slík vara væri ekki til hjá GR í dag og ekki væri hægt að gera þá kröfu til GR að slík vara yrði í boði ef ekki væru viðskiptalegar forsendur til staðar, s.s. varðandi verð, vænta nýtingu og leigutíma. GR væri rekið á markaðslegum forsendum í samræmi við ákvörðun PFS um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi OR.

GR teldi engar tæknilegar forsendur fyrir því að Síminn þyrfti óvirkan aðgang í stað þess aðgangs sem GR hefði boðið í desember 2017. Það að Síminn vildi ekki stóla á þriðja aðila í sínum fjarskiptarekstri væru ekki rök í þessu máli þar sem Síminn væri nú þegar háður öðru félagi, Mílu. Jafnframt væri Síminn ávallt háður tæknistefnu GR, s.s. varðandi framtíðarbreytingar á ljósleiðarakerfi GR. Það óhæði sem Síminn legði mikla áherslu á fengist einungis með því að byggja á sínu eigin kerfi. Míla væri rekið sem aðskilið fyrirtæki, skv. þeim kvöðum sem á það félagið hefðu verið lagðar, og því væri Síminn ekki einu sinni að ná því að vera óháður tæknistefnu annarra þrátt fyrir eignarhald á Mílu. Það væri upplifun GR miðað við framangreint að Síminn liti á kerfi Mílu sem sitt eigið.

Reyndar teldi GR að Síminn gæti allt eins haft hag af því að koma inn á fjarskiptanet GR með sama hætti og önnur fjarskiptafyrirtæki í ljósi þess að Síminn ætti fjarskiptafyrirtæki, Mílu, sem væri að byggja upp aðskilið ljósleiðaranet á sama markaðssvæði og GR og því með öllu óljóst hversu lengi viðskiptavinir Símans yrðu tengdir um ljósleiðarakerfi GR. Það gæti verið hagkvæmari lausn fyrir alla aðila, heldur en að búa til sértæka lausn í formi dýpri aðgangs að fjarskiptaneti GR. Síminn þyrfti eingöngu að tengjast neti GR á tveimur stöðum og gæti hafið veitingu þjónustu á innan við 6 mánuðum með þeim hætti.

Óvirkur aðgangur myndi einnig setja skorður við tæknilegar framfarir í aðgangsneti GR. Þó að ljósleiðaraheimtaugar GR væru með svokölluðum P2P hætti þá væri ljóst að frá því að ljósleiðaravæðing GR hefði hafist, hefði þörfin fyrir ljósleiðaratengingar aukist og fyrirséð væri að t.d. 5G tækni með þéttara neti fjarskiptasenda kallaði á aukinn forða í aðgangsnetum. Ekki væri hægt að útiloka að framtíðar aðgangsnet GR yrði byggt á NG-PON2 bylgjulengdartækni ofan á núverandi ljósleiðaraheimtaugum. Óvirkur aðgangur samræmdist ekki slíkri framtíðarsýn. [...].

Þá vísaði Síminn til erlendra fjarskiptaneta kröfu sinni til stuðnings. GR teldi að slíkur samanburður væri marklaus. Það væri hverju fjarskiptafyrirtæki frjálst að byggja upp sitt viðskiptamódel með sínum hætti. Þar að auki teldi GR að Síminn færi frjállega með staðreyndir í umræddum dæmum. GR teldi ekki ástæðu til að eltast við þær staðreyndavillur að öðru leyti en að benda á að Stokab hefði byggt ljósleiðarakerfi sitt upp með allt öðrum hætti en GR. Stokab hefði frá upphafi selt aðgang að svörtum ljósleiðara, enda kerfið byggt upp til þess, en hefði ekki farið í ljósleiðaravæðingu til heimila, með þeirri undantekningu að lagður hefði verið ljósleiðari í kjallara stórra fjölbýlishúsa. CityFibre í Bretlandi hefði byggt kerfi sitt upp sem GPON kerfi.

Í tölvupósti GR til Símans, dags. 25. janúar 2018, svaraði GR beiðni Símans um óvirkan aðgang að innviðum og prófunum á slíkum tengingum í netum GR. Fram kom að GR sæi sér ekki annað fært en að hafna frekari viðræðum um aðgang að svörtum ljósleiðara, þar sem ekki væri grundvöllur til þess að félögin næðu saman. Hefði Símasamstæðan hins vegar áhuga á auka ljósleiðaraþræði til heimila gæti GR gert ráð fyrir því við lagningu ljósleiðara í framkvæmdum ársins 2018, að því gefnu að félögin næðu saman um það á viðskiptalegum grundvelli.

Þá kom fram að á framangreindum fundi félaganna þann 18. janúar 2018 hefði GR spurt hvort Síminn vildi koma með IPTV yfir bitastraumsaðgang. Síminn hefði fram til þessa hafnað mögulegum samningum um að nota slíkan aðgang hjá GR. Síminn væri nú, sem áður, velkominn á opið net GR, skv. gildandi gjaldskrá félagsins hverju sinni. Svo allur vafi væri af tekinn þá væri gjald fyrir IPTV þjónustu um opið net GR [...] kr. á mánuði fyrir hvern viðskiptavin samkvæmt núgildandi gjaldskrá. Hefði Síminn áhuga á að selja IPTV þjónustu sína um opið net GR þá yrði tekið vel á móti félaginu. Ekki væru tekin stofngjöld við það. Aðeins þyrfti að tengjast kerfi GR á tveimur stöðum. Ef Síminn breytti stefnu sinni varðandi umræddan bitastraumsaðgang, þá væri GR ávallt reiðubúin til áframhaldandi viðræðna um opna netið eða dýpri bitastraumsaðgang.

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 9. febrúar 2018, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn GR frá 24. janúar 2018. Míla taldi rétt að útskýra lagskiptingu í virðiskeðju háhraðanetsþjónustu. Hefðbundin lagskipting væri í þremur lögum:

- L1 = Hjávirkir (e. passive) innviðir (svartur ljósleiðari)
- L2 = Virkur búnaður nets (bitastraumsþjónusta)
- L3 = Þjónusta og dreifing þjónustu (almenn fjarskiptaþjónusta við notendur)

Míla bæri samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2014 að veita aðgang að L1 og væri óheimilt að takmarka aðgang við L2 eða L3 eingöngu. Það sem GR hefði talað um sem „opið net“ samþætti hins vegar L1 og L2 aðgang, sem hefði það í för með sér að fjarskiptafyrirtæki hefðu ekki val um aðgangsleiðir að neti GR. Þar af leiðandi væri engin samkeppni í L2 þjónustu á neti GR. Mörg fjarskiptafyrirtæki á Íslandi starfræktu L2 þjónustu og hefðu lýst áhuga á að veita L2 þjónustu á neti GR. Sú aðgerð GR að lóðrétt samþætta L1 og L2 þjónustu og synja aðgangi að L1 hindraði samkeppni sem yrði að teljast óeðlileg aðgerð fyrir fyrirtæki sem væri að öllu leyti í eigi opinberra aðila. Míla hefði L1 aðgang að öllum ljósleiðarakerfum sem lögð hefðu verið með stuðningi verkefnisins og veitti L2 þjónustu á þeim öllum. Míla hefði einnig L1 aðgang að ljósleiðarakerfi Tengis á Akureyri og nágrenni. Því mætti segja að „opið net“ GR væri eina ljósleiðarakerfið sem teldist ekki bjóða opinn aðgang í skilningi evrópsks fjarskiptaréttar og byði ekki L1 aðgang.

Míla hefði formlega óskað eftir aðgangi að L1 hjá GR á Seltjarnarnesi þann 26. apríl 2017. Því erindi hefði ekki verið svarað fyrr en 22. september 2017 þar sem erindi Mílu hefði verið hafnað. Rökstuðningur GR fyrir höfnun væri að mati Mílu eingöngu til málamynda. Meðal annars hefði GR fullyrt að félagið þyrfti að leggja út í kostnað sem næði til mun stærra svæðis en Seltjarnarness, sem að mati Mílu stæðist enga skoðun. Varðandi verð, nýtingu og leigutíma þá hefði Míla ekki komist svo langt með aðgangsbeiðni sína að þessi atriði hefðu verið rædd. GR hefði heldur ekki sett fram neinar óskir um slíkt við Mílu. Væri vilji hjá GR til að veita L1 aðgang ættu óskir GR varðandi þessi atriði að liggja fyrir. Míla teldi augljóst að viljaleysi GR til að veita L1 aðgang væri eingöngu byggt á þeirri forsendu að félagið vildi koma í veg fyrir samkeppni á L2 þjónustu á ljósleiðaraneti félagsins.

GR hefði ennfremur tekið fram að umræddur aðgangur myndi setja skorður við tæknilegar framfarir í aðgangsneti GR og að ekki væri hægt að útiloka að framtíðar aðgangsneti GR yrði byggt á NG-PON2 bylgjulengdartækni ofan á núverandi ljósleiðaraheimtaugum, m.a. vegna aukinna þarfa fyrir ljósleiðaratengingar vegna 5G sem kallaði á aukinn forða í aðgangsneti. Míla teldi þetta langsótt og byggði ekki á staðreyndum, en væri fremur lýsandi fyrir andstöðu GR við að veita L1 aðgang og hindra þannig að aðrir en GR gætu veitt L2 þjónustu. Einfalt væri að fullyrða að möguleg framtíðarnot takmörkuðu þann forða sem hægt væri að nota. Staðreyndin væri hins vegar sú að ósk Mílu um L1 aðgang hefði engin áhrif á framtíðarnot þar sem að eingöngu væru notaðar sömu heimtaugar og GR notaði við að veita notendum þjónustu í dag. Þannig myndi forði á neti GR ekki minnka við að veita L1 aðgang. Með PON tækni mætti margfalda fjölda heimtauga sem þegar væru í kerfi GR og mætti t.d. nýta það til að tengja 5G kerfi. Eftir sem áður væri þá nægur forði til að veita L1 aðgang til heimila og fyrirtækja frá tengigrind í tækjahýsingu GR.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 21. febrúar 2018, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn GR frá 24. janúar 2018. Þar kom m.a. fram að með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2005 hefði samruni Vodafone og Línu.nets verið samþykktur. Í tilefni af samrunanum hefði OR sent Samkeppnisstofnun (SE) yfirlýsingu þann 25. apríl 2005 þar sem m.a. hefði komið fram að OR myndi eftir sölu á Línu.neti til Vodafone áfram selja aðgang að ljósleiðaraneti í eigu fyrirtækisins, hvort sem um er að ræða aðgang að ljósleiðara með IP-tækni eða ljósleiðara án endabúnaðar. Í forsendum ákvörðunar samkeppnisráðs segði síðan að í ljósi yfirlýsingar OR um aðgang að ljósleiðaranetinu á jafnræðisgrundvelli teldi samkeppnisráð ekki ástæðu til að gera athugasemdir við samrunann. Framangreindur samruni hefði því verið gerður á grundvelli skuldbindingar OR um að veita m.a. aðgang að ljósleiðara án endabúnaðar. Beiðni Símans fæli því einungis í sér að GR veitti aðgang að ljósleiðaraneti sínu í samræmi við þær skuldbindingar sem félagið hefði undirgengist.

Yrði einnig að horfa til þess að um væri að ræða fyrirtæki sem gróft áætlað væri með um 55-60% af veltu í sölu á bitastraumsaðgangi og leigu á heimtaugum á höfuðborgarsvæðinu og því í markaðsráðandi stöðu ef það væri skilgreint sem sérstakur landfræðilegur þjónustumarkaður.

Þá kom fram að eins og þekkt væri hefðu samningaumleitarnir Símans og GR verið í gangi frá haustinu 2015, þar sem félögin hefðu fyrst rætt um aðgang Símans að svörtum ljósleiðara GR. Á þeim tíma hefði GR kynnt lausn fyrir Símanum sem Síminn hefði talið aðgengilega. GR hefði síðan hætt við að bjóða umræddan aðgang, fyrst með því að setja upp verðmiða á aðganginn sem falið hefði í sér verulegan stofnkostnað sem GR hefði mátt vera ljóst að Síminn myndi ekki greiða og núna síðast með því að lýsa því yfir að félagið hefði ekki áhuga á því að ræða umræddan aðgang við Símann, þar sem „viðskiptalegar forsendur“ væru ekki fyrir hendi. GR hefði aldrei gert grein fyrir því hvaða viðskiptalegu forsendur GR teldi vera ásættanlegar.

GR hefði haldið því fram að verðhugmyndir Símans væru óraunhæfar án þess að fram hefði komið hvaða verðhugmyndir væru raunhæfar. Síminn hefði lagt til leigu á ljósheimtaug á [...] kr. en síðan myndi bætast við gjald fyrir tengingu ljósleiðara GR á viðkomandi tengistöðum þannig að endanlegt verð yrði hærra. Hefði verið reiknað með að GR myndi koma með verðtillögu á móti sem GR teldi vera réttmæta enda GR með gögn til þess að leggja mat á eðlilegt verð fyrir þjónustuna. Það hefði GR hins vegar ekki gert. GR hefði fullyrt að of mikið bæri í milli án þess þó að segja hvað það væri. Símanum væri t.d. ekki kunnugt um verðkröfur GR þar sem þær hefðu

ekki verið lagðar formlega fram. GR hefði ennfremur haldið því fram að Síminn hefði farið fram á að fá aðgang að þjónustu sem endurspeglaði [...] af kostnaði GR vegna fjárfestinga. Ef það væri rétt þá hefði GR getað boðið Símanum verð sem væri [...] af því gjaldi sem GR innheimti fyrir aðganginn að kerfinu.

Ljóst væri að tæknilega hefði ekkert vandamál verið fyrir GR að veita aðganginn árið 2015 og tæknilega væru engin vandkvæði bundin við að veita umræddan aðgang árið 2018, þótt GR reyndi ítrekað að koma með nýjar skýringar á tregðu félagsins í þessum eignum. Þannig hefði GR ekki haldið því fram á árinu 2015 að viðskiptamódel félagsins stæði aðganginum í vegi. Tilvísanir til viðskiptamódelis GR væru einfaldlega eftirskýringar. Þessu til áréttingar mætti benda á að það væri nokkuð einfalt að veita þann aðgang sem Síminn hefði óskað eftir. Það væri því tæknilega vel mögulegt að veita þann aðgang sem Síminn óskaði eftir án þess að það kostaði verulegar fjárhæðir. Síminn hefði lengi haft efasemdir um háan stofnkostnað sem GR héldi fram að væri óhjákvæmilegur. Meintur stofnkostnaður GR væri tilbúningur sem væri gerður í þeim eina tilgangi að koma í veg fyrir að fjarskiptafyrirtæki sýndu áhuga á óvirkum aðgangi og meira í ætt við ólögmetar aðgangshindranir markaðsráðandi fyrirtækis.

Í stað þess að taka tillögu Símans með jákvæðum hætti hefði GR einfaldlega hafnað að ræða tillöguna. Hefði einhvern tímann leikið vafi á því að GR hefði ekki viljað veita óvirkan aðgang að kerfi sínu þá hefði það núna verið formlega staðfest. Síminn teldi þessa synjun sýna að GR hefði aldrei haft neinn áhuga á þessum viðskiptum og vildi aðeins bjóða einn mjög takmarkaðan aðgang sem sannarlega drægi úr samkeppni. Þótt aðgangur GR gæti auðveldað innkomu nýrra og smærri aðila, þá takmarkaði hann samkeppni, sérstaklega þar sem aðeins væri veitt ein tegund af aðgangi. Að mati Símans hefði markmið GR verið að draga úr samkeppni og reyna að tryggja stöðu sína.

Að mati Símans væri ekki rétt að GR starfandi ekki á þjónustumarkaði. Félagið innheimti aðgangsgjald til endanotenda beint og eðli málsins samkvæmt veitti GR þjónustu á grundvelli þess að félagið væri í viðskiptasambandi við endanotandann. GR virtist vera að byggja á sama módeli og Stokab en starfaði samt í samkeppni við eigin viðskiptavinum og reyndi að takmarka getu þeirra til þess að reka eigin bitastraumsþjónustu. Hjá Stokab væri þetta einmitt skýrlega afmarkað. Stokab starfrækti ekki bitastraumsþjónustu af þeirri ástæðu að félagið vildi ekki skapa tortryggni eða hagsmunaaðreistra. GR segði að þjónustuaðili þyrfti ekki að fjárfesta í dreifikerfi. GR kæmi í veg fyrir að þjónustuaðilar á neti GR fjárfestu í aðgangskerfi og útilokaði þannig samkeppni. Þá væri ekki frjálst val um þjónustu. GR hagaði uppbyggingu á netinu með þeim hætti að val neytenda væri í reynd takmarkað við endursöluaðila.

Síminn hefði ekki óskað eftir bitastraumsþjónustu frá GR. Öll rök hnigu að því að sá aðgangur sem GR byði væri verri kostur fyrri samkeppni og nýsköpun en óvirkur aðgangur. Ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB staðfestu það. Rannsóknir á vegum Stokab, hollenska fjarskiptaeftirlitsins og Vodafone Global staðfestu það einnig og styddu því við málalíbúnað Símans. GR gæti hins vegar ekki bent á neinar rannsóknir sem styddu þá fullyrðingu að bitastraumsaðgangur væri betri valkostur fyrir samkeppni en óvirkur aðgangur. Hlyti að vekja furðu að opinbert fyrirtæki sem gæfi sig út fyrir að bjóða opið net og efla samkeppni skyldi ekki bjóða upp á og velja þá leið sem almennt væri talin best til þess fallin að örva samkeppni og auka hagsæld þar með. Niðurstaðan væri því sú að á markaði þar sem byggt væri á sams konar módeli og GR byggði á væri samkeppni í verði og gæðum takmörkuð. Sú kenning að beiðni Símans væri samkeppnishamlandi hefði verið rannsökuð og henni hafnað.

Þá væri ekki rétt hjá GR að ljósleiðaranet Stokab næði ekki til heimila, en Síminn hefði fengið það staðfest að netið væri tengt til 90% heimila í Stokkhólmi og 100% fyrirtækja.

Að mati Símans sýndi hegðun GR í málinu tilraun opinbers fyrirtækis sem væri í markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu að þvinga Símann til þess að fara með IPTV þjónustuna félagsins yfir net sitt.

PFS hefði óskað eftir afstöðu Símans til svokallaðs [...] Ef GR vildi fá þjónustu Símans yfir kerfi GR þá byði GR Símanum þá þjónustu sem óskað væri eftir á kjörum sem GR teldi vera viðskiptalega forsvaranleg. Síminn hefði lagt til ákveðna verðlagningu og það væri þá næsta skref að GR kæmi með gagnaþilboð.

Málsmeðferð í þessu máli hefði sýnt það að vilji Símans stæði til að veita IPTV þjónustu sinni yfir önnur fjarskiptanet en aðgangsnét dótturfélagsins, Mílu, enda hefði Síminn samið um aðgang að nær öllum öðrum aðgangsnétum en neti GR. Staðreynd málsins væri sú að Síminn byði IPTV þjónustu félagsins yfir önnur aðgangsnét, s.s. aðgangsnét Tengis, sem næði vel yfir 6-7 þúsund heimili á norðurlandi og væri því stærsta FTTH netið á því svæði. Það væri því ekki hægt að halda því fram að Síminn beindi viðskiptavinum viðskiptamanna sinna að aðgangsneti Mílu. Stór hluti af viðskiptavinum Símans á Akureyri notaði net Tengis og þeim færi ört fjölgandi. Sama staða væri uppi á höfuðborgarsvæðinu, ef GR hefði boðið þann aðgang sem félagið hefði sagst ætla að gera árið 2015 og hefði skuldbundið sig til gagnvart Samkeppniseftirlitinu á árinu 2005. Tengir hefði ákveðið að bjóða óvirkan aðgang árið 2011, sem skilaði félagið jákvæðri afkomu ár eftir ár, ólíkt GR sem hefði verið rekið með tapi og fengið lánaþyngriðslu vandræðalaust í skjóli eigenda sinna.

Væri það reyndar svo að Síminn hefði sótt það fast að fá aðgang að neti GR. Beiðni Símans hefði byggst á því að fá aðgang á skilmálum sem væru almennt þekktir í samanburðarlöndum í Evrópu, þar sem talið væri að slíkur aðgangur væri til þess fallinn að örva samkeppni og auka nýsköpun í starfsemi fjarskipta- og upplýsingatæknifyrirtækja. Af einhverjum ástæðum sem Síminn ætti erfitt með að skilja synjaði GR Símanum um aðgang að ljósleiðaraneti sínu, þrátt fyrir að það myndi skapa því verulegar tekjur. Því mætti miklu frekar líta svo á að það væri GR sem synjaði Símanum um aðgang, en að því væri öfugt farið, eins og GR héldi fram í máli þessu. Yrði GR við beiðni Símans um aðgang með sömu skilmálum og þekktust erlendis og einnig á Íslandi í samningum Símans við Tengi á Akureyri og önnur aðgangsnét, væri ágreiningur í þessu máli úr sögunni. Það að ekki hefðu náðst samningar milli aðila gæti hins vegar ekki leitt til þess að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga teldist hafa verið brotin. Ágreiningur Símans og GR snérist um aðgang að neti GR, sem hefði ekki verið veittur enn sem komið væri.

Að lokum tók Síminn það fram að GR hefði haldið því fram að Síminn myndi ekki nota kerfi GR þar sem kerfi Mílu væri fyrir hendi. Staðreyndin væri sú að víða á landinu notuðu viðskiptavinir Símans aðgangsnét annarra þótt aðgangsnét Mílu veitti sambærilega þjónustu. Sannaði það að Síminn beindi viðskiptum sínum ekki frekar að Mílu en öðrum samstarfsaðilum. Hvað sem því liði mætti þó benda á að þótt Síminn myndi aðeins notast við ljósleiðara GR, þar sem ljósleiðari Mílu væri ekki fyrir hendi, þá væru það eftir sem áður tekjur upp á [...] sem GR yrði af. GR vildi frekar láta fjárfestingu sína liggja í jörðinni ónýtt og fá engar tekjur. Erfitt væri að skilja hvernig það þjónaði hagsmunum félagsins.

Með tölvupósti forstjóra Símans til forstjóra GR, dags. 22. febrúar 2018, var spurst fyrir um hvort GR væri til viðræðu um óvirkan aðgang, ef öll viðskiptaleg sjónarmið, þ.m.t. verð, væru að mati GR fullnægjandi. Með tölvupósti GR til Símans, dags. 26. febrúar 2018, svaraði forstjóri GR framangreindri fyrirspurn. Tekið var fram að það hafi verið forstjóri GR sem hefði á árinu 2015 komið á fund til forstjóra Símans eftir að Síminn var kominn á markað í október 2015, til að reyna að koma á viðskiptum milli félaganna, með hugmyndir um annars vegar óvirkan aðgang og hins vegar virkan aðgang að neti GR. Í kjölfarið hefði farið mikill tími í að reyna að komast að því hvort forsendur væru fyrir því að þróa nýja vöru í formi óvirks aðgangs, eða hvort að forsendur væru fyrir því að Síminn kæmi inn á opna net GR.

Þá kom fram að fjarskiptakerfi GR hefði frá upphafi verið byggt upp sem opið virkt net sem hefði sjálfvirkni að leiðarljósi. Það væri komin mikil reynsla á upphaflega viðskiptamódelið. Þetta módel hefði sannað sig, jafnvel þó að Síminn vildi ekki koma inn á það. Eins og farið hefði verið yfir á fundum á árinu 2015 þá fæli það í sér miklar fjárfestingar að búa til nýja vöru sem byggði á aðgengi að undirliggjandi innviðum. Það væri ekki sjálfgefið að fyrirtæki færi út í slíka vöruþróun, sem krefðist bæði fjárfestinga og athygli stjórnenda, með óvissri arðsemi. Forsvarsmenn Símans hefðu sjálfir talað fyrir þeim umbreytingum, sem Síminn hefði staðið fyrir á Símasamstæðunni, með það að markmiði að skerpa fókus stjórnenda og auka arðsemi samstæðunnar. Mikið hefði breyst síðan 2015, er félögin reyndu að ná saman.

1. Símasamstæðan hefði áfram fjárfest í innviðum og ætti nú ljósleiðarainnviði til yfir 60% heimila á höfuðborgarsvæðinu, samkvæmt ársuppgjöri 2017. Áform væru um að ljúka ljósleiðaravæðingu höfuðborgarsvæðisins innan skamms. Símasamstæðan hefði valið að fara þá leið að virkja sína innviði, sem GR hefði fullan skilning á.
2. Síminn hefði margoft gefið út að það kostaði samstæðuna lítið að ljósleiðaravæða heimili vegna fyrirliggjandi innviða. Því væri augljóst að það væri arðbært fyrir Símasamstæðuna að eiga sína innviði og halda áfram sinni lóðréttu stöðu.
3. Munur milli tenginga í ljósleiðaraneti Mílu og tenginga í ljósleiðaraneti GR ætti því ekki að vera mikill og minnkaði ört með hverjum mánuðinum.

Einnig væri merkilegt að á sama tíma og aðilar vissu að munur milli félaganna væri mögulega um 10.000 heimili, héldi Síminn því fram að GR væri að verða af [...] milljóna kr. tekjum á ári, ef GR yrði ekki við beiðni Símans um óvirkan aðgang að opnu neti GR. Sem dæmi þá hefði síðasta tillaga Símans að verði á óvirkum aðgangi verið [...] kr. per/heimili á mánuði. Til að ná [...] milljóna kr. tekjum þá þyrfti Síminn að vera með tæplega 16.000 viðskiptavini mánaðarlega á neti GR. Það væri auðvelt að sjá að þessa tölur gengju ekki upp, þegar mismunur milli kerfa yrði aðeins 10.000 heimili. Mikið hefði því breyst síðan árið 2015 að mati GR og félagið ætti mjög erfitt með að sjá hvaða viðskiptatækifæri lægju milli félaganna varðandi óvirkan aðgang.

Einnig fyndist GR óeðlilegt að þrátt fyrir að Síminn talaði eins og sáttin við SE væri ekki til staðar, þá væri það engu að síður staðreynd að hún væri enn í gildi og því ættu viðræður um innviðaleigu og/eða kaup á innviðum að vera á milli GR og Mílu.

Yrði breyting á afstöðu Símans varðandi kaup á bitastraumsaðgangi um opið net Ljósleiðarans þá væri GR alltaf tilbúin til viðræðna við Símann, auk þess sem tilboð GR til Símans um IPTV aðgang fyrir [...] kr. stæði ennþá til boða eftir sem áður, án skuldbindinga og stofnkostnaðar.

Með tölvupósti forstjóra Símans til forstjóra GR, dags. 5. mars 2018, voru gerðar athugasemdir við framangreint svar GR frá 26. febrúar 2018 um hvort GR væri til viðræðu um óvirkan aðgang. Fram kom að um rakið viðskiptatækifæri væri að ræða fyrir báða aðila. Eins og Síminn hefði lagt áherslu á þá væru verðtillögur þær sem lagðar hefðu verið fram af hálfu Símans til umræðu en ekki einhvers konar afarkostir. Síminn vildi því reyna í síðasta sinn að fá það staðfest hvort GR væri tilbúin að ræða um óvirkan aðgang við Símann. Þá væri Síminn að gera ráð fyrir einingaverðum og magni sem sköpuðu heildartekjur fyrir GR sem uppfylltu viðskiptaleg sjónarmið, ásamt því að vera til í að taka á sig þær eðlilegu fjárfestingar sem þyrfti til að skapa aðgengi að undirliggjandi innviðum.

Síminn teldi óvirkan aðgang þá tæknilegu högun sem þjónaði hagsmunum félagsins best og væri besta leiðin fyrir viðskiptavinum Símans sem gerðu miklar kröfur til félagsins varðandi gæði og að ábyrgð á þjónustunni væri á einum stað. Nýsköpun, fjölbreytni, gróska og samkeppni ættu að fara fram í tæknilaginu, í stað þess að komið væri einungis upp einu bitastraumslagi á höfuðborgarsvæðinu.

Með bréfi GR til PFS, dags. 5. mars 2018, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn GR frá 21. febrúar 2018. Fram kom að Síminn færi með rangt mál hvað varðaði efnislegt innihald ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 13/2005 og reyndi með rangfærslum að yfirfæra efni hennar yfir á þetta mál. Í textanum sem Síminn vísaði til og legði út frá í umræddri ákvörðun væri verið að fjalla um markaði fyrir fyrirtækjatengingar. Á fyrirtækjamarkaði hefði GR selt aðgang að svörtum ljósleiðara um árabil enda fyrirkomulagið annað fyrir þann markað. Það væri alveg ljóst af ákvörðuninni sjálfri, að aðalforsenda þess að samruninn hefði verið heimilaður væri sú, að OR veitti fjarskiptafyrirtækjum aðgang að ljósleiðaranetum á jafnræðisgrundvelli. Það væri algjörlega útilokað að unnt væri að lesa það út úr þessari ákvörðun, að það hefði á einhvern hátt verið forsenda fyrir samþykki fyrir sölu á Línu.neti til Vodafone, að OR myndi veita aðgang að svörtum ljósleiðara til heimila. Þessi tilraun Símans til að styðja við kröfur sínar um aðgang að svörtum ljósleiðara fyrir þjónustu á einstaklingsmarkaði ætti því ekki við rök að styðjast. Viðskiptamódel GR hefði frá upphafi byggst á hugmyndafræði um „Opið net“.

Viðskiptamódel GR væri alls ekki sér íslenskt fyrirbæri. Fjarskiptakerfi GR byggði á opnu virku neti sem væri viðurkennt viðskiptamódel, sbr. m.a. heimasíðu Evrópusambandsins um háhraðafjarskiptanet. Að mati Evrópusambandsins þyrfti að vega og meta aðstæður í hverju landi þegar metið væri hvaða viðskiptamódel hentaði best. Fyrirtæki sem rekin væru á markaðslegum forsendum veldu að sjálfsögðu það módel sem þau teldu að myndi skila þeim árangri sem að væri stefnt.

Samkvæmt ákvörðun PFS um fjárhagslegan aðskilnað þyrfti GR að sýna fram á tiltekna arðsemi. Stjórnendur fyrirtækisins þyrftu að vinna eftir þessu. Það væri ekki sjálfgefið að fyrirtæki færi í hvaða vöruþróun sem væri fyrir viðskiptavinum sína eða keppinauta, hvað þá ef með öllu væri óvíst með arðsemi. Það flækti einnig málið að óskín kæmi frá fyrirtækjasamstæðu sem væri í samkeppni, bæði á virku og óvirku lagi, og sem hefði lýst því yfir opinberlega að hún hyggist leggja ljósleiðara í öll heimili á sama þjónustusvæði og GR.

Síminn reyndi enn og aftur að vísa til þess að GR hefði synjað Símanum um aðgang að fjarskiptaneti sínu. Þessu mótmælti GR. GR hefði lagt mikið upp úr því að fá Símann inn á fjarskiptanet sitt með tilboðum sem hefðu haft það að markmiði að mæta væntingum Símans um viðskiptakjör og tæknilega högun. GR hefði lagt í mikla vinnu og kostnað við að ná Símanum í

viðskipti. Síminn hefði hafnað öllum tilboðum GR, tilboðum sem gerð hefðu verið með jafnræði að leiðarljósi og miðuðu að því geta boðið öðrum fjarskiptafélögum sömu lausn og myndi standa Símanum til boða. Það að Síminn vildi byggja á beinum aðgangi að svörtum ljósleiðara í gegnum dótturfélag sitt, Mílu, kæmi ekki í veg fyrir það að Síminn gæti samið um aðgang að opnu neti GR til að geta boðið fjarskiptaþjónustu sína, á meðan Míla kláraði ljósleiðaravæðingu sína.

Fjarskiptanet GR væri opið öllum fjarskiptafyrirtækjum á jafnræðisgrundvelli, sem hefðu jafnan aðgang að vöruframboði GR sem í boði væri hverju sinni, samkvæmt þeirri stefnumörkun sem félagið hefði mótað sér og tæknilegri högun sem skilgreind hefði verið í upphafi starfseminnar, þ.e.a.s. með bitastraumsaðgangi. Síminn hefði hafnað öllum tilboðum GR sem ekki fælu í sér aðgang að svörtum ljósleiðara. Síminn hefði einnig hafnað tilboðum GR um [...] og kæmi að mati GR vel til móts við þarfir Símans.

Þá væri mikilvægt að hafa í huga, þegar háttarni og aðfarir Símans væru metnar, að félagið væri í markaðsráðandi stöðu og undir sérstökum kvöðum vegna sáttar við Samkeppniseftirlitið.

GR teldi engan sem starfaði á fjarskiptamarkaði á Íslandi geta komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri til staðar virk samkeppni á öllum lögum markaðarins. Samkeppni væri virk í fjarskiptanetum og óvirkum innviðum. Hér á landi væru nokkur fyrirtæki sem mætu það sem arðbæra fjárfestingu að fjárfesta í óvirkum innviðum og væru GR og Míla þeirra á meðal. Tölur PFS um íslenska fjarskiptamarkaðinn undanfarin ár töluðu sínu máli varðandi stöðu samkeppni milli mismunandi fjarskiptafyrirtækja og aðgangskerfa. Samkeppni væri jafnframt mikil í þjónustuframboði þrátt fyrir að meirihluti fjarskiptafyrirtækja starfrækti ekki sín eigin aðgangsnet. Fjarskiptafyrirtækin kepptust við að standa sig betur í þáttum sem vörðuðu ýmsa þjónustu við endanotendur. Það væri því í besta falli mikil einföldun að halda því fram að þjónustuaðgreining stæði og félli með tiltekinni tæknilegri högun í aðgangsnetum.

Eins og gögn málsins sýndu hefði Síminn endurtekið hafnað tilboðum GR um að gera samning um að bjóða sjónvarpsþjónustu Símans yfir fjarskiptanet GR og þannig gera neytendum, sem hefðu kosið að nota annað fjarskiptafyrirtæki en Mílu, nánast ógerlegt að kaupa sjónvarpsþjónustu Símans. Síminn hefði staðfastlega synjað öllum tilboðum GR, síðast þegar félagið hefði hafnað boði GR um aðgang að fjarskiptanetum GR sem falið hefði í sér gjald sem næmi [...] á hverja tengingu fyrir sjónvarpsþjónustu. Með framangreindu háttarni hefði Síminn kerfisbundið komið í veg fyrir að neytendur gætu fengið aðgang að sjónvarpsþjónustu Símans í gegnum önnur fjarskiptafyrirtæki. Eina leið þeirra til þess að fá aðgang að sjónvarpsþjónustu Símans væri að kaupa fjarskiptasamband í gegnum fjarskiptanet Mílu og þannig væri neytendum þröngvað í lóðrétta sambættingu milli Símans og Mílu, en slíkt gengi þvert gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem fjölmiðlaveitu eins og Símanum væri óheimilt að beina viðskiptum neytenda sem væru í viðskiptasambandi við Símann að tengdu fjarskiptafyrirtæki líkt og Míla, dótturfélag Símans, væri.

Það mætti vera hverjum ljóst að það skipti sköpum fyrir tekjur Símasamstæðunnar að viðhalda lóðréttri sambættingu milli Símans sem fjarskiptafélags og fjölmiðlaveitu á smásölumarkaði og Mílu sem fjarskiptafélags á sviði heildsölu grunneta, þ.e. að halda neytandanum í viðskipum við bæði félögin. Að mati GR hefði Síminn beitt sjónvarpsþjónustu félagsins í ofangreindum tilgangi, þvert gegn ákvæðum fjölmiðlalaga og gegn þeim valkostum sem lögin ættu að tryggja neytendum í vali á fjarskiptaþjónustu og aðgangi að efnis- og fjölmiðlaveitum. Af þessum sökum hefði Síminn

hvorki efnahagslegan hvata né áhuga á að ná samningum við GR um aðgang og þar með hætta á að rjúfa hina lóðréttu samþættingu Símans og Mílu á þessum vettvangi.

Krafa Símans um aðgang að svörtum ljósleiðara yrði að skoða í þessu ljósi. Krafa um aðgang að óvirkum innviðum fjarskiptaneta GR myndi fela í sér að Síminn kæmist inn í innviði GR, ná þar fullri stjórn á innviðum og þannig yfirfæra lóðréttu samþættingu Símans og Mílu yfir fjölmiðlaveitu Símans yfir á innviði GR. Síminn og Míla myndu þannig yfirfæra núverandi lóðréttu samþættingu yfir á innviði GR og þannig ná að viðhalda núverandi útilokunaráhrifum fyrir neytendur inn í fjarskiptanet GR. Ef gengið yrði að kröfum Símans um óvirkan aðgang væru neytendur jafn illa settir og fyrr. Þeir ættu eftir sem áður engan valkost og gætu ekki fengið aðgang að sjónvarps- og fjölmiðlaveitu Símans nema í gegnum lóðréttu samþættingu Símans og Mílu í gegnum innviði GR. Þannig yrði engin breyting á stöðu neytenda fyrir og eftir.

Síminn myndi þannig eins og fyrr brjóta gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga með því að beina viðskiptum neytenda, sem keyptu sjónvarpsþjónustu af Símanum, í viðskipti við Mílu og þannig ná fram lóðréttu samþættingu í gegnum innviði GR. Þeir neytendur sem ættu viðskipti við önnur fjarskiptafyrirtæki, væru enn sem fyrr útilokaðir frá sjónvarps- og fjölmiðlaveitu Símans. Samkvæmt framangreindu mætti vera augljóst að í þeim samningaumleitunum sem átt hefðu sér stað milli Símans og GR hefði það ekki verið verðið á veittri þjónustu eða aðrir skilmálar sem leitt hefði til þess að Síminn hefði ekki viljað ganga til samninga, heldur hitt að Síminn hefði ekki fengið aðgang sem tryggði honum áframhaldandi lóðréttu samþættingu á innviðum GR.

Að lokum fylgdi umræddu bréf GR þau tölfræðigögn sem PFS hafði óskað eftir. Þar kemur m.a. fram að á síðasta ársfjórðungi 2015 var fjöldi viðskiptavina GR um [...] og nýtingarhlutfallið var um [...]%. Sömu tölur fyrir síðasta ársfjórðung 2017 voru um [...] og um [...]%.

Með bráðabirgðaákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA), dags. 13. mars 2018, hafnaði ESA því að GR hefði í árána rás notið ríkisaðstoðar, að því er fjármögnun varðar, í skilningi 1. mgr. 61. gr. EES-samningsins. PFS áréttar að Síminn hefur farið fram á að ESA taki fullburða ákvörðun í málinu og er það því til vinnslu hjá ESA. Símasamstæðan hafði sent ESA kvörtun þann 7. nóvember 2016, þar sem því var haldið fram að GR hefði ekki starfað á markaðslegum forsendum heldur fremur sem pólitískt verkefni til að auka samkeppni á fjarskiptamarkaði og að fjárfestir á frjálsum markaði myndi ekki hafa hagað sér á sama hátt og OR, við veitingu lána og við hlutfjárhækkun í GR. Bráðabirgðaniðurstöðu sinni til stuðnings hefði ESA m.a. vísað til þess PFS hefði í fjölmörgum málum er vörðuðu OR/GR fylgt því eftir að samstæðan færi að 36. gr. fjarskiptalaga um aðskilnað sérleyfisstarfsemi frá fjarskiptastarfsemi. Þá kom fram að Símasamstæðan hefði áður kvartað yfir sambærilegri háttsemi OR/GR. ESA hafði rannsakað hlutfjárhækkunar í Línu.Neti (forvera GR) sem fram hefðu farið á árunum 1999-2001 (þ.e. á þremur fyrstu starfsárum félagsins). Með ákvörðun ESA nr. 300/11/COL á árinu 2011 hefði stofnunin komist að þeirri niðurstöðu að háttsemin hefði verið í samræmi við hegðun fjárfestis á frjálsum markaði og því hefði ekki verið um ríkisaðstoð að ræða.

Með tölvupósti Mílu til PFS, dags. 19. mars 2018, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn GR frá 5. mars sl. Þar kom m.a. fram að öll umfjöllun GR um lóðréttu samþættingu stæðist ekki skoðun. Aðgangur að innviðum GR væri augljóslega til þess fallinn að auka samkeppni í flutningsþjónustu, þ.m.t. þannig að fyrirtæki, önnur en GR, gætu boðið upp á bitastraumsþjónustu á innviðum GR. Rétt væri í þessu samhengi að taka fram að önnur fjarskiptafélög starfræktu t.d.

bitastraumsþjónustu á ljósleiðurum í eigu Mílu og í samkeppni við bitastraumsþjónustu Mílu. Þetta væri ekki raunin hjá GR. GR dræpi málinu síðan á dreif, og léti eins og að óvirkur aðgangur að innviðum félagsins myndi leiða til þess að Síminn/Míla næði „fullri stjórn“ á kerfum GR, sem væri vitaskuld fráleit og órökstudd ályktun. Þetta myndi þó vissulega auka samkeppni í bitastraumsþjónustu á innviðum GR, sem GR vildi á hinn bóginn ekki þegar samkeppnin snéri að félaginu sjálfu. Þannig væri jú GR ekki í „samkeppni við viðskiptavinum sína“ enda gæfist viðskiptavinum GR ekki færi á því að fara í samkeppni við GR.

Eina raunverulega lóðréttu samþjöppunin tengdist þannig innviðum GR, þar sem efni yrði ekki dreift um net þess félags á samkeppnisgrundvelli í formi bitastraumsþjónustu, ólíkt því sem gildi á kerfum Mílu. Margvíslegar kvaðir, þ.m.t. aðgangs- og jafnræðiskvaðir, hefðu einnig verið lagðar á Mílu varðandi aðgang að netum félagsins. Mílu bæri því m.a. að veita öllum aðilum þjónustu á smásölumarkaði í grunninn með sama hætti, óháð því hvort það væri Síminn eða einhver annar. Væri endanotandi á hinn bóginn í viðskiptasambandi við aðila (smásala) sem dreifði efni sínu í gegnum net GR, væri viðkomandi „nauðbeygður“ til að kaupa bitastraumsþjónustu af GR, ólíkt því sem háttaði til þegar endanotandi væri í viðskiptasambandi við aðila sem dreifði efni sínu í gegnum net Mílu, þar sem fleiri en einn gætu einmitt boðið bitastraumsþjónustu á kerfum Mílu. Það væri því ekki rétt þegar GR kvæðist starfa „lárétt“, heldur þvert á móti.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 20. mars 2018, gerði félagið athugasemdir við framangreinda umsögn GR frá 5. mars 2018. Fram kom að af málflutningi GR yrði ráðið að ástæða þess að GR neitaði Símanum um viðskipti væri annars vegar sú að GR teldi umfang viðskiptanna ekki nægilegt og að Síminn ætlaði sér einungis að nýta sér ljósleiðaranet GR þangað til Míla hefði byggt upp sitt net. Hins vegar teldi GR að Míla ætti að vera viðsemjandi GR en ekki Síminn. Báðar framangreindar ástæður höfnunar væru rangar.

Hvað þá fyrri varðaði hefði Síminn ítrekað lýst því yfir að hann áætlaði verulegt umfang viðskipta. Þar fyrir utan gæti Síminn gert það nákvæmlega sama ef tæknileg högun aðgangs væri með bitastraumi, þ.e. flakkað á milli þeirra aðila sem hefðu byggt upp innviði á Íslandi. Þegar til þess væri litið að Síminn hefði sérstaklega lýst því yfir að félagið gerði ráð fyrir því að umfang viðskiptanna yrði verulegt, auk þess sem Síminn hefði boðist til þess að greiða kostnað við að koma á óvirkum aðgangi félagsins við net GR, fengi synjun á þessum grundvelli ekki staðist. Þess utan væru GR og Míla keppinautar á sama sölustigi. Síminn væri hins vegar þjónustuveitandi sem keypti aðgang að þeim innviðum sem félögin hefðu komið sér upp og vildi geta valið á milli þeirra eftir því sem þjónaði hagsmunum félagsins og viðskiptavina þess best hverju sinni. Í því fælist m.a. samkeppni þeirra á milli.

Síminn teldi þær ástæður sem GR gæfi fyrir því að synja um aðgang að ljósleiðaraneti sínu ekki vera málefnalegar og virtust fyrst og fremst byggja á því, að ókönnuðu máli, að um talsvert minni hagsmuni væri að ræða en Síminn gæfi til kynna. Síminn teldi að viðræður á milli aðila myndu leiða það í ljós að þar hefði GR ekki á réttu að standa. Síminn teldi nauðsynlegt að áréttu að í byrjun árs 2016 hefði GR verið reiðubúin að veita umræddan aðgang. Þá hefði þegar verið upplýst um áform Mílu að ljósleiðaravæða 30 þúsund heimili á árinu 2016.

Helsta ástæða þess að GR hefði synjað Símanum um aðgang að óvirkum ljósleiðara væri sú að Síminn hygðist færa viðskiptavinum sína yfir á net Mílu um leið og það félag hefði byggt upp net sitt. Þetta væru augljóslega ekki málefnaleg rök ef Síminn væri reiðubúinn að greiða markaðsverð fyrir

slíkan aðgang og GR myndi ekki verða fyrir neinum viðbótarkostnaði við að koma aðganginum á. Sjónarmið GR væru auk þess sérkennileg í ljósi þess að ef Síminn hefði fallist á aðgang, með þeirri tæknilegu högun sem GR hefur boðið hingað til, gæti Síminn gert það nákvæmlega sama, þ.e. flutt viðskiptavinum sína á milli innviðafyrirtækja eftir því sem þjónaði hagsmunum félagsins best hverju sinni.

Staðfesti framangreint því að afstaða GR fæli í sér ómálefnalega og ólögmetta sölusynjun gagnvart Símanum.

Þá virtist GR misskilja hvað fælist í lóðréttri samþættingu. Í fyrsta lagi væri það rangt að lóðrétt samþætting Mílu og Símans yrði færð yfir á net GR. Yrði af samningum GR og Símans yrði dregið úr lóðréttri samþættingu Símasamstæðunnar þannig að óvirki hluti virðiskeðjunnar færi út úr samstæðunni. Með því fengi Míla engar tekjur fyrir óvirka hluta netsins og tekjur samstæðunnar yrðu því minni fyrir vikið. Míla yrði því fyrir tekjumissi ef innviðir GR væru notaðir í staðinn fyrir innviði Mílu. Í öðru lagi væri ekki um það að ræða að Síminn „*næði fullri stjórn á innviðum*“. GR myndi eiga innviðina áfram og hafa stjórn á þeim. Rekstur og þjónusta á virkum búnaði sem tengdur væri við ljósleiðaranetið gerði Símanum hins vegar kleift að hafa betri stjórn á þjónustunni og veita viðskiptavinum sínum betri þjónustu en mögulegt væri þegar umsjón með virkum búnaði væri í höndum þriðja aðila.

Síminn hefði leitast við að ná samningum við GR um aðgang að ljósleiðaraneti félagsins. Samningsvilji Símans væri skýr. Með tölvupósti frá 5. mars sl. hefði sú málaleitun verið ítrekuð. GR hefði hins vegar ekki svo mikið sem svarað þeirri beiðni Símans. Rök GR fyrir því að hafna því að veita Símanum óvirkan aðgang gætu ekki talist málefnaleg þegar GR vildi ekki láta reyna á fjárhagslegar forsendur samkomulags um aðgang. Rök GR fengju því ekki staðist.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 21. mars 2018, vildi stofnunin kanna hvort grundvöllur gæti verið fyrir sérstökum sáttaviðræðum á milli Símans og GR, undir stjórn PFS, sbr. ósk Símans þar um í framangreindu bréfi félagsins til PFS frá 20. mars 2018. Á tímabilinu 20. – 28. mars 2018 átti PFS tölvupóstsamskipti við Símann annars vegar og GR hins vegar þar sem grundvöllur var kannaður fyrir sáttaviðræðum sem PFS myndi stýra. Þar sem skýrt kom fram hjá Símanum að félagið vildi aðeins ræða óvirkan aðgang en GR virkan aðgang sá PFS ekki ástæðu til að halda slíkan sáttafund.

PFS átti í tölvupóstsamskiptum við systurstofnun PFS í Svíþjóð, PTS, á tímabilinu 5. – 17. apríl 2018 um tilhögun á ljósleiðaraneti Stokab. Þar kom m.a. fram að Stokab leggur aðeins ljósleiðara til fyrirtækja og fjölbýlishúsa (e. Multi Dwelling Units) á Stokkhólmssvæðinu, þ.e. ekki til sérbýlishúsa. Það gerði Telia hins vegar. Telia keypti svo svartan ljósleiðara á Stokab á viðskiptalegum forsendum þegar það ætti við.

Þá átti PFS í tölvupóstsamskiptum við systurstofnun PFS í Bretlandi, OFCOM, á tímabilinu 5. – 23. apríl 2018 um tilhögun á ljósleiðaraneti CityFibre. Þar kom m.a. fram að ljósleiðaranet CityFibre væri FTTH breiðbandsnet sem byggt væri upp sem GPON heimtaugar sem tengdust stórum bakbeins ljósleiðarahringjum. Og ennfremur að BT Openreach, fyrrum einokunarfyrirtækið, keypti ekki aðgang að svörtum ljósleiðara hjá CityFibre heldur treysti enn um sinn á VDSL og hefði svo í hyggju að fara út í eigin FTTH uppbyggingu síðar meir.

Þann 6. apríl 2018 sendi GR Símanum tilboð um aðgang að opna neti GR til heimila fyrir sjónvarpsþjónustu Símans. Fram kom að forsendur tilboðsins væru að Sjónvarp Símans yrði í boði fyrir öll heimili á opna neti GR, með það að leiðarljósi að allir neytendur hefðu val um sjónvarpsþjónustu, óháð því hvar þeir væru í viðskiptum. [...]

Síminn og GR áttu í tölvupóstsamskiptum um ofangreint tilboð GR, ásamt því að funda einu sinni, fram til 27. apríl 2018. Aðilar náðu ekki saman, m.a. þar sem Síminn hafði efasemdir um [...]

Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2018, dags. 13. apríl 2018, veitti stofnunin GR og Mílu undanþágu á grundvelli samkeppnislaga til að eiga í samstarfi um að nýta sömu framkvæmdir til þess að leggja tvö ljósleiðaranet með þeim forsendum að þau yrðu tæknilega aðskilin og sjálfstæð og sköpuðu þannig grundvöll til samkeppni um hlutaðeigandi viðskiptavini. Einnig skyldu aðilar tryggja að samstarfið einskorðaðist við þetta og fæli ekki í sér neins konar samráð um aðra þætti, s.s. verð eða þjónustu til viðskiptavina. Um er að ræða afmarkað verkefni í framkvæmd og tíma, sem fælist í því að hvort félag um sig sæi um lagningu á tveimur ljósleiðaraheimtaugum í tilteknum íbúðahverfum á höfuðborgarsvæðinu og seldi hinu annan strenginn að verkefni loknu. Um væri að ræða síðustu 4% íbúða á höfuðborgarsvæðinu.

Þá kom fram að markmiðið með framangreindu samstarfi væri að auka hagkvæmni og hagræðingu við lagningu ljósleiðara og lágmarka ónæði og röskun sem fylgdi slíkum framkvæmdum í götum og á svæðum bæjar- og sveitarfélaga. Væri þess vænst að samstarfið hefði jákvæð áhrif á samkeppni og yki valkosti neytenda með því að komið yrði á fót tveimur tæknilega sjálfstæðum ljósleiðaranetum á þeim svæðum þar sem samningur aðila næði til. Fram kom að það væri mat GR og Mílu að framangreint samstarf myndi hafa jákvæð áhrif á samkeppni og auka valkosti neytenda, með því að komið yrði á fót tveimur sjálfstæðum ljósleiðaranetum á þeim svæðum sem samningur aðila næði til. Hvor aðili myndi eftir sem áður reka sitt eigið sjálfstæða ljósleiðarakerfi og selja fjarskiptafélögum fjarskiptaþjónustu í heildsölu.

Í tölvupóstsamskiptum milli [...] í maí 2018 kom fram að [...] hefði á árunum [...] óskað eftir að kaupa óvirkan aðgang hjá GR, að vísu með því skilyrði að [...] GR hafi hafnað þeirri málaleitan.

Með bréfi Mílu til PFS, dags. 6. júní 2018, bárust athugasemdir félagsins við framangreinda umsögn GR frá 4. maí 2017. Fram kom m.a. að Míla hefði boðið GR upp á aðgang að heimtaugum Mílu í Leirvogstungu. Heimtauganet Mílu þar væri með P2P högun líkt og allt net GR væri og því taldi Míla einfalt að veita aðgang að þeim heimtaugum. Míla hefði jafnframt upplýst GR um að í P2P högun væru engar tæknilegar hindranir fyrir aðgangi að heimtaugum og hefði því boðið GR slíkan aðgang.

Þá gerði Míla verulegar athugasemdir við þá staðhæfingu GR að mikill stofnkostnaður fylgdi því að veita óvirkan aðgang að innviðum GR. Staðreyndin væri sú að mati Mílu að ekki þyrfti að leggjast í neinar kostnaðarsamar breytingar til að hægt yrði að veita umræddan aðgang. Það sama ætti við um staðhæfingar GR um að Míla hefði ekki viljað skuldbinda sig nægjanlega gagnvart GR, þar sem GR hefði ekki lagt fram neinar hugmyndir þar að lútandi gagnvart Mílu. Þá tók Míla fram að enginn af þeim fjölmörgu aðilum sem veittu raunverulega opinn aðgang hér á landi gerði kröfur um sérstakar skuldbindingar um magn eða aðra sambærilega viðskiptaskilmála. Ef um væri að ræða slíkan sérstakan kostnað væri hann innheimtur með tilteknum stofngjöldum.

5.7.3. Ljósleiðarauppbygging og áform Símasamstæðunnar

Þann 5. október 2015, eða aðeins örfáum dögum eftir að Síminn kynnti framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni og hóf að bjóða upp á Heimilispakkann þann 1. október 2015, hófst útböð á hlutabréfum Símans. Þann 15. október s.á. voru hlutabréf Símans svo tekin til viðskipta í kauphöll, nánar tiltekið á Aðalmarkaði Nasdaq Iceland.

Á fjárfestakynningu Símans í aðdraganda framangreindrar skráningar Símans á hlutabréfamarkað, sem haldin var í september 2015, kom m.a. fram að auk þess að geta nýtt koparkerfið sitt með nýjum útgáfum af xDSL ætti Míla mikið magn af ljósleiðurum og rörum á höfuðborgarsvæðinu, þ.m.t. rör inn á stóran hluta heimila á svæðinu. Í þessari eign fælust mikil tækifæri fyrir Mílu til að auka flutningsgetuna umtalsvert á hagkvæman hátt með því að leggja ljósleiðara við hlið koparendans sem nú væri nýttur. Míla byði þegar FTTH í hverfum sem byggð hefðu verið frá og með 2007. Einnig væri hafið hjá Mílu verkefni sem miðaði að ljósleiðaravæðingu eldri hverfa. Míla hefði í gegnum tíðina lagt bæði ljósleiðara og rör inn á stóran hluta heimila á höfuðborgarsvæðinu sem lágmarkaði kostnað við ljósleiðaravæðingu eldri hverfa á svæðinu. Stefnt væri að því að yfir 30.000 heimili yrðu ljósleiðaratengd fyrir árslok 2016. Síminn byði fastanetsþjónustu sína nær eingöngu á aðgangsneti Mílu.

Fyrstu áform Símasamstæðunnar um stórfellda FTTH væðingu á höfuðborgarsvæðinu voru hins vegar kynnt á vofundi Mílu sem haldinn var þann 28. maí 2015. Áform þessi voru kynnt betur á vefsíðu Mílu þann 23. september 2015 þar sem m.a. var getið um framangreindar 30.000 tengingar fyrir árslok 2016.

Í ársskýrslu Símans fyrir árið 2015, sem birt var snemma árs 2016, var Jón Ríkharð Kristjánsson, framkvæmdastjóri Mílu, spurður hver yrðu helstu verkefni félagsins á árinu 2016. Svaraði hann því til að lagning ljósleiðara á höfuðborgarsvæðinu yrði stærsta verkefni ársins en Míla hefði tilkynnt áform um að ljúka tengingu 30.000 heimila á höfuðborgarsvæðinu fyrir árslok 2016.

Á kynningu Mílu á fundi SKÝ sem bar heitið „Ljóstengt Ísland – fyrirmynd annarra þjóða“, sem haldinn var þann 18. maí 2016, kom m.a. fram að haustið 2015 hefði Míla byrjað að leggja ljósleiðara síðasta spölinn inn á heimili. Hefði nú þegar verið lagt út í um 60% af fjárfestingu í FTTH á höfuðborgarsvæðinu með breiðbandsvæðingu, lagningu röra þegar færi hafi gefist og með Ljósnetinu (VDSL). Á árinu 2016 yrði aðeins lagður ljósleiðari í fyrirbyggjandi rör. Nú í maí 2016 ættu um 19.000 heimili á landinu möguleika á FTTH tengingu frá Mílu og myndu 30.000 ný heimili eiga kost á ljósleiðara Mílu á höfuðborgarsvæðinu fyrir árslok 2016. Míla stefndi að því að ljúka ljósleiðaravæðingu alls höfuðborgarsvæðisins árið 2020.

Þann 18. nóvember 2016 birtist frétt á vef Mílu um uppbyggingu fjarskipta á Íslandi. Þar kom fram að fjárfestingar í uppbyggingu fjarskiptatenginga á Íslandi hefðu verið miklar á síðustu 2-3 árum og yrðu enn meiri á komandi árum. Míla, sem undirstaða fjarskipta á Íslandi, tæki virkan þátt í þessari mikilvægu uppbyggingu, um allt land. Míla legði nú ljósleiðara til heimila á höfuðborgarsvæðinu. Markmið ársins væri að klára að tengja 30.000 heimili. Míla hefði hafið tengingu ljósleiðara til heimila í eldri hverfum á höfuðborgarsvæðinu á árinu 2015. Verkefnið væri metnaðarfullt og hraðinn við uppbyggingu mjög mikill og hraðari en þekkst hefði hérlendis. Markmið Mílu til lengri tíma væri að klára að tengja öll heimili á höfuðborgarsvæðinu fyrir árslok 2018.

Þann 22. nóvember 2016 ritar forstjóri Símans, grein á visir.is., þar sem hann svarar grein framkvæmdastjóra GR á sama vettvangi, dags. 19. nóvember sama ár. Þar vitnar forstjóri Símans til orða framkvæmdastjóra GR um að allir ættu að geta notað grunninnviði frá hverjum sem væri. Forstjóri Símans nefnir að þannig ynni Míla einmitt, en afstaða GR hefði verið önnur hingað til. Símasamstæðan hefði um langa hríð reynt að kaupa aðgang að grunninnviðum GR, til að veita viðskiptavinum sínum þjónustu um, en án árangurs. GR sinnti nær eingöngu hinu arðbæra höfuðborgarsvæði og hefði fram til þessa setið beggja vegna borðsins, verið bæði heildsali og smásali, í margháttuðum hagsmunaárekstrum við viðskiptavinina sína. GR lyti ekki sömu reglustýringu og Míla, heldur starfrækti lokað kerfi sem útilokaði eðlilegan aðgang, en hefði nú samt óskað eftir aðstoð yfirvalda til að ná til sín afþreyingarefni Símans, án eðlilegra viðskiptasamninga við rétthafa efnisins. Til lengri tíma skipti þessi skrytna staða reyndar ekki öllu, þar sem Míla myndi á næstu tveimur árum ljúka við að uppfæra innviði sína og ljósleiðarakerfi á höfuðborgarsvæðinu, með afar ódýrum og umhverfisvænum hætti.

Í Viðskiptablaðinu þann 15. desember 2016 er svo að finna viðtal við forstjóra Símans. Þar kemur m.a. fram að í innviðum væri samkeppnin minni. Míla sinnti öllum fjarskiptafélögunum sem heildsali og keppti aðallega við GR. Símasamstæðan hefði gefið út að hún ætlaði að ljósleiðaravæða höfuðborgarsvæðið. Færa ætti Ljósnetið (VDSL) á svæðinu alfarið í ljósleiðara. Sem betur fer ætti Míla rör, ljósleiðara og aðra innviði undir meira eða minna öllu höfuðborgarsvæðinu. Það væri í raun búið að leggja um 80% leiðarinnar, umhverfisraskið og megnið af kostnaðinum væri að baki. Eftir staði að tengja inn í íbúðirnar. Í lok árs 2016 yrði búið að veita um 30.000 heimilum möguleika á ljósleiðaratengingu. Á árinu 2017 yrði það svipað og snemma árið 2018 yrði Míla langt komin með að klára verkefnið.

Þann 9. janúar 2017 birtist svo frétt á vefsíðu Mílu, þar sem fram kom að félagið hefði náð markmiði sínu fyrir árið 2016 um að veita 30.000 heimilum á höfuðborgarsvæðinu möguleika á að tengjast Ljósleiðara Mílu. Í lok árs 2015 hefði Míla sett sér háleit markmið fyrir árið 2016. Ljósleiðaravæðing Mílu á höfuðborgarsvæðinu héldi áfram af fullum krafti á árinu 2017 og væri stefnt að tengingu 28.000 nýrra heimila á því ári. Ef það gengi eftir að fullu myndu 58.000 heimila á höfuðborgarsvæðinu standa til boða að nýta sér Ljósleiðara Mílu, eða um 70%.

Þann 17. janúar 2017 lætur forstjóri Símans svo hafa eftir sér í bréfi til forstjóra OR að 73.000 heimili yrðu tengd í árslok 2018.

Í ársskýrslu Símans fyrir árið 2016, sem birtist snemma árs 2017 var viðtal við Sigríði Hrólfsdóttur, þáverandi stjórnarformann Símans. Var hún m.a. spurð að því hvað einkennt hefði árið 2016. Nefndi hún hraða og hagstæða uppbyggingu Mílu við að ljósleiðaravæða höfuðborgarsvæðið og að umrædd uppbygging myndi styrkja stöðu samstæðunnar til framtíðar. Kostnaður við hverja tengingu væri lágur, enda ætti Míla mikla innviði sem nýttust við uppbygginguna. Aðspurð að því hvernig hún sæi fyrir sér rekstur samstæðunnar á árinu 2017 svaraði hún því til að áhersla yrði á ljósleiðaravæðingu Mílu, þegar 28 þúsund heimilum á höfuðborgarsvæðinu, til viðbótar við þessi 30 þúsund frá árinu 2016, gæfist kostur á ljósleiðara.

5.7.4. *Telst beiðni Símans um óvirkan aðgang að fjarskiptaneti GR eðlileg og sanngjörn aðgangsbeiðni?*

Þegar skoðað er hvort beiðni Símans um óvirkan aðgang að fjarskiptaneti GR sé eðlileg og sanngjörn aðgangsbeiðni ber fyrst að horfa til þess að beiðnin kemur frá fyrirtækjasamstæðu sem hefur alla tíð verið annaðhvort í einokunarstöðu eða með umtalsverðan markaðsstyrk á flestum undirmörkuðum fjarskipta. Míla er nú samkvæmt ákvörðun PFS nr. 21/2014 með umtalsverðan markaðsstyrk á heimtauga- og bitastraumsmarkaði hér á landi, þ.e. þeim mörkuðum sem hér um ræðir. GR hefur í áráraðir byggt upp ljósleiðaranet á höfuðborgarsvæðinu, og raunar víðar í nágrenni þess, í samkeppni við Símasamstæðuna, sem gert hefur það að verkum að ekki ríkir einokun á mörkuðum fyrir undirliggjandi fjarskiptanet á þeim svæðum. GR er ekki undir neinum kvöðum frá PFS um að veita aðgang að kerfi sínu, þ.m.t. aðgang sem samræmist ekki viðskiptastefnu félagsins. Þá hafa hvorki PFS né ESA komist að þeirri niðurstöðu við eftirlit sitt í gegnum árin að uppbygging GR hafi farið fram á öðrum forsendum en viðskiptalegum, þrátt fyrir að félagið sé í eigu opinberra aðila.

Eins og greint er frá í kafla 5.7.3 hér að framan voru fyrstu hugmyndir að FTTH ljósleiðaravæðingu Mílu á höfuðborgarsvæðinu kynntar á vörfundum félagsins í lok maí 2015, eða um fjórum mánuðum áður en brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga var fullframið að mati PFS. Þar kom m.a. fram að félagið hygðist ljúka því að tengja 30.000 heimili á svæðinu fyrir árslok 2016. Áformin voru síðan ítrekuð á fjárfestakynningu Símans í september 2015 í aðdraganda skráningar félagsins á hlutabréfamarkað, sem og á vefsíðu Mílu þann 23. september sama ár.

Á kynningu Mílu á fundi SKY þann 18. maí 2016, kom m.a. fram að haustið 2015 hefði Míla byrjað að leggja ljósleiðara síðasta spölinn inn á heimili og að nú þegar hefði verið lagt út í um 60% af fjárfestingu við FTTH væðingu félagsins á höfuðborgarsvæðinu í formi fyrirbyggjandi innviða. Þar var ítrekað að í árslok 2016 myndu 30.000 heimili á höfuðborgarsvæðinu eiga kost á ljósleiðaratengingu hjá Mílu. Ennfremur að Míla stefndi að því að ljúka ljósleiðaravæðingu alls höfuðborgarsvæðisins árið 2020. Þann 18. nóvember 2016 birtist frétt á vef Mílu þar sem fram kom að ljósleiðaraverkefni félagsins væri metnaðarfullt og hraðinn við uppbyggingu mjög mikill og hraðari en þekkt hefði héraðs. Markmið Mílu væri að klára að tengja öll heimili á höfuðborgarsvæðinu fyrir árslok 2018.

Þarna vekur athygli að frá því í maí 2016 fram í nóvember sama ár breytast áform Mílu um að ljúka ljósleiðarauppbyggingu á höfuðborgarsvæðinu frá 2020 til ársloka 2018. Í nóvember 2016, eða skömmu eftir að GR verður formlega aðili að því máli sem hér er til meðferðar upplýsir Míla því um stórfelld og skjót FTTH uppbyggingaráform félagsins á höfuðborgarsvæðinu sem skyldi ljúka um tveimur árum síðar.

Þann 22. nóvember 2016 ritaði forstjóri Símans grein sem birtist á visir.is. Þar kom m.a. fram að Símasamstæðan hefði um langa hríð reynt að kaupa aðgang að grunninnviðum GR, til að veita viðskiptavinum sínum þjónustu um, en án árangurs. GR lyti ekki sömu reglustýringu og Míla, heldur starfrækti lokað kerfi sem útilokaði eðlilegan aðgang, en hefði nú samt óskað eftir aðstoð PFS til að ná til sín afþreyingarefni Símans, án eðlilegra viðskiptasamninga. Til lengri tíma skipti þessi skrytna staða reyndar ekki öllu, þar sem Míla myndi á næstu tveimur árum ljúka við að uppfæra innviði sína og ljósleiðarakerfi á höfuðborgarsvæðinu, með afar ódýrum og umhverfisvænum hætti.

Þarna, þ.e. í nóvember 2016, eða rétt rúmu ári frá því að brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga var fullframið að mati PFS, verður ekki annað séð en að forstjóri Símans viðurkenni að óvirkur aðgangur Símasamstæðunnar að ljósleiðaraneti GR á höfuðborgarsvæðinu sé í reynd óþarfur, eða skipti samstæðuna a.m.k. ekki öllu, þar sem Míla hefði áform um stórfellda FTTH væðingu svæðisins á næstu 2 árum. Þess ber að geta að forstjóri Símans hefur við önnur tækifæri, m.a. í fjölmiðlum og í máli þessu, ítrekað að félaginu sé þörf á óvirkum aðgangi að neti GR. PFS telur því að ekki sé fullt samræmi í ofangreindum ummælum, sem eru í reynd í mótsögn við annan málalíbúnað Símans í málinu. Að mati PFS dregur slíkt úr trúverðugleika umræddrar aðgangsbeiðni Símans. Míla hafði þar að auki, og hefur enn, yfir að ráða VDSL tengingum sem ná til allra heimila á svæðinu.

Í Viðskiptablaðinu þann 15. desember 2016 er svo að finna annað viðtal við forstjóra Símans. Þar var ítrekað að í lok árs 2016 yrði búið að veita um 30.000 heimilum möguleika á ljósleiðaratengingu og að á árinu 2017 yrði það svipað og snemma árs 2018 yrði Míla langt komin með að klára verkefnið. Þarna virðast áform Símasamstæðunnar vera orðin enn metnaðarfullri en fyrr, þ.e. stefnt væri að lokum verkefnisins snemma á árinu 2018, eða rúmu ári eftir að þessi ummæli féllu. Þann 17. janúar 2017 lætur forstjórinn svo hafa eftir sér í bréfi til forstjóra OR að 73.000 heimili yrðu tengd hjá Mílu í árslok 2018.

Að mati PFS er ofangreind FTTH uppbygging Mílu, og ekki síður þau áform sem samstæðan kynnir opinberlega á þessum tímabili, þ.e. á árinu 2016 og fram á árið 2017, mikilvæg við mat á því hvort unnt sé að líta á beiðni Símans um óvirkan aðgang að ljósleiðaraneti GR sem sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni á einhverjum tímapunkti frá því að brotið var framið. Ennfremur verður ekki horft framhjá framangreindum ummælum forstjóra Símans þess efnis að óvirkur aðgangur að neti GR skipti Símann ekki öllu máli þar sem Símasamstæðan væri í eigin ljósleiðarauppbyggingu. Að mati PFS draga þessi ummæli forstjórans verulega úr trúverðugleika umræddrar aðgangsbeiðni Símans.

Eins og fyrr greinir hafa félögin af og til í gegnum tíðina, eða allt frá árinu 2006, átt í viðræðum um innkomu Símans inn á ljósleiðaranet GR. GR hefur ávallt viljað að Síminn kæmi inn á sömu forsendum og öðrum hefur staðið til boða á meðan Síminn hefur óskað eftir óvirkum aðgangi að svörtum ljósleiðurum GR. Að vísu bauð GR Símanum [...] í desember 2017 sem Síminn hafnaði. Í febrúar 2015 hefjast þreifingar á milli félaganna eftir nokkurt hlé. Þær þreifingar komast hins vegar ekki á neitt skrið fyrr en haustið 2015 eftir skráningu Símans á hlutabréfamarkað í október það ár og eftir að Síminn fullfremur framangreint brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Því er ljóst að Síminn greip ekki til viðeigandi ráðstafana í byrjun október 2015 til að forðast brotið, þ.e. með samningum við Vodafone eða með fullnægjandi OTT lausn, né leitaðist með nægilega markvissum hætti við að lágmarka tjónið gagnvart GR á markaði fyrir undirliggjandi fjarskipanet, með samningum við GR áður en Síminn kynnti til sögunnar umræddar breytingar á sjónvarpsþjónustu félagsins.

Þegar þarna er komið sögu seint á árinu 2015 hafði Símasamstæðan nýlega kynnt áform um að ljósleiðaravæða 30.000 heimili fyrir árslok 2016, en ekkert hafði verið gefið upp um að til stæði að klára uppbygginguna innan fárra ára. Engu að síður stóð samningalota yfir á milli félaganna frá þeim tíma fram á sumarið 2016, þar sem innkoma Símans á kerfi GR var rædd. Var þá bæði rætt um óvirkan og virkan aðgang. Það var svo í maí 2016 sem Míla tilkynnti opinberlega að félagið

hygðist ljúka ljósleiðaravæðingu félagsins á árinu 2020, sem síðar var svo reyndar fært fram til ársins 2018. Þegar komið var fram á sumri 2016 komst GR að þeirri niðurstöðu, m.a. vegna hinna miklu uppbyggingaráforma Símasamstæðunnar, að viðskiptalegar forsendur væru ekki fyrir því að veita Símanum óvirkan aðgang að neti GR. Þess má einnig geta að GR hafði hafnað beiðnum [...] á árunum [...] um óvirkan aðgang að ljósleiðurum félagsins, þannig að ekki verður séð að um stefnubreytingu hafi verið að ræða hjá GR að þessu leyti.

Lítið gerðist á milli aðila frá sumri 2016 þar til Síminn óskaði eftir því í janúar 2017 að PFS hlutaðist til um að það gagnvart GR að félagið veitti Símanum óvirkan aðgang. PFS svaraði því til að slíkt yrði ekki gert í máli þessu, þar sem PFS hefði engar heimildir til að leggja á kvaðir á fjarskiptafyrirtæki nema að undangenginni markaðsgreiningu þar sem komist yrði að þeirri niðurstöðu að tiltekið fyrirtæki væri með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Þá hefur Síminn ítrekað haldið því fram í málinu að GR sé komið í markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. PFS hefur aldrei komist að þeirri niðurstöðu að GR sé með umtalsverðan markaðsstyrk í nokkurri markaðsgreiningu, auk þess sem Samkeppniseftirlitið hefur ekki komist að þeirri niðurstöðu að GR sé með markaðsráðandi stöðu. Að mati PFS er mjög ólíklegt að svo sé, en GR var með um 40% markaðshlutdeild um síðustu áramót á umræddu svæði á móti um 60% markaðshlutdeild Mílu, þegar kopar- og ljósleiðaratengingar eru lagðar saman eins og venjan hefur verið. Þetta atriði verður hins vegar ráðið til lykta í þeirri markaðsgreiningu á heimtauga- og bitastraumsmörkuðum sem nú eru til vinnslu hjá PFS. Búast má við niðurstöðu í því máli í kringum næstu áramót.

Síminn hefur í málinu ennfremur viðhaft fleiri ummæli sem PFS telur vart standast skoðun. M.a. hefur Síminn ítrekað haldið því fram að tilskipun ESB nr. 2014/61/ESB um lækkun kostnaðar við uppbyggingu háhraðaneta (Broadband Cost Reduction Directive), sem að vísu hefur ekki verið tekin í EES-samninginn og þar af leiðandi ekki verið innleidd í íslenskan rétt, muni gera það að verkum að GR verði skyldað til að veita umræddan óvirkan aðgang að ljósleiðurum sínum. Og þótt Síminn viðurkenni að tilskipunin sjálf geri ekki ráð fyrir slíku, þá geti löggjafanum hér á landi innleitt tilskipunina með þeim hætti að svo verði. PFS hefur ekki neinar heimildir fyrir því að til standi að innleiða umrædda tilskipun hér á landi, þegar þar að kemur, með þeim hætti sem Síminn heldur fram. Þess má að auki geta að markmið tilskipunarinnar er fremur að stuðla að uppbyggingu ljósleiðaraneta með því að kveða á um samnýtingu á *efnislegum grunnvirkjum*, svo sem röllum og skurðum, en sérstaklega er tiltekið að svartur ljósleiðari er undanþeginn slíkri samnýtingu.

Þá hefur Síminn ítrekað haldið því fram að GR sé ekki rekið á viðskiptalegum forsendum, heldur sé opinbert fyrirtæki sem hafi notið ólögmæts ríkisstyrks frá eiganda sínum, OR. Það er aðeins ESA sem getur skorið úr um hvort fyrirtæki hafi notið ríkisstyrks og þá hvort hann sé ólögmætur. ESA hefur ekki komist að slíkri niðurstöðu. Hvorki í ákvörðun sinni nr. 300/11/COL frá 2011, þar sem upphafsár forvera GR (Línu.net), þ.e. árin 1999-2001, voru undir né í bráðabirgðaniðurstöðu frá 13. mars 2018. Báðar þessar kvartanir bárust frá Símanum. Þá hefur PFS haft eftirlit með því að OR samstæðan fari að 36. gr. fjarskiptalaga, sem leggur bann við því að samkeppnisrekstur á sviði fjarskipta sé niðurgreiddur af einkaleyfisstarfsemi eða verndaðri starfsemi.

Ennfremur hefur Síminn vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 13/2005, þar sem samruni Vodafone og Línu.Nets var samþykktur. Heldur Síminn því fram að tiltekin ummæli þeirrar ákvörðunar beri að skilja á þann veg að GR hafi á þeim tíma skuldbundið sig til að veita bæði virkan og óvirkan aðgang að neti sínu. GR telur augljóst að þarna sé Síminn að slíta umrædd

ummæli úr samhengi, þar sem þau eigi bersýnilega einungis við um óvirkan aðgang á fyrirtækjamarcaði en ekki á heimilismarkaði, enda hafi GR aldrei veitt óvirkan aðgang að innviðum sínum á heimilismarkaði. Við lestur umræddrar ákvörðunar er PFS sammála GR um að ummæli þessi hafi ekki skuldbundið GR til að veita óvirkan aðgang að innviðum sínum á heimilismarkaði.

Undir lok árs 2017 hófst svo ný samningalota á milli félaganna þegar Síminn óskaði formlega eftir óvirkum aðgangi hjá GR. GR var ekki til umræðu um það en [...] Auk þess hafði Síminn mikið gagnrýnt gjaldskrá GR að því er verðlagningu fyrir IPTV dreifingu varðaði og taldi að hún hygldi Vodafone. Í framangreindri lausn sem GR bauð Símanum í árslok 2017 [...]. Síminn hafnaði umræddum tilboðum GR án þess að veita færi á að ræða verð eða frekari skilmála nánar.

Símanum hefur ávallt staðið til boða virkur aðgangur að neti GR, [...] GR hefur nokkrum sinnum í málinu teygt sig í átt til Símans varðandi mögulega innkomu Símans á net GR, en Síminn hefur allan tímann haldið sig fast við sínar ýtrustu kröfur um óvirkan aðgang. Í samningaviðræðunum sem fram fóru á milli félaganna frá síðla árs 2015 fram á sumarið 2016, þegar GR virtist vera opið fyrir því að skoða óvirkan aðgang, sýndi Síminn þó ekki mikinn vilja til að koma til móts við GR varðandi greiðslu stofngjalda og mögulega tryggingu fyrir lágmarksviðskiptum. Það var ekki fyrr en seint á árinu 2017 sem Síminn bauðst með skýrum hætti til að greiða eðlilegan stofnkostnað við slíka lausn.

Þá óskaði dótturfélag Símans, Míla, eftir óvirkum aðgangi að innviðum GR á Seltjarnarnesi á árinu 2017. Ekkert varð af þeim samningum. Í þeim samningaviðræðum kom þó fram að hugsanlegt heildarmagn viðskipta gæti verið 10.000-15.000 heimili á höfuðborgarsvæðinu. Að sögn GR strandaði á því að Míla hafi ekki getað veitt nægjanlegar upplýsingar um fjölda, hvaða svæði um ræddi o.fl., þannig að GR hafi ekki getað lagt mat á hugsanlegan kostnað, mögulega verðlagningu og fleiri atriði. Þann 13. apríl 2018 heimilaði Samkeppniseftirlitið svo Mílu og GR að standa að sameiginlegum jarðvegsframkvæmdum á höfuðborgarsvæðinu í tengslum við ljósleiðarauppbyggingu félaganna sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2018.

Þá ber að mati PFS að horfa til þess að óvirkur aðgangur að svörtum ljósleiðara GR til heimila hefur ekki verið í boði í vöruframboði GR, hvorki fyrr né síðar, og hvorki gagnvart Símanum né [...]. GR hefur hins vegar lengi boðið slíkan aðgang á fyrirtækjamarcaði þar sem hver kaupandi verslar almennt alla fjarskiptaþjónustu af sama aðila. Á heimilismarkaði var það stefna GR frá upphafi að bjóða sjálft upp á virka flutningsþjónustu þannig að sem flest fjarskiptafyrirtæki, stór sem smá, ættu kost á að veita þjónustu sína yfir net GR. Með því fyrirkomulagi getur endanotandi einnig keypt mismunandi fjarskiptaþjónustur af mismunandi fjarskiptafyrirtækjum með litlu sem engu tilstandi eða kostnaði. Ennfremur er ljóst að talsverður kostnaður myndi felast í þjónustuskriptum á milli nets GR og Mílu, en ljóst væri að Míla myndi verða millilag á milli GR og Símans í slíkri lausn. Þá gætu slíkir þjónustuflutningar tekið töluverðan tíma, sem ekki er raunin í þeirri lausn sem GR býður í dag [...]

Umrætt viðskiptamódel GR er vel þekkt í Evrópu og í skýrslu sem finna má á vef ESB sem ber heitið „Basic Business models“ frá 24. apríl 2015, sem uppfærð var þann 3. október 2017, ber þetta módel heitið "Active Layer Open Model" til aðgreiningar frá "Passive Layer Open Model" sem er það módel sem Síminn óskar eftir að GR fari að starfa eftir, a.m.k. gagnvart Símanum. Ef GR myndi starfa eftir óvirka módelinu (passive) er það mat PFS að fjárfesting og rekstur virks búnaðar yrði margfaldur á samkeppnissvæðinu, a.m.k. tvöfaldur í tvíkeppni Símans og Vodafone, því hver

þjónustuveitandi starfrækti þá eigin virkan búnað. Auk þess myndi nýting GR á sinni fjárfestingu í virkum búnaði verða lítil eða engin ef Vodafone og jafnvel fleiri myndu einnig færa viðskipti sín í óvirkan aðgang. Hugsanlega þyrfti GR einnig að halda áfram rekstri eigin virks búnaðar til að þjóna smáum aðilum sem mögulega fengju ekki viðunandi aðgang hjá Símanum eða Vodafone. Fær PFS ekki annað séð en að krafa Símans myndi leiða til þess að GR þyrfti að starfrækja tvö viðskiptamódel með tilheyrandi flækjustigi og óhagræði fyrir félagið.

Á sama tíma notar Síminn það sem rök fyrir kröfu sinni um óvirkan aðgang að slíkur aðgangur myndi skapa einsleitni og hagkvæmni í rekstri Símans og skerpa fókus stjórnenda, á meðan sú lausn sem GR bjóði upp á leiði af sér tvöföldun í rekstri og kostnaði fyrir Símann. Ennfremur að Síminn hafi verið í markvissri vinnu við að einfalda allan rekstur sinn og kerfi til þess að ná hagræðingu sem gerði félagið samkeppnishæfara. Samkeppni á markaðnum væri hörð og mikilvægt fyrir Símann að halda kostnaði í lágmarki. Þá þyrfti sá aðgangur sem Síminn leitaðist eftir hjá GR að samræmast stefnu félagsins. PFS fær ekki annað séð en að einsleitni, einföldun og hagkvæmni sem fengist í rekstri Símans með ofangreindum aðgangi myndi leiða til aukins flækjustigs og óhagkvæmni í rekstri GR. Þá þarf krafa sem samræmist stefnu Símans ekki að samræmast stefnu GR. Fær PFS ekki séð að stefna Símans ætti að vera réttþærri en stefna GR þegar um er að ræða frjálsar samningaviðræður. Miklar líkur standa því til að óhagkvæmni í rekstri virkrar þjónustu GR gæti orðið umtalsverð og óhagkvæmni GR aukist með vaxandi hagkvæmni Símasamstæðunnar, sem þó er sá aðili hér á landi sem útnefndur hefur verið með umtalsverðan markaðsstyrk á umræddum mörkuðum.

Síminn hefur bent á að með því að veita opinn aðgang að óvirka hluta kerfis GR muni fjarskiptafyrirtæki hafa meira frelsi til að þróa þjónustu sína og aðgreina sig frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Tekið er undir þessi sjónarmið í ofangreindri grein á vef ESB. Þar er hins vegar einnig bent á ofangreind sjónarmið varðandi óhagræði í fjárfestingu í virkum búnaði. Þá segir að óvirka aðgangsmódelið henti best á stærri og þéttbýlli svæðum, t.d. stórborgum. Því ber að veita þessi tvö sjónarmið saman og taka tillit til þess að höfuðborgarsvæðið getur ekki talist í flokki með stórborgum eins og Stokkhólmur er, en Síminn hefur ítrekað vísað til fyrirtækisins Stokab sem þar starfar máli sínu til stuðnings.

Þá hefur Síminn m.a. bent á að aðgangur að óvirkum innviðum sé í samræmi við meginregluna í fjarskiptum sem kennd er við „The Ladder of Investment“, sem hvetur til þess að fjarskiptafyrirtæki klífi fjárfestingarstigann og auki innviði sína jafnt og þétt. Ennfremur sé þetta sú aðgangsléið sem framkvæmdastjórn ESB og fjarskiptaeftirlitsyfirvöld í flestum Evrópuríkjum telja eðlilegt að stuðla að. Að mati PFS er þetta rétt hjá Símanum svo langt sem það nær. Hins vegar verður að horfa til samkeppnisaðstæðna í hverju ríki fyrir sig þegar metið er hvort árangursríkara sé að stuðla að þjónustusamkeppni eða innviðasamkeppni. Þá verður einnig að horfa til þess að það er aðili sem hefur verið útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim mörkuðum sem um ræðir sem er að óska eftir aðgangi og að sá aðili er að byggja upp samhliða FTTH net á því svæði sem um ræðir og býður nú þegar upp á VDSL tengingar á svæðinu.

PFS hefur viðhaft eftirlit með fjárhagslegum aðskilnaði einkaréttarrekstrar OR og samkeppnisrekstrar GR á grundvelli 36. gr. fjarskiptalaga. Það hefur ekki verið sýnt fram á að OR hafi viðhaft eðlilega fyrirgreiðslu til GR og net GR sé þannig niðurgreitt með einhverjum hætti. PFS hefur lagt armslengdarkvaðir á OR sem eiganda GR í því skyni að viðhalda aðskilnaði GR frá OR. Net GR er byggt og fjármagnað á markaðslegum forsendum og því verður að líta á viðræður

Símans og GR með þeim augum að þær séu eingöngu á viðskiptalegum grundvelli frjálsra samninga.

GR hefur rekið viðskiptalíkan sitt í meira en áratug og fylgt upprunalegri stefnumótun sinni um opinn heildsöluaðgang í gegnum virkt netkerfi (bitastraumsþjónustu). Fjárfestingar fyrirtækisins og rekstur taka mið af þessu viðskiptalíkani. Tekjuhlíð viðskiptaáætlunar GR gerir ráð fyrir tekjum af bæði línugjaldi (heimtaugaleigu) notenda og þjónustugjaldi (bitastraumsþjónustu) frá fjarskiptafyrirtækjum. Þessi viðskiptaáætlun hefur gengið eftir að flestu leyti. Eftirlit PFS með GR hefur staðfest eðlilegan framgang fyrirtækisins, þ.m.t. arðsemiskröfu, skuldsetningu o.fl.

GR hefur stigið eitt skref aftar í stöðu sinni sem heildsali frá miðju ári 2017 með því að hætta beinni innheimtu línugjalds hjá neytendum og lætur nú smásölum eftir að innheimta línugjaldið í langflestum tilfellum.

Til að GR hafi hvata til að umbylta viðskiptaáætlun sinni er því eðlilegt að fyrirtækið geri kröfu um verulegar tryggingar fyrir framtíðartekjum. Beiðni um heimtaugaleigu felur í sér að GR gefi eftir hluta tekna sinna af þeim tengingum og nýting fjárfestinga í virkum búnaði minnki. Ef GR færi að beiðni Símanum um að veita óvirkan aðgang að ljósleiðaraheimtaugum er eðlileg krafa á GR að fyrirtækið veiti öðrum fjarskiptafyrirtækjum samskonar aðgang, þ.e. að fyrirtækið gæti jafnræðis. Það er í samræmi við stefnu og framkvæmd GR um jafnræði milli viðskiptavina. Sem dæmi þá gæti Vodafone haft hag af því að fá samskonar aðgang. Síminn er þá í raun að fara fram á að GR breyti viðskiptamódeli sínu í grundvallaratriðum og þar með tekjustreymi sér í óhag og í raun þeim forsendum sem hafa legið til grundvallar fjárfestingum GR í meiri en áratug.

Fram hefur komið hjá Símanum að fyrirtækið teldi það vera verulega óhagstætt að geta ekki notað eigið IP-MPLS kerfi. Með aðgangsbeiðni að svörtum ljósleiðara er Síminn hins vegar að fara fram á aðgang sem myndi leiða til þess að nýting GR á eigin IP-MPLS kerfi myndi minnka, sem og annarra kerfa GR. Síminn bendir réttilega á að með því að veita Símanum aðgang að svörtum ljósheimtaugum myndi nýting GR aukast á þessum innviðum. Það er hins vegar GR að meta það hvort aukin nýting á svörtum ljósheimtaugum með óvirkum aðgangi vegi upp það óhagræði sem slík grundvallarbreyting á tekjulíkani myndi valda. Við það mat er eðlilegt að horft sé til framtíðar, þ.e. hvort Símasamstæðan sé líklegur kaupandi á miklu magni til frambúðar eða sé eingöngu að hugsa um tímabundna lausn þar til Míla hefur náð að leggja ljósleiðaraheimtaugar til allra heimila á höfuðborgarsvæðinu. Þá er líklegt að Símasamstæðan sé fyrst og fremst með í huga að spara sér fjárfestingar varðandi dýrustu og erfiðustu tengingarnar sem eru vítt og breytt um höfuðborgarsvæðið, en ekki heil hverfi eða heilar götur. Í tölvupósti forstjóra Símanum til framkvæmdastjóra GR, dags. 21. apríl 2016, kom m.a. fram að í einhverjum tilvikum ætti Míla slíkar heimtaugar inn í sömu hús og þar reyndi því ekki á beiðni Símanum um aðgang að óvirkum innviðum hjá GR. Þarna virðist forstjóri Símanum viðurkenna að Símasamstæðan líti á aðganginn einungis sem eins konar „holufyllingu“ í þeim tilvikum sem ljósleiðaranet samstæðunnar nær ekki til sömu húsa og net GR. Einnig skiptir fjöldi heimtauga sem Símasamstæðan er tilbúinn til að skuldbinda sig til að kaupa verulega miklu máli við þetta mat.

PFS telur ekki líklegt, miðað við gögn málsins, að kaup Símasamstæðunnar á svörtum ljósheimtaugum hjá GR myndu verða í það miklum mæli að réttlætt gæti það að GR færi út í grundvallarbreytingar á viðskiptalíkani sínu. Ljóst er að það að tengja vel á annað hundruð tengistöðvar GR við um 30 sírstöðvar Mílu væri kostnaðarsamt verk, sem tæki eflaust vel á annað

ár að framkvæma, miðað við gögn málsins. Síminn hefur a.m.k. ekki fært fram rök sem sannfæra PFS um að umrædd höfnun GR á veitingu óvirks aðgangs byggist á öðru en viðskiptalegu hagsmunamati GR. Það er GR að meta hvort fórnarkostnaðurinn við að breyta um viðskiptamódel eða reka tvenns konar viðskiptamódel sé virði þess ávinnings sem kynni að skapast við aukna nýtingu á neti félagsins. Þá hefur GR nefnt í málatilbúnaði sínum að slíkur óvirkur aðgangur að ljósleiðurum GR gæti takmarkað þróunarmöguleika ljósleiðarakerfis GR til framtíðar, m.a. við innleiðingu 5G tækni sem krefst stóraukinnar ljósleiðaravæðingar. Þá efast PFS um að slíkt yrði samkeppni til heilla hér á landi, þar sem tiltölulegar margir minni aðilar starfa sem ekki hafa bolmagn til að fara sömu leið og Síminn fer fram á. Þá verður að horfa til þess að Símasamstæðan verður innan skamms komin með jafn útbreitt ljósleiðaranet og GR. Því fær PFS ekki séð hvers vegna Síminn þurfi svo djúpan aðgang að báðum netum, en eins og fyrr greinir er Míla, dótturfélag Símans, með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim mörkuðum sem hér um ræðir.

Beiðni Símasamstæðunnar nær, að mati PFS, aldrei svo langt að farið sé að ræða hlutina þannig að hönd á festi. Síminn lofar t.d. ekki tryggingum um magn eða tímallengd samnings, en slíkar kröfur eru að mati PFS ekki óeðlilegar af fyrirtæki sem engar kvaðir hvíla á ef það á að fara út í að breyta viðskiptamódeli sínu í grundvallaratriðum í frjálsum samningum. Á fundum GR og Símans í maí 2016, í aðdraganda þess að upp úr slitnaði milli félaganna það sumar, tók Síminn það fram að félagið væri ekki tilbúið að lofa neinni lágmarksskuldbindingu. Þó Síminn hafi á síðari stigum sagst vera tilbúinn til að greiða eðlilegan stofnkostnað við breytingu GR á viðskiptamódeli sínu, hefur Síminn ekki fallist á neinar lágmarksskuldbindingar. Krafa Símans er því í raun að GR umbylti viðskiptalíkani sínu fyrir takmörkuð, ótrygg og tímabundin viðskipti.

Síminn hefur ítrekað borið fyrir sig í málinu að Símasamstæðan fái óvirkan aðgang að svörtum ljósleiðara staðbundinna aðgangsneti hér á landi, þ.m.t. að neti Tengis. PFS telur ólíku saman að jafna hér. Sérstaklega að því er varðar minni sveitarfélaganet sem gjarnan leita samstarfsaðila og hafa ekki reynslu, þekkingu og/eða áhuga á að byggja upp og starfrækja virkan búnað. Þá efast PFS um að samningsstaða Tengis í samningum við Símasamstæðuna hafi nokkurn tíma verið sambærileg við samningsstöðu GR á höfuðborgarsvæðinu. Þar að auki hefur það takmarkaða þýðingu hvaða samninga Síminn hefur náð við aðra eigendur innviða við aðrar aðstæður og önnur skilyrði, enda um frjálsa samninga að ræða.

Að öllu ofangreindu virtu telur PFS að umrædd beiðni Símans um óvirkan aðgang að svörtum ljósleiðurum Mílu sé ekki sanngjörn og eðlileg aðgangsbeiðni.

5.7.5. *Samandregin niðurstaða PFS í GR þætti málsins*

Möguleg samningagerð Símans um óvirkan aðgang að neti GR hefði ekki ein og sér getað leyst Símann undan broti því á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem PFS hefur í ákvörðun þessari komist að niðurstöðu um að Síminn hafi fullframið þann 1. október 2015 og stendur ennþá yfir. Þá er það niðurstaða PFS að GR hafi ekki á því tímabili sem liðið er frá fullframningu brotsins hafnað sanngjarnri og eðlilegri aðgangsbeiðni Símans, sem eins og að framan greinir hefði getað dregið úr skaðlegum afleiðingum brotsins fyrir GR á samkeppnismarkaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet á milli Mílu og GR. Nánar tiltekið er það niðurstaða PFS að beiðni Símans um óvirkan aðgang að fjarskiptaneti GR hafi, eins og á stendur í máli þessu, aldrei talist sanngjörn og eðlileg aðgangsbeiðni frá því að brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga var fullframið.

5.8. Niðurstaða PFS varðandi fyrirhugaða OTT lausn Símans við ólínulega myndmiðlun

5.8.1. Inngangur

Eins og fram kom í kafla 5.6.6.5 (Hið meinta brot Símans í Vodafone hluta málsins) var það niðurstaða PFS að Síminn þurfi ekki að bjóða umrædda ólínulegu myndmiðlun á öllum fjarskiptakerfum eða -netum, en hins vegar má félagið ekki beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að eigin fjarskiptafyrirtæki, hvorki að IPTV sjónvarpsdreifingu Símans eða undirliggjandi fjarskipaneti dótturfélagsins Mílu. Það fyrirkomulag sem Síminn hefur viðhaft síðan 1. október 2015 brýtur að mati PFS gegn umræddu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Þá kom fram að Síminn hefði getað komið í veg fyrir brotið 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. Það gerði Síminn ekki, en félagið hefur upplýst 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.

Hér í næsta kafla verður gerð grein fyrir framangreindum áformum Símans undir rekstri málsins og athugasemdum annarra málsaðila við þau.

5.8.2. Fyrirhuguð OTT lausn Símans til dreifingar á Sjónvarpi Símans Premium

Í bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember 2016, kom fram að Síminn væri að skoða aðrar leiðir til dreifingar á sjónvarpsþjónustu félagsins [...] Það væru til aðrar leiðir til þess að koma þjónustunni til fleiri viðskiptavina sem kynnu að skila meiri ábata fyrir rekstur félagsins. Reyndust þær leiðir kostnaðarsamari en það sem Vodafone hefði boðið kynni Síminn að vera opnari fyrir því að klára samningagerð við Vodafone.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 5. apríl 2017, kom fram að Símanum væri núna loksins ljóst að samningsvilji GR væri ekki fyrir hendi og því virtist útséð með að GR myndi veita óvirkan aðgang að kerfi sínu. Hefði GR samþykkt beiðni Símans hefði það gert Símanum kleift að bjóða upp á alla sína þjónustu yfir net GR. Þá hefði Vodafone ekki sýnt neina viðleitni í þá veru að bjóða upp á 24 tíma tímahliðrun með auglýsingu á undan, þótt Síminn hefði áréttað boð um slíkt. Því virtist sem Vodafone hefði ekki áhuga á því að greiða fyrir þjónustuna fyrir utan að Vodafone legði verulega hátt gjald á dreifingu um UHF kerfi félagsins. Þessi staða hefði leitt til þess að Síminn hefði þurft að leita annarra leiða til þess að auka útbreiðslu þjónustu sinnar. Fyrir ári síðan hefði Síminn boðið upp á Sjónvarp Símans í gegnum endurgjaldslaust app og núna væri verið að leggja drög að prófunum á þjónustu sem gerði Símanum kleift að dreifa myndefni félagsins í meira mæli til notenda um internetið. Gengju prófanir vel og markaðsaðstæður yrðu jákvæðar, þ.e. að raunveruleg eftirspurn yrði eftir þjónustunni, m.t.t. annarra lausna sem væru fyrir á markaðnum, vænti Síminn þess að þjónustan yrði sett á markað veturinn 2017-2018. Með því væri mögulega hægt að bjóða sjónvarpsþjónustu til aðila sem byggju á svæðum sem næðu ekki gagnvirkri sjónvarpsþjónustu um fastlínu, sumarbústaða og einnig á heimili sem væru með aðgang að kerfi sem Síminn væri ekki með aðgang að.

Í tölvupósti Símans til PFS, dags. 12. apríl 2017, kom fram að Síminn hefði unnið að gerð OTT lausnar sem væri tilbúin og komin í þrúfur hjá starfsmönnum. Áætlanir gerðu ráð fyrir að lausnin

yrði markaðssett í lok maí 2017. OTT lausnin væri mun hagkvæmari en það sem verið hefði á borðinu í samningaviðræðum við Vodafone. Þegar OTT lausnin væri komin á markað yrði hægt að [...]

Síminn kynnti PFS síðan umrædda OTT lausn á fundi þann 3. maí 2017.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 29. ágúst 2017, kom fram að Síminn hefði kynnt OTT lausn á fundi með PFS þann 3. maí 2017. Síminn hefði ekki ákveðið endanlega hvernig varan yrði markaðsfærð. Mætti gera ráð fyrir því að þegar ákvörðun í samrunamáli Vodafone og 365 yrði tekin og endanlega lægi fyrir hvort Síminn fengi umbeðinn aðgang að aðgangsneti GR yrði tekin ákvörðun um framhaldið.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 12. desember 2017, kom fram að í ljósi þess að fyrirhuguð væri lagasetning sem gerði fjarskiptafyrirtækjum skylt að veita aðgang að óvirkum innviðum, teldi Síminn óhjákvæmilegt að GR myndi bjóða upp á aðgang að aðgangsneti félagsins á sanngjörnum kjörum. [...]

Í bréfi GR til PFS, dags. 24. janúar 2018, gerði félagið athugasemdir við umsögn Símans frá 12. desember 2017. Fram kom að í umsögn Símans væri vísað til þess að Síminn hefði í undirbúningi að bjóða upp á OTT lausn [...] GR væri opin til slíkra viðræðna við Símann. Það væri hagur GR að viðskiptavinir Ljósleiðarans upplifðu gott samband, algjörlega óháð því hvaða þjónustu hann væri að neyta. Þetta ætti hvort tveggja við um Netflix (eða sambærilegar þjónustur) og innlendar þjónustur. Vert væri að minnast á að Netflix veitti OTT þjónustu sína án nokkurra samninga við GR.

Þá kom fram í máli GR að Síminn gæti boðið OTT þjónustu sína hvar sem væri án þess að þurfa að ræða það sérstaklega við aðila eins og GR, og væri raunar að því nú þegar. Hins vegar væri afar mikilvægt, þegar þessi þjónusta kæmi frá Símanum, að það væri ekki skilyrði fyrir henni að viðskiptavinurinn væri með myndlykil frá Símanum og hann þannig paraður við OTT myndlykil, eins og staðan væri í dag með núverandi OTT þjónustu Símans (Sjónvarp Símans appið í Android og IOS). Í dag hefði enginn kost á að nota OTT þjónustu Símans nema að kaupa tengingu af Mílu og myndlyklapjónustu af Símanum. Viðskiptavinurinn væri fastur við dreifikerfi Símans þó að OTT þjónustan væri í eðli sínu óháð dreifikerfi.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 21. febrúar 2018, kom fram að því skyldi haldið til haga að [...] Hefði GR raunverulegan áhuga á því að ná viðskiptum við Símann, hlyti félagið að leggja sig fram um að bjóða þá þjónustu sem Síminn óskaði eftir og koma með verðtillögu í óvirkan aðgang sem GR teldi eðlilega.

Ef GR ætlaði að halda því til streitu að synja Símanum um óvirkan aðgang þá blasti við að Síminn myndi [...]

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 22. febrúar 2018, óskaði stofnunin eftir nánari skýringum á tilteknum ummælum Símans sem fram hefðu komið um [...] í framangreindu bréfi Símans til PFS frá 21. febrúar 2018. PFS taldi sig þurfa frekari skýringu á eftirfarandi texta í 1. málsgrein umrædds kafla: [...]

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 26. febrúar 2018, barst svar Símans við ofangreindri fyrirspurn PFS. Fram kom að [...]

Í bréfi Símans til PFS, dags. 20. mars 2018, kom m.a. fram að eins og Síminn hefði áður upplýst PFS um þá hefði félagið unnið að uppfærslu á nýju smáforriti (appi) og IPTV viðmóti og hefði uppfærslan verið kynnt nýlega. Búið væri að virkja viðmótið hjá hluta viðskiptavina. [...] Þegar því væri lokið þá yrði Sjónvarp Símans með tímahliðrun í 24-36 tíma, þar sem auglýsingar kæmu á undan spilun, aðgengileg öllum. Þess væri vænst að það yrði aðgengilegt á næstu vikum. Til áréttingar þá væri hægt að nota þennan hluta Síma-appsins án þess að vera með nokkra aðra þjónustu hjá Símanum og þar með gætu allir notendur á landinu nálgast tímahliðrun á Sjónvarpi Símans í allt að 24-36 tíma. Umrætt app væri aðgengilegt í Apple símtækjum og spjaldtölvum, auk sambærilegra Android tækja.

Þar sem neytendur gætu nálgast og notað hið nýja viðmót óháð því hjá hvaða fjarskiptafyrirtæki það væri í viðskiptum væri útilokað að félagið bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Loks gerði markaðsfærsla félagsins á OTT þjónustu sinni, með þeim hætti sem lýst væri hér að framan, það að verkum að útilokað væri að komast að þeirri niðurstöðu að brotið væri gegn ákvæðinu.

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 6. apríl 2018, kom fram að rétt væri að vekja athygli á því að Síminn hefði nú markaðsfært nýtt smáforrit (app) sem hægt væri að sækja ókeypis bæði í iOS og Android tækjum. Appið veitti aðgang að línulegum útsendingum Sjónvarps Símans og tímaflakki Sjónvarps Símans (myndmiðlun eftir pöntun). Aðgangur að appinu væri algjörlega óháður því hvar viðskipti væru að öðru leyti. Markaðsfærslan á hinu nýja appi gerði það því að verkum að útilokað yrði að telja að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, því hægt væri að nálgast efnið yfir öll fjarskiptanet.

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 23. apríl 2018, minnti stofnunin félagið á að svar hefði ekki enn borist við þeirri fyrirspurn PFS hvort Sjónvarps-app Símans veitti aðgang að Sjónvarpi Símans Premium. Þá óskaðist staðfesting á þeim skilningi PFS að Sjónvarps-app Símans veitti öðrum en þeim sem væru með myndlykil hjá Símanum ekki slíkan aðgang. Ennfremur væri óskað upplýsinga um það hvenær umrætt app hefði farið í loftið til almennings.

Svar Símans barst PFS með tölvupósti, dags. 30. apríl 2018. Fram kom að umrætt app, sem greitt væri 500 kr. fyrir, væri takmörkuð framlenging á núverandi þjónustu og gæfi möguleika á því að nota sjónvarpsþjónustuna í afmörkuðum fjölda snjalltækja. Hins vegar veitti það ekki fulla þjónustu, eins og í gegnum myndlykil. Til þess að geta notað appið þyrfti að samtengja það við myndlykil, enda væri það hluti af sjónvarpsþjónustunni. Þá væri t.d. ekki hægt að leigja myndefni í Apple tækjum, heldur þyrfti viðkomandi að leigja myndir í gegnum myndlykilinn til þess að geta horft á þær í Apple tækjum. Megnið af ólínulegu myndefni væri aðgengilegt en erlent endurvarp væri nokkuð takmarkað sem og innlendar rásir. Þá kom fram að appið hefði farið í loftið 2013 en ný uppfærsla ekki sett á markað fyrr en á árinu 2018. Appið hefði lengi þurft uppfærslu. Frí-appið fyrir opnar rásir hefði farið í loftið 2016, einkum vegna þess að Vodafone hefði sett kröfur um óraunhæfar greiðslur fyrir Sjónvarp Símans á UHF kerfinu þegar EM 2016 hefði verið í gangi. Frí-appið hefði því verið sett á markað til þess að þeir sem hefðu ekki IPTV aðgang gætu horft á leiki Íslands á EM sem sýndir hefðu verið á sjónvarpsstöð Símans.

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 9. maí 2018, sendi félagið stofnuninni glærukynningu sem hafði að geyma kynningu Símans á nýrri OTT lausn við myndmiðlun, sem óháð væri fjarskiptanetum, og félagið stefndi á að markaðssetja í byrjun ágúst 2018. Fram kom að Síminn og Skjárinn hefðu verið sameinuð 2015 og Síminn hefði gert breytingar á þjónustuframboði sjónvarps haustið 2015. Þetta sama haust hefði GR lagt fram tillögu, að beiðni Símans, um óvirkan aðgang. Þetta hefði gefið Símanum réttmætar væntingar um að GR vildi bjóða slíkan aðgang. Síðari samskipti félaganna hefðu þó sýnt að GR vildi ekki bjóða umræddan aðgang. Síminn hefði því lengi falast eftir umræddum aðgangi hjá GR, en án árangurs.

Síminn hefði reynt að fá GR til viðræðna um þann óvirka aðgang sem GR var tilbúin til að veita á árinu 2015. Tillaga að viðræðum hefði verið lögð fyrir GR í árslok 2017. GR hefði svarað með útspili í desember 2017 sem ekki hefði mætt óskum Símans, en hefði gefið Símanum væntingar um að hægt yrði að ræða óvirkan aðgang. Hefði Síminn því sent GR aðra tillögu um síðustu áramót. Á fundi aðila í janúar 2018 hefði GR hafnað því að ræða óvirkan aðgang frekar. Samskipti aðila síðan hefðu miðað að því að ná samningaviðræðum aftur í gang. Hins vegar hefði erindum Símans verið illa eða ekki svarað. Síminn teldi þó að samningar myndu nást á endanum, en ólíklegt væri að það yrði fyrir næstkomandi haust. GR hefði síðan komið með útspil um sjónvarpsdreifingu [...] GR hefði nýlega viðurkennt að mögulegt væri að fara í afmarkaðar tilraunir, en neitaði að bjóða upp á almennan óvirkan aðgang, a.m.k. á þessu ári.

Varðandi þjónustuframboð Símans kom fram að það væri í stöðugri þróun, þ.m.t. sjónvarpsþjónustan. Síminn hefði verið með það lengi til skoðunar hvort og hvernig félagið ætti að fara í OTT lausnir, þar sem þróunin hefði verið í þá átt. Ákveðnar lausnir hefðu verið aðgengilegar varðandi OTT. [...]

Nokkrir valkostir hefðu verið í stöðunni, [...] Niðurstaðan hefði verið sú að setja á markað OTT lausn [...] sem sett yrði í almenna sölu í byrjun ágúst. Fyrstu hugmyndir væru að grunnpakinn innihéldi: [...]

Þá kom fram að markmiðið væri að setja lausnina á markað aðra helgina í ágúst nk. Haustið væri tíminn til þess að setja sjónvarpslausnir á markað. Sumarið væri sá tími sem eftirspurn eftir sjónvarpsþjónustu væri í lágmarki. HM í Rússlandi myndi taka athyglina í júní/júlí. Rétt tímasetning hámarkaði virði og virkni auglýsinga. Lausnin væri auk þess ekki endanlega tilbúin fyrir almennan markað. Gróf markaðsáætlun gerði ráð fyrir [...]

Í tölvupósti Símans til PFS, dags. 11. maí 2018, kom fram að stjórn Símans hefði ákveðið að fara með OTT lausn fyrir Sjónvarpsþjónustu Símans á markað í ágúst nk. [...]

5.8.3. Afstaða PFS til OTT áforma Símans

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. Ennfremur hefði Síminn síðan þá getað undið ofan af umræddu broti með slíkri lausn, en umrætt brot stendur ennþá yfir að mati PFS.

Þrátt fyrir að Síminn hafi ekki, nú tæpum þremur árum síðar, náð samningum við Vodafone sem hefði getað undið ofan af umræddu broti eða við GR, sem hefði getað takmarkað tjón samkeppnisaðila systurfélags Símans, Mílu, án þess þó að leysa Símann undan brotinu, hefur Síminn ekki innleitt slíka OTT lausn.

Eins og fram kemur í gögnum málsins komu slíkar OTT hugleiðingar fyrst fram í bréfi félagsins til PFS, dags. 10. nóvember 2016, eða rétt rúmu ári eftir að Síminn fullframdi umrætt brot. Síðan er liðið vel á annað ár. [...]

Nú nýlega tilkynnti Síminn hins vegar um að félagið hygðist taka slíka lausn í notkun, m.a. við dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium, í ágúst næstkomandi. Að svo stöddu getur PFS ekki lagt mat á það hvort hin fyrirhugaða OTT lausn Símans muni teljast fullnægjandi til að vinda ofan af umræddu broti þegar sú lausn verður sett í loftið, að því gefnu að Síminn verði ekki búinn að gera annars konar ráðstafanir til að láta af hinni ólögsmætu hegðun. Það mat getur PFS ekki framkvæmt fyrr en áformuð lausn lítur dagsins ljós og PFS hefur haft tækifæri til að rannsaka hana með fullnægjandi hætti.

5.9. Viðurlög

5.9.1. Krafa Vodafone um beitingu viðurlaga

Í upphaflegu erindi Vodafone, dags. 2. desember 2015, vísaði félagið til þess að brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sætti viðurlögum samkvæmt 54. og 56. gr. laganna. Í bréfi Vodafone, dags. 31. maí 2016 var krafa félagsins um beitingu viðurlaga gegn Símanum nánar útfærð og rökstudd, en krafan var orðuð svo:

„Að á Símann yrðu lagðar hæstu lögleyfðu stjórnvaldssektir vegna hinna ólögsmætu og samkeppnishindrandi aðgerða, að beina viðskiptamönnum eingöngu að fjarskiptaneti Símans, sbr. 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.“

Vísaði Vodafone til þess að samkvæmt 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga *legði* PFS stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Orðalag ákvæðisins gæfi stofnuninni ekkert svigrúm til mats um hvort leggja bæri á sektir. Löggjafanum hefði verið í lófa lagið að orða ákvæðið með þeim hætti að *heimilt* væri að leggja á sektir, en orðalag textans væri ófrávíkjanlegt, að því gefnu að um brot væri að ræða á umræddum ákvæðum. Við slíkar aðstæður *legði* stofnunin einfaldlega á sektir. Þá segði í 4. mgr. 55. gr. að stjórnvaldssektum yrði beitt óháð því hvort brot væru framin af ásetningi eða gáleysi. Eina svigrúmið til mats væri ákvörðun um hve há sektin skyldi vera innan þess ramma sem ákvæðið setti.

Sektir gætu numið allt að 10 millj. kr. Við ákvörðun sektar skyldi m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það ætti við, sbr. 4. mgr. 54. gr. laganna. Ekki væri að finna leiðbeiningar í lögskýringargögnum um mat á fjárhæð sekta. Væri því eðlilegt að taka mið af lagatextanum. Ljóst væri að hámarks sektarfjárhæð væri óveruleg bæði í samhengi við sektarheimildir samkvæmt samkeppnislögum og þann ávinning sem Síminn hefði haft af brotinu. Væri lagt til grundvallar að Síminn hefði bætt við sig 5.000 áskrifendum að Sjónvarpi Símans Premium og að þeir greiddu 3.500 kr. á mánuði fyrir þjónustuna, væru tekjur Símans af þessum auknu viðskiptum 17.500.000 kr. á mánuði eða sem næmi 210.000.000 kr. á ársgrundvelli. Um

varlega útreikninga væri að ræða þar sem gera yrði ráð fyrir að stór hluti þeirra sem væru með Sjóнварp Símans Premium væru jafnframt áskrifendur að Heimilispakkanum, sem nú væri í boði á 13.000 kr. á mánuði. Hvernig sem á málið væri litið hlýti brotið að teljast alvarlegt og tekjur af brotinu verulegar. Stæðu því veigamikil rök til að lagðar yrðu á hámarks sektir samkvæmt ákvæðinu, þ.e. 10.000.000 kr.

Samkvæmt 1. mgr. 57. gr. fjölmiðlalaga sættu brot gegn fjölmiðlalögum aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kæru fjölmiðlanefndar eða þegar við ætti PFS. Varðaði brot á lögnum bæði refsíabyrgð fyrir einstakling og lögaðila legði fjölmiðlanefnd, eða eftir atvikum PFS, mat á það hvort mál skyldi kært til lögreglu að hluta eða í heild, að teknu tilliti til grófleika brots og réttarvörslusjónarmiða. Ef brot væru meiri háttar væri viðkomandi stjórnvaldi skylt að vísa þeim til lögreglu. Að framan hefði verið rakið hvernig Síminn hefði haft meiri háttar fjárhagslegan ávinning af brotastarfsemi sinni. Þegar af þeirri ástæðu teldist brotið meiri háttar. Af þessari ástæðu sæi Vodafone ekki ástæðu til að gera sérstaka kröfu um kæru til lögreglu og byggði þess í stað á að stofnuninni bæri að eigin frumkvæði (ex officio) að vísa hluta þess til lögreglu í kjölfar þess að efnismeðferð málsins hjá PFS lyki.

Við þetta bættist einbeittur ásetningur til að sniðganga fjölmiðlalög og einna helst 5. mgr. 45. gr. laganna. Endurspegladist þessi afdráttarlausí vilji til sniðgöngu og brota á lögum í yfirlýsingum forsvarsmanna Símans í tengslum við félagið Síminn Media S.A.R.L. Umrætt félag hefði verið stofnað í Lúxemborg í þeim yfirlýsta tilgangi að komast undan lögsögu innlendra eftirlitsstjórnvalda. Virtist ákvörðun Símans um að flýja land hafa verið tekin í kjölfar umsagnar fjölmiðlanefndar til PFS vegna gildissviðs 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, dags. 29. febrúar 2016.

Í málflutningi Vodafone var jafnframt vísað til þess að brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæti einnig varðað refsíabyrgð að undangenginni ákærumeðferð. Ekki þykir vera tilefni til að rekja þá umfjöllun og sjónarmið Símans til hennar nánar í ákvörðun þessari, sbr. kafla 5.9.4.2. hér að neðan.

5.9.2. *Sjónarmið Símans um viðurlög*

Í bréfi Símans til PFS, dags. 22. ágúst 2016, kom fram að Vodafone hefði byggt á því að PFS bæri að beita heimildarákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga og leggja stjórnvaldssektir á Símann. Síminn hafnaði því að hafa brotið gegn flutningsrétti Vodafone og því kæmi álagning stjórnvaldssekta ekki til greina. Umrætt sektarákvæði hljóðaði á þá leið að PFS legði stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Í greinargerð með ákvæðinu væri það undirstrikað að einungis yrðu lagðar stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn flutningsrétti.

Þá kom fram í máli Símans að umfjöllun um mögulega beitingu sektarákvæðis 3. mgr. 54. gr. tengdist líka þeirri sérkennilegu nálgun sem Vodafone beitti í þessu máli. Fælist það í því að rökstuðningur fyrir broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og kröfugerð félagsins færi ekki saman. Yrði það niðurstaða PFS, að þrátt fyrir skýr fyrirmæli í sátt Samkeppniseftirlitsins við Símasamstæðuna, að Símanum bæri að veita Sjóнварpi Símans yfir önnur aðgangsnét en Mílu fæli það ekki í sér brot gegn flutningsrétti Vodafone. Í því tilviki væri um það að ræða að GR ætti rétt til þess að flytja Sjóнварp Símans yfir sitt aðgangsnét. Þar sem ekki væri fullreynt hvort Síminn og GR gætu náð saman um flutning Sjóнварps Símans yfir kerfi GR væri ljóst að ekki gæti verið um að ræða brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem varðaði stjórnvaldssektum samkvæmt 3. mgr. 54. gr. laganna.

Í erindi Vodafone kæmi fram að PFS bæri skylda til að beita stjórnvaldssektum ef um brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri að ræða. Þessu mótmælti Síminn. Ákvæði 3. mgr. 54. gr. veitti PFS heimild til að beita stjórnvaldssektum en ekki væri um skyldu að ræða. Orðalag í greinargerð með ákvæðinu staðfesti þetta:

„Í greininni er að finna ákvæði um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og í ákveðnum tilvikum Póst- og fjarskiptastofnun er ætlað að leggja á vegna nánar tiltekinna brota á ákvæðum frumvarpsins. Heimild þessi nær þó aðeins til lögaðila, en um ábyrgð einstaklinga fer skv. 56. gr. frumvarpsins.“ (leturbreyting Símans)

Því væri ljóst að 3. mgr. 54. gr. væri heimildarákvæði en fæli ekki í sér skilyrðislausu skyldu til að leggja á stjórnvaldssektir eins og Vodafone héldi fram.

Yrði það niðurstaða PFS að brotið hefði verið gegn 5. mgr. 45. gr. byggði Síminn á því að meðalhófsregla 12. gr. stjórnsýslulaga leiddi til þess að ekki bæri að beita stjórnvaldssektum. Í meðalhófsreglunni fælist að því aðeins skyldi taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögsmætu markmiði, sem að væri stefnt, yrði ekki náð með öðru og vægara móti. Skyldi þess þá gætt að ekki væri farið strangara í sakirnar en nauðsyn bæri til.

Vildi svo ólíklega til að PFS kæmist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, yrði ekki séð að nokkur rök mæltu með því að stjórnvaldssektum yrði beitt. Ekki væri um neinn ásetning að ræða af hálfu Símans, auk þess sem háttsemin hefði áður verið samþykkt af Samkeppniseftirlitinu með framangreindri sátt. Þá lægi fyrir að hið meinta brot hefði ekki valdið neinni röskun á samkeppni. Með hliðsjón af meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins yrði því að láta hjá líða að beita stjórnvaldssektum ef brot yrði talið hafa átt sér stað.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember 2016, kom fram að ef það kæmi til álita af hálfu PFS að beita heimildarákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga og leggja stjórnvaldssektir á Símann, væri þess krafist að félaginu yrði veitt færi á að njóta andmælaréttar.

Í bréfi Símans til PFS, dags. 9. janúar 2017, kom fram að ef svo ólíklega vildi til að PFS kæmist að þeirri niðurstöðu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið brotin hafnaði Síminn því að stjórnvaldssektum yrði beitt. Síminn hafnaði því að hafa brotið gegn flutningsrétti Vodafone og því kæmi álagning stjórnvaldssekta ekki til greina, en sektarheimildarákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga væri orðað þannig að PFS legði stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Í greinargerð með ákvæðinu væri það undirstrikað að stjórnvaldssektir yrðu einungis lagðar á þá sem brytu gegn flutningsrétti.

Þá taldi Síminn rétt að leggja til grundvallar þá staðreynd að í málinu reyndi í fyrsta skipti á beitingu ákvæðisins. Eins og málsmeðferð í málinu sýndi væri um að ræða matskennt ákvæði og beiting þess væri óljós. Hefði PFS m.a. þurft að taka sérstaka ákvörðun um það hvert gildissvið ákvæðisins væri.

Fyrir lægi að Vodafone og GR hefðu engan skaða hlotið frá því að umkvartanir Vodafone hefðu hafist í desember 2015. Þvert á móti hefðu félögin aukið við viðskiptavinafjölda sinn. Sú staðreynd að engin röskun hefði orðið á samkeppni á þeim mörkuðum er málið varðaði væri því til stuðnings

að engar forsendur væru fyrir álagningu stjórnvaldssekta í málinu. Þar að auki hlyti að teljast sérkennilegt, nú þegar framboð af ólínulegu sjónvarpsefni fyrir íslenska neytendur hefði aldrei verið meira, ef álagning stjórnvaldssekta væri talin koma til greina. Loks leiddu sanngirnirök til sömu niðurstöðu, þar sem Síminn hefði sýnt raunverulegan samningsvilja í málinu.

5.9.3. Um viðurlagaákvæði 54. gr. fjölmiðlalaga

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 sakamála meðferð. Þá þættu sektarúrræði skjótvirkari og líklegri til skilvirkrar beitingar.

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.

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*.

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 löginn 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.

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.

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

Brot á öðrum ákvæðum VII. kafla 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.

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.

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.

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

Í 3. mgr. kemur fram að ákvæði IV. – VII. kafla stjórnsýslulaga skuli ekki gilda um ákvörðun um að kæra mál til lögreglu. Þess má geta að í IV. kafla stjórnsýslulaga 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 kæruheimild. Hins vegar gilda önnur ákvæði stjórnsýslulaga við töku slíkrar ákvörðunar, þ.m.t. rannsóknarregla, jafnræðisregla og meðalhófsregla.

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

5.9.4. Niðurstæða PFS um viðurlög

Í ákvörðun þessari hefur PFS komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að fjölmiðlaveita félagsins hafi beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdum fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. Símanum sjálfum sem IPTV sjónvarpsdreifirekanda og dótturfélaginu, Mílu, sem rekstraraðila undirliggjandi fjarskiptaneta. 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 sjónvarpsfærni Símans í formi Tímavélar og Frelsis með um þriggja vikna fyrirvara. Þær markaðsaðgerðir sem Síminn réðist í gerði það einnig að verkum að Sjónvarps Símans Premium var eingöngu aðgengilegt yfir net Mílu á helsta samkeppnissvæði Símasamstæðunnar. Hefur sú

staða haldist æ síðan, þrátt fyrir að samningaumleitanir hafi átt sér stað milli Símans og samkeppnisaðila félagsins, þ.e. um endursölu á Sjónvarpi Símans Premium og um aðgang Símans að neti GR. Það er mat PFS að árangursleysi samningaviðræðnanna verði ekki rakið til skorts á samningsvilja viðsemjenda Símans eða skilyrða sem þeir hafa sett fram. Þá telur PFS að beiðni Símans um óvirkan aðgang að innviðum GR hafi ekki falið í sér sanngjarna og eðlileg aðgangsbeiðni. Það er álit PFS, eftir að hafa ítarlega yfirfarið þau gögn og sjónarmið sem liggja fyrir um samningaviðræður Símans við kvartendur, að árangursleysi samningaviðræðnanna megi fremur rekja til háttsemi Símans.

Með vísan til framangreinds verður nú fjallað nánar um þau sjónarmið sem horfa þarf til við ákvörðun um beitingu viðurlaga. Í þeirri umfjöllun verður einnig tekin afstaða til sjónarmiða Símans um beitingu viðurlaga.

5.9.4.1 *Andlag viðurlaga og skilyrði fyrir beitingu þeirra*

Í máli Símans kemur fram að sektarákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga væri orðað þannig að PFS legði stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um *flutningsrétt*. Síminn væri ekki að brjóta á flutningsrétti gagnvart Vodafone og því væru ekki skilyrði fyrir því að beita viðurlögum samkvæmt umræddu ákvæði.

PFS getur ekki fallist á þennan skilning Símans. Umrætt viðurlagaákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga vísar skýrlega til 5. mgr. 45. mgr. laganna. Það ákvæði hefur ekki að geyma reglu um flutningsrétt, heldur almennt bannákvæði um að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Að álitum PFS er orðið *flutningsréttur* sem kemur fyrir í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga eingöngu tilvísun í yfirskrift þess ákvæðis sem sektarheimildin tekur til, þ.e. 45. gr. laganna sem aðallega hefur að geyma reglur um flutningsrétt. Sú túlkun væri þversagnarkennd að heimilt væri beita sektum fyrir brot á flutningsrétti á grundvelli 5. mgr. 45. gr. sem ekki fjallar um flutningsrétt. Þessu sjónarmiði Símans er því hafnað.

Í málinu takast Síminn og Vodafone á um það hvort umrætt sektarákvæði 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga feli í sér heimild til handa PFS að leggja á stjórnvaldssekt eða hvort að stofnuninni sé skylt að leggja á sekt í tilefni af broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Að álitum PFS er hér um að ræða óþarfa ágreining málsaðila, þar sem þeir í reynd hafa báðir rétt fyrir sér. Almennt er talað um viðurlagaúrræði stjórnvalda sem sektarheimildir. Hugtakið „heimild“ vísar þó fremur til þess að stjórnvaldið hafi lagastoð (lagaheimild) fyrir því að beita sektum, en ekki til þess að það sé valkvætt fyrir stjórnvaldið hvort það beiti sektum eða ekki. Þá er ljóst að 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. Hér er þó hvorki um að ræða óverulegt brot né eru uppi aðrar ástæður fyrir því að ekki sé 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 sé mat stjórnvaldsins hvort brot sé nógu alvarlegt til þess að það verði sektum, er almenna reglan sú að beita skuli viðurlögum við brotum sem sæta viðurlögum, nema einhver málefnaleg sjónarmið leiði til annarrar niðurstöðu. PFS telur því ekki ástæðu til að fjalla nánar um sjónarmið málsaðila hvað þetta varðar.

5.9.4.2 *Ákvörðun um tegund viðurlagaúrræðis*

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 kæru 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.*“

Að áliti PFS varðar mál þetta tiltekna markaðsaðgerðir Símans og samspil þeirra við samningaviðræður félagsins við samkeppnisaðila sína. Heildstætt mat á háttseminni felur m.a. í sér sérfræðilegt mat á vöruframboði, markaðsaðstæðum og þróun á samkeppnisaðstæðum á fjarskiptamarkaði, auk þekkingar á tæknilegum atriðum s.s. um aðgangsbeyðni Símans að neti GR. 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. PFS telur ennfremur að fremur komi til álita að beina máli sem þessu til lögreglu ef um ítrekun á broti er að ræða.

5.9.4.3 *Veiting andmæla um fyrirhugaða beitingu viðurlaga*

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.

Meginreglan er sú að refsað sé fyrir þau brot sem sæta viðurlögum, nema að einhver sérstök sjónarmið standi til þess að fresta eða falla frá viðurlögum. Slík sjónarmið eru ekki upp í máli þessu.

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, sbr. kafla 5.9.2. hér að framan.

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 stjórnslusektarinnar getur reynt fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála og eftir atvikum dómstólum.

5.9.4.4 *Umfang og tímalengd brots*

Það er niðurstaða PFS í máli þessu að brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafi staðið yfir síðan 1. október 2015 og standi enn yfir. Þau áform sem Síminn hefur kynnt varðandi OTT lausn við dreifingu á ólínulegu efni félagsins, m.a. Sjónvarpi Símans Premium, sem félagið hyggst

raungera í ágúst næstkomandi geti ekki breytt þeirri niðurstöðu. Það á svo eftir að koma í ljós hvort þær ráðstafanir Símans muni duga til að losa félagið undan brotinu.

5.9.4.5 *Möguleg áhrif brots*

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. Í kafla 5.6.6.4 hér að framan, er fjallað um aðdraganda, áhrif og tilgang umræddra markaðsaðgerða Símans, og vísast til þess kafla hér.

Þar kom m.a. fram að Síminn hafi frá haustinu 2015 vöndlað saman fjarskiptaþjónustu og sjónvarpsþjónustu með góðum árangri fyrir Símasamstæðuna að mati PFS. Stofnunin taldi ástæðu til að geta um áhrif umræddra aðgerða Símans samhengisins vegna, en tók fram að við túlkun umrædds ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er það háttsemin sjálf sem skiptir máli en ekki áhrif hennar. Þannig getur fjölmiðlaveita brotið gegn umræddu ákvæði með því að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þó svo að ávinningur háttsemi verði ekki jákvæður eða sá sem félagið hafði stefnt að.

Þá kom fram að þann 1. október 2015 hefðu áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium verið um [...] en verið orðnir rúmlega [...] í mars 2018. Þetta er fjölgun upp á um [...] áskrifendur eða [...]%. Varðandi þróun fjölda áskrifenda að Heimilispakkanum þá hefði fjöldinn aðeins verið nokkrir tugir þann 1. september 2015 en verið orðinn rúmlega [...] þann 1. mars 2018. Ljóst væri að þróun fjölda áskrifenda að Heimilispakkanum hefði haldist vel í hendur við þróun fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium. Tölurnar sýndu að yfirgnæfandi meirihluti, eða um [...], áskrifenda Sjónvarps Símans Premium væru með Heimilispakkann hjá Símanum. Auk þessa væru afar lágt hlutfall, eða einungis um [...], af áskrifendum Sjónvarps Símans Premium ekki með neina aðra þjónustu hjá Símanum og einungis um [...] á öðrum undirliggjandi netum en fjarskiptaneti Mílu. Miðað við nýjustu tölur væri Síminn því að innheimta um [...] milljónir króna á mánuði og um [...] milljarða króna á ári af sölu á Heimilispakkanum með línugjaldi.

Að ofangreindu virtu taldi PFS augljóst að markaðssetning Heimilispakkans hjá Símanum hefði haldist í hendur við framangreindar breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans og verið órjúfanlegur þáttur í því viðskiptamódeli sem Síminn kynnti til sögunnar á haustdögum 2015 og hefur haldið sér við allar götur síðan. Þá taldi PFS augljóst að þessi aðgerð hafi haldist í hendur við skráningu Símans á hlutabréfamarkað í október 2015. Þá kom fram að markaðshlutdeild Símans hafi haldist nánast óbreytt á þessu tímabili, en félagið var með 46% markaðshlutdeild í árslok 2017 á markaði fyrir internettengingar. Telja yrði að þetta væri vel af sér vikið hjá Símanum á þessum 3 árum á sama tíma og félagið væri ekki á stærsta ljósleiðaraneti landsins til heimila, sem stækkað hefði verulega á þessu tímabili, 365 hafi boðið fjarskiptaþjónustu í nokkur misseri á mjög góðum kjörum og ný félög eins og Hringdu og Nova hefðu aukið hlutdeild sína á tímabilinu verulega. Þá má geta þess að þrátt fyrir að Síminn sé ekki á neti GR er félagið samt með um 40% markaðshlutdeild í internetþjónustu á fastanetum á höfuðborgarsvæðinu. Þá er markaðshlutdeild Símans einnig há í IPTV og var hún nokkuð yfir 50% í árslok 2017. Þá hefði Míla verið með um 60% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu í árslok 2017 m.v. fjölda kopar- og ljósheimtauga í notkun, þrátt fyrir umfangsmikla uppbyggingu ljósleiðaranets GR á því svæði. Þá hefur Míla um 71% markaðshlutdeild á landinu öllu.

Þá kom einnig fram í framangreindum kafla að þróun fjölda áskrifenda að sjónvarpsefni Vodafone hefði verið með þveröfugum hætti miðað við ofangreinda þróun hjá Símanum. Í lok nóvembermánaðar 2017 hefði fjöldi áskrifenda að sjónvarpsefni Vodafone ekki enn náð þeim fjölda sem fyrirtækið var með þegar Síminn greip til framangreindra ráðstafana á haustdögum 2015.

Þá taldi PFS mjög líklegt að umrædd háttsemi Símans hefði haft neikvæð áhrif á markaðshlutdeild Vodafone, sem og annarra samkeppnisaðila Símans, á fjarskiptamörkuðum, sér í lagi á markaði fyrir internetþjónustu um fastanet.

Þá kom fram að þegar aðdragandi og áhrif ofangreindra breytinga á sjónvarpsþjónustu Símans og samhliða innleiðing á Heimilispakkanum væru skoðuð yrði að leggja til grundvallar að Síminn hafi þann 1. október 2015, með meðvitundum og einbeittum hætti, hrint í framkvæmd breyttri viðskiptastefnu sem gert hefði það að verkum að upp hafi komið sú staða sem umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafi verið ætlað að koma í veg fyrir. Þá telur PFS sig hafa sýnt fram á það, m.a. með tilvitnunum í ummæli forsvarsmanna Símans, að tilgangur umræddra aðgerða hafi verið afar skýr. Nánar tiltekið að styrkja eða a.m.k. að verja stöðu Símans í samkeppni á fjarskiptamarkaði, bæði á vettvangi Símans og Mílu. Meðalið sem Síminn hefði notað væri hin lóðrétt samþætta staða samstæðunnar sem fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki, þannig að viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaþjónustu Símans, sem horfa vildu á ólínulegt myndefni Símans, hafi verið beint annars vegar að IPTV fjarskiptakerfi Símans og hins vegar að undirliggjandi fjarskiptaneti Símasamstæðunnar, þ.e. neti Mílu. Til að tryggja góðan árangur af þessum aðgerðum byði Síminn upp á áhugavert sjónvarpsefni í ólínulegum frumsýningum sem síðar er sýnt með hefðbundnum hætti á línulegu sjónvarpsstöðinni.

Þrátt fyrir að ekki þurfi að sýna fram á jákvæð áhrif brots á framangreindri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, svo unnt sé að líta á að brotið hafi verið gegn ákvæðinu, telur PFS sig hafa fært fyrir því sannfærandi rök að umrædd markaðsaðgerð Símans hafi haft jákvæð áhrif fyrir bæði Símann og Mílu öðrum fjarskiptafyrirtækjum til tjóns.

Eins og að framan segði kemur fram í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga að við ákvörðun sektar skuli m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það á við. PFS telur að brot Símans sé alvarlegt, m.a. með tilliti til aðdraganda, áhrifa og tilgangs umræddra aðgerða, sem PFS hefur gert ítarlega grein fyrir, sem og vegna tímalengdar brotsins og þeirra ónýttu tækifæra sem Síminn hefur látið framhjá sér fara til að vinda ofan af brotinu.

Þá hefur PFS fært rök fyrir því að bæði fjölmiðlaveita og ekki síður fjarskiptahluti Símans hafi hagnast á umræddu broti á kostnað samkeppnisaðila. Erfitt er að sýna fram á það með einangruðum hætti hver ávinningur fjölmiðlaveitu Símans hefur verið af brotinu, þar sem svo hátt hlutfall áskrifenda Sjónvarps Símans Premium er og hefur einnig verið áskrifandi að Heimilispakka Símans. Hins vegar er ljóst að þegar brotið hófst þann 1. október 2015 kostaði stök áskrift að Sjónvarpi Símans Premium 3.500 kr. en er í dag á 4.800 kr. Ljóst er að áskrifendum Sjónvarps Símans Premium hefur fjölgað um rúm [...] á brotatímabilinu. PFS áætlar að tekjur Símans af [...] viðskiptavinum í Sjónvarpi Símans sé yfir [...] milljónir króna á ári ef miðað er við þann afslátt sem Heimilispakki Símans veitir á einstaka vörum.

Þá standa líkur til þess að brot Símans hafi haft jákvæð áhrif á sölu internetáskrifta hjá fyrirtækinu. Samkvæmt þeim tölfræðiupplýsingum sem PFS hefur tekið saman þá hafði internetáskrifendum hjá Símanum fækkað í lok 2014 samanborið við mitt ár 2014. Tölfræðiupplýsingar um stöðuna á miðju ári 2015 sýna frekari fækkun þessara áskrifta. Í lok árs 2015, þ.e. eftir að Síminn gerði umræddar breytingar á sjónvarpi sínu, hafði hins vegar orðið fjölgun á internetáskrifendum sem bendir til að það hafi orðið viðsnúningur hjá Símanum miðað við þróun á árinu á undan.

Ef skoðuð er þróunin í fjölda internetáskrifta hjá Símanum frá júní 2015 til loka 2017 kemur í ljós að það hefur orðið aukning á þessu tímabili. Í júní 2015 var fjöldi internetáskrifenda Símans 59.670 en í lok 2017 var fjöldinn kominn í 61.857, þ.e. fjölgun um yfir 2.000 viðskiptavinum. Áætlaðar tekjur af 2.000 viðskiptavinum í internetáskrift eru tæplega 130 milljónir kr. á ári (að teknu tilliti til afsláttar með Heimilispakka en án tekna af tengdri þjónustu). Þess má geta að á sama tímabili, þ.e. frá júní 2015 til loka 2017, var fækkun internetáskrifta hjá Vodafone. Eins og áður segir er ekki hægt að segja nákvæmlega til um hugsanlegan ávinning Símans og alls óvíst er hvernig þróun í fjölda internetáskrifta hefði orðið ef Síminn hefði ekki gert þessa breytingu á Sjónvarpi Símans.

Að ofangreindu er ljóst að miklir fjárhagslegir hagsmunir eru í húfi á þessum markaði fyrir Símann. Hinn 10 milljón króna refsiramma 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga nemur aðeins broti af þeim fjárhagslega ávinningi sem fyrirtæki, eins og Síminn, geta haft af því að fara gegn 5. mgr. 45. gr. laganna. Fyrir lóðrétt samþætt fyrirtæki sem búa yfir innviðum getur aukin nýting eigin innviða haft í för með sér umtalsverðar viðbótartekjur án þess að það leiði til mikils kostnaðar á móti.

5.9.4.6 *Ætluð óvissa vegna matskennds ákvæðis og huglæg afstaða*

Síminn bendir á að þetta sé í fyrsta skipti sem reyni á beitingu 5. mgr. 45 gr. fjölmiðlalaga. Eins og málsmeðferð í málinu gefi til kynna sé um að ræða matskennt ákvæði og beiting þess því óljós.

Það er rétt að í þessari ákvörðun reynir í fyrsta skipti efnislega á beitingu á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá getur stofnunin einnig fallist á að um sé að ræða matskennt ákvæði, þ.e. ákvæðið er almennt og ekki eru tilgreind nein viðmið um hvers konar háttsemi geti falist í því *að beina viðskiptum viðskiptavina að tengdu fjarskiptafyrirtæki*. Ætla má að ýmiskonar markaðsaðgerðir geti átt undir bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þegar fyrirtæki eru á annað borð í þeirri stöðu að vera lóðrétt samþætt fyrirtæki á sviði fjarskipta og myndmiðlunar.

Á hinn bóginn er það álit PFS að ákvæðið sjálft sé einfalt og byggji á skýru markmiði, þ.e. að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu á því, eins og fram kemur í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi til gildandi fjölmiðlalaga. Með þessu orðalagi er að mati PFS átt við að ákvæðinu sé ætlað að koma í veg fyrir að umrætt ástand skapist en að sjálfsögðu var ekki gengið svo langt með ákvæðinu að krefjast uppskiptingar fyrirtækja í slíkri stöðu. Ákvæðið hefði þá verið orðað með mun skýrari hætti. 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 afdráttarlausu, 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.

Við mat á meintum óskýrleika 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga er gagnlegt að horfa til réttarframkvæmdar á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem hefur að geyma almenna bannreglu við misnotkun á markaðsráðandi stöðu, en eðli þess ákvæðis svipar mjög til umræddrar bannreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga. Það að bannregla sé almennt orðuð og geti þannig tekið til ýmiskonar háttsemi sem kann að vera andstæð henni getur ekki orðið til þess að slíkt ákvæði uppfylli ekki skilyrði um skýrleika refsheimilda, en á þetta reyndi m.a. í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 323/2003¹³, en í dóminum segir:

„Samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga leggur stefndi stjórnvaldssektir eftir nánar tilteknum reglum meðal annars á fyrirtæki, sem brjóta gegn bannákvæðum laganna, en slíka ákvörðun getur áfrýjunarnefnd samkeppnismála endurskoðað. Meðal þeirra bannákvæða samkeppnislaga, sem hér um ræðir, er 11. gr. þeirra. Verður ekki fallist á með áfrýjanda að bannreglan, sem þar er að finna, sé of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni.“

Með tilliti til framangreinds verður ekki talið að það sé háð skynsamlegum vafa hvers konar háttsemi varði við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga og að það geti valdið réttmætri óvissu markaðsaðila um túlkun og beitingu ákvæðisins sem rétt væri að horfa til við ákvörðun um beitingu viðurlaga.

Þá vísar Síminn til sjónarmiða um huglæga afstöðu, þ.e. að ekki hafi verið um að ræða ásetning um brot, auk þess sem háttsemin hefði áður verið samþykkt af hálfu Samkeppniseftirlitsins með þeirri sátt sem stofnunin gerði við Símasamstæðuna.

Að því er varðar þýðingu huglægrar afstöðu hins brotlega, þ.e. hvort að brot hafi verið framið af ásetningi eða gáleysi, að þá hefur saknæmisstigið ekki áhrif á það hvort viðurlögum sé beitt vegna brots á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga eða ekki. Í 4. mgr. 55. gr. fjölmiðlaga segir skýrlega að stjórnvaldssektum verði beitt óháð því hvort brot eru framin af ásetningi eða gáleysi. Hins vegar kemur til álita, að mati PFS, að huglæg afstaða þeirra aðila sem hlut eiga að broti geti haft áhrif á ákvörðun um fjárhæð sekta. PFS getur ekki fallist á að huglæg afstaða fyrirsvarsmanna Símans hafi verið með þeim hætti að aðgerðir félagsins sem fólu í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga hafi komið til vegna gáleysis eða þekkingarleysis á því lagaumhverfi sem fyrirtækið starfar á. Til marks um það stendur brotið enn yfir, þrátt fyrir að meginvörn Símans í málinu, þess efnis að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga taki ekki til ólínulegra sjónvarpsútsendinga, hafi fyrir allnokkru síðan verið hrundið með ákvörðun PFS nr. 3/2016 frá 13 apríl 2016, sem síðan var staðfest með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 3/2016 frá 21. nóvember 2016. Þá hafa bæði Vodafone og GR teygst sig í átt til Símans með málamiðlunarlausnir oftast en einu sinni, á meðan Síminn hefur staðið á yfstrustu kröfum sínum gagnvart báðum félögunum.

Þá er ekki tæk sú röksemd sem Síminn vísar í til að undirbyggja það að félagið hafi verið í góðri trú varðandi lögmæti háttseminnar, þ.e. að hún hefði áður verið samþykkt af hálfu Samkeppniseftirlitsins með þeirri sátt sem stofnunin gerði við Símasamstæðuna. Eins og áður hefur verið fjallað um getur stjórnvald ekki á grundvelli tiltekens lagaákvæðis sem það hefur umsjón og

¹³ Dómur Hæstaréttar Íslands frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn Samkeppnissráði*.

framkvæmd með leyft einhverja háttsemi sem brýtur skýrlega gegn öðrum lögum, í þessu tilviki 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá skal tekið fram að það er ekki skilningur PFS á sáttinni að Símanum hafi verið heimilað að binda ólínulegt dagskrárefni við eigið fjarskiptanet, þótt sú kvöð hafi ekki verið lögð á félagið að veita öðrum fjarskiptafyrirtækjum aðgang að því. Í sáttinni var Símanum heimilað að starfrækja IPTV kerfi félagsins einungis á undirliggjandi neti Mílu, þó svo að fram hafi komið í máli Samkeppniseftirlitsins að æskilegt væri að Síminn næði samningum um dreifingu á öðrum undirliggjandi netum, þ.m.t. neti GR, á viðskiptalegum forsendum.

5.9.4.7 *Meðalhóf og sanngirnirök*

Síminn vísar til þess að við töku ákvörðunar beri PFS að horfa til meðalhófs. Í því felist að því aðeins skuli taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að væri stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti.

Telja verður það einn af hornsteinum réttarríkisins að ríkisvaldið, hvort sem það er stjórnarsýslan eða dómskerfið sem á í hlut, beiti refsingum af sanngirni og í réttu hlutfalli við alvarleika þeirra brota sem um er að ræða. Hinar almennu reglur sem gilda um túlkun á hinni lögfestu meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, þ.e. að stjórnvald skuli velja vægasta úrræðið sem völ er á til að ná lögmætu markmiði sem að er stefnt og beita því með eins mildilegum hætti og kostur er, eiga því ekki við þegar tekin er ákvörðun um stjórnvaldssektir og upphæð þeirra. Ef á annað borð hefur verið komist að niðurstöðu um brot, sem sætir viðurlögum, ber að öllu jöfnu að ákveða hinum brotlega hæfilega og viðeigandi refsingu. Við þær aðstæður er ekki um að ræða að stjórnvald standi frammi fyrir vali á úrræðum og skuli beita völdu úrræði á eins hóflegan hátt og kostur er.

Með tilliti framangreinds er því hafnað að sjónarmið um meðhóf leiði til þess að ekki skuli beita viðurlögum vegna brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Hvað varðar sjónarmið Símans um að það styðjist við sanngirnirök, að gera félaginu ekki refsingu, þar sem Síminn hefði sýnt raunverulegan samningsvilja í málinu, telur PFS að sjónarmið á borð við þetta geti aldrei leitt til þess, eitt og sér, að fallið væri frá beitingu viðurlaga. Mögulega gæti slíkt sjónarmið haft áhrif á ákvörðun refsingar, þ.e. upphæð stjórnvaldssektar. PFS getur á hinn bóginn ekki fallist á að Síminn hafi sýnt raunverulegan samningsvilja í málinu, eins og ítarlega hefur komið fram bæði í Vodafone og GR hluta málsins hér að framan, heldur látið eigin hagsmuni ráða för. Eins og PFS hefur áður getið um þá hefur að mati PFS hvílt rík frumkvæðisskylda á Símanum að vinda ofan af því ástandi sem félagið skapaði þann 1. október 2015. Það hefur félagið ekki gert að mati PFS. Getur því ekki komið til þess að upphæð sektarfjárhæðar verði lækkuð á grundvelli sanngirnissjónarmiða.

5.9.4.8 *Stjórnvaldssekt*

Með tilliti til framangreindra sjónarmiða er það niðurstaða PFS að Síminn hafi með meðvituðum og markvissum hætti brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Að áliti 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 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.

Við ákvörðun um upphæð sektarinnar verður að horfa til alvarleika brotsins og þess ávinnings sem ætla má að Síminn hafi notið af brotinu, sbr. umfjöllun í köflum 5.9.4.4. og 5.9.4.5. Séu þessi sjónarmið höfð í huga er óhjákvæmilegt annað en að miða upphæð stjórnvaldssektarinnar við efri mörk þeirrar heimildir sem mælt er fyrir um í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.

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.

5.10. Samandregin niðurstaða

Formhlið máls

PFS staðfestir málsmeðferðarákvörðun stofnunarinnar, dags. 8. nóvember 2017, um að fallast á kröfu Vodafone um að taka málið á ný til efnislegrar meðferðar og úrlausnar, en stofnunin hafði þann 27. mars 2017 fallist á kröfu Símans um að láta af meðferð málsins á meðan ágreiningur, þar sem einnig gat reynt á túlkun á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, hafi verið til meðferðar fyrir dómstólum.

PFS hafnar þeirri kröfu Símans að forstjóri PFS hafi gert sig og undirmenn sína vanhæfa til að annast meðferð málsins vegna ummæla sem birtust í ársskýrslu PFS fyrir árið 2015. Síminn hafði haldið því fram að umrædd ummæli hefðu falið í sér fyrirframgefna afstöðu til þess stjórnsýslumáls sem hér er til úrlausnar.

PFS hafnar því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, er varðar sátt Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins, hafi fært Símanum tiltekin réttindi sem gangi frammar ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að PFS hafi tekið þátt í ákvarðanatökunni og sé þannig bundin af henni.

PFS hafnar þeirri kröfu Símans að samruni Vodafone og 365 miðla, sem tók formlega gildi þann 1. desember 2017, skuli leiða til þess að málið verði fellt niður.

Efnishlið máls

Í máli þessu hefur því verið lýst 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 er óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það sama má segja um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Þetta hefur ennfremur leitt til þess að þeir tugþúsundir viðskiptavina Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, sem nota ljósleiðaranet GR sem undirlag, hafa ekki átt þess kost að nálgast umrætt myndefni, nema að færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags Símans, Mílu, eða versla heimtaugar af bæði Mílu og GR. Telur PFS þetta hafa skapað alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa Símans og Vodafone og takmarkað valkosti þeirra sem kaupa þjónustu af Vodafone og öðrum

þjónustuveitendum. Ennfremur hefur þetta skapað alvarlegan aðstöðumun á milli Mílu og GR á samkeppnismarkaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet.

PFS hefur komist að þeirri niðurstöðu í máli þessu að þar með hafi Síminn þann 1. október 2015 fullframið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með því að umrædd ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans hafi aðeins verið í boði á IPTV kerfi Símans, þ.e. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki, en ekki á IPTV kerfi Vodafone eða í gegnum OTT sjónvarpsdreifilausn, telur PFS ljóst að Síminn hafi brotið gegn umræddu ákvæði.

Að öllu ofangreindu virtu er ljóst að Síminn tók á haustdögum 2015 ákvarðanir sem hafa orðið þess valdandi að framangreint ástand hefur verið uppi á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði í hátt í þrjú ár. Ljóst er að þegar Síminn réðst í framangreindar breytingar þá stóðu félaginu til boða leiðir til að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist og hafa félaginu staðið þessar leiðir til boða allar götur síðan.

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.

Þá hefur PFS komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi ekki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone á því tímabili sem liðið er frá því að umræddar breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans voru kynntar til sögunnar þann 1. október 2015, þannig að unnt sé að líta svo á að það hafi í raun verið Vodafone sem hafi komið í veg fyrir að Síminn hefði, með samningum við Vodafone, getað losnað undan broti því á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem PFS hefur hér að framan komist að raun um að Síminn hafi fullframið á þeim degi. Að mati PFS stendur brot Símans því ennþá yfir.

Þá hefði Síminn a.m.k. getað takmarkað skaðleg áhrif umræddra ráðstafana fyrir GR í samkeppninni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn réðst í umræddar breytingar, en á þeim tíma voru viðræður Símans og GR aðeins á byrjunarstigi og langt í land með samkomulag, sem raunar hefur ekki náðst ennþá. Að mati PFS hefði þessi leið ein og sér hins vegar ekki komið í veg fyrir brotið, þar sem fjarskiptahluti Símans hefði samt sem áður áfram verið eina sjónvarpsdreifikerfið sem hið ólínulega myndefni stæði til boða á, þar sem efninu væri enn einungis dreift yfir IPTV kerfi Símans, þó því væri svo veitt yfir net GR. Því mætti með nokkru sanni segja að sú leið, ein og sér, hefði leitt til þess að brot Símans hefði að vissu leyti verið yfirfært yfir á net GR.

Þá er það niðurstaða PFS að GR hafi ekki á því tímabili sem liðið er frá fullframningu brotsins hafnað sanngjarnri og eðlilegri aðgangsbeiðni. Nánar tiltekið er það niðurstaða PFS að beiðni Símans um óvirkan aðgang að fjarskiptaneti GR hafi, eins og á stendur í máli þessu, aldrei talist

sanngjörn og eðlileg aðgangsbeiðni frá því að brot Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga var fullframið.

Að öllu ofangreindu virtu telur PFS að Síminn hafi brotið gegn umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 1. október 2015 með því að skapa aðstæður sem umræddu ákvæði er ætlað að koma í veg fyrir og stendur brotið enn yfir.

Að lokum er það niðurstaða PFS að Síminn hafi með meðvituðum og markvissum hætti brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Að áliti 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 umtalsverðan ávinning sem er umfram þann 10.000.000 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. Við ákvörðun um upphæð sektarinnar verður að horfa til alvarleika brotsins og þess ávinnings sem ætla má að Síminn hafi notið af brotinu. Séu þessi sjónarmið höfð í huga er óhjákvæmilegt annað en að miða upphæð stjórnvaldssektarinnar við efri mörk þeirrar heimildir sem mælt er fyrir um í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga og þykir PFS því hæfilegt að leggja stjórnvaldssekt á Símann að upphæð 9.000.000 kr. sem greiðist í ríkissjóð.

Ákvörðunarorð

1. PFS staðfestir málsmeðferðarákvörðun stofnunarinnar, dags. 8. nóvember 2017, um að fallast á kröfu Vodafone um að taka málið á ný til efnislegrar meðferðar og úrlausnar.
2. PFS hafnar kröfu Símans um að forstjóri PFS hafi gert sig og undirmenn sína vanhæfa til að annast meðferð málsins vegna ummæla sem birtust í ársskýrslu PFS fyrir árið 2015.
3. PFS hafnar að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, er varðar sátt Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins, hafi fært Símanum tiltekin réttindi sem gangi framur ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að PFS hafi tekið þátt í ákvarðanatökunni og sé þannig bundin af henni.
4. PFS hafnar kröfu Símans að samruni Vodafone og 365 miðla, sem tók formlega gildi þann 1. desember 2017, skuli leiða til þess að málið verði fellt niður.
5. Síminn braut þann 1. október 2015 gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og stendur það brot enn yfir.
6. Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga leggur PFS stjórnvaldssekt á Símann að upphæð 9.000.000 kr. sem greiðist í ríkissjóð.
7. Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 3. júlí 2018


Hrafnkell V. Gíslason


Óskar H. Ragnarsson

Fylgiskjal:
Viðauki – Ítarleg málavaxtalýsing