

**Úrskurður**  
**úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála**  
**í máli nr. 7/2019**

**Kæra á ákvörðun PFS nr. 27/2019, ítrekað brot Símans hf. gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.**

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

Með kæru, dags. 20. desember 2019, hefur Síminn hf. (kærandi), kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), nr. 27/2019, frá 25. nóvember 2019, ítrekað brot Símans hf. gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Aðilar málsins við málsmeðferð hjá PFS voru kærandi, Míla ehf. (Míla), Sýn hf. (Vodafone), Nova hf. (Nova) og Gagnaveita Reykjavíkur ehf. (GR). Aðilar að kærumáli þessu eru sömu aðilar auk PFS.

Kærandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni. Kærandi krefst þess að ef úrskurðarnefndin fellst ekki á að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi í heild sinni verði 2. tölul. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, um álagningu stjórnvaldssekta á kæranda, felldur úr gildi eða sektarfjárhæð lækkuð verulega. Kærandi krefst þess einnig að honum verði ekki gert að greiða málskostnað nefndarinnar.

PFS gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði staðfest í heild sinni með vísan til forsendna hennar.

Vodafone gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði staðfest með þeim breytingum að orðin „og til og með 1. október 2019“ í 1. tölul. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar falli niður og að sektarfjárhæð stjórnvaldssektar sem kveðið er á um í 2. tölul. ákvörðunarorða verði hækkuð úr 9.000.000 kr. í 10.000.000 kr. Vodafone gerir einnig kröfu um málskostnað, sbr. 12. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009.

GR gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði staðfest að öðru leyti en því að GR telur að brot kæranda gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga séu enn yfirstandandi og hafi þannig ekki lokið 2. október 2019.

Nova gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Úrskurðarnefndin móttók ekki umsögn eða gögn frá Mílu.

**II. Helstu málsatvik**

Kærumál þetta er nokkurs konar framhald af máli sem lauk með ákvörðun PFS nr. 10/2018 frá 3. júlí 2018. Samhengisins vegna er því nauðsynlegt að greina frá forsendum og niðurstöðu þeirrar ákvörðunar stuttlega. Í því máli var það m.a. niðurstaða PFS að Síminn, kærandi í kærumáli þessu, hefði brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 1. október 2015 og það brot stæði þá enn yfir. Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga

lagði PFS stjórnvaldssekt á kæranda að fjárhæð 9.000.000 kr. sem greiða skyldi í ríkissjóð. Í niðurstöðukafla ákvörðunarinnar kemur fram að kærandi hefði brotið gegn framangreindu ákvæði með því að tiltekin ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis kæranda hefði aðeins verið í boði á IPTV kerfi hans, þ.e.a.s. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki, en ekki á IPTV kerfi Vodafone eða í gegnum OTT sjónvarpsdreifilausn. Taldi stofnunin að kæranda hefði staðið til boða leiðir til að koma í veg fyrir að framangreint ástand skapaðist. Í fyrsta lagi hefði kærandi getað samið við Vodafone um aðgang þess félags að umræddu ólínulegu myndefni gegn eðlilegu endurgjaldi. Í öðru lagi hefði kærandi getað boðið upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Þar sem hvorugt af framangreindu hefði verið gert taldi stofnunin að brotið stæði enn þá yfir þegar ákvörðunin var tekin. Þá kom fram að PFS taldi kæranda hefði getað takmarkað skaðleg áhrif þessara ráðstafana á samkeppni Mílu og GR, með því að semja við GR um aðgang að undirliggjandi fjarskiptaneti.

Framangreind ákvörðun PFS nr. 10/2018 var ekki kærð til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ákvað kærandi heldur að bera hana undir dómstóla með stefnu dags. 9. október 2018. Gerði stefnandi málsins, kærandi í þessu máli, þá kröfu aðallega að ákvörðunin yrði felld úr gildi í heild sinni en til vara að 6. töluliður ákvörðunarorða ákvörðunarinnar um álagningu stjórnvaldssektar á stefnanda, yrði felldur úr gildi eða sektarfjárhæð lækkuð verulega. Dómur héraðsdóms lá fyrir hinn 1. júlí 2020. Kröfum stefnanda, kæranda í þessu máli, var hafnað að öðru leyti en því að stjórnvaldssekt var lækkuð í 7.000.000 kr.

Hinn 9. júlí 2018 barst PFS kvörtun frá Vodafone þar sem kvartað var yfir ítrekuðu broti kæranda á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Óskaði Vodafone eftir því að PFS tæki málið til meðferðar og beitti viðeigandi úrræðum vegna þess. Tók PFS málið til meðferðar og hóf formlega málsmeðferð.

Hinn 7. september 2018 barst PFS einnig kvörtun frá GR, þar sem vísað var til niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 10/2018, um að kærandi hefði brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Gerði GR athugasemdir við OTT þjónustu sem kærandi hafði hafið markaðssetningu og sölu á í ágúst 2018 og kom fram í kvörtuninni að GR teldi kæranda brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Hinn 1. nóvember 2018 barst PFS kvörtun frá Nova vegna meintra brota kæranda á ákvæðum fjölmiðlalaga. Í kvörtuninni krafðist Nova þess m.a. að PFS ákvarðaði um það að OTT lausn kæranda vegna dreifingar á ólínulegu sjónvarpsefni fæli í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Í hinni kærðu ákvörðun tók PFS fram að kærandi hefði hagað málum þannig frá 1. október 2015 til 16. ágúst 2018 að viðskiptavinur sem vildi kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni kæranda þurfti að kaupa aðgang að IPTV sjónvarpsdreifingu hans, sem er fjarskiptaþjónusta. Fjölmiðlaveita kæranda hefði þannig á umræddu tímabili verið að beina viðskiptum sínum að umræddri fjarskiptaþjónustu sinni, þ.e.a.s. IPTV sjónvarpsdreifingu sinni. Fjölmiðlaveita kæranda hefði þannig á umræddu tímabili verið

að beina viðskiptum sínum að umræddri fjarskiptaþjónustu sinni, sem að auki var einungis í boði á undirliggjandi fjarskiptaneti Mílu og nokkrum minni staðbundnum fjarskiptanetum en ekki á stærsta ljósleiðaraneti landsins, þ.e.a.s. neti GR.

Þá segir í hinni kærðu ákvörðun að frá og með 16. ágúst 2018 þegar kærandi hafi hafið að veita Sjónvarp Símans „óháð neti“ hefði viðskiptavinum einungis verið kleift að nálgast sjónvarpsþjónustuna með því að leigja myndlykil frá kæranda fyrir kr. 2.200 á mánuði, auk áskriftar að Sjónvarpi Símans Premium fyrir kr. 6.000 á mánuði. Var það niðurstaða PFS hvað þessa lausn kæranda varðar að með því að skilyrða viðskiptavininn til að vera í samskiptum og viðskiptum við sig um þennan tiltekna búnað og í ljósi verðlagningar lausnarinnar og framsetningar, fæli það í sér að kærandi væri í reynd enn að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Var það því mat PFS að framangreind lausn kæranda hefði ekki verið fullnægjandi fyrir neytendur og ekki raunverulegur valkostur við IPTV kerfi kæranda og þær vörur sem kærandi byði þar fram, m.a. svokallaðan Heimilispakka. Rökstuddi stofnunin það enn fremur með því að tölur um litla upptöku þjónustunnar á því rúma ári sem liðið væri frá því að hún kom á markaðinn vottuðu einnig til um þetta. Kærandi hafi því ekki undið ofan af því ástandi, sem PFS hafi með ákvörðun sinni nr. 10/2018 frá 3. júlí 2018, kveðið vera brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, með þeirri lausn sem kærandi kynnti sem Sjónvarp Símans „óháð neti“.

Í hinni kærðu ákvörðun komst PFS jafnframt að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði hins vegar undið ofan af broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 2. október 2019. Á þeim degi hefði kærandi sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone með því að óska eftir því við Vodafone að klára samninga um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi félagsins.

Með vísan til framangreinds komst PFS að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að kærandi hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019. Þá lagði PFS stjórnvaldssekt á kæranda að fjárhæð kr. 9.000.000 sem greiða skyldi í ríkissjóð.

### **III. Helstu sjónarmið aðila**

#### **1.**

Kærandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni.

Verði ekki fallist á aðalkröfu hans krefst kærandi þess til vara að 2. tölul. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar, um álagningu stjórnvaldssekta á kæranda, verði felldur úr gildi eða sektarfjárhæð lækkuð verulega. Kærandi krefst þess einnig að honum verði ekki gert að greiða málskostnað nefndarinnar.

Vísar kærandi til þess að dómsmál sé rekið fyrir héraðsdómi Reykjavíkur um ákvörðun PFS nr. 10/2018, sem ekki hafi verið kærð til úrskurðarnefndarinnar. Þá tekur kærandi fram að hann hafi allt frá því að málsmeðferð í því máli hófst hjá PFS haldið því fram að

þau viðskipti sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki til, séu viðskipti með línulega myndmiðlun og telur kærandi það m.a. samrýmast niðurstöðu dóms Hæstaréttar í máli nr. 329/2017. Tekur kærandi fram að í kærumáli þessu sé hins vegar fyrst og fremst tekist á um tvær forsendur PFS fyrir því að kærandi hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Annars vegar að PFS telji að kærandi hafi getað komið í veg fyrir brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að semja við Vodafone um dreifingu á ólínulegu myndefni. Kærandi hafi ekki sýnt nægilegan samningsvilja í þeim samskiptum. Hins vegar telji PFS kæranda ekki hafa boðið upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum.

Þá vísar kærandi til þess að PFS telji að broti kæranda gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafi lokið þann 2. október 2019 þegar kærandi hafi óskað eftir því að fá að undirrita samning um dreifingu á ólínulegu myndefni yfir IPTV kerfi Vodafone. Þar með hafi kærandi sýnt fram á samningsvilja sem ekki hafi verið til staðar fram að þeim tíma. Jafnframt telji PFS að OTT lausn kæranda hafi ekki leyst kæranda undan broti þar sem í henni felist að viðskiptavinum fjölmiðlaveitu kæranda sé beint í fjarskiptaþjónustu kæranda. Telur kærandi þessar forsendur PFS ekki standast. Í fyrsta lagi telur kærandi að gögn málsins sýni að kærandi hafi í raun allt það tímabil sem brot eiga að hafa staðið yfir, sýnt samningsvilja gagnvart Vodafone og öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Byggir kærandi á því að þær forsendur sem PFS leggi til grundvallar um hvað felist í samningsvilja standist ekki. Telur kærandi að aðilar að samningaviðræðum geti haft samningsvilja mjög lengi áður en samningar takist og þeir telji að þeir hafi náð að gæta hagsmuna sinna og samningsgerð sé því ásættanleg. Í öðru lagi telur kærandi að forsendur PFS vegna OTT lausnar kæranda standist ekki. Vísar kærandi til nýlegs dóms Evrópudómstólsins í svokölluðu Google/Gmail máli og telur að með hliðsjón af þeim dómi sé ljóst að OTT lausn kæranda sé ekki fjarskiptaþjónusta og því geti kærandi ekki hafa beint þjónustu fjölmiðlaveitu til fjarskiptaþjónustu félagsins.

Byggir kærandi á því að hann hafi sýnt vilja til að ná samningum við Vodafone allt það tímabil sem hin kærða ákvörðun nær til og raunar allt frá því að þjónustuframboði félagsins var breytt þann 1. október 2015. Kærandi byggir einnig á því að OTT lausn félagsins, Sjónvarp Símans Premium óháð neti, sé ekki fjarskiptaþjónusta og því geti ekki verið um það að ræða að fjölmiðlaveita kæranda beini viðskiptum viðskiptamanna félagsins í viðskipti við fjarskiptastarfsemi þess.

Hvað varðar samningsvilja kæranda í viðræðum við Vodafone um dreifingu á ólínulegu myndefni byggir kærandi á því að það sé önnur meginforsendan fyrir niðurstöðu um að kærandi hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Byggir kærandi á því að hann hafi allt frá upphafi sýnt vilja til að ná samningum við Vodafone um dreifingu á ólínulegu myndefni sem kærandi selji í áskrift sem Sjónvarp Símans Premium. Telur kærandi það eiga við um allt tímabilið frá 1. október 2015 og sá vilji standi enn af hálfu kæranda.

Tekur kærandi fram að skilgreining á orðinu samningavilji sé ekki að finna í orðabók. Vísar kærandi til þess er fram kemur í lögfræðiorðabók um skilgreiningu á orðinu samningaviðræður: „Viðræður sem miði að því að ná samningum“. Byggir kærandi á því

að samningsvilja megi því skilgreina sem vilja til að taka þátt í samningaviðræðum sem miði að því að ná samningum. Bendir kærandi á að kærandi hafi átt í viðræðum við Vodafone sem miðað hafi að því að ná samningum allt það tímabil sem hin kærða ákvörðun taki til. Byggir kærandi á því að með því hafi hann sýnt samningsvilja í þeim viðræðum og ekki sé hægt að sýna fram á annað. Kærandi hafi því ekki beint viðskiptum viðskiptamanna í viðskipti fyrir fjarskiptabjónustu kæranda með því einu að gæta hagsmuna sinna í samningaviðræðum.

Tekur kærandi fram að samskipti kæranda og Vodafone í því skyni að koma á samningum um dreifingu á ólínulegu efni kæranda yfir fjarskiptanet Vodafone hafi verið þannig að aðila greindi strax í upphafi á um aðferð við verðlagningu. Vodafone hafi viljað miða við smásölumínus aðferð en kærandi hafi lagt til að samningsgrundvöllur byggði á því að greiða þyrfti fasta lágmarksgreiðslu sem sé viðskiptavenja við efniskaup á sjónvarpsefni til dreifingar. Vísar kærandi til þess að Vodafone og kærandi hafi m.a. gert með sér fjölda samninga þar sem samið hafi verið á þeim grundvelli. Vísar kærandi einnig til þess sem fram kemur í niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 10/2018 um að „Vodafone hafi getað haft uppi markvissari kröfugerð sem byggði skýrar á viðskiptasambandi efnissala og dreifingaraðila, sérstaklega eftir að fordæmi um slíkan samning liggja fyrir með samningi málsaðila um dreifingu EM í knattspyrnu á línulegu sjónvarpsrásinni Síminn Sport og ólínulegu efni sem henni fylgdi“ og að „ófullkomin kröfugerð Vodafone hafi verið nýtt til að drepa málinu frekar á dreif og tefja fyrir niðurstöðu þess“. Telur kærandi með vísan til framangreindra tilvitnana úr ákvörðun PFS nr. 10/2018 sé það með engu móti ljóst hvort fremur megi kenna kæranda eða Vodafone um það að aðilar hafi ekki náð saman. Telur kærandi liggja fyrir að PFS telji að Vodafone eigi a.m.k. einhverja sök á því að aðilar náðu ekki saman, en þar sem ekki sé hægt að líta svo á að Vodafone hafi komið í veg fyrir samningsgerð er litið svo á að um brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé að ræða af hálfu kæranda. Vísar kærandi til þess að PFS líti svo á að broti kæranda hafi ekki lokið fyrr en kærandi hafi gert kröfu um það, hinn 2. október 2019, að gengið yrði til samninga og Vodafone hafnað því og því hafi Vodafone komið í veg fyrir samningsgerð.

Kærandi byggir á því að það hafi ekki frekar verið honum að kenna en Vodafone að aðilar náðu ekki saman um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone. Meta verði atvik þannig að um sé að ræða tvö sjálfstæð fyrirtæki sem ekki hafi náð saman á viðskiptalegum forsendum. Ekki sé hægt að líta framhjá því að það var á endanum Vodafone sem hafi hafnað beiðni kæranda um að ganga til samninga þann 2. október 2019. Telur kærandi að því beri að leggja það til grundvallar að ástæður þess að ekki náðist samningur með aðilum, hafi verið að rekja til Vodafone þegar atvik málsins séu skoðuð heildstætt. Kærandi telur það í öllu falli fráleitt að Vodafone geti framkallað íþyngjandi aðgerðir af hálfu PFS gagnvart keppinaut með því einu að standa í málamyndaviðræðum, en kærandi telur ekki hægt að komast að annarri niðurstöðu varðandi meintan samningsvilja og óskýra kröfugerð Vodafone. Vísar kærandi einnig til þess að Vodafone hafi hafið að selja efnisveitu um IPTV kerfi sitt, sem eingöngu var í boði um IPTV Vodafone löngu áður en kærandi setti Sjónvarp Símans Premium á markað. Telur kærandi m.ö.o. að það virðist aldrei hafa staðið til af hálfu Vodafone að ná

samningum um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium yfir IPTV kerfi sitt og líklegasta ástæðan að mati kæranda sé að Vodafone vilji ekki að þjónusta kæranda keppi við þjónustu Vodafone á IPTV kerfi félagsins.

Kærandi byggir á því að röksemdafærsla PFS gangi ekki upp. Að mati PFS hefði kærandi þurft að ganga til samninga við Vodafone fyrr til þess að „aflétta“ hinu meinta broti. Telur kærandi það þýða í framkvæmd að kærandi hefði í raun þurft að ganga að samningsskilmálum Vodafone til að teljast ekki brotlegur nánast sama hverjir þeir væru. Byggir kærandi á því að slíkt fái ekki staðist, enda sé þá engu jafnræði fyrir að fara í samningaviðræðum fyrirtækjanna sem bar að gera samning sín á milli á viðskiptalegum forsendum og vísar kærandi um þetta til dóms Hæstaréttar í máli nr. 329/2017.

Vísar kærandi einnig til dóms Hæstaréttar í máli nr. 216/1997 til viðmiðunar í málinu um samningsvilja. Telur kærandi dóminn til vitnis um það að aðili sem slíti samningaviðræðum sýni það að hann hafi skort þann samningsvilja sem til þurfi til að ná samningi. Kærandi tekur fram að hann hafi frá upphafi haft vilja til þess að ræða efnisatriði samnings við Vodafone til þrautar en þar sem Vodafone hafi slitið viðræðunum telur kærandi ljóst að Vodafone hafi skort samningsvilja. Telur kærandi jafnljóst að samningsvilja hafi ekki skort hjá kæranda sem hafi verið reiðubúinn til viðræðna um að finna samningsgrundvöll allt það tímabil sem um ræðir í málinu.

Kærandi vísar einnig til þess að óumdeilt sé að Vodafone hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu á sjónvarpsefni og í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sölu áskriftarsjónvarps eftir yfirtöku félagsins á 365 miðlum ehf., sem samþykkt hafi verið af Samkeppniseftirlitinu hinn 9. október 2017 og nær til megnis þess tímabils sem kærsmål þetta snúi að. Kærandi telur að hann hafi verið minni aðilinn við samningaborðið ef tekið sé mið af stöðu aðila á framangreindum mörkuðum. Telur kærandi að í öllu falli liggi fyrir að Vodafone sé stöndugt félag og því fjarri að kærandi hafi haft einhverja yfirburði við samningaborðið.

Byggir kærandi einnig á því að þegar litið sé til þess að Vodafone hafi ítrekað brotið gegn lögvörðum höfundarétti kæranda hafi það ekki hjálpað til við að koma á samningi milli félaganna. Byggir kærandi á því að PFS hafi sett kíkinn fyrir blinda augað þegar athafnir og aðgerðir Vodafone hafi verið skoðaðar en saki kæranda um skort á samningsvilja þegar raunin hafi verið sú að kærandi hafi ítrekað óskað eftir því að gera samning og hafi verulega hagsmuni af því.

Rekur kærandi því næst samskipti kæranda og Vodafone á því tímabili sem hin kærða ákvörðun tekur til. Vísar kærandi til þess að hinn 4. júlí 2018, daginn eftir að ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 lá fyrir, hafi Vodafone sent kæranda bréf þar sem óskað var eftir því að kærandi gengi til samninga við Vodafone um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium til endursölu á dreifikerfi Vodafone. Kærandi svaraði beiðni Vodafone degi síðar, hinn 5. júlí 2018 og lýsti kærandi því yfir að hann væri reiðubúinn til viðræðna um að ná samningum við Vodafone, en kærandi hafi lagt áherslu á að samningar væru gerðir á viðskiptalegum forsendum. Með bréfi hinn 9. júlí 2018 hafi Vodafone hafnað frekari

viðræðum og því ekkert orðið af viðræðum að sinni. Vísar kærandi til næstu samskipta kæranda og Vodafone sem hafi hafist með beiðni kæranda hinn 13. febrúar 2019 um dreifingu á Síminn Sport á dreifikerfum Vodafone. Eftir nokkrar viðræður hafi kærandi ákveðið að dreifa útsendingum einungis yfir IPTV kerfi Vodafone en ekki UHF kerfi félagsins þar sem það hafi þótt of dýrt. Hinn 23. maí 2019 hafi kærandi óskað eftir upplýsingum um kostnað við að dreifa Sjónvarpi Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone og ítrekað beiðni sína fimm dögum síðar. Beiðnin hafi ennfremur verið ítrekuð hinn 12. júní 2019 og óskar kærandi eftir því hinn 26. júní 2019 að ganga til viðskipta við Vodafone um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone. Talsverð samskipti hafi verið á milli aðila í júlí og ágúst sem hafi öll lútið að því af hálfu kæranda að hann vildi klára frágang á samningi um dreifingu á ólínulegu efni kæranda yfir IPTV kerfi Vodafone. Í byrjun október 2019 þegar kærandi hafi ætlað að klára samningsgerðina með undirritun hafi Vodafone neitað að ganga til samninga. Telur kærandi þessa atburðarás bera með sér að hann hafi sýnt raunverulegan samningsvilja allt það tímabil sem hin kærða ákvörðun taki til. Þá áréttar kærandi að hann hafi boðið Vodafone heildsölu á Sjónvarpi Símans Premium í tengslum við gerð bráðabirgðasamkomulags, sem undirritað hafi verið hinn 7. ágúst 2019, um heildsölu á m.a. Síminn Sport, sem Vodafone hafi ekki þáð og ekki talið brýna þörf á.

Vísar kærandi til niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun um að það sé ekki fyrr en 4. október 2019 sem kærandi hafi lýst sig reiðubúinn til að undirrita samning við Vodafone og að kærandi hafi á þeim tímamarki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone. Kærandi hafi á þeim tímamarki undið ofan af broti því sem um ræðir frá því tímamarki og teljist því ekki lengur brotlegur gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Telur kærandi þessar forsendur PFS fráleitar og þær ekki geta staðist. Telur kærandi það blasa við að samskipti kæranda og Vodafone staðfesti að þegar á reyndi hafi Vodafone ekki haft áhuga á því að fá Sjónvarp Símans Premium í heildsölu á IPTV kerfi sitt. Með því að Vodafone hafi hafnað samningsgerð verði að draga í efa að það hafi á nokkru stigi haft þann ásetning að semja við kæranda. Á sama tíma telur kærandi að háttsemi hans staðfesti að allan þann tíma er samningsumleitanir aðila hafi staðið yfir hafi kærandi haft vilja til að semja við Vodafone. Kærandi telur ástæðu þess augljósa enda hafi kærandi hagsmuni af því að selja aðgang að Sjónvarpi Símans Premium sem víðast og auka með því tekjur sínar.

Kærandi telur því næst þörf á því að rekja dómsmál kæranda og Vodafone um lögbann sem kærandi krafðist að lagt yrði á þá háttsemi Vodafone að dreifa í heimildarleysi ólínulegu myndefni sem kærandi er höfundarréttarhafi að. Var málið rekið samhliða því að kærandi og Vodafone deildu um það fyrir PFS hvort kærandi bryti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Tekur kærandi fram að af dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017, lögbannsmálinu, sem kveðinn var upp hinn 18. október 2018, megi lesa að hvergi sé að finna heimild fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu eða skyldu fjölmiðlaveitu til þess að afhenda fjarskiptafyrirtæki ólínulegt myndefni til dreifingar. Byggir kærandi á því að ótvírætt orðalag Hæstaréttar um að ekki sé að finna í lögum aðrar einhliða heimildir fjarskiptafyrirtækis til að flytja sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu þýði að

engin samningsskylda hvíli á kæranda eða öðrum fjölmiðlaveitum um flutning á ólínulegu myndefni. Jafnframt byggir kærandi á því að niðurstaða PFS í hinni kærðu ákvörðun þýði í raun (de facto) að flutningsréttur sé á ólínulegu myndefni þó svo að Hæstiréttur hafi kveðið á um það í framangreindum dómi að ólínulegt efni sé sérstaklega undanskilið í fjölmiðlalögum. Byggir kærandi á því að þegar af þeirri ástæðu beri að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Kærandi byggir einnig á því að Hæstiréttur hafi með framangreindum dómi sínum staðfest að Vodafone hafi verið óheimilt að flytja ólínulegt myndefni á fjarskiptanetum sínum. Hæstiréttur hafi í dóminum jafnframt séð ástæðu til þess að rekja það sérstaklega að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. júlí 2015 hafi ólínulegt sjónvarpsefni sérstaklega verið undanskilið. Telur kærandi að dómur Hæstaréttar sé skýr um það að hvergi í lögum sé að finna heimild fyrir fjarskiptafyrirtæki að fá aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni. Telur kærandi því að niðurstaða PFS í hinni kærðu ákvörðun standist ekki. Telur kærandi lögskýringu PFS um að samningsvilji ráði úrslitum um það hvort lög hafi verið brotin ekki eiga sér neina stoð í lögum eða lögskýringargögnum. Vísar kærandi til þess að hvergi í hinni kærðu ákvörðun sé gerð grein fyrir því hversu mikill samningsvilji þurfi að vera svo hann sé nægjanlegur eða hvenær hann dugi ekki til. Hvergi sé í lagatexta eða skýringum í greinargerð að finna umfjöllun um það að ef samningar takist ekki með fjarskiptafyrirtækjum um ólínulega myndmiðlun þá sé um að ræða brot á ákvæðinu, því leiða megi af því að samningasvilja skorti þá hjá fjölmiðlaveitu.

Vísar kærandi til þess að í 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga sé kveðið á um að PFS skeri úr ágreiningi þegar fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveitu ná ekki að semja um flutning á sjónvarpsútsendingum. Hins vegar þegar um sé að ræða 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga hafi löginn ekki að geyma nein úrræði komi til þess að aðilar nái ekki saman. Telur kærandi það gefa vísbendingar um að samningaumleitanir um ólínulegt myndefni falli ekki undir fjölmiðlalög. Telur kærandi að hvað sem því líði sé það ótæk lögskýring að með því að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki hafi ekki náð samkomulagi um dreifingu á ólínulegu myndefni beri að líta á það með þeim hætti að annar aðili að samningaviðræðunum teljist hafa skort samningsvilja og þar með brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Byggir stefnandi á því að rökstuðningur PFS í hinni kærðu ákvörðun standist ekki og því beri að ógilda hana.

Hvað varðar það að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki tekur kærandi fram að fyrir liggja að hann hafi gert ítrekaðar tilraunir til þess að ná samningum við Vodafone um að Sjónvarp Símans Premium verði aðgengilegt á IPTV kerfi Vodafone. Vodafone hafi synjað kæranda um aðgang. Auk þess hafi kærandi átt í samningaviðræðum við önnur fjarskiptafyrirtæki um að Sjónvarp Símans Premium verði gert aðgengilegt á þeirra fjarskiptanetum. Telur kærandi hina kærðu ákvörðun vera verulega íþyngjandi fyrir kæranda enda feli hún í sér að kærandi hafi brotið gegn lögum ásamt því sem lögð var stjórnvaldssekt á kæranda. Vísar kærandi til þess að við ákvörðun á álagningu refsikenndra viðurlaga á fyrirtæki eða einstaklinga verði stjórnvöld að túlka allan vafa þeim í hag sem refsing kann að beinast gegn. Telur

kærandi forsendur hinnar kærðu ákvörðun vera þveröfuga en samkvæmt þeim sé allur vafi túlkaður kæranda í óhag. Telur kærandi að PFS horfi þannig á að úr því að samningar hafi ekki tekist sé það við kæranda að sakast í stað þess að líta svo á að um sé að ræða tvo jafnsetta aðila sem ekki hafi náð saman. Byggir kærandi á því að þar sem hann hafi sýnt fram á að hann hafi haft samningsvilja allt það tímabil sem hin kærða ákvörðun tekur til geti hann ekki hafa brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Byggir kærandi á því að eftir orðanna hljóðan feli orðið samningsvilji í sér að það sé vilji til að gera samning. Þann vilja telur kærandi að hann hafi haft allt tímabilið sem hin kærða ákvörðun tekur til. Telur kærandi að hafa verði hér til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 en þar komi fram að ekki hvíli samningsskylda á fjölmiðlaveitu um að semja við fjarskiptafyrirtæki um dreifingu á ólínulegri dagskrá. Telur kærandi að PFS líti framhjá þeirri staðreynd að til þess að samningar takist þurfi samningar að vera gagnkvæmir. Þá byggir kærandi einnig á því að það sé röng túlkun á ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að með því að samningar hafi ekki tekist á milli aðila hafi kærandi beint viðskiptum sínum til tengds fjarskiptafyrirtækis.

Þá bendir kærandi á að meginágreiningsefnið í viðræðum kæranda og Vodafone við samningagerð um dreifingu á ólínulegu efni kæranda yfir IPTV kerfi Vodafone hafi snúið að því hvort Vodafone þyrfti að greiða fasta lágmarksgreiðslu (e. minimum guarantee) fyrir aðgang að efninu til dreifingar eða hvort miðað yrði við smásöllumínus aðferðina. Kærandi byggir á því að það hafi verið málefnaleg krafa af hans hálfu að gera kröfu um lágmarksgreiðslur úr hendi Vodafone til að samningar næðust. Byggir krafan á því að það sé viðskiptavenja í viðskiptum með sjónvarpsefni að miðað sé við fastar lágmarksgreiðslur. Meginreglan um fastar lágmarksgreiðslur byggir á því að það sé eðlilegt að skipta áhættu á milli fjölmiðlaveitu og þeirra dreifingaraðila sem miðli efni á sínum kerfum. Byggir kærandi jafnframt á því að það sé óþekkt í framkvæmd við kaup á höfundarréttarvörðu efni til dreifingar að miðað sé við smásöllumínus aðferðina.

Bendir kærandi á að hann hafi ítrekað bent á það við meðferð málsins hjá PFS að það væri almenn regla í viðskiptum með sjónvarpsefni að kaupandi efnisins greiði tiltekna fasta greiðslu og að engin fordæmi séu fyrir notkun smásöllumínus aðferðarinnar í slíkum viðskiptum. Afstaðan hafi því verið sú að til þess að fá leyfi til þess að selja áskriftarþjónustuna Sjónvarp Símans Premium þá þurfi að greiða fasta lágmarksgreiðslu. Bendir kærandi á að Vodafone hafi alfarið hafnað að greiða kæranda fasta lágmarksgreiðslu þótt félagið hafi opinberlega staðfest að það geri slíka samninga á viðskiptalegum forsendum við erlenda aðila og vísar til ummæla Vodafone á fjárfestafundi félagsins hinn 27. október 2017. Kærandi telur afstöðu Vodafone gefa til kynna að félagið hafi í raun aldrei ætlað að semja við kæranda um að fá þjónustuna á sitt IPTV kerfi, þannig hafi Vodafone t.d. aldrei verið til viðræðu um upphæð hinnar föstu greiðslu sem félagið treysti sér til að greiða heldur hafnaði Vodafone því alfarið að reida af hendi fasta greiðslu. Telur kærandi þessa hegðun Vodafone sérkennilega þar sem hún sé í ósamræmi við hegðun Vodafone í sambærilegum viðskiptum við aðra aðila en kæranda, auk þess sem hún sé andstæð þeim venjum sem gildi í efniskaupasamningum.

Vísar kærandi einnig til þess að Vodafone geri kröfu um að greitt sé fast grunnjald fyrir aðganginn að dreifikerfi Vodafone, en ekki aðeins þóknun fyrir hvern viðskiptavin sem notar kerfið. Telur kærandi því ekkert rökrænt sambengi í afstöðu félagsins í þessu máli og að kröfur félagsins endurspegli ekki framkvæmd félagsins í viðskiptalegum samningum. Telur kærandi að Vodafone telji sig vera komið í þá stöðu að geta deilt og drottnað yfir markaðnum enda sé félagið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sjónvarpsdreifingu og áskriftarsjónvarp. Bendir kærandi á að Vodafone hafi aldrei rökstutt hvers vegna félagið samþykki eitt gagnvart erlendum aðilum en þvertaki fyrir að fylgja sömu aðferðarfræði gagnvart innlendum aðilum. Þá telur kærandi að PFS hafi aldrei gert neina rannsókn á því hver sé venja í viðskiptum um kaup og dreifingu á sjónvarpsefni. Telur kærandi að PFS hafi ekki sérþekkingu á fjölmiðlum eða viðskiptum með höfundarvarið sjónvarpsefni en sé sérhæft stjórnvald um fjarskipti. Byggir kærandi á því að þar sem efni sem flutt er á fjarskiptanetum er sérstaklega undanskilið í fjarskiptalögum og gerðum ESB um fjarskipti hafi það gefið PFS ríka ástæðu til að verða við áskorunum kæranda um að rannsaka og eftir atvikum leita álits hjá fjölmiðlanefnd eða hjá aðilum með sérfræðiþekkingu á því hvort staðhæfing kæranda um að krafa um lágmarksgreiðslur væri málefnaleg og í samræmi við það sem almennt tíðkist í samningaviðræðum sambærilegum þeim sem kærandi og Vodafone áttu í. Kærandi telur að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga með því að hafa ekki framkvæmt slíka rannsókn. Byggir kærandi á því að í því felist slíkir annmarkar á hinni kærðu ákvörðun að ógilda beri hana af þeim sökum.

Kærandi byggir á því að það sé meginregla að greitt sé fast gjald fyrir efnisréttindi. Kærandi telur unnt að fullyrða að Vodafone greiði fast gjald fyrir réttinn til að sýna myndefni frá fjölmiðlaveitunni HBO og byggir sú staðhæfing á því að kærandi átti í samningaviðræðum við HBO á sama tíma og Vodafone en HBO hafi þá gert kröfur um greiðslu umtalsverðra fjárhæða í lágmarksgreiðslur. Þá telur kærandi það liggja fyrir að Vodafone hafi greitt verulega fjárhæð fyrir sýningarréttinn á Þjóðardeild UEFA og EM árið 2020 en sú greiðsla sé eftir því sem kærandi kemst næst ekki tengd sölu áskrifta heldur föst greiðsla. Ítrekar kærandi að PFS hafi ekki rannsakað þetta þrátt fyrir áskoranir hans.

Telur kærandi það því þekkt staðreynd að efnisréttarsamningar feli í sér lágmarksgreiðslur. Í sumum tilfellum komi til breytilegar greiðslur ofan á fastar greiðslur en það sé ekki algengt að eingöngu sé samið um breytilegar greiðslur. Ástæðuna fyrir þessu rekur kærandi að sé vegna þess að kostnaður við framleiðslu er fastur að stærstum hluta. Aðferðafræðin endurspegli síðan samninga annarra aðila í keðjunni þar sem aðilar geri samninga til þess að dreifa fjárhagslegri áhættu milli aðila. Vísar kærandi um þetta til skýrslu framkvæmdastjórnar ESB um stafræna dreifingu á efni þar sem komi fram að skipulag greiðslna hafi þýðingu fyrir hvata aðila. Rökin sem búi að baki þessari aðferðafræði sé vel þekkt út um heim og feli í sér að sá sem fær réttinn til að selja ákveðna þjónustu, fái aðeins réttinn ef hann skuldbindur sig til þess að selja þjónustuna áfram og leggja sig fram við að selja hana. Lágmarksgreiðslur feli í sér hvata fyrir kaupanda til þess að leggja sig fram um að koma þjónustunni til viðskiptavina sinna og komi í veg fyrir að kaupandinn fljóti á fjárfestingu annarra. Vísar kærandi til þess að slík verðlagning sé

einnig þekkt sem „two part tariff“ þar sem kaupandinn greiðir fast gjald fyrir réttinn til þess að mega nota þjónustuna og gjald fyrir hverja notkun. Allur gangur sé á því hvort einhver þjónusta sé innifalin í fasta gjaldinu, en að mati kæranda sé eðlilegt að styðjast við fastar lágmarksgreiðslur þar sem tiltekinn fjöldi áskrifta er tryggður og breytileg gjöld þegar lágmarksfjöldanum er náð.

Vísar kærandi til greiningar framkvæmdastjórnar ESB vegna sölu rafrænnar þjónustu yfir internetið og yfirferð vegna samninga milli rétthafa og söluaðila þjónustu en þar komi fram að framkvæmdastjórnin hafi farið yfir 6300 samninga sem tengst hafi sölu á myndefni og að 72% samninganna hafi innifalið greiðslufyrirkomulag sem væri með fastar greiðslur, 16% samninga hafi verið með lágmarksgreiðslur og 12% samninga með fyrirframgreiðslur. Þá hafi verið algengt að fleiri en eitt greiðslufyrirkomulag væri við líði, oft fast gjald með breytilegum gjöldum ofan á það, sem sé sú leið sem kærandi hafi viljað fara. Að mati kæranda staðfestir skýrsla framkvæmdastjórnar ESB að notkun fastra greiðslna eða lágmarksgreiðslna í efnisréttarsamningum sé víðtæk og eigi sér fjölda fordæma.

Vísar kærandi til þess að hvergi í greiningu framkvæmdastjórnar ESB sé fjallað um smásöllumínus aðferðafræði enda sé hún ekki notuð í samningum um dreifingu á myndefni eða öðrum samningum sem séu gerðir á viðskiptalegum forsendum. Telur kærandi að smásöllumínus aðferðin sé umdeild aðferð og hún sé betur þekkt undir heitinu „efficient component-pricing rule“ og sé helst notuð fyrir stjórnvöld til að ákvarða verð fyrir aðgang að kerfum sem njóti einokunar. Áréttar kærandi að Sjónvarp Símans Premium njóti ekki einokunar og vísar um markaðshlutdeild til samrunaákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017. Telur kærandi röksemdir með smásöllumínus aðferðinni ekki eiga við um Vodafone sem sé þegar virkt á markaðnum.

Vísar kærandi til þess að PFS hafi gert nokkuð af því að nota smásöllumínus aðferðina við álagningu kvaða á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Aðferðin sé nokkuð þægileg fyrir stofnunina sem ekki þurfi að leggjast í mikla rannsóknarvinnu og leggi lítið annað til en að ákvarða verðið sem afslátt á smásöluverði hverju sinni. Telur kærandi hins vegar að smásöllumínus aðferðin eigi engan veginn við í þeim aðstæðum sem uppi séu í máli þessu.

Bendir kærandi á að það sé annað atriði sem einnig skipti máli í þessu samhengi. Telur kærandi að ef eingöngu er samið um breytilegan kostnað á skuldbindingar um sölu, þá geti kaupandinn fleytt sér áfram á markaðssetningu seljanda, m.ö.o. geti kaupandinn sleppt því að eyða fjármagni í að auglýsa þjónustuna og látið seljandann eyða kostnaði í markaðssetningu þar sem auglýsingin hefur áhrif á sölu hjá öðrum og seljandinn sé þá í reynd að borga fyrir markaðsherferð kaupandans. Þetta geri kaupandanum einnig kleift að selja vöruna ódýrara en seljandinn gerir þar sem markaðskostnaður lendir allur á seljandanum. Bendir kærandi á að ef endurseljandi fengi aðgang að höfundarvörðu efni eingöngu á breytilegum kjörum án nokkurrar skuldbindingar um fastar greiðslur, séu hagsmunir aðila af samningum verulega ólíkir. Seljandinn tæki þá alla áhættuna en engin áhætta lægi hjá kaupanda, þ.e.a.s. endurseljanda. Til þess að hagsmunir aðila séu

samstilltir telur kærandi að uppsetningin sé almennt sú að um fastar greiðslur sé að ræða og ofan á það bætist breytilegur kostnaður sem lækki eftir því sem fleiri áskriftir séu seldar. Þannig fái seljandinn ákveðna lágmarkstryggingu fyrir því að hann fái sinn kostnað greiddan og kaupandinn hafi þannig ríka hvata af því að selja þjónustuna þar sem hagnaður aukist eftir því sem meira sé selt. Telur kærandi að þetta fyrirkomulag geri seljanda síðan kleift að fjárfesta í auknu myndefni og viðhalda gæðum þjónustunnar. Kaupandinn leggi einnig áherslu á að selja þjónustuna þar sem aukin sala skili auknum hagnaði, þar sem kostnaður á hverja áskrift lækki með aukinni sölu og hagnaður aukist. Telur kærandi þetta sérstaklega mikilvægt í þeim tilvikum þar sem kaupandinn er einnig keppninautur í smásölu líkt og í tilfelli Vodafone þar sem kaupandinn hafi beina hagsmuni af því að seljanda mistakist. Kaupandinn hafi þá hvata til þess að selja ekki þjónustuna nema hann hafi samþykkt að greiða fasta lágmarksgreiðslu.

Kærandi telur að sá samningsgrundvöllur sem hann hafi lagt til í samningaviðræðum við Vodafone sé hin almennt viðurkennda aðferð við kaup og sölu á hugverkum sem ætluð séu til endursölu. Telur kærandi að almennt séu ákvæði um fyrirframgreiðslu, fasta lágmarksgreiðslu eða fasta greiðslu mjög útbreidd í samningum, sérstaklega þegar um er að ræða rétt til að selja hugverk þriðja aðila. Kærandi hefur lagt ríka áherslu á að sú leið sem hann hafi lagt til sé gerð til þess að deila áhættu á viðskiptunum með skilvirkum hætti á milli aðila og vísar kærandi m.a. um það til afstöðu framkvæmdastjórnar ESB til samninga af þessu tagi. Með vísan til alls þessa byggir kærandi á því að tillaga hans um að byggja á verðmódeli sem geri ráð fyrir lágmarksgreiðslum fyrir afhendingu á hinu höfundarvarða efni kæranda sé mun eðlilegra en að byggja á smásöllumínus aðferðinni líkt og Vodafone hafi lagt upp með.

Kærandi bendir á að í ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 hafi PFS haldið því fram að krafa kæranda um lágmarksgreiðslur væri óeðlileg þar sem markaðurinn fyrir Sjóntvarp Símans Premium væri mettaður. Telur kærandi að sú forsenda PFS standist ekki og feli í sér brot á rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar, engin rannsókn liggja að baki ályktun stofnunarinnar eða álitsumleitan og telur kærandi hafa falið í sér alvarlega lögvillu. Vísar kærandi til þess að heildarfjöldi IPTV viðskiptavina Vodafone hafi verið í kringum 40.000 síðastliðin ár og á miðju ári 2018 hafi viðskiptavinir Vodafone verið 44.085. Af þeim hafi enginn verið í viðskiptum við Sjóntvarp Símans Premium. Telur kærandi óskiljanlegt hvernig PFS geti talið markaðinn mettaðan þegar mögulegt væri að selja þjónustuna til svo margra viðskiptavina. Telur kærandi ástæðu sölusynjunar Vodafone kristallast í þessu, þ.e.a.s. að Vodafone hafi ekki áhuga á því að fá Sjóntvarp Símans Premium inn á sitt net til að koma í veg fyrir samkeppni við efnisveitu Vodafone, Stöð 2 maraþon.

Því næst vísar kærandi umfjöllun kæranda að beitingu PFS á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Kærandi vísar til 3. kafla hinnar kærðu ákvörðunar sem fjallar um lagaumhverfi fjölmiðlalaga. Tekur kærandi fram að hann fái ekki séð hvaða tilgangi sú umfjöllun eigi að þjóna. Telur kærandi að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái ekki til viðskipta með ólínulega myndmiðlun og telur kærandi að dómur Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 styðji þá niðurstöðu. Tekur kærandi fram að Hæstiréttur hafi lagt sérstaka áherslu í þeim dómi á að í lögum væri að

finna aðrar heimildi fyrir fjarskiptafyrirtæki en að krefjast aðgangs að sjónvarpsútsendingum. Þegar um sjónvarpsútsendingar sé að ræða hafi fjölmiðlalög að geyma reglur um skyldu til samningsgerðar milli fjölmiðlaveitna og fjarskiptafyrirtækja og málsmeðferðarreglur til að að leysa úr ágreiningi og koma á samningi ef aðilum tekst það ekki í frjálsum samningnum. Hins vegar hafi fjölmiðlalög ekki að geyma neinar reglur um það hvernig skuli semja um aðgang að ólínulegu myndefni eða málsmeðferð um það ef ekki tekst að semja um dreifingu á ólínulegu efni. Telur kærandi að með gagnályktun verði að álykta að ekki ríki samningsskylda um aðgang að ólínulegu myndefni og ef löggjafinn hefði ætlað samningsskyldu að gilda einnig um ólínulegt myndefni hlyti löggjafinn að hafa fest þá skyldu í lög.

Telur kærandi að niðurstaða PFS feli það í sér, þrátt fyrir að ágreiningslaust sé að samningsskylda gildi ekki um ólínulegt myndefni, að samningsskylda gildi engu að síður ef fjölmiðlaveita dreifir ólínulegu myndefni á fjarskiptanetum hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki. Telur kærandi að niðurstaða PFS feli í sér m.ö.o. að fjarskiptafyrirtæki eigi að mati PFS flutningsrétt á ólínulegu myndefni ef hið ólínulega myndefni er í dreifingu hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki fjölmiðlaveitunnar. Telur kærandi að PFS geri engan reka að því að rökstyðja þessa lögskýringu stofnunarinnar og hvernig hún fær staðist. Þá telur kærandi að PFS geri enga grein fyrir því hvernig íþyngjandi kvaðir um samningsskyldu fái staðist meginregluna um samningsfrelsi.

Byggir kærandi á því að lögskýring PFS fái ekki staðist eignarréttarákvæði stjórnarskrár Íslands, sbr. 72. gr. laga nr. 33/1944. Vísar kærandi til þess að sjónvarpsefni sé höfundarvarin eignarréttindi sem njóti verndar stjórnarskrárinnar og engan megi skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji, en til þess þurfi lagafyrirmæli og fullt verð komi fyrir. Telur kærandi að PFS hafi ekki sýnt fram á að almenningsþörf krefjist þess að kærandi afhendi efnið fyrirtæki sem sé markaðsráðandi á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis og á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Byggir kærandi á því að það vinni gegn almannahagsmunum ef slík kvöð yrði lögð á, því það myndi að mati kæranda veikja samkeppni á framangreindum mörkuðum þar sem staða markaðsráðandi fyrirtækis styrkist. Vísar kærandi til þess sem fram kemur í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um þá hagsmuni sem ákvæðinu er ætlað að vernda. Þar komi fram að þeir hagsmunir sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er ætlað að tryggja sé fyrst og fremst að fjarskiptafyrirtæki hafi aðgang að sjónvarpsútsendingum. Vísar kærandi til þess að hvorki í greinargerð né í lögnum sjálfum sé að finna tilvísun til þess að vernd almannahagsmuna felist í því að ólínulegt efni sé aðgengilegt á dreifikerfum fjarskiptafyrirtækja. Þá tekur kærandi fram að engin heimild sé í lögum sem mæli fyrir um samningsskyldu fjölmiðlaveitna við fjarskiptafyrirtæki um ólínulegt efni líkt og áskilið sé í stjórnarskrá. Byggir kærandi á því að þegar um jafn íþyngjandi ráðstöfun sé að ræða sem feli jafnfram í sér skerðingu á eignarréttindum þurfi skýra og ótvíræða lagaheimild. Telur kærandi að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ekki gild lagaheimild til að kveða á um samningsskyldu fjölmiðlaveitu á grundvelli þess að henni sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Þá tekur kærandi fram að fjölmiðlalög séu þögul um það verð sem aðilum beri að semja um, sbr. áskilnað stjórnarskrárinnar um að fullt verð komi fyrir. Telur kærandi það styðja þá málsástæðu kæranda að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga geti ekki verið grundvöllur ákvörðunar sem mæli fyrir um samningsskyldu fjölmiðlaveitu, hafi fjölmiðlaveitan samið við tengt fjarskiptafyrirtæki um dreifingu á ólínulegu myndefni.

Telur kærandi að hin kærða ákvörðun sé verulega íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun og skýra beri allan vafa þeim í hag sem ákvörðunin beinist gegn. Byggir kærandi á því að slíkur vafi ríki um inntak 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að ekki verði hjá því komist að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Þá fjallar kærandi um OTT lausn sína og kveður hana ekki vera fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptastarfsemi. Telur kærandi þannig að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um að OTT þjónusta kæranda hafi ekki verið fullnægjandi, standist ekki. Byggir kærandi á því að OTT þjónusta kæranda sé ekki fjarskiptaþjónusta og þar sem ekki sé um fjarskiptaþjónustu að ræða geti ekki verið um það að ræða að fjölmiðlaveitan hafi beint viðskiptavinum sínum í viðskipti við fjarskiptafyrirtæki kæranda. Vísar kærandi til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun um að kærandi hefði getað komið í veg fyrir brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að bjóða upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum. Þar komi einnig fram að það sé mat PFS að OTT myndlykill tilheyri fjarskiptahluta kæranda en ekki fjölmiðlahluta félagsins.

Vísar kærandi til þess sem fram kemur í 770. mgr. í samandreginni niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðun um að fyrirkomulag OTT lausnar hans hafi í reynd falið í sér að kærandi væri enn að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki og að mati PFS sé Sjónvarp Símans óháð neti ófullnægjandi fyrir neytendur og ekki raunverulegur valkostur við IPTV kerfi kæranda og þær vörur sem hann bjóði fram, m.a. Heimilispakkann. Þá kemur fram að tölur um litla upptöku þjónustunnar á því rúma ári sem liðið hafi verið frá því að hún kom á markaðinn votti ennfremur til um þetta. Kærandi hafnar forsendum og rökstuðningi PFS í hinni kærðu ákvörðun að þessu leyti. Telur kærandi að OTT lausn félagsins sé ekki fjarskiptaþjónusta og viðskiptavinum fjölmiðlaveitu kæranda sé því ekki beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá telur kærandi staðhæfingar um litla upptöku þjónustunnar með nokkrum ólíkindum en að mati kæranda hafi upptaka þjónustunnar gengið sérstaklega vel og verið vonum framar.

Tekur kærandi því næst fram að hann hafi ekkert um það að segja hvar viðskiptavinur, sem kaupir þjónustuna Sjónvarp Símans Premium óháð neti, kaupir fjarskiptaþjónustu, þ.e.a.s. internettengingu, til þess að honum sé kleift að nýta þjónustuna með því að sækja sér það efni sem þjónustan býður upp á. Hafi viðskiptavinur aðgang að interneti, hvort sem það er fastanet, t.d. ljósleiðara, eða farsímanet, t.d. 4G, telur kærandi að hann geti nýtt sér þjónustuna án þess að styðjast við fjarskiptaþjónustu kæranda. Viðskiptavinir geti notað þjónustuna hvar sem er innan EES-svæðisins og nái þannig óumdeilanlega ekki yfir fjarskiptakerfi kæranda og þjónustan sé þannig í samræmi við ákvæði 53. gr. a

höfundalaga um flytjanleika efnisveitubjónustu. Kærandi tekur fram að það sé því fyrirtækið sem selji áskrifanda internettengingu sem veiti honum fjarskiptaþjónustu en þjónusta kæranda felist í því að veita honum aðgang að efnisveitunni/fjölmiðlaþjónustunni Sjónvarp Símans Premium sem sé ekki fjarskiptaþjónusta. Kærandi telur að þjónusta hans Sjónvarp Símans Premium óháð neti sé því með engu móti frábrugðin þjónustum á borð við Netflix, Hulu eða Apple TV. Þjónustuveiturnar eigi það allar sameiginlegt að viðskiptavinur getur keypt sér aðgang að þjónustuveitunum en hafi sjálfur val um það hvar hann kaupir internettengingu til þess að nýta sér þjónustuna.

Kærandi telur að við mat á því hvort um sé að ræða fjarskiptaþjónustu eður ei og þar með fjarskiptastarfsemi verði að líta til dóms Evrópudómstólsins í máli Google Inc. vegna Gmail þjónustu félagsins. Telur kærandi að dómurinn hafi fordæmisgildi á Íslandi í samræmi við meginreglur EES-samningsins og markmið um sameiginlegan innri markað, m.a. fyrir fjarskiptaþjónustu. Telur kærandi að niðurstaða Evrópudómstólsins í málinu sé sú að OTT þjónusta sem geri internetaðgang ekki mögulegan og felist ekki að mestu eða öllu leyti í því að beina merkjum yfir fjarskiptanet teljist ekki fjarskiptaþjónusta. Telur kærandi að sama gildi um OTT þjónustu kæranda. Að mati kæranda getur ekki verið um fjarskiptaþjónustu að ræða þótt kærandi hafi byggt upp aðgangskerfi fyrir sjónvarpsþjónustu og reki netþjóna sem geri viðskiptavinum kleift að nota þjónustuna yfir internettenginguna sem þeir hafi keypt. Telur kærandi að það sé fjarskiptafyrirtækið sem selji viðskiptavinum internettengingu sem sé ábyrgt fyrir því að beina merkjum yfir fjarskiptanetið og veiti því fjarskiptaþjónustu.

Kærandi telur að staðhæfing PFS um að með OTT þjónustu beini fjölmiðlaveita kæranda viðskiptavinum sínum að fjarskiptastarfsemi kæranda fái því ekki staðist. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga sé ætlað að vernda það að fjölmiðlaveita geti ekki raskað viðskiptum á fjarskiptamörkuðum með því að beina viðskiptavinum við fjölmiðlahluta í fjarskiptaviðskipti. Þar sem OTT þjónusta sé ekki fjarskiptaþjónusta telur kærandi að það geti ekki verið um það að ræða að viðskiptavinum fjölmiðlaveitu sé beint til fjarskiptafyrirtækis í skilningi ákvæðisins. OTT þjónusta kæranda sé því ekki fjarskiptaþjónusta og því ekki um fjarskiptastarfsemi að ræða. Byggir kærandi á því að með því geti ekki verið um það að ræða að viðskiptum fjölmiðlaveitu sé beint að fjarskiptafyrirtæki. Telur kærandi að ef hann byði einungis upp á OTT þjónustuna Sjónvarp Símans óháð neti þyrfti hann ekki að fá almenna heimild til að stunda fjarskiptastarfsemi á Íslandi frekar en Apple, Netflix eða Google.

Kærandi bendir á að í samskiptum kæranda og PFS hafi það komið skýrt fram að PFS líti í reynd ekki svo á að OTT lausnin sé fjarskiptaþjónusta og vísar til þess sem fram hafi komið í tölvupósti PFS til kæranda hinn 24. október 2019, þar sem sagði orðrétt: „Varðandi sjónvarpsþjónustu óháð neti (OTT) þá stendur ekki til að óska eftir þeim upplýsingum og þá aðallega vegna þess að þetta er ekki hluti af þjónustu fjarskiptafyrirtækja.“

Byggir kærandi jafnframt á því að OTT lausn kæranda sé fullnægjandi í þeim skilningi að hver sem er getur keypt þjónustuna og nýtt sér fjarskiptaþjónustu annarra en kæranda til að nálgast efnið sem þar er að finna. Telur kærandi að góð upptaka og ör fjölgun viðskiptavina þjónustunnar styðji það öfugt við ályktun PFS um að viðskiptavinir þjónustunnar séu fáir. Telur kærandi að OTT lausn kæranda eigi það sammerkt með öðrum efnisveitum sem veiti aðgang að þjónustu sinni yfir hið opna internet og þar með talið G-mail þjónustu Google, að þjónustan felist ekki að mestu eða að öllu leyti í því að beina merkjum um fjarskiptanet. Með vísan til framangreinds byggir kærandi á því að hinu meinta broti kæranda hafi lokið eigi síðar en þegar kærandi markaðsfærði OTT lausnina Sjónvarp Símans óháð neti í ágúst 2018.

Tekur kærandi því næst fram að margþættar ástæður séu fyrir því að kærandi hafi ákveðið að fara þá leið að selja aðgang að þjónustunni með því að bjóða myndlykil sem nægilegt væri að koma í samband við internet svo hægt væri að nýta þjónustuna. Tiltekur kærandi að helsta ástæðan hafi verið að sú vara hafi verið nánast tilbúin tæknilega eftir að kærandi hafði sett WiFi myndlykla á markað, því hafi verið hægt að koma vörunni tiltölulega hratt og örugglega á markaðinn. Kærandi tekur fram að það að setja á markað sérstakt smáforrit (app) sé mun dýrari lausn og mun tímafrekari í útfærslu. Veruleg þróun ásamt aukningu í rekstri þurfi til þess að umbreyta IPTV kerfinu sem kærandi hafi byggt upp síðustu 15 ár, yfir í að bjóða upp á OTT þjónustu yfir í smáforrit. Kærandi telur að hafa beri í huga að kærandi hefur þróað eigið sjónvarpskerfi og hann reki ekki staðlaða lausn frá einum þjónustuveitanda. Þetta þýði að þau handtök sem þurfi að vinna við að koma nýjum lausnum á markað séu unnin innanhúss og t.d. sé ekki hægt að kaupa AppleTV app beint af öðrum birgja. Mörg skref hafi aftur á móti verið tekin undanfarin tvö ár og enn séu nokkur skref eftir. Tekur kærandi fram þá verkþætti sem eru í undirbúningi eða alveg eftir. Þrátt fyrir þessa vinnu hafi kærandi áttað sig á því að OTT leiðin sé hið rétta til framtíðar og því hafi kærandi unnið að því að þróa smáforrit undanfarin tvö ár. Tekur kærandi fram að það sé því hið endanlega markmið kæranda að setja á markað app sem verði aðgengilegt hjá helstu þjónustuveitum. Það sé hins vegar óraunhæft að ætlast til þess að þessi þróun gæti hafa tekið skemmri tíma. Telur kærandi að rétt hefði verið af PFS með vísan til meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar að taka tillit til þess við málsmeðferðina.

Kærandi byggir ennfremur á því að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu stjórnisýslulaga með því að PFS hafi komist að niðurstöðu um samskonar álitaeefni með ólíkum hætti. Vísar kærandi til orðalags í samandreginni niðurstöðu ákvörðunar PFS í máli nr. 16/2019, þar sem fjallað var um kvörtun kæranda vegna brota Vodafone gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Tekur kærandi fram að af orðalaginu megi líta svo á að kærandi hafi beitt sölusynjun gagnvart Vodafone. Telur kærandi það rangt og að forsendurnar beri með sér að til þess að um brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé að ræða þurfi sölusynjun að hafa verið beitt. Kærandi tekur fram að hann hafi aldrei synjað Vodafone um aðgang að Sjónvarpi Símans Premium. Þá bendi kærandi á að í ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 hafi PFS talið kæranda hafa fullframið beint brot með því að hafa ekki tryggt þann 1. október 2015 þegar Sjónvarp Símans Premium fór í loftið, að þjónustan yrði aðgengileg með

öðrum hætti en í gegnum IPTV þjónustu kæranda. Í ákvörðun PFS í máli nr. 16/2019 hafi sama frumkvæðisskylda ekki verið lögð á Vodafone og snerist málið um þá hvort óskað hafi verið eftir dreifingu eða ekki. Þannig telur kærandi að ákvarðanir PFS séu í þessum efnum ósamrýmanlegar. Með vísan til framangreinds byggir kærandi á því að brot PFS gegn jafnræði aðila með því að leggja ólíkar forsendur til grundvallar í sams konar málum leiði til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar.

Hvað varðar varakröfu kæranda um ógildingu sektarákvörðunar í 2. tölulið ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar byggir kærandi á því að 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga veiti einungis heimild til álagningar stjórnvaldssektar ef brotið er gegn flutningsrétti. Telur kærandi að þar sem flutningsréttur nái einungis til sjónvarpsútsendinga en ekki til myndmiðlunar eftir pöntun sé ekki um að ræða brot gegn flutningsrétti í skilningi laganna. Vísar kærandi til dóms Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 sem staðfesti þann skilning en þar komi fram að ágreiningslaust sé að reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu nái einungis til línulegrar miðlunar sjónvarpsefnis. Vísar kærandi til þess að í ákvörðun PFS nr. 3/2016 hafi komið fram að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fjalli ekki um flutningsrétt og það hafi verið endurtekið í ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 sem og í hinni kærðu ákvörðun. Tekur kærandi fram að þegar fyrir liggi að flutningsréttur nái einungis til línulegrar myndmiðlunar en málið fjalli um samningaumleitani vegna ólínulegrar myndmiðlunar telur kærandi það liggja í augum uppi að lagaheimild skorti til að refsar kæranda vegna þess að ekki hafi samist um að dreifa ólínulegu myndefni yfir IPTV kerfi Vodafone eða OTT lausn kæranda hafi verið ófullnægjandi. Af þeim sökum telur kærandi að fella beri úr gildi 2. tölulið hinnar kærðu ákvörðunar þar sem óumdeilt sé að flutningsréttur nái ekki til ólínulegrar myndmiðlunar.

Byggir kærandi á því að gerðar séu strangar kröfur til þess að refsikennd viðurlög eigi sér skýra og ótvíræða lagastoð og skýra beri allan vafa þeim í hag sem viðurlögin beinist gegn. Tekur kærandi fram að hugtökin flutningur og flutningsréttur samkvæmt fjölmiðlalögum taki einungis til flutnings á línulegri dagskrá en ekki myndmiðlun eftir pöntun. Því telur kærandi að PFS hafi skort viðhlítandi lagastoð fyrir því að leggja stjórnvaldssekt á kæranda og því beri að fella úr gildi 2. tölulið hinnar kærðu ákvörðunar.

Fallist úrskurðarnefnd ekki á ógildingu 2. töluliðar hinnar kærðu ákvörðunar krefst kærandi þess að fallið verði frá sektum eða þær lækkaðar. Vísar kærandi til 5. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga um rökstuðning fyrir því, en þar komi fram að falla megi frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á beitingu sekta. Tekur kærandi fram að hin kærða ákvörðun fjalli að mestu um samningaviðræður kæranda og Vodafone sem hafi endað með því að Vodafone synjaði kæranda um aðgang að IPTV kerfi sínu eftir ítrekaða eftirgangsmuni kæranda og vilja til að gera samning. Á sama tíma hafi kærandi staðið að gerð OTT þjónustu og sett síðar á markað. Með þeirri þjónustu hafi allir getað nálgast aðgang að ólínulegu myndefni kæranda óháð því hvar þeir kaupir fjarskiptaþjónustu. Telur kærandi að því standi ekki efni til að leggja stjórnvaldssekt á kæranda ef svo ólíklega færi að 1. töluliður ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar yrði staðfestur eða að öðrum kosti að þær yrðu lækkaðar verulega.

Að lokum tekur kærandi fram að honum gangi það eitt til á hörðum samkeppnismarkaði að bjóða upp á gæðaþjónustu. Kærandi haft lagt ríka áherslu á það undanfarin ár líkt og tíðkast hafi víða í Evrópu og N-Ameríku að leggja áherslu á að selja neytendum sjónvarpsefni. Nútíminn geri þá kröfu að sjónvarpsefni sé aðgengilegt með ólínulegum hætti og kærandi hafi í þessari viðleitni leitast við að koma efni sínu að sem víðast á helstu dreifikerfum. Kæranda hafi hins vegar ekki reynst unnt að ná samningum við Vodafone um aðgang að IPTV kerfi Vodafone fyrir Sjónvarp Símans Premium. Með því sé kæranda gert erfitt um vik að nálgast u.þ.b. 40 þúsund viðskiptavini Vodafone sem séu á IPTV kerfi félagsins. Telur kærandi að eina rökrétta skýringin á því að Vodafone hafi hafnað samningsgerð við kæranda sé sú að Vodafone, sem sé markaðsráðandi fyrirtæki í dreifingu á sjónvarpsefni og á markaði fyrir áskriftarsjónvarp, vilji koma í veg fyrir samkeppni við þjónustu kæranda. Sú staðreynd að kærandi og Vodafone hafi ekki náð saman um dreifingu á ólínulegu myndefni kæranda yfir net Vodafone leiði til þess að mati PFS að kærandi hafi beint viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar í fjarskiptaþjónustu. Telur kærandi að með þessu sé túlkun á inntaki 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga komna langt út fyrir þann skilning sem leiða megir af ákvæðinu með almennri lögskýringu samkvæmt orðanna hljóðan. Telur kærandi það ekki fást staðist, sér í lagi þegar um sé að ræða íþyngjandi ákvörðun og beitingu refsikenndra viðurlaga. Auk þess telur kærandi að forsendur PFS standist ekki um að kærandi hafi ekki haft vilja til að semja við Vodafone um dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni og að OTT þjónusta kæranda, Sjónvarp Símans óháð neti, sé fjarskiptaþjónusta.

Telur kærandi með vísan til alls framangreinds að ógilda beri hina kærðu ákvörðun og að lágmarki fella niður sektarákvörðun 2. töluliðar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

## 2.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við PFS að skilað yrði umsögn vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 11. febrúar 2020. Hins vegar var umsagnarferli vegna kærðu málsins stöðvað tímabundið hinn 21. janúar 2020 þegar úrskurðarnefndinni barst beiðni frá Vodafone um að meðferð málsins yrði frestað ótímabundið sökum þess að mál milli sömu aðila um ógildingu ákvörðunar PFS nr. 10/2018 væri rekið fyrir héraðsdómi. Niðurstaða úrskurðarnefndarinnar um að fallast ekki á beiðni Vodafone var send málsaðilum öllum hinn 10. mars 2020 og var PFS veittur nýr frestur til umsagnar til 16. apríl 2020 vegna hinnar kærðu ákvörðunar. Að beiðni PFS var frestur framlengdur til 24. apríl 2020 og móttók úrskurðarnefndin greinargerð PFS þann dag ásamt öllum þeim gögnum sem fyrir lágu við töku hinnar kærðu ákvörðunar.

PFS gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði staðfest í heild sinni með vísan til forsendna hennar.

PFS rekur í stuttu máli ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018, þar sem PFS komst að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem legði bann við því að fjölmiðlaveita beindi viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Frá og með 1. október 2015 hafi kærandi tekið ákvörðun um að

ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu kæranda, yrði einungis í boði á IPTV kerfi kæranda sjálfs en ekki á IPTV kerfi Vodafone eins og raunin var fyrir þann tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og frelsi. Þá hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu kæranda ekki verið tiltækt eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. OTT lausn sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Telur PFS að þetta hafi leitt til þess að viðskiptavinir Vodafone, Nova, Hringdu o.fl. sem notuðu ljósleiðaranet GR sem undirlag hafi ekki átt kost á því að nálgast umrætt myndefni, nema færa sig á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags kæranda, Mílu, eða kaupa heimtaugar bæði af Mílu og GR. Telur kærandi að þetta fyrirkomulag hafi þannig skapað alvarlegan aðstöðumun bæði milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa kæranda og Vodafone og milli Mílu og GR. Að mati PFS hefði kærandi getað komið í veg fyrir brotið með því m.a. að semja við Vodafone um dreifingu á IPTV kerfi Vodafone eða bjóða upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum, þ.e.a.s. stæði þá til boða óháð því hvaða internetþjónustuaðila neytandi velji að vera í viðskiptum við.

Tekur PFS fram að kærandi hafi kynnt til sögunnar OTT dreifileið sína í ágúst 2018 en að mati kvartenda til PFS hafi framsetning, verðlagning og gæði lausnarinnar gert það að verkum að viðskiptum viðskiptamanna Sjónvarps Símans var í reynd enn beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki, með því m.a. að gera það að skilyrði að eingöngu væri hægt að nota sjónvarpskerfi og búnað (myndlykil) frá kæranda. Kærandi hafi hins vegar haldið því fram að umrædd OTT lausn væri fullnægjandi lausn óháð fjarskiptaneti og leysti félagið undan brotinu og Míla tekið undir málsstað kæranda þess efnis. Að öðru leyti vísar PFS um málsatvik til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

PFS tekur fram að í málinu reyni á hvort umrædd OTT lausn sem kærandi kynnti til sögunnar í ágúst 2018 hafi aflétt því ástandi sem skapast hafði hinn 1. október 2015 vegna brota kæranda á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Auk þess telur PFS að leggja þurfi mat á samningsumleitanir milli kæranda og Vodafone og eftir atvikum kæranda og Nova um dreifingu og eftir atvikum heildsöluáðgang að umræddu sjónvarpsefni.

Vísar PFS til þess er fram kemur í greinargerð með 45. gr. fjölmiðlalaga. Þar komi fram að markmiðið með flutningsreglunum sé m.a. að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu. Fjölmiðlaveitum sé því t.a.m. bannað að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, sbr. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Vísar PFS til þess er fram kemur í athugasemdum við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í frumvarpi því er varð að fjölmiðlalögum og vísar til þess að með ákvæðinu sé leitast við að tryggja að notendur geti valið um efni á þeim fjarskiptaleiðum sem í boði eru. Hugsunin sé sú að fjarskiptafyrirtæki geti, sjái þau sér hag í því, boðið viðskiptavinum sínum upp á efni fjölmiðlaveitna í gegnum ljósleiðara eða xDSL (háhraðanet á koparheimtaug) og bætt þannig stöðu sína á markaði, aukið samkeppnishæfni sína og valfrelsi notenda. Þannig geti notendur nálgast fjölbreytt sjónvarpsefni án þess að þurfa að tengjast mörgum dreifikerfum með þeim hætti að komið er í veg fyrir að fyrirtæki eða samstæður sem hvort tveggja hafi yfirráð yfir efni og dreifikerfi geti bundið aðgang að efninu við ákveðin fjarskiptanet. Markmiðið sé m.a. að

eftirspurn eftir vinsælu sjónvarpsefni verði ekki ráðandi um markaðshlutdeild tiltekins fjarskiptafyrirtækis.

Vísar PFS til þess sem fram kemur í hinni kærð ákvörðun um að tilgangur bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé að sporna við því að efnisframboð fjölmiðlaveitu ráði því hvar neytandi kaupi fjarskiptaþjónustu, hvort sem um er að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustigi (t.d. internetþjónustu, IPTV þjónustu o.fl.) eða á undirliggjandi fjarskiptainniðum. Ákvæðinu sé þannig ætlað að koma í veg fyrir að neytendur standi frammi fyrir því að við val á fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að tilteknu myndefni eða þeir geti ekki nálgast ákveðið myndefni án þess að þurfa að tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi eða jafnvel skipta alfarið um fjarskiptafyrirtæki.

Hvað varðar málatilbúnað kæranda um OTT lausn sína tekur PFS fram að stofnunin sé sammála sjónarmiðum kæranda um að sjónvarpsþjónustur líkt og Netflix, Hulu o.fl. séu ekki fjarskiptaþjónusta og það sé ágreiningslaust í málinu. Hins vegar sé það mat PFS að það að skilyrða Sjónvarp Símans óháð neti þjónustuna við ákveðinn myndlykil frá kæranda geri það að verkum að lausnin sé í reynd ekki fullnægjandi OTT lausn. Vísar PFS til þess er fram kemur í hinni kærðu ákvörðun um að kærandi eigi og stýri þessum myndlykli sem nauðsynlegur sé til þess að geta nýtt sér þjónustuna óháð neti. Þessi tilhögun geri það að verkum að myndlykillinn tengist kæranda sem dreifingaraðila sjónvarpsefnis, þ.e.a.s. fjarskiptahluta kæranda, en ekki fjölmiðlahluta hans. Ytri aðili sem óski eftir dreifingu á sjónvarpsefni sínu fái ekki stjórn á þessum myndlykli né hlut af því myndlyklagjaldi sem kærandi innheimti. Tekur PFS fram að ef fjölmiðlahluti kæranda yrði seldur frá fjarskiptahluta þess ásamt IPTV dreifikerfinu (bæði hefðbundna lokaða IPTV kerfinu og OTT hluta þess) myndi sá aðili sem keypti það dreifa efni samkeppnisaðila sinna jafnhliða eigin efni yfir þessi kerfi. Telur PFS að sá aðili væri þá kominn í samkeppni við önnur fjarskiptafélög um dreifingu á sjónvarpsefni. PFS telur að OTT lausnin sem kærandi hafi kynnt sem Sjónvarp Símans óháð neti hafi því ekki reynst fullkomlega „Over the Top“ með því að skilyrða þjónustuna við þennan tiltekinn myndlykil og þar með spyrnt saman við fjarskiptahluta kæranda.

Hvað varðar málatilbúnað kæranda um að hann hafi frá upphafi, allt frá 1. október 2015, sýnt vilja til að ná samningum við Vodafone um dreifingu á ólínulegu myndefni Sjónvarp Símans Premium og það sé frekar Vodafone sem skorti samningsvilja tekur PFS fram að ljóst sé að á þetta mat á samningsvilja aðila muni reyna fyrir héraðsdómi vegna ákvörðunar PFS í máli nr. 10/2018 enda byggji kærandi m.a. á þeirri málsástæðu í stefnu sinni í málinu.

Tekur PFS fram að samkvæmt ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 hafi markaður fyrir Sjónvarp Símans Premium verið talinn vera nokkuð mettaður og krafa kæranda um „minimum guarantee“ í samningaviðræðum milli kæranda og Sýnar metin ómálefnaleg, sem aftur hafi gert það að verkum að tilboð kæranda hafi verið talið óaðgengilegt fyrri Sýn. PFS hafi því metið það sem svo að skort hefði á samningsvilja kæranda varðandi dreifingu eða einhvers konar heildsölu eða endursölu á sjónvarpsefni hans yfir IPTV dreifikerfi Sýnar og eftir atvikum öðrum sjónvarpsdreifikerfum þess félags, enda fengist

ekki séð hvernig aukin dreifing á efni kæranda gæti heft framleiðslu fjölmiðlaveitu kæranda á innlendu sjónvarpsefni eða innkaupum á erlendu efni. Aukin dreifing ætti að auka tekjur fjölmiðlaveitu þar sem dreifing á efni væri víðtækari og mögulegir viðskiptavinir þar með mun fleiri en áður. Tekur PFS fram að við mat á skorti á samningsvilja hafi verið horft til þess að tekjur af stakri áskrift á Sjónvarpi Símans Premium væru mun lægri en tekjur af viðskiptavinum í Heimilispakka og þar með væri hvati af hálfu kæranda til að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar að eigin fjarskiptafyrirtæki.

Tekur PFS fram að af gögnum málsins sé ljóst að kærandi og Vodafone eru á engan hátt sammála um hver beri ábyrgð á því að samningar hafi ekki náðst en það liggja fyrir að samningar höfðu ekki náðst á þeim tíma sem ákvörðunin var tekin. Vodafone hafi lýst því að skortur hafi verið á samningsvilja kæranda allt frá því ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 lá fyrir og það sjónarmið þeirra hafi fengið stoð í sjónarmiðum Nova sem lýst hafi sambærilegri upplifun á meintum skorti á samningsvilja kæranda. Telur PFS að mat á samningsvilja aðila sé matskennt atriði og við það mat hafi PFS þurft að líta til atvika málsins með heildstæðum hætti, með forsögu málsins til grundvallar og þeirra hagsmuna sem undir eru. Tekur PFS fram að kærandi hafi á sínum tíma tekið ákvarðanir þar sem umrætt efni hafi einungis verið aðgengilegt á kerfum kæranda á sama tíma og hann bauð upp á mjög hagstæð kjör á heildarþakka, Heimilispakkanum, sem ómögulegt hafi verið fyrir samkeppnisaðila að mæta.

Vísar PFS til þess að kærandi telji að þar sem Vodafone hafi hafnað beiðni kæranda um að ganga til samninga við sig þann 2. október 2019 ætti fremur að líta svo á að það að samningar hefðu ekki náðst væri fremur að rekja til Vodafone þegar atvik málsins væru skoðuð heildstætt. Kærandi telji að röksemdafærsla PFS gangi þ.a.l. ekki upp því til þess að aflétta hinu meinta broti hefði kærandi þurft að krefjast þess að ganga til samninga við Vodafone fyrr og þannig hafi PFS lagt „de facto“ flutningsskyldu á kæranda. PFS telur ljóst af skoðun undirliggjandi gagna að ef einungis hefði skort á samningsvilja hjá Vodafone hefði samningsgerð kæranda við Nova a.m.k. átt að ganga betur en raun bar vitni. Þeir samningar sem náðst hafi milli kæranda og Nova um Símann Sport virðist t.d. eingöngu hafa náðst sökum þess að Nova taldi sig nauðbeygt til að undirgangast skilyrði kæranda.

PFS byggir á því að með heildarmati á þeim gögnum sem liggja fyrir í málinu hafi það verið niðurstaða PFS að skortur á samningsvilja kæranda hafi staðið a.m.k. fram að 2. október 2019. Telur PFS að hegðun kæranda hafi ekki borið vott um fyrirtæki sem hefði áhuga á að selja umrætt efni til annarra dreifingaraðila og sú hegðun hafi ekki tekið nokkrum breytingum fyrr en eftirlitsaðilar hafi farið að hlutast til um hegðun Símasamstæðunnar á markaði þegar alvarleg staða hafi verið komin upp á fjarskiptamarkaði á Íslandi. PFS telji að þann 2. október 2019 þegar kærandi hafi óskað eftir að undirrita samning um dreifingu við Sýn hafi a.m.k. ekki verið hægt að telja með óyggjandi hætti að það væri við kæranda að sakast að samningar hefðu ekki náðst. Þetta þýddi þó ekki „de facto“ flutningsskyldu á kæranda líkt og kærandi byggir á, enda hafi kærandi getað búið svo um hnútana að viðskiptum viðskiptamanna hans væri ekki beint að tengdu

fjarskiptafyrirtæki á annan máta, svo sem með fullnægjandi OTT lausn, líkt og tekið hafi verið fram í ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018.

Hvað varðar málsástæðu kæranda um að PFS hafi brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga með því að hafa komist að niðurstöðu um samskonar álitæfni með ólíkum hætti í ákvörðun PFS í máli nr. 16/2019 tekur PFS fram að niðurstaða PFS í þeirri ákvörðun hafi verið byggð á því að ekki væri unnt að túlka ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga svo að lóðrétt samþætt fjölmiðla- og fjarskiptafyrirtæki gæti ekki komið fram með nýjungar á IPTV kerfum sínum nema að bjóða efni fyrirfram til annarra fjarskiptafyrirtækja til dreifingar. PFS tekur fram að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ætlað að koma í veg fyrir að efni sem ekki er kostur á að nálgast annars staðar og dreifing þess efnis sé bundin við sama lokaða fjarskiptanetið. Tekur PFS fram að efni það sem um hafi verið að ræða í ákvörðun PFS í máli nr. 16/2019 hafi ekki verið lokað á sama fjarskiptaneti á grundvelli ákvörðunar Sýnar þar um. Staðan hefði verið önnur ef Sýn hefði synjað réttmætum beiðnum, byggðum á viðskiptalegum forsendum, frá öðrum áhugasömum aðilum um dreifingu á efni, léti hjá líða að dreifa efni eftir fullnægjandi dreifileiðum sem væru óháðar netum eða aðrar þær ráðstafanir sem dygðu til að komið væri í veg fyrir að verið væri að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu að skyldu fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt þessu telur PFS að stofnunin hafi ekki brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga með hinni kærðu ákvörðun þar sem sú ákvörðun hafi verið eðlisólík ákvörðun PFS í máli nr. 16/2019 og málin því ekki verið sambærileg.

Hvað varðar kröfu kæranda um ógildingu sektarákvörðunar hinnar kærðu ákvörðunar eða lækkun sektarfjárhæðar tekur PFS fram að ákvörðun um sektargreiðslu byggir á sama grunni og ákvörðun PFS í máli nr. 10/2018 en sú ákvörðun hefur verið lögð fyrir dómstóla. Telur PFS rétt að úr því álitæfni verði leyst fyrir dómi. Varðandi kröfu kæranda um lækkun sektarfjárhæðar telur PFS ljóst að samkvæmt 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga skuli við ákvörðun sektarfjárhæðar taka tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af því broti. Við mat á sektarfjárhæðinni tekur PFS fram að horft hafi verið til þess að um ítrekunarbrott hafi verið að ræða sem hafi haft alvarlegar afleiðingar á fjarskiptamarkaði á Íslandi og að leiða mætti að því sterkar líkur að ávinningur kæranda af brotinu hafi verið langt umfram þann 10 milljóna króna refsiramma sem getið sé um í ákvæðinu. Með vísan til framangreinds og gagna málsins krefst PFS þess að ákvörðun um fjárhæð sektar verði staðfest.

Með vísan til alls framangreinds krefst PFS þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest í heild sinni með vísan til forsendna hennar.

### 3.

Úrskurðarnefndin óskaði eftir umsögn Vodafone (greinargerð var send í nafni Sýnar ehf., móðurfélags Vodafone, úrskurðarnefnd mun nota heitið Vodafone til hægðaauka.) vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 11. febrúar 2020. Hins vegar var umsagnarferli vegna kærðu málsins stöðvað tímabundið hinn 21. janúar 2020 líkt og rakið er í lið 2 í kafla III að framan. Móttók úrskurðarnefndin greinargerð Vodafone hinn 16. apríl 2020 ásamt fylgigögnum.

Vodafone krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með þeim breytingum að orðin „og til og með 1. október 2019“ í 1. tölul. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar falli niður og að sektarfjárhæð stjórnvaldssektar sem kveðið er á um í 2. tölul. ákvörðunarorða verði hækkuð úr 9.000.000 kr. í 10.000.000 kr. Vodafone gerir einnig kröfu um málskostnað, sbr. 12. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009.

Vodafone vísar að mestu til málsatvika eins og þeim er lýst í hinni kærðu ákvörðun. Tekur Vodafone fram að með ákvörðun PFS nr. 10/2018 hafi stofnunin slegið því föstu að kærandi hafi brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að brotið stæði enn yfir. Vodafone byggir á því að háttsemi kæranda hafi verið og sé saknæm og ólögmat og varði bótaskyldu. Henni hafi verið ætlað og sé ætlað að draga úr og hafa af Vodafone fjarskiptaviðskipti.

Háttsemi kæranda sé og hafi verið þaulskipulögð og hafi skilað kæranda miklum ávinningi, í formi aukinna fjarskiptaviðskipta en valdið Vodafone sambærilegu tjóni. Þetta tjón sé sennileg afleiðing háttseminnar. Vodafone hafi því séð sig knúið til afla sér matsgerðar til að færa sönnur á tjón sitt, niðurstaða matsins um tjónið liggi fyrir og Vodafone hafi nú höfðað mál til heimtu skaðabóta fyrir það tjón. Að mati Vodafone sýni matsgerðin fram á að fullyrðing kæranda þess efnis að ákvörðun hans um að opna fyrir stöðina SkjárEinn hafi haft jákvæð áhrif á eftirspurn eftir fjarskiptaþjónustu Vodafone og haft jákvæðari áhrif á Vodafone en kæranda, standist ekki.

Í ágúst 2018 hafi kærandi kynnt til sögunnar OTT lausn, þ.e.a.s. dreifikerfi á sjónvarpi í gegnum internetið (streymisþjónustu) sem kærandi kvað óháða fjarskiptanetum. Vodafone, GR og Nova hafi kvartað til PFS þar sem félögin töldu lausnina ófullnægjandi og að hún losaði kæranda ekki undan broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Félögin töldu framsetningu, verðlagningu og gæði OTT lausnarinnar þannig að kærandi beindi enn viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í andstöðu við fyrrnefnda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Brot kæranda væri því ítrekað. Í hinni kærðu ákvörðun hafi verið fallist á málalíbúnað kvartenda í öllum megin atriðum og því slegið föstu að um ítrekað brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri að ræða.

PFS hafi hins vegar byggt á því í hinni kærðu ákvörðun að kærandi hefði átt í samningaviðræðum síðustu mánuði við m.a. Vodafone um dreifingu efnis og sýnt þannig samningsviðleitni, jafnvel þó slíkir samningar væru ekki í höfn. Að mati PFS hafi hins vegar ekki verið hægt að líta svo á að umrætt ástand væri eingöngu á ábyrgð kæranda og komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að frá og með 2. október 2019 hafi kærandi a.m.k. reynt að vinda ofan af brotinu og ekki hægt að telja kæranda enn brotlegan frá þeim tímapunkti. Vodafone leitast eftir því að fá þessu atriði hnekkt með gagnkröfu í greinargerð þessari, þar sem Vodafone telur að kærandi hafi ekki látið af brotlegrri háttsemi frá og með 2. október 2019.

Vodafone tekur fram að nauðsynlegt sé að rifja upp í hverju brot kæranda hafi falist samkvæmt ákvörðun PFS nr. 10/2018. Í þeirri ákvörðun segi m.a. að brotið hafi hafist með markaðsaðgerð sem hrundið hafi verið af stað 1. október 2015, sem m.a. fólst í uppsögn á dreifingarsamningi kæranda við Vodafone sumarið 2015 og Vodafone var bannað að bjóða viðskiptavinum sínum áfram upp á ólínulega myndmiðlun sjónvarpsefnis kæranda í formi Tímavélar og Frelsis með um þriggja vikna fyrirvara. Þær markaðsaðgerðir sem kærandi réðist í hafi einnig gert það að verkum að Sjónvarp Símans Premium hafi eingöngu verið aðgengilegt yfir net Mílu á helsta samkeppnissvæði Símasamstæðunnar. Þá segi einnig í ákvörðuninni að með því að aðgangur að ólínulegu dagskrárefni Sjónvarps Símans Premium var eingöngu í boði um IPTV kerfi kæranda og á undirliggjandi neti Mílu, á helsta samkeppnissvæði Símasamstæðunnar, hafi kærandi að mati PFS verið að beina viðskiptum viðskiptamanna Sjónvarps Símans Premium, þ.e. fjölmiðlaveitu kæranda að tengdu fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. fjarskiptahluta kæranda og Mílu.

Tekur Vodafone fram að í kæru sé látið að því liggja að það hafi ekki verið fyrr en sumarið 2016 að Vodafone hafi óskað eftir heildsöluaðgangi að ólínulegri þjónustu undir heitinu Skjár Einn Premium (nú Sjónvarp Síminn Premium). Þetta sé villandi framsetning, Vodafone hafi mótmælt frá upphafi, þ.e. haustið 2015 að hinir ólínulegu þjónustubættir yrðu teknir af viðskiptavinum sem notuðu Vodafone Sjónvarp og skoraði á kæranda að láta af þessari samkeppnishindrandi háttsemi. Kærandi hafi ekki ljáð máls á neins konar samningum um aðgang að ólínulegum þjónustubáttum haustið 2015 og fram eftir árinu 2016. Til marks um það hafi kærandi gripið til lögbannsaðgerða til að koma í veg fyrir að slík þjónusta yrði veitt.

Vodafone tekur fram að rangfærslum sé haldið fram í kæru og mun Vodafone fjalla um atvik málsins á því tímabili sem hin kærða ákvörðun taki til. Nefnir Vodafone að með bréfi dags. 4. júlí 2018 hafi Vodafone skorað á kæranda að láta af lögbroti og ganga til samninga. Það hafi verið gert með vísan til ákvörðunar PFS nr. 10/2018, sem þá lá fyrir. Í því skyni að fá kæranda til að binda endi á brot sitt hafi Vodafone lækkað tillögu um þóknunarhlutfall í endursölu úr 25% í 15%. Þessu bréfi hafi verið svarað með tölvupósti frá kæranda dags. 5. júlí þar sem kærandi hafi ítrekað kröfu sína um fastar lágmarksgreiðslur, þrátt fyrir að PFS hafi í ákvörðun sinni talið slíka kröfu ómálefnalega eins og á stóð. Því svaraði Vodafone með bréfi dags. 9. júlí sama ár og lyti svo á að með því að kærandi stæði fast á kröfu um lágmarksgreiðslur og líta fram hjá verulega lækkuðu tilboði Vodafone um þóknunartekjur hafi falist staðfesting á einbeittum ásetningi kæranda til að ítreka yfirstandandi brot sitt. Málinu hafi í framhaldinu verið beint til PFS og sú málsmeðferð hafi leitt til hinnar kærðu ákvörðunar.

Vodafone tekur fram að við hafi tekið tíðindalítið tímabil fram á vorið 2019. Kæranda hafi verið sent tilboð um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium og Enska boltanu þann 25. júní 2019, sem stökum þjónustuliðum. Mál hafi síðan þróast þannig að áhersla hafi verið lögð á Enska boltann og svo hafi farið að gerður var samningur um endursölu á Símanum Sport (Enska boltanum) en kærandi hafi ekki tekið tilboði um dreifingu á Sjónvarpi

Símans Premium. Hinn 4. október 2019 hafi kærandi óskað eftir að ganga til samninga um Sjónvarp Símanum á grundvelli tilboðsins frá því í júní. Í millitíðinni hafi kærandi hins vegar vöndlað Enska boltanum inn í Sjónvarp Símanum og Samkeppniseftirlitið gefið út frummat sitt vegna þess máls. Á fundi hinn 9. október hafi verið útskýrt að Vodafone vildi ganga til samninga um Sjónvarp Símanum en ekki dreifa því og Enska boltanum í ólöglegu böndli, sbr. frummat Samkeppniseftirlitsins. Í kjölfarið á þessum samskiptum hafi kærandi af og til ítrekað ósk um undirritun samnings um dreifingu á Sjónvarpi Símanum. Afstaða Vodafone hafi verið óbreytt, en henni sé lýst með tölvupósti forstöðumanns heildsölu Vodafone, dags. 1. febrúar 2020. Í tölvuskeytinu kemur það fram að Vodafone sé reiðubúið að dreifa Sjónvarpi Símanum án þess að sú þjónusta sé tvinnuð saman við dreifingu á Símanum Sport (Enska boltinn). Kemur einnig fram í tölvuskeytinu að Vodafone teldi að með því að samþykkja dreifingu á Sjónvarpi Símanum og Símanum Sport í vöndli, sem taki mið af frummati Samkeppniseftirlitsins, kynni Vodafone að teljast hlutdeildarmaður í umræddri brotastarfsemi kæranda. Þá segir að Vodafone sé reiðubúið að dreifa Sjónvarpi Símanum án þess að vera í vöndli en á það hafi kærandi ekki fallist. Jafnframt hafi komið fram að til álita kæmi að dreifa Sjónvarpi Símanum í vöndli með Símanum Sport þegar Samkeppniseftirlitið hefði tekið ákvörðun og óvissu um lögmati samtvinnunarinnar hefði verið eytt.

Vodafone vísar til þessa og mótmælir ítrekuðum fullyrðingum kæranda um ólögmæta sölusynjun sem haldlausum og röngum.

Vodafone tekur fram að niðurstöðukafli hinnar kærðu ákvörðunar fjalli í grunninn um tvennt. Annars vegar hvort hin s.k. OTT lausn kæranda hafi verið þess eðlis að hún leysti kæranda undan broti. Hins vegar hvort og þá hvenær bundinn hafi verið endir á brot með því að kærandi hafi sýnt samningsvilja. Málsástæður kæranda taki lítt mið af þessu að mati Vodafone.

Vísar Vodafone til niðurstöðu ákvörðunar nr. 10/2018 og að ágreiningurinn snúi fyrst og fremst að því hvort kærandi teljist enn brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Hvað varði OTT lausn kæranda tekur Vodafone fram að í kæru sé miklu þúðri eytt í að fjalla um að slík lausn kæranda sé ekki fjarskiptaþjónusta/fjarskiptastarfsemi og vísað til dóms Evrópudómstólsins í því sambandi. Hvernig sem því sé háttað sé það alvarleg rökvilla í málatilbúnaðnum. Ef fallist væri á að OTT lausnin væri ekki fjarskiptaþjónusta, sem Vodafone gerir fyrirvara um enda fjalli dómurinn um Gmail þjónustu en OTT lausn kæranda um myndlykil, breyti það engu þeirri staðreynd að með því að bjóða þá lausn var ekki leyst úr frumbrotinu sem er þar með ítrekað og felst í því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitunnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Eins og sé rökstutt í hinni kærðu ákvörðun séu verðlagning og aðrir skilmálar fyrir OTT lausninni með þeim hætti að nær engir viðskiptamenn kjósi að nýta sér leiðina. Þetta sé því einhverskonar málamyndaleið, sem leysi Símann ekki undan yfirstandandi frumbroti. Með öðrum orðum hafi ekki verið leyst úr því broti sem ákvörðun PFS nr. 10/2018 laut að og því um ítrekað brot að ræða frá því tímamarki sem ákvörðun varðandi frumbrotið náði til.

Þá fjallar Vodafone um þýðingu dóms Hæstaréttar í máli nr. 327/2019. Kærandi taki fram að með þessum dómi hafi því verið slegið föstu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki einungis til línulegrar myndmiðlunar. Vodafone hafnar þeirri túlkun kæranda og bendir á að það sé fráleitt að halda því fram að með dómnum hafi því verið slegið föstu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem er bannákvæði af sama meiði og 11. grein samkeppnislaga, taki eingöngu til línulegrar myndmiðlunar. Þvert á vísi dómurinn til þess að ætluð brot á þeim ákvæðum geti varðað viðurlögum og leitt til annarra afskipta stjórnvalda. Slík afskipti leiði hins vegar ekki sjálfkrafa til flutningsréttar án þess að annað kæmi til. Hin kærða ákvörðun fjalli ekki um flutningsrétt heldur ítrekunarbrott á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Atvik og efni málsins sem Hæstiréttur fjallaði um og kærumáls þessa séu því alls ólík.

Á hitt sé að líta að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hafi þegar fjallað um og kveðið upp úr um að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2016. Breyti dómur Hæstaréttar engu í því sambandi.

Þá fjallar Vodafone um þýðingu dóms Hæstaréttar í máli nr. 216/1997. Vodafone telur að atviks máls þessa sé ekki unnt að heimfæra undir þennan dóm Hæstaréttar. Það ráðist af því að í málinu sem dómurinn fjallar um hafi viðræðum verið slitið án sérstaks fyrirvara, því sé ekki að skipta í hinni kærðu ákvörðun. Með bréfi Vodafone dags. 9. júlí 2019 hafi engum viðræðum verið slitið heldur málinu vísað til meðferðar hjá PFS. Undir rekstri þess máls hafi kæranda margsinnis verið boðið að dreifa Sjónvarpi Símans Premium án vönduls við Enska boltann. Í kæru sé í reynd staðfest að viðræðum var ekki slitið.

Vodafone fjallar þá um samningaviðræður við kæranda og bendir á að kærandi haldi því m.a. fram að Vodafone hafi ekki rökstutt hvers vegna félagið hafi hafnað aðferðafræði byggðri á lágmarksgreiðslum. Vodafone kveður þetta vera rangt, félagið hafi tekið sérstaklega fram undir rekstri málsins að finna mætti dæmi um lágmarksgreiðslur í efniskaupasamningum, en krafa um verulega háar lágmarksgreiðslur í þessu tiltekna máli hafi verið ómálefnaleg eins og á stæði. Eins og fram komi í tölvuskeyti frá kæranda, dags. 22. nóvember 2017, gekk tilboð kæranda út á fast mánaðarlegt gjald að tiltekinni fjárhæð. Í ofanálag hafi dreifikerfi GR undanskilið. Vodafone rekur því næst dæmi um hve margar áskriftir Vodafone þyrfti að ná til að ná lágmarksgreiðslunni. Í því samhengi bendir Vodafone einnig á til samanburðar að Vodafone hafi endurselt tiltekinn fjölda áskrifta að Símanum Sport (enska boltanum) í október 2019, sem sé tímamarkið sem PFS miði við að brotinu hafi lokið. Er það mat Vodafone að kröfugerð kæranda hafi verið ósanngjörn og ómálefnaleg.

Þá tekur Vodafone fram að PFS hafi talið kröfu um lágmarksgreiðslu ómálefnalega, líkt og Vodafone hefur haldið fram og vísar í því sambandi til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun. Í þeirri umfjöllun segi m.a. að svo virðist sem markaður fyrir Sjónvarp Símans Premium hafi verið orðinn vel mettaður að miklu leyti í árslok 2016 miðað við þróunina síðan þá. Við þessar kringumstæður verði að telja að Vodafone hafi verið þröngur stakkur sniðinn við að tryggja nauðsynlegan fjölda áskrifenda að Sjónvarpi Símans Premium til að hafa upp í lágmarksgjald það sem kærandi hafi verið með í huga og var það einnig með

Því skilyrði að viðskiptavinir Vodafone á kerfum GR gætu ekki nýtt sér þjónustuna. Þá segi um þetta atriði í hinni kærðu ákvörðun að PFS meti það skilyrði gera það að verkum að umrætt tilboð kæranda hefði verið óaðgengilegt fyrir Vodafone, þar sem Vodafone hefði þurft að mismuna viðskiptavinum sínum um aðgang að sjónvarpsefni eftir því hvaða fjarskiptanet væri undirliggjandi. Þá kom fram að PFS taldi að umrætt skilyrði hafi undirstrikað þann ásetning kæranda að binda umrætt myndefni við net tengds fjarskiptafyrirtækis.

Vodafone áréttar einnig að kærandi hafi ekki ljáð máls á neins konar dreifingu á ólínulegu efni sínu framan af árinu 2016. Af framangreindu megi ráða að hin langa almenna umfjöllun kæranda um lágmarksgreiðslur í efnisréttarsamningum sé með öllu þýðingarlaus í samhengi við atvik málsins.

Þá fjallar Vodafone um aðrar málsástæður kæranda. Hvað varði meint brot á rannsóknarreglu tekur Vodafone fram að PFS hafi hvorki fyrr né síðast ráðist í jafn ítarlega rannsókn og þá sem leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar sem og ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Hafnar Vodafone því þeirri málsástæðu.

Vodafone bendir á að kærandi haldi því fram að jafnræðisregla hafi verið brotin vegna meints misræmis á hinni kærðu ákvörðun og ákvörðun PFS nr. 16/2019. Tekur Vodafone í fyrsta lagi fram að hin síðar nefnda ákvörðun sæti ekki endurskoðun í þessu máli. Í öðru lagi sé það skilgreiningaratriði að einungis geti verið um brot á jafnræðisreglu að ræða þegar samskonar mál hljóti ólíka meðferð. Eins og skýrt hafi komið fram í ákvörðun PFS nr. 16/2019 hafi kærandi alls ekki óskað eftir þeirri þjónustu sem um ræddi í málinu. Ennfremur sé sá munur á málunum að brot kæranda hafi átt sér stað í IPTV kerfi félagsins en hafði einnig áhrif á samkeppni í heimtaugakerfum og tengdum netum og hafi því líka haft áhrif á samkeppni á milli Mílu og Gagnaveitu Reykjavíkur. Með vísan til þessa sé ekki eins ástatt um í málunum og málsástæða kæranda haldlaus að mati Vodafone.

Hvað varði kröfu kæranda um ógildingu sektarákvörðunar hafi kærandi haft uppi sambærileg sjónarmið í málinu sem leiddi til ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Ítarlegan rökstuðning fyrir andlagi viðurlaga og skilyrði fyrir beitingu þeirra sé að finna í 5.9.4.1. kafla í þeirri ákvörðun og vísar Vodafone til þess rökstuðnings í þessu sambandi.

Að lokum fjallar Vodafone um gagnkröfu sína og tekur fram að það sé viðurkennd megnregla í stjórnslurétti að æðra sett stjórnvöld geti ýmist staðfest, fellt úr gildi eða breytt þeim ákvörðunum sem sæta kærumeðferð. Taki gagnkrafa Vodafone mið af þessu og felur í sér að kröfugerð kæranda verði alfarið hafnað. Þess í stað verði hin kærða ákvörðun staðfest með tilteknum breytingum.

Í fyrsta lagi byggir Vodafone á því að PFS hafi lagt rangt sönnunarmat á fyrirliggjandi gögn. Í því sambandi vísar Vodafone til 762. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar. Þar kemur fram að 2. október 2019 hafi kærandi óskað eftir að klára samning vegna Sjónvarps Símans Premium þar sem umstang vegna Símans Sport væri að baki sem hafi endað með því að Vodafone hafi hafnað samningi um dreifingu þann 9. október 2019. Vodafone kveður PFS draga þarna ranga ályktun af gögnum málsins og vísar í því sambandi til

fundargerðar fundar sem fór fram þann 9. október 2019. Í fundargerð komi fram að Vodafone væri ekki að hafna dreifingu heldur teldi sig ekki geta tekið þátt í að dreifa samsettri vöru sem samkvæmt frummati Samkeppniseftirlitsins hefði verið metin ólögleg. Komið hafi fram í fundargerð að Vodafone vildi ekki framkvæma dreifingu á samsettri Sjónvarp Símans Premium vörunni og þar með taka þátt í að framkvæma samkeppnisbrot.

Þá vísar Vodafone til 763. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar. Þar kemur m.a. fram að það sé mat PFS að frá 2. október 2019 verði að líta svo á að það að samningar hafi ekki náðst á milli aðila væri ekki rakið til viljaskorts kæranda. Að mati Vodafone leggur PFS hér rangt sönnunarmat á fyrirliggjandi gögn og staðreyndir. PFS virðist líta svo á að það sé málefnaleg beiðni um dreifingu á þjónustu sem skv. frummati Samkeppniseftirlitsins sé í ólögsmætu horfi og að það leysi kæranda undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Það sé meginregla í fjarskiptarétti að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk geti verið skylt að verða við „eðlilegum og sanngjörnum beiðnum“ um aðgang. Vísar Vodafone t.d. til 28. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Ljóst megi vera að beiðni kæranda um að dreifa þjónustuliðnum Sjónvarpi Símans Premium í vöndli með Símanum Sport (Enska boltanum), geti ekki hafa talist eðlileg eða sanngjörn heldur sé þvert á móti ómálefnaleg. Af þeirri ástæðu geti hún ekki lagt grunn að því að leysa kæranda undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá hafi Vodafone aldrei hafnað að dreifa Sjónvarpi Símans Premium sem sjálfstæðri vöru. Tilboð um slíka dreifingu standi og hafi staðið um margra mánaða skeið. Kæranda hafi verið í lófa lagið að taka því tilboði.

Stjórnvöld séu bundin við að byggja matskenndar ákvarðanir á málefnalegum sjónarmiðum og stjórnvaldi beri að beita stjórnsýsluvaldi sínu í samræmi við lög og markmið hlutaðeigandi laga. Bendir Vodafone á að markmið fjarskiptaréttar og samkeppnisréttar séu að miklu leyti samsvarandi og það sé annað meginmarkmið fjarskiptalaga að efla virka samkeppni, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Þá sé PFS falið að vinna gegn röskun eða takmörkun á samkeppni á mörkuðum fjarskipta, sbr. a. liður 2. tl. 1. mgr. 3. gr. sömu laga. Telur Vodafone það ekki forsvaranlegt að PFS meti beiðni kæranda um dreifingu á þjónustu með þeim hætti sem Samkeppniseftirlitið hefur í frummati talið að líkindum í andstöðu við sátt og samkeppnislög, þannig að beiðnin leysi kæranda undan broti. Það sjónarmið sé ómálefnalegt og því sé ólögsmætt fyrir stjórnvaldið að byggja úrlausn tiltekins máls á því. Af þessari ástæðu beri að ógilda þennan hluta hinnar kærðu ákvörðunar.

Þá fjallar Vodafone um kröfu sína um að stjórnvaldssekt verði hækkuð í 10. milljónir króna. Byggir þessi krafa Vodafone á því að um sé að ræða ítrekað brot og því eigi að fylgja ítrekunaráhrif sem horfi til þyngingar og telur Vodafone einnig að kærandi eigi sér engar málsbætur. Að lokum vísar Vodafone til 12. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd-fjarskipta og póstmála, nr. 36/2009, varðandi málskostnaðarkröfu.

#### 4.

Úrskurðarnefndin óskaði eftir umsögn GR vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 11. febrúar 2020. Hins vegar var umsagnarferli vegna kæru málsins stöðvað tímabundið hinn 21. janúar 2020 líkt og rakið er í lið 2 í kafla III að framan. Að beiðni GR var frestur framlengdur til 24. apríl 2020 og móttók úrskurðarnefndin greinargerð GR þann dag.

GR krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest að öðru leyti en að því að GR telur að brot kæranda gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga séu enn yfirstandandi og hafi þannig ekki lokið 2. október 2019.

GR tekur almennt undir niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun og forsendur hennar. Þó séu nokkur atriði sem GR er ekki sammála PFS um og telur ástæðu til að fjalla um sérstaklega.

GR er ósammála þeirri niðurstöðu PFS að kærandi sé ekki brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 2. október 2019. Umrætt ákvæði sé einfalt og afar skýrt að mati GR. Fjölmiðlaveitu, þ.e.a.s. kæranda, sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þ.e.a.s. Mílu.

Það hvort kærandi hafi mögulega á einhverjum tíma eða tímabili sýnt einu fjarskiptafyrirtæki á markaðnum samningsvilja breyti því ekki að fjölmiðlaveita kæranda var og er að bjóða upp á lausn sem beinir viðskiptum að fjarskiptahluta samstæðunnar. Það sé enda niðurstaða PFS að umrædd OTT lausn feli það í sér að viðskiptunum sé beint með þessum hætti að fjarskiptahluta félagsins.

GR telur ljóst að hvergi í ákvæðinu eða fjölmiðlalögunum sé vikið að því að samningsvilji gagnvart einum tilteknum aðila á markaði leysi fyrirtæki undan broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. GR fái ekki séð að slík niðurstaða byggist á orðalagi ákvæðisins eða skýringum á efni þess. GR telji jafnvel ástæðu til að ætla að PFS hafi við úrlausn málsins einblínt um of á samninga milli Vodafone og kæranda, líkt og ágreiningur málsins stæði aðeins milli þessara tveggja félaga. Málið varði hins vegar allan fjarskiptamarkaðinn og því mun alvarlegra en svo að það snúist bara um samninga milli tveggja aðila á markaðinum. Þetta megi sjá af því að fleiri aðilar af fjarskiptamarkaðinum eigi aðild að málinu.

Kærandi komist ekki í einhvers konar var frá gildandi lögum með því að sýna þessu eina fyrirtæki af mörgum á fjarskiptamarkaði samningsvilja. Á kæranda hvíli sú skylda samkvæmt lögum að hann sem fjölmiðlaveita beini ekki viðskiptum að fjarskiptahluta samstæðunnar. Þetta gildi óháð samningaviðræðum við einn aðila á fjarskiptamarkaði og einnig þótt samningar náist við þennan eina aðila. Kærandi geti enda haldið áfram að bjóða neytendum annarra fjarskiptafyrirtækja upp á þessa lausn sem PFS telur fela í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þrátt fyrir að samningar náist við Vodafone. GR byggir enn fremur á því að jafnvel þótt enginn aðili á fjarskiptamarkaðnum hefði áhuga á að semja sérstaklega við kæranda um aðgang að fjölmiðlaveitu félagsins, þá mætti kærandi,

sem fjölmiðlaveita ekki bjóða neytendum upp á lausnir sem fela það í sér að þeim sé í leiðinni beint að fjarskiptahluta samstæðunnar.

Kærandi sem fjölmiðlaveita beri ábyrgð á því að starfsemi félagsins brjóti ekki í bága við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þannig hefði félagið auðveldlega getað boðið upp á leið sem ekki færi gegn ákvæðinu, s.s. tryggja að verðlagning, tæknileg útfærsla, gæði og aðgengi leiddi ekki til þess að neytendum væri beint að fjarskiptahluta félagsins. Ef fjölmiðlaveita kæranda væri alls ótengd fjarskiptahluta hans hlyti það að vera hagur hennar að efni fjölmiðlaveitunnar væri aðgengilegt sem flestum neytendum óháð undirliggjandi fjarskiptanetum og fyrirtækjum. GR vísar í þessu sambandi til þess sem fram kemur í 756. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar.

Í kæru segi að það sé dýr lausn að setja á markað sérstakt smáforrit (app) og að hún sé miklu tímafrekari í útfærslu. Þá segi að verulega þróun ásamt aukningu í rekstri þurfi til þess að umbreyta IPTV kerfinu sem kærandi hafi byggt upp síðustu 15 ár yfir í að bjóða upp á OTT þjónustu yfir smáforrit. GR telur meintan kostnað kæranda við að þróa IPTV ekki skipta neinu máli við mat á broti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Bent sé á að umrætt ákvæði hafi verið í gildi í 9 ár og það sé á ábyrgð kæranda sjálfs að haga rekstri sínum og þróun ekki í samræmi við gildandi lög. Kostnaður leysi kæranda ekki undan lagaskyldu sem kærandi mátti alltaf vita að hvíldi á sér. Auk þess liggja ekkert fyrir um að kærandi geti ekki notað IPTV lausnina án mikils tilkostnaðar yfir annað undirlag en Mílu.

GR tekur undir þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar sem fram kemur í 745. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar. Þar segi að þar sem OTT lausnir noti mælt gagnamagn geti það eitt og sér haft veruleg áhrif á val neytenda þegar OTT lausn sé stillt upp gegn IPTV þjónustu og að í ljósi verðlags og fyrirkomulags kæranda á OTT lausninni, sérstaklega með tilliti til hagstæðra kjara á vöndli kæranda, Heimilispakkanum, fyrir neytendur og hve hátt gjald er fyrir aukamyndlykla, bendi allt til þess að OTT lausn kæranda sé ekki raunhæfur valkostur andspænis IPTV lausn kæranda.

GR telur að í ljósi framangreinds hafi kærandi engan veginn undið ofan af þeim brotum við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem staðfest voru með ákvörðun PFS nr. 10/2018. Eftir því sem GR komist næst hafi engar breytingar orðið á markaðsaðgerðum kæranda. Kærandi hafi á engan hátt breytt aðgengi að fjölmiðlaveitu félagsins og beini viðskiptum viðskiptamanna að dótturfélagi kæranda, Mílu. Brot kæranda gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga haldi því áfram og hafi það brot staðið óslitið síðan á haustdögum 2015.

Í niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar sé einnig vikið að ábendingum GR, Vodafone og Nova um að ekki sé hægt að hafa aðgang að tímaflakki og/eða frelsisþjónustu Sjónvarps Símans án þess að vera með Sjónvarp Símans annað hvort yfir IPTV (um farskipta- og sjónvarpskerfi Mílu dótturfélags kæranda) eða yfir „óháð neti“ um þeirra fjarskiptanet og þá bundið við að viðskiptavinir kaupi Sjónvarp Símans Premium og erlendar rásir á samtals kr. 8.200. Einnig að tímaflakk í OTT lausninni sé einungis 48 klukkustundir samanborið við 168 klukkustundir í sjónvarpi Símans yfir IPTV og þjónustan í OTT lausninni því takmarkaðri en sú sem bjóðist í gegnum IPTV kerfi félagsins. PFS virðist

ekki taka beina afstöðu til þessara athugasemda GR o.fl. í hinni kærðu ákvörðun. GR ítrekar þá afstöðu sína að á meðan kærandi viðhaldi framangreindum hindrunum brjóti kærandi gegn efnisreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Líkt og rakið sé í niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar hafi GR og Vodafone bent á að athugun á afhendingargæðum efnisveitu kæranda yfir OTT lausnina gefi til kynna að verulegur munur væri á gæðum OTT og IPTV lausna félagsins. GR hafi tekið fram í kvörtun sinni til PFS að félagið teldi brýnt að fá úr þessu skorið með úttekt. Í hinni kærðu ákvörðun segist PFS hafa kannað þetta en ekki talið sig geta sannreynt hvort gæðin væru lakari í OTT lausninni. Sæi PFS því ekki grundvöll fyrir því að fjalla frekar um gæði lausnarinnar í málinu, enda réðist það af öðrum þáttum. GR vill vekja athygli á því að félagið færði rök fyrir því við meðferð málsins hjá PFS að félagið telji að allnokkur munur sé á gæðum OTT og IPTV lausnar kæranda. Að mati GR sé tæknileg umgjörð OTT lausnar kæranda þannig að með henni sé boðin vara sem neytendur hafi síður áhuga á. Vekja megi athygli á því að flestir sem bjóði OTT lausnir geri það án þess að kaupa þurfi sérstakan myndlykil, heldur nægi að sækja sér smáforrit í t.d. sjónvarpstæki eða AppleTV sem veiti OTT aðgang að þjónustu. Bæði Sýn og RÚV bjóði upp á slíka OTT þjónustu en kærandi hins vegar ekki. Að mati GR sé þetta til þess fallið að beina neytendum að því að kaupa vöndlaða þjónustu af kæranda og þar með viðskipti við Mílu, þvert gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. GR bendir á að PFS hafi heimild til að fela öðrum hæfum aðilum að framkvæma einstaka þætti skoðunar, með heimild í lögum um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, sbr. 3. mgr. 3. gr. laganna. Ekki sé hægt að ráða með skýrum hætti af ákvörðuninni hvort stofnunin hafi neytt þessarar heimildar við könnun á gæðamun OTT og IPTV lausnar kæranda. Telur GR að þessi þáttur skipti máli í heildarmati á athöfnum kæranda sem brjóti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Það sé hins vegar ljóst að PFS hafi samkvæmt áður nefndum lögum, forræði og möguleika á að kanna þessi tæknilegu atriði til hlítar. GR telur mikilvægt að tekin sé afstaða til þessa atriðis.

Þá fjallar GR um að samningaviðræður kæranda og Vodafone séu ekki afgerandi fyrir úrlausn um brot kæranda. Í hinni kærðu ákvörðun PFS sé komist að þeirri niðurstöðu að kærandi hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019, en eftir það tímamark hafi kærandi undið ofan af broti sínu með því að sýna raunverulegan samningsvilja gagnvart Vodafone um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone.

Í kæru sé spjótunum að mestu leyti beint að þeim samningaviðræðum sem fóru milli kæranda og Vodafone um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone, í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Kærandi virðist leggja allt kapp á að færa rök fyrir því að félagið hafi sýnt raunverulegan samningsvilja á fyrra tímamarki en PFS leggi til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun.

Líkt og vikið hafi verið að telji GR að það sé rangt, sem bæði PFS og kærandi virðist telja að samningsvilji kæranda gagnvart Vodafone um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium

yfir IPTV kerfi Vodafone geti einn og sér leyst kæranda undan þeim lagaskyldum sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga mæli fyrir um. GR telur þetta ekki fást staðist og setji lítinn hvata fyrir kæranda að ná samningum við aðra aðila á markaði um dreifingu efnis. Þegar þetta sé ritað sé staðan sú að GR viti ekki hvort samningar muni nokkurn tímann nást milli kæranda og Vodafone. Velti GR því fyrir sér hvort PFS muni hafa viðvarandi eftirlit með því hvort kærandi sýni viðvarandi samningsvilja í framtíðinni eða hvort kærandi sé í raun sloppinn fyrir horn með því einu að hafa sýnt samningsvilja.

Kærandi hafi sjálfstæða skyldu samkvæmt 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga til að beina ekki viðskiptum viðskiptamanna að fjarskiptafyrirtæki samstæðunnar. Það séu fleiri leiðir fyrir kæranda til að uppfylla þessa skyldu heldur en að gera samninga við Vodafone, samninga sem hvorki GR né aðrir hagsmunaaðilar á markaði voru aðilar að. Augljósasta leiðin sé að bjóða fjölmiðlaþjónustu kæranda yfir opin kerfi GR á sömu tæknilegu útfærslum, kjörum og skilmálum og eru í boði á grunnneti Mílu. Ef kærandi ræki einungis fjölmiðlaveitu hefði félagið augljósa hagsmuni af því að bjóða fjölmiðlaþjónustu sína á sem flestum netum og kerfum. Skylda kæranda sé þannig alveg óháð samningaviðræðum við Vodafone og afrakstur þeirra. Um þetta, þ.e.a.s. þýðingu samningaviðræðna kæranda og Vodafone fyrir málið virðist GR og kærandi vera á vissan hátt sammála, enda haldi kærandi því ítrekað fram í kæru að öfugt við 44. gr. og aðrar málsgreinar 45. gr. fjölmiðlalaga, hafi 5. mgr. ákvæðisins ekki að geyma nein úrræði komi til þess að aðilar nái ekki saman og að samningsumleitanir um ólínulegt myndefni falli ekki undir fjölmiðlalög. Ástæðan fyrir þessu sé að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem standi algjörlega sjálfstætt, leggi bann við tiltekinni háttsemi fjölmiðlaveitu og taki enga afstöðu til þess með hvaða hætti fjölmiðlaveita geti hlítt þessu banni.

GR ítrekar að kærandi hafi engan veginn undið ofan af broti sínu gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með hinni svonefndu OTT lausn, heldur sé sú lausn, líkt og Sjónvarp Símans gegnum IPTV, til þess fallin að beina viðskiptum viðskiptamanna kæranda að fjarskiptafyrirtæki samstæðunnar. Þetta sé staðfest í hinni kærðu ákvörðun. GR telji því og byggji á að kærandi sé enn að gerast brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, óháð hugsanlegum samningaviðræðum félagsins við Vodafone. GR er því ósammála því að undið hafi verið af brotum kæranda 2. október 2019 með einhverjum óljósum samningsvilja gagnvart Vodafone um dreifingu Sjónvarfs Símans Premium yfir IPTV kerfi Vodafone.

Í kæru sé því haldið fram að OTT lausn kæranda sé ekki fjarskiptaþjónusta í skilningi fjölmiðlalaga og því geti kærandi ekki hafa beint þjónustu fjölmiðlaveitu félagsins til fjarskiptaþjónustu þess. GR telur að hér sé kærandi að misskilja um hvað málið snúist. Málið snúist um það hvort kærandi sé með tæknilegri útfærslu, verðlagningu og vöndlun á þjónustu, t.a.m. með svonefndum Heimilispakka að beina viðskiptamönnum í viðskipti við Mílu, sem sé fjarskiptafyrirtæki Símasamstæðunnar. GR telji að ekki sé tekist á um hvort kærandi brjóti gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá IPTV lausn yfir í OTT lausn félagsins, heldur hvort OTT lausnin sé til þess fallin að vinda ofan af broti kæranda gegn fyrrnefndu ákvæði sem fólst í því að beina viðskiptum viðskiptavina kæranda að Mílu. GR

fái því ekki séð að það skipti máli hvort OTT lausn kæranda sé fjölmiðla- eða fjarskiptaþjónusta. Hvort OTT lausnin sé fjölmiðlaþjónusta líkt og kærandi haldi fram hafi að mati GR enga þýðingu við mat á því hvort kærandi hafi undið ofan af broti sínu gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Varðandi ályktanir kæranda af dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017 þá telur GR þær of víðtækar og rangar. GR hafnar því m.a. að dómurinn styðji að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái ekki til viðskipta með ólínulega myndmiðlun. Í dómnum hafi einungis verið tekin afstaða til inntaks 1. mgr. 45. gr. laganna en enga efnislega umfjöllun sé að finna um 5. mgr. sama ákvæðis. GR telur að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sæti sérstakri skýringu óháð því hvort flutningsréttur samkvæmt 1. mgr. ákvæðisins taki til ólínulegrar myndmiðlunar eða ekki. Hvergi sé minnst á hugtakið sjónvarpsútsending í 5. mgr. 45. gr. laganna eða með öðrum hætti vikið að tækni- eða miðlunaraðferðum sem notaðar séu til að dreifa eða miðla efni fjölmiðlaveitu. Regla ákvæðisins feli í sér mat á því hvort viðskipti og markaðsaðgerðir fjölmiðlaveitu með efni í hennar umráðum leiði til þess að viðskiptum sem eru í viðskiptum við fjölmiðlaveituna sé beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ákvæðið geri einfaldlega engan greinarmun á því með hvaða hætti fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki; hvort það er með viðskiptum eða aðgerðum tengdri línulegri eða ólínulegri myndmiðlun, eða með einhverjum öðrum hætti, skipti einfaldlega ekki máli. GR sé að þessu leyti sammála því sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun, sbr. einnig ákvarðanir PFS nr. 3/2016 og 10/2018, að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga eigi bæði við um línulegt og ólínulegt myndefni.

## 5.

Úrskurðarnefndin óskaði eftir umsögn Nova vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 11. febrúar 2020. Hins vegar var umsagnarferli vegna kæru málsins stöðvað tímabundið hinn 21. janúar 2020 líkt og rakið er í lið 2 í kafla III að framan. Að beiðni Nova var frestur framlengdur til 30. apríl 2020 og móttók úrskurðarnefndin greinargerð Nova þann dag.

Nova mótmælir í heild sinni málflutningi kæranda um að hin kærða ákvörðun sé haldin einhverjum þeim annmörkum að fella beri hana úr gildi. Nova krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Kjarni málsins frá sjónarhóli Nova sé sá að Nova er fjarskiptafyrirtæki sem leggur megináherslu á veitingu alhliða farsímaþjónustu til viðskiptavina og Internetþjónustu. Samhliða starfræki Nova svokallað NovaTV sem feli í sér miðlun á sjónvarpsþjónustu yfir internetið með svokallaðri OTT lausn. Um OTT lausn sé að ræða sem gefi neytendum kost á að nýta hvaða tækni sem þeir búa yfir til að nýta sér þjónustuna yfir opið internet. Þannig sé NovaTV aðgengilegt í farsíma appi, öllum helstu vöfrum sem og í Apple TV og Android TV viðtökuboxum. Forritin geti neytendur sótt án endurgjalds og engin sértæk lokuð tækniútfærsla, kostnaður né hvati vegna þess sé tengdur því fyrir neytanda hvar hann kaupir fjarskiptaþjónustu sína. Í gegnum þessa lausn geti neytendur horft á sjónvarpsefni frá m.a. RÚV, Hringbraut og N4 auk annars opins efnis annarra

sjónvarpsþjónusta. Vilji Nova hafi einnig alltaf staðið til þess að neytendur geti til viðbóta keypt aðgang að áskriftarsjónvarpi Símans og Sýnar og horft á það í gegnum NovaTV.

Sá möguleiki neytenda að geta nálgast áskriftarefni í sjónvarpi í NovaTV sé mjög mikilvægur fyrir Nova. Sé sá möguleiki ekki fyrir hendi (vegna þess að sjónvarpsþjónustur leyfi ekki dreifingu/endursölu efnis í gegnum NovaTV, setja fram óaðgengileg skilyrði fyrir slíkri dreifingu eða draga að gera um það samninga) eða sé sá möguleiki ófýsilegur fyrir notendur vegna tæknilegra krafna og/eða kostnaðar, felur það í sér hindrun fyrir því að neytendur kaupi fjarskiptaþjónustu af Nova. Þegar sjónvarpsþjónusta er veitt af fjölmiðlaþjónustuveitanda, sem tengdur er fjarskiptafyrirtæki, eins og eigi við um kæranda, standi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga því í mót að framangreindar ráðstafanir séu notaðar til að beina viðskiptum viðskiptavina fjölmiðlaveitu tengds fjarskiptanets í stað þess að þeir kaupi fjarskiptaþjónustu sína annarsstaðar.

Fyrir liggir að kærandi hafi brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga með þeim ráðstöfunum sem fjallað er um í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Í ágúst 2018 hafi kærandi kynnt lausn hvað þetta varði sem að sögn kæranda hafi átt að binda endi á brotlega háttsemi félagsins. Lausnin geri það hins vegar ekki eins og rökstutt sé í kæru Nova til PFS, dags. 1. október 2018. Vísar Nova til umfjöllunar í kærana hvað þetta varðar.

Nova bendir á að neytendur geti ekki fengið aðgang að áskriftarsjónvarpi Sjónvarps Símans (Sjónvarp Símans Premium) nema í gegnum myndlykil frá kæranda. Þótt myndlykillinn sé tæknilega útfærður þannig að hægt sé að tengja hann við önnur fjarskiptanet en kæranda þá sé búið svo um hnútana að ekki er hægt að nota önnur tæki eða annan búnað en myndlykil kæranda. Þannig getur t.d. notandi NovaTV lausnar ekki horft þar á efni frá Sjónvarpi Símans Premium en sami notandi getur horft þar á Stöð 2 frá Sýn, sem er greitt áskriftargjald fyrir, sem og annað áskriftarefni frá Sýn. Kærandi hafi borið því við að tæknilega sé ekki hægt að veita aðgang að Sjónvarpi Símans Premium nema með myndlyklalausn. Samt sem áður veiti kærandi t.d. Nova aðgang að rásinni Síminn Sport sem tæknilega lúti sömu lögmálum.

Kostnaður neytenda við að horfa á Sjónvarp Símans Premium óháð neti verði meiri þar sem útvega þurfi sérstakan búnað frá kæranda. Þá sé verðlagningu sjónvarpsþjónustu kæranda háttáð þannig að neytandi er sérstaklega verðlaunaður fyrir að kaupa um leið fjarskiptaþjónustu af kæranda. Í þessu felist að viðskiptum viðskiptamanna Sjónvarps Símans sé beint til fjarskiptanets Símans, þ.e.a.s. að tengdu fjarskiptaneti. Þetta feli í sér brot á áðurnefndu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Af hálfu Nova er tekið undir forsendur hinnar kærðu ákvörðunar og því mótmælt að einhver annmarki sé á ákvörðuninni sem valdi ógildingu hennar, líkt og kærandi krefjist.

Í kæru sé í löngu máli farið yfir samskipti og viðræður milli kæranda og Sýnar varðandi aðgang að sjónvarpsefni. Um það tjáir Nova sig ekki. Í þessu samhengi nefnir Nova þó að því er varði samningsvilja kæranda gagnvart Nova, þá sé fjallað um þær samningaviðræður í bréfi Nova til PFS, dags. 19. nóvember 2019. Viðræður hafi alla tíð

verið mjög tafsamar og í þeim hafi kærandi ekki sýnt frumkvæði sem endurspegli neinn áhuga fjölmiðlaveitu kæranda að koma sjónvarpsefni sínu í dreifingu á NovaTV. Þeir samningar sem á endanum hafi verið gerðir hafi byggst á afarkostum kæranda sem Nova hafi talið sig nauðbeygt til að undirgangast, en ekki hafi náðst samningar um Sjónvarp Símans Premium.

Fullyrt sé í kæru að viðskiptavinum kæranda með fjölmiðlaþjónustu hafi fjölgað en engin sýnileg dæmi séu um að viðskiptavinum kæranda sem kaupi fjarskiptaþjónustu hafi fjölgað. Þetta kveður Nova vera rangt og vísar til töflu sem byggir á tölfræðigreiningum PFS.

Kærandi drífi fjölgun í viðskiptamannahóp sínum í fjarskiptaþjónustu m.a. áfram með vafningum við fjölmiðlaþjónustu, t.d. með Heimilispakka, þar sem Sjónvarp Símans Premium sé boðin með bæði netþjónustu sem og farsímaþjónustu.

Kærandi haldi því fram að PFS hafi talið brot sitt gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafa lokið (að því er varðar ágreining um samningsvilja eða skort á honum milli kæranda og Sýnar) þann 2. október 2019. Nova bendir á að hvað það varði skipti þetta ekki máli, aðalatriðið sé að svokölluð OTT lausn kæranda leysi hann ekki undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem komist var að niðurstöðu um í ákvörðun PFS nr. 10/2018 og hafi aldrei gert það.

Í kæru segi að kærandi hafi ekki beint viðskiptum viðskiptamanna í viðskipti við fjarskiptaþjónustu kæranda með því einu að gæta hagsmuna sinna í samningaviðræðum. Nova tekur undir með PFS í hinni kærðu ákvörðun að framferði kæranda í samningaviðræðum um sjónvarpsþjónustu hans hafi ekki falið í sér málefnalega hagsmunagæslu kæranda heldur sýni sú framganga að kærandi hafi engan áhuga á því að koma sjónvarpsefni sínu í dreifingu annarsstaðar en hjá sínu fyrirtæki. Þá blasið við að kærandi hafi að sjálfsögðu frá upphafi og til þessa dags beint viðskiptum viðskiptavina til fjarskiptanets síns í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með verðlagningu sinni í gegnum Heimilispakka Símans sem sé meginvöndull kæranda í samkeppni við önnur fjarskiptafyrirtæki.

Í kæru sé vikið að dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017. Bendir Nova á að þessi dómur breyti engu um það meginatriði að samkvæmt 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, hvort heldur þau viðskipti snúist um línulegt eða ólínulegt efni. Bendir Nova á að dómurinn feli í sér að brot kæranda gegn fyrrnefndu ákvæði leiddi ekki eitt og sér eða sjálfkrafa til þess að Sýn væri talið hafa öðlast rétt til að dreifa ólínulegu efni kæranda á neti sínu. Frekari ályktanir yrðu ekki dregnar af dóminum.

Nova tekur einnig fram að tölur sem kærandi setji fram um markaðshlutdeild Símans annars vegar og Vodafone hins vegar virðist vera gamlar og að staðan hafi breyst mikið á árunum 2018-2019, fjöldatölur PFS frá því í október 2019 sé hins vegar skýr vísbinding um stærð á markaði.

Í kærnu segi að eins og nafnið á þjónustunni, Sjónvarp Símans Premium – óháð neti, beri með sér, hafi kærandi ekkert um það að segja hvar viðskiptavinur kaupir fjarskiptaþjónustu. Þetta sé augljóslega rangt. Það skipti ekki máli hvað kærandi kjósi að kalla þjónustu sína. Kærandi hafi heilmikið um það að segja hvar viðskiptavinur Sjónvarps Símans Premium kaupir fjarskiptaþjónustu sína, í gegnum þær tæknilegu kröfur sem gerðar séu og verðlagningar þjónustunnar. Viðskiptavinur Sjónvarps Símans sé augljóslega hyllað fyrir að eiga frekari viðskipti við fjarskiptaþjónustu kæranda. Sú ákvörðun kæranda að gera kröfu til þess að viðskiptavinir sjónvarpsþjónustu hans noti tiltekinn búnað frá honum, frekar en þann búnað sem viðskiptavinur kjósi, dragi taum fjarskiptanets kæranda gagnvart fjarskiptanetum annarra. Með þessu sé Sjónvarp Símans sem fjölmiðlaveita, án nokkurs vafa að beina viðskiptum til kæranda, sem tengds fjarskiptafyrirtækis. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga geri ekki kröfu um að viðskipti séu gulltryggð eða með öllu óhjákvæmileg við hið tengda fjarskiptanet. Þetta sé alveg skýrt af athugasemdum í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem reifaðar séu í kærnu Nova til PFS og í hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi fjalli um dóm Evrópudómstólsins í máli sem hafi lotið að Gmail þjónustu Google, sbr. mál nr. C-193/18. Kærandi dragi af dómnum ýmsar ályktanir sem ekki standist skoðun, enda fjalli málið um framangreinda þjónustu Google sem sé eðlisólík þeirri þjónustu kæranda sem mál þetta fjallar um.

Gmail þjónusta Google sé byggð á OTT lausn sem geri ekki kröfu um neinn sérstakan vélbúnað svo unnt sé að nýta þjónustuna. Þjónustan sé aðgengileg í öllum vöfrum, stýrikerfum og margskonar öppum. Hin svokallaða OTT-lausn kæranda sé hins vegar háð tæki (myndlykill) sem eingöngu er hægt að kaupa afnot af hjá kæranda. Þegar af þessari ástæðu verði ekki dregnar þær ályktanir af framangreindum dómi sem kærandi vilji draga. Kærandi sem annars vegar fjölmiðlaveita og hins vegar fjarskiptafyrirtæki geri þá kröfu að millistykkið sem notað sé til að nálgast sjónvarpsefni kæranda, yfir internetið, sé myndlykill frá kæranda. Það geri það að verkum að þótt tækið virki með internetaðgangi frá öðru fjarskiptaneti en neti kæranda, þá hjálpar það kæranda verulega við að beina viðskiptum viðskiptavina að eigin fjarskiptaneti.

Kærandi vísi til framangreinds dóms Evrópudómstólsins þar sem m.a. segi að um sé að ræða „web based e-mail service“. Það feli í sér að þjónustan sem til umræðu sé í dómnum sé veitt í gegnum internetið, en á hvaða vafra sem er, sem geri kleyft að nálgast innihaldið sem þjónustan snýst um. Þetta sé ólíkt hinni svokölluðu OTT lausn Símans sem vissulega nýti internetið til að flytja gögn en umbreyting gagnanna og þar með miðlun þeirra til notanda gerist í gegnum tæki sem leigt sé út af kæranda. Það tæki sé nauðsynlegt að nota til að breyta þeim gögnum sem flytja þarf í innihald sem hafi einhverja merkingu og því sé myndlykill kæranda fjarskiptatæki. Það fjarskiptatæki sé jafnframt lokað, gerólíkt hvaða vafra sem er sem Google nýtir.

Frá sjónarhóli Nova sé það síðan svo að hvort sem tæknilega teljist rétt að skilgreina myndlykil kæranda sem hluta af fjarskiptaþjónustu félagsins eða ekki, þá feli krafan um myndlykil kæranda, ásamt verðlagningu hans og vöndlun sjónvarps- og

fjarskiptaþjónustu kæranda, augljóslega í sér að kærandi sem fjölmiðlaveita beini viðskiptum sínum að fjarskiptaneti sínu. Nova áréttar í þessu samhengi jafnframt að OTT þjónusta kæranda sé í eðli sínu ólík Gmail þjónustu Google.

Að mati Nova liggi málið nokkuð ljóst fyrir. Fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Sú krafa kæranda að viðskiptavinir Sjónvarps Símans útvegi sér myndlykil frá kæranda og verðlagning kæranda á sjónvarpsþjónustu félagsins, sé hún keypt ásamt fjarskiptaþjónustu, feli í sér beiningu viðskiptavina til fjarskiptanets kæranda. Með því hafi kærandi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með ítrekuðum hætti.

## 6.

Úrskurðarnefndin sendi greinargerðir PFS, Vodafone, GR og Nova til kæranda til upplýsinga eða eftir atvikum til frekari athugasemda hinn 6. maí 2020 og var frestur veittur til 20. maí 2020. Að beiðni kæranda var frestur framlengdur til 24. júní 2020 og móttók úrskurðarnefndin viðbótarathugasemdir kæranda þann dag.

Kærandi hafnar öllum málsástæðum í athugasemdum annarra aðila málsins og tekur fram að athugasemdir eða sjónarmið sem ekki sé brugðist við, teljist ekki samþykktar.

Í stjórnslukæru sé fjallað ítarlega um samningsvilja kæranda í samningaviðræðum við Vodafone. Byggir kærandi á því að frá því að ákveðið var að breyta sjónvarpsstöðinni SkjáEinum í opna frístöð undir nafni Sjónvarps Símans og bjóða áskrift að ólínulegu sjónvarpsefni, hafi hann sýnt vilja til að ná samningum um að gera efnið aðgengilegt í IPTV kerfi Vodafone. Það eigi bæði við tímabilið sem ákvörðun PFS nr. 10/2018 taki til og tímabilið sem hin kærða ákvörðun taki til.

Eins og rakið sé í hinni kærðu ákvörðun, stjórnslukæru og sérstaklega í athugasemdum kæranda við málsmeðferð máls þessa hjá PFS þá hafi kærandi gert ítrekaðar tilraunir til að ná samningum við Vodafone um dreifingu efnis. Það hafi á endanum verið Vodafone sem hafi slitið samningaviðræðum.

Í athugasemdum Vodafone við stjórnslukæru komi fram eftiráskýring félagsins að ástæða fyrir því að synjað hafi verið um aðgang sé sú að Vodafone hafi ekki viljað taka þátt í samkeppnisbroti kæranda. Sé látið að því liggja að með því hefði Vodafone getað gerst brotlegt við samkeppnislög. Kærandi telur þessa skýringu ekki standast skoðun. Bendir kærandi á að Vodafone vísi til tölvupósts sem hafi verið skrifaður hinn 19. febrúar 2020 eða 3 mánuðum eftir að hin kærða ákvörðun lá fyrir og eftir að Vodafone fékk stjórnslukæru til umsagnar. Ekki verði því séð að unnt sé að leggja slíkt gagn til grundvallar í málinu.

Skýring Vodafone um að félagið gæti talist eiga hlutdeild í broti fái ekki staðist. Kærandi einn taki ákvörðun um markaðsfærslu og sölu á eigin vöru og þjónustu, að Vodafone geti með einhverjum hætti borið ábyrgð á því hvort þjónusta kæranda sé aðgengileg í IPTV sjónvarpsþjónustu Vodafone og hvernig hún sé framstillt sýni einungis hve skýringar Vodafone á sölusynjun félagsins séu byggðar á veikum grunni. Um sé að ræða yfirvarp

yfir þá ákvörðun félagsins að neita kæranda um þjónustu til að vernda eigin samkeppnishagsmuni. Með því að neita kæranda um að bjóða Sjónvarp Símans Premium til sölu yfir IPTV kerfi Vodafone er kæranda gert illfært að ná til viðskiptavina Vodafone. Þessu er öfugt farið á IPTV kæranda, sem býður viðskiptavinum aðgang bæði að Sjónvarpi Símans Premium og öllu efnisframboði fjölmiðlaveitu Vodafone. Engin önnur ástæða geti legið að baki ákvörðun Vodafone að félagið vilji verja samkeppni fjölmiðlaveitu sinnar gagnvart fjölmiðlaveitu kæranda með því að koma í veg fyrir að hún sé aðgengileg á IPTV kerfi Vodafone.

Þá liggi fyrir að þegar samningaviðræður kæranda og Vodafone um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium stóðu yfir á árinu 2019, hafi það legið ljóst fyrir að boðið yrði upp á útsendingar frá enska boltanum sem yrðu hluti af Sjónvarpi Símans Premium og þar með hluti af Heimilispakkanum, með sama hætti og útsendingar frá ensku úrvaldsdeildinni voru hluti af Sportpakka Sýnar, sem var hluti af Heimalausnum Sýnar. Vodafone hafi aldrei gert athugasemdir við þá tilhögun og vandséð á hvaða forsendum Vodafone ætti að gera athugasemdir við markaðshegðun sem félagið viðhafði sjálft og geri enn. Bendir kærandi á að í dag sé hægt að kaupa íslenskar íþróttir stakar en það er ekki hægt að kaupa Sportpakkann án þess að taka íslenska hlutann með. Eftiráskýringar Vodafone geti ekki talist trúverðugar. Það hafi verið Vodafone sem hafnaði samningsgerð við kæranda og kom í veg fyrir að kærandi gæti selt þjónustu sína yfir IPTV kerfi Vodafone.

Kærandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé það niðurstaðan að kærandi hafi beint viðskiptum fjölmiðlaveitu sinnar til fjarskiptafyrirtækis kæranda. PFS telji að viðskiptum fjölmiðlaþjónustu sé beint að fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptaneti kæranda eins og því sé lýst í hinni kærðu ákvörðun. Kærandi byggir á því að IPTV kerfið sé ekki fjarskiptanet og þar með ekki um fjarskiptaþjónustu að ræða. Í kæru hafi sérstaklega verið fjallað um þýðingu forúrskurðar Evrópudómstólsins í Gmail-máli þar sem niðurstaðan var að Gmail teldist ekki vera fjarskiptaþjónusta og því væri þjónustan undanþegin reglum sem gilda um fjarskiptastarfsemi.

Í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í ákvörðunum 6/2013 og 6/2015 hafi það verið afmarkað hverskonar þjónusta IPTV kerfi er. Ákvarðanirnar hafi verið efnislega samhljóða hvað þetta varði. Af ummælum í fyrrnefndu ákvörðuninni megi ráða að fjarskiptanetið (aðgangsnetið) þar sem fjarskiptin, þ.e. flutningur á sjónvarpsefni, fari ekki fram hjá kæranda heldur dótturfélaginu Mílu ehf. Meginforsenda PFS fyrir því að brotið hafi verið gegn ákvæðinu standist því ekki þar sem viðskiptavinum fjölmiðlaveitu kæranda hafi ekki verið beint að fjarskiptaneti kæranda.

Kærandi byggir jafnframt á því að tilvitnaðar ákvarðanir feli það í sér að kæranda bar ekki skylda til að veita sjónvarpsþjónustu sinni yfir önnur fjarskiptanet en fjarskiptanet Mílu ehf., enda komi það fram í 5. mgr. 15. gr. tilvitnaðra sáttta. Byggði háttsemi því á skýrri ívilnandi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sem tekin hafi verið með fulltingi PFS. Framangreind ívilnandi heimild sé einnig ástæða þess að útilokað sé að það geti hafa talist brot að kærandi hafi ekki samið við GR um dreifingu á sjónvarpsþjónustu sinni.

Í kærú sé ítarlega rakið að OTT þjónusta kæranda sé „fullnægjandi“ OTT lausn líkt og PFS fjalli um í hinni kærðu ákvörðun. Með kaupum á Sjónvarpi Símans óháð neti geti viðskiptavinur nálgast þjónustuna svo fremi sem hann komist í internetsamband. Í athugasemdum PFS við stjórnsýslukæru tefli PFS fram þeirri einu málsástæðu að vegna þess að OTT lausnin geri kröfu um myndlykil þá sé um fjarskiptaþjónustu að ræða vegna þess að myndlykillinn tengist kæranda sem dreifingaraðila sjónvarpsefnis, þ.e.a.s. fjarskiptahluta kæranda en ekki fjölmiðlahluta hans.

Kærandi bendir á að Nova taki þessa málsástæðu að nokkru upp í sinn málflutning og haldi því fram að þar sem myndlykill sé í eigu kæranda sé um að ræða fjarskiptanet. Vísar kærandi því næst til þess að myndlykill í almennu tali sé nefndur „þróaður stafrænn sjónvarpsbúnaður“ í fjarskiptalögum, nr. 81/2003 og sé skilgreindur í 46. tölul. 3. gr. laganna. Þar kemur fram að myndlykill sé „aðgangskassi sem tengist sjónvarpstæki eða stafrænt sjónvarpstæki sem getur tekið á móti stafrænni gagnvirkri sjónvarpsþjónustu.“ Samkvæmt skilgreiningunni geti myndlykill ekki talist vera fjarskipti eða fjarskiptaþjónusta heldur sé um að ræða aðgangskassa sem sé ýmist í sjónvarpstæki eða tengt því og geti tekið á móti stafrænni sjónvarpsþjónustu. Með öðrum orðum taki aðgangskassinn við fjarskiptasendingu eftir að hún hefur átt sér stað og geri áhorf á sjónvarpsþjónustuna mögulega. Hlutverk aðgangskassans sé því ekki að beina merkjum um fjarskiptanet því hann er á enda netsins og tekur við merkjum eftir að þau hafa verið flutt. Að þessu leyti gegni aðgangskassinn sambærilegu hlutverki og sá búnaður sem Google notar til að gera notendum sínum mögulegt að nálgast tölvupósta á Gmail-reikningum líkt og reifað var í stjórnsýslukæru.

Rökstuðningur PFS og Nova fái því ekki staðist og hniki ekki þeirri staðreynd að OTT þjónusta kæranda feli ekki í sér fjarskiptaþjónustu og teljist ekki vera fjarskiptanet. Vísar kærandi til skilgreiningar á hugtakinu „fjarskiptanet“ í 15. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga. Að mati kæranda hljóti það að vera ágreiningslaust að þróaður stafrænn sjónvarpsbúnaður falli ekki að skilgreiningunni. Af því leiði að OTT þjónusta kæranda geti ekki talist vera fjarskiptaþjónusta eða hluti af fjarskiptaneti. Kærandi hafi því ekki beint þjónustu fjölmiðlaveitu til fjarskiptanets síns líkt og PFS haldi fram og geti því ekki verið um að ræða brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Þó svo að Sjónvarp Símans óháð neti notist við myndlykil sé ekki tæknilegur munur á þjónustunni og þjónustu AppleTV, AndroidTV o.fl. Óumdeilt sé að þær þjónustur teljist til OTT þjónustu og óumdeilt sé einnig að ekki sé um fjarskiptaþjónustu að ræða. Við umfjöllun um OTT lausn kæranda tók PFS afstöðu til lausnarinnar án þess að nokkur rannsókn færi fram sem valdi því að staðhæfingin sé efnislega röng.

Í hinni kærðu ákvörðun sé því haldið fram að kæranda hefði verið nær að semja um dreifingu á Sjónvarpi Símans óháð neti yfir Apple TV. Þessi afstaða PFS sé nokkuð kostuleg, Apple TV notist við endabúnað sem er sambærilegur endabúnaði sem notast sé við í OTT lausn kæranda. Það sama eigi við um Android TV. Í annan stað sé það athyglisvert að stórfyrirtækin Apple og Google séu í rannsókn hjá samkeppniseftirliti

framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins vegna mögulegrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Rannsóknin snúi að því hvernig fyrirtækin noti þá sterku stöðu sem stýrikerfi í þeirra eigu veiti þeim. Þá nefnir kærandi að það sé hagkvæmari leið að nota eigið viðmót heldur en að láta Apple taka hluta af mögulegum tekjum af þjónustunni.

Þegar litið sé til alls framangreinds sé ljóst að umfjöllun PFS um OTT lausn kæranda fái ekki staðist og að ógilda beri hina kærðu ákvörðun að þeim sökum. Verði ekki fallist á það er gerð sú krafa með vísan til 10. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, að nefndin framkvæmi nægjanlega rannsókn á OTT lausn kæranda.

Í athugasemdum GR og Vodafone geri félögin hvort um sig sjálfstæða kröfugerð í málinu um að ákvörðun PFS verði breytt á þann veg að hún verði meira íþyngjandi en niðurstaða PFS feli í sér. Nova krefjist staðfestingar á hinni kærðu ákvörðun en geri ekki auknar kröfur. Kærandi telur að hafi Vodafone viljað fá ákvörðun PFS breytt hefði félagið þurft að kæra ákvörðunina innan kærufrests skv. 1. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun. Kærandi byggir á því að krafa Vodafone feli í raun í sér kæru á ákvörðun stofnunarinnar og sé því of seint fram kominn þar sem krafan sé sett fram með bréfi dags. 16. apríl 2020 en hin kærða ákvörðun hafi verið birt hinn 29. nóvember 2019. Af þessu leiði að hafna verði kröfu Vodafone.

Í athugasemdum GR sé gerð krafa um að hin kærða ákvörðun verði staðfest að öðru leyti en því að GR telur að meint brot sé enn yfirstandandi og hafi ekki lokið 2. október 2019. Kærandi telur kröfugerð GR óljósa og ekki komi fram með skýrum hætti hvort þess sé krafist að ákvörðun PFS verði breytt, en ef kröfugerðin verði skilin með þeim hætti þá verði að hafna kröfunni þar sem hún sé of seint fram komin.

Þá bendir kærandi á að niðurstaða PFS hafi ekki verið sú að brot kæranda fælust í því að beina viðskiptum fjölmiðlaveitu að fjarskiptafyrirtæki Mílu ehf., líkt og GR virðist halda fram, enda liggja fyrir að kærandi hafi samið við fjölda annarra fjarskiptafyrirtækja sem annist flutning á IPTV kerfi kæranda yfir önnur flutningsnet en flutningsnet Mílu ehf. Í ákvæði 5. mgr. 15. gr. sáttar kæranda við Samkeppniseftirlitið, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 og 6/2015 sem heimili kæranda að beina viðskiptum viðskiptamanna IPTV þjónustu kæranda til dótturfélagsins Mílu ehf.

Umfjöllun GR að þessu leyti sé því sama marki brennd og kröfugerð félagsins að hún fjallar ekki um efni kærúmáls þessa og ber því að vísa frá úrskurðarnefndinni eða hafna.

Kærandi tekur fram að hann átti sig ekki á hvaða tilgangi umfjöllun Vodafone um skaðabótamál og matsmál þjónar fyrir kærúmál þetta. Gerir kærandi einnig athugasemd við það að í athugasemdum Vodafone sem sendar voru til kæranda hafi verið afmáð meint tjón Vodafone vegna trúnaðar. Er því mótmælt að umfjöllun Vodafone hvað þetta varði hafi þýðingu í málinu.

Hvað varðar samningaviðræður kæranda við Nova tekur kærandi fram að það sé ekki svo að Nova hafi þurft að sæta afarkostum kæranda og einnig að þar sem samningaviðræður

Þessar séu ekki hluti af þessu máli þá hafi það ekki þýðingu að fjalla frekar um þær viðræður.

Þá byggir kærandi á því að vöxtur GR og Tengis, sem byggt hafi upp ljósleiðaranet í Eyjafirði sýni að háttsemi kæranda hafi ekki haft skaðleg samkeppnisleg áhrif. Einnig sýni vöxtur þessara fyrirtækja hversu takmörkuð rannsókn PFS var við málsmeðferð í máli sem leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar. Í þessu sambandi vísar kærandi til frumdraga PFS á markaðsgreiningu á heildsölumörkuðum fyrir staðaraðgang með fasttengingu og miðlægan aðgang með fasttengingu fyrir fjöldaframleiddar vörur. Fjallar kærandi um hlutfall virkra tenginga á ljósleiðaraneti GR, Mílu og fleiri fjarskiptafyrirtækja á mismunandi svæðum. Telur kærandi að PFS hafi ekki rannsakað þennan þátt.

Kærandi tekur fram að Nova hafi ekki boðið Sjónvarp Símans Premium undanfarin ár en athyglisvert sé að markaðshlutdeild Nova sé sú sem hafi vaxið mest af öllum fyrirætlikjum á þeim tíma sem um ræði.

Kærandi telur að úrskurðarnefndin skuli taka til skoðunar hvort rétt sé að fram fari munnlegur málflutningur í málinu, þar sem um sé að ræða flókið mál sem hafi að geyma vandasamt úrlausnarefni og hafi mikla þýðingu fyrir fjarskipta- og fjölmiðlamarkað. Krefst kærandi þess með vísan til 12. gr. reglugerðar nr. 36/2009 að honum verði úrskurðarður málskostnaður úr hendi PFS og eftir atvikum annarra aðila málsins að mati úrskurðarnefndarinnar.

Samandregið vísar kærandi til alls þess sem er rakið og krefst þess að hin kærða ákvörðun verði ógilt í heild sinni. Telur kærandi sig hafa sýnt fram á að hann hafði nægilegan samningsvilja í samningaviðræðum við Vodafone á því tímabili sem ákvörðunin náí til. Sölusynjun Vodafone þegar kærandi óskaði ítrekað eftir því að gengið yrði frá samningum milli aðila sýni að kærandi hafði raunverulegan samningsvilja á meðan samningsvilja skorti hjá Vodafone.

Jafnframt telji kærandi að það liggi fyrir að þjónustan Sjónvarp Símans óháð neti sé fullnægjandi OTT lausn svo vísað sé til orðalags PFS. Ekki hafi því verið um að ræða brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, frá því að lausnin var markaðsfær. Þar fyrir utan áréttar kærandi þá afstöðu sína að framangreint ákvæði sé einskorðað við sjónvarpsútsendingar.

#### **IV. Niðurstöður**

##### **1.**

Mál þetta má upphaflega rekja til þess að PFS komst að þeirri niðurstöðu hinn 3. júlí 2018, með ákvörðun nr. 10/2018, að kærandi hefði brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að brotið væri þá enn yfirstandandi. Taldi stofnunin að með því að sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu kæranda var einungis í boði á IPTV kerfi fjarskiptafyrirtækis hans hefði kærandi beint viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í forsendum þeirrar ákvörðunar kom fram að stofnunin teldi kæranda geta uppfyllt ákvæði

5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, annað hvort með því að semja við Vodafone um dreifingu ólínulegs myndefnis kæranda gegn gjaldi yfir IPTV kerfi Vodafone, enda næðu aðilar saman á viðskiptalegum forsendum, eða með því að bjóða upp á dreifingu ólínulegs sjónvarpsefnis síns með svokallaðri OTT lausn sem væri óháð fjarskiptanetum og fjarskiptakerfum.

Hin kærða ákvörðun sem til umfjöllunar er í þessu máli, ákvörðun PFS nr. 27/2019, var tekin í kjölfar kvartana sem bárust vegna háttsemi kæranda, þar sem önnur fyrirtæki á fjarskiptamarkaði töldu kæranda enn brotlegan við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þrátt fyrir aðgerðir kæranda sem miðuðu að því að bregðast við ákvörðun PFS nr. 10/2018. Þær fólustu í því að frá og með 16. ágúst 2018 hóf kærandi að bjóða upp á Sjónvarp Símans „óháð neti“ en samkvæmt því sem segir í hinni kærðu ákvörðun hefði viðskiptavinum einungis verið kleift að nálgast sjónvarpsþjónustuna með því að leigja myndlykla frá kæranda fyrir kr. 2.200 á mánuði, auk áskriftar að Sjónvarpi Símans Premium fyrir kr. 6.000 á mánuði. Bárust stofnuninni kvartanir þar að lútandi frá Nova, Vodafone og GR og voru þau fyrirtæki, auk kæranda, aðilar að málinu hjá PFS, auk Mílu sem studdi sjónarmið kæranda.

Með hinni kærðu ákvörðun komst PFS að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði ítrekað brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem ekki hefði verið bætt úr því ástandi, sem ákvörðun PFS nr. 10/2018 laut að, með fullnægjandi hætti. Í niðurstöðu sinni vísaði stofnunin til þess að hún teldi OTT lausn sem kærandi hafi veitt frá 16. ágúst 2018 ekki fullnægjandi. Taldi PFS nánar til tekið að þar sem lausnin fæli í sér að viðskiptavinur þyrfti að leigja myndlykil af kæranda, sem stofnunin taldi tilheyra fjarskiptahluta starfsemi kæranda, til þess að nýta lausnina, auk þess að líta til hvernig verðlagningu lausnarinnar og framsetningu væri háttáð, væri kærandi í reynd enn að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu sinnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá lagði PFS mat á samningaviðræður kæranda um dreifingu á sjónvarpsefninu yfir IPTV kerfi Vodafone. Taldi stofnunin að kærandi hefði ekki sýnt nægilegan samningsvilja gagnvart Vodafone þannig að það leysti hann undan broti fyrr en kærandi hinn 2. október 2019 óskaði eftir að klára samning við Vodafone um dreifingu. Var það þannig niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að kærandi hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga á tímabilinu frá 4. júlí 2018 til 1. október 2019. Með ákvörðuninni lagði stofnunin jafnframt stjórnvaldssekt á kæranda að fjárhæð kr. 9.000.000 með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga.

Í máli þessu krefst kærandi ógildingar á hinni kærðu ákvörðun en til vara ógildingar á álagningu stjórnvaldssektar eða að sektarfjárhæð verði lækkuð verulega. Þá krefst kærandi þess að honum verði ekki gert að greiða málskostnað til nefndarinnar. Kærandi byggir m.a. á því að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki einungis til viðskipta með línulega myndmiðlun. Þá vísar kærandi til þess að hann hafi allt það tímabil sem brot eiga að hafa staðið yfir, sýnt samningsvilja gagnvart Vodafone og öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Þá telur kærandi niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar fela í sér að samningsskylda sé lögð á hann um að heimila öðrum flutning á ólínulegu myndefni fjölmiðlaveitu hans, þrátt fyrir að óumdeilt sé að samningsskylda fjölmiðlalaga gildi eingöngu um flutning línulegs

sjónarvarpsefnis en ekki um ólínulegt efni. Byggir kærandi á því að lögskýring PFS fái ekki staðist eignarréttarákvæði stjórnarskrár Íslands, sbr. 72. gr. laga nr. 33/1944. Þá telur kærandi forsendur PFS vegna OTT lausnar hans ekki standast, lausnin sé ekki fjarskiptaþjónusta og því geti kærandi ekki hafa beint þjónustu fjölmiðlaveitu til fjarskiptaþjónustu félagsins. Kærandi bendir á að það fjarskiptafyrirtæki sem selji áskrifanda internettengingu veiti honum fjarskiptaþjónustu en ekki kærandi með því að selja aðgang að fjölmiðlaveitu sinni. Þjónusta kæranda með OTT lausninni felist í því að veita viðskiptavininum aðgang að efnisveitunni/fjölmiðlaþjónustunni Sjónvarp Símans Premium, sem sé ekki fjarskiptaþjónusta. Kærandi vísar einnig til þess að PFS hafi brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga með því að hafa komist að niðurstöðu um samskonar álitafni með ólíkum hætti og vísar þar til ákvörðunar PFS nr. 16/2019. Varðandi varakröfu sína vísar kærandi m.a. til þess að ekki sé heimild til álagningar stjórnvaldssektar ef brotið er gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem ekki sé um flutningsrétt að ræða. Vísaði kærandi einnig til 5. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga og bendir á að þar komi fram að falla megi frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á beitingu sekta.

PFS krefst staðfestingar hinnar kærðu ákvörðunar með vísan til forsendna hennar. Stofnunin telur þá OTT lausn sem kærandi hefur kynnt í reynd ekki vera fullnægjandi, þar sem hún sé skilyrt við ákveðinn myndlykil frá honum. Kærandi eigi og stýri þessum myndlykli sem nauðsynlegur sé til þess að geta nýtt sér þjónustuna óháð neti. Þessi tilhögun geri það að verkum að myndlykillinn tengist kæranda sem dreifingaraðila sjónvarpsefnis, þ.e.a.s. fjarskiptahluta kæranda, en ekki fjölmiðlahluta hans. PFS telur að OTT lausnin sem kærandi hafi kynnt sem Sjónvarp Símans óháð neti hafi því ekki reynst fullkomlega „Over the Top“ með því að skilyrða þjónustuna við þennan tiltekna myndlykil og þar með spyrt saman við fjarskiptahluta kæranda, þ.e.a.s. IPTV sjónvarpsþjónustu kæranda. Varðandi mat á samningsvilja kæranda tekur stofnunin fram að um sé að ræða matskennt atriði og við það mat hafi PFS þurft að líta til atvika málsins með heildstæðum hætti, með forsögu málsins til grundvallar og þeirra hagsmuna sem undir eru. Telur PFS að hegðun Símans hafi ekki borið vott um fyrirtæki sem hefði áhuga á að selja umrætt efni til annarra dreifingaraðila og sú hegðun hafi ekki tekið nokkrum breytingum fyrr en eftirlitsaðilar hafi farið að hlutast til um hegðun Símasamstæðunnar á markaði. Þá hafi alvarleg staða verið komin upp á fjarskiptamarkaði á Íslandi. PFS telji að þann 2. október 2019, þegar kærandi hafi óskað eftir að undirrita samning um dreifingu við Vodafone, hafi a.m.k. ekki verið hægt að telja með óyggjandi hætti að það væri við kæranda að sakast að samningar hefðu ekki náðst. Þá telur PFS að stofnunin hafi ekki brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga með hinni kærðu ákvörðun þar sem sú ákvörðun hafi verið eðlisólík ákvörðun PFS nr. 16/2019 og málin því ekki verið sambærileg. Hvað varðar kröfu kæranda um ógildingu sektarákvörðunar hinnar kærðu ákvörðunar eða lækkun sektarfjárhæðar tekur stofnunin fram að ákvörðun um sektargreiðslu byggji á sama grunni og ákvörðun PFS nr. 10/2018, en sú ákvörðun hefur verið lögð fyrir dómstóla. Telur PFS rétt að úr því álitafni verði leyst fyrir dómi. Varðandi kröfu kæranda um lækkun sektarfjárhæðar telur PFS ljóst að samkvæmt 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga skuli

við ákvörðun sektarfjárhæðar taka tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af því broti. Stofnunin hafi horft til þess að um ítrekunarbrott hafi verið ræða sem hafi haft alvarlegar afleiðingar á fjarskiptamarkaði á Íslandi og að leiða mætti að því sterkar líkur að ávinningur kæranda af brotinu hafi verið langt umfram þann 10 milljóna króna refsiramma sem getið sé um í ákvæðinu.

Vodafone krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með þeim breytingum að orðin „og til og með 1. október 2019“ í 1. tölul. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar falli niður og að sektarfjárhæð stjórnvaldssektar verði hækkuð úr 9.000.000 kr. í 10.000.000 kr. Vodafone gerir einnig kröfu um málskostnað, sbr. 12. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009. Vodafone bendir á að önnur fjarskiptafyrirtæki á markaði en kærandi hafi talið OTT lausn kæranda ófullnægjandi og væri þannig háttáð að kærandi væri enn að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Eins og væri rökstutt í hinni kærðu ákvörðun séu verðlagning og aðrir skilmálar fyrir OTT lausninni með þeim hætti að nær engir viðskiptamenn kjósi að nýta sér leiðina. Þetta væri því einhverskonar málamyndaleið, sem leysi kæranda ekki undan yfirstandandi frumbroti. Hvað varðar samningaviðræður Vodafone og kæranda telur Vodafone að PFS hafi ekki lagt rétt sönnunarmat á fyrirliggjandi gögn. Í því sambandi vísar Vodafone til 762. mgr. hinnar kærðu ákvörðunar en þar er fjallað um samningsviðræður kæranda og Vodafone. Þá tekur Vodafone fram að PFS hafi talið kröfu kæranda um lágmarksgreiðslu ómálefnalega, líkt og Vodafone hafi haldið fram og vísar í því sambandi til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun. Um meint brott á rannsóknarreglu tekur Vodafone m.a. fram að PFS hafi hvorki fyrr né síðar ráðist í jafn ítarlega rannsókn og þá sem leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar sem og ákvörðunar PFS nr. 10/2018.

Nova krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest og mótmælir í heild sinni málflutningi kæranda um að hin kærða ákvörðun sé haldin einhverjum þeim annmörkum sem leiði til þess að fella beri hana úr gildi. Nova bendir á að neytendur geti ekki fengið aðgang að áskriftarsjónvarpi Sjónvarps Símans Premium nema í gegnum myndlykil frá kæranda. Þótt myndlykillinn sé tæknilega útfærður þannig að hægt sé að tengja hann við önnur fjarskiptanet en kæranda þá sé búið svo um hnútana að ekki er hægt að nota önnur tæki eða annan búnað en myndlykil kæranda. Kostnaður neytenda við að horfa á Sjónvarp Símans Premium óháð neti verði meiri þar sem útvega þurfi sérstakan búnað frá kæranda. Þá nefnir Nova að því er varði samningsvilja kæranda gagnvart Nova að þær viðræður hafi alla tíð verið mjög tafsamar og í þeim hafi kærandi ekki sýnt frumkvæði sem endurspegli neinn áhuga fjölmiðlaveitu kæranda að koma sjónvarpsefni sínu í dreifingu á Nova TV.

GR krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest að öðru leyti en að því að GR telur að brott kæranda gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga séu enn yfirstandandi og hafi þannig ekki lokið 2. október 2019. Það hvort kærandi hafi mögulega á einhverjum tíma eða tímabili sýnt einu fjarskiptafyrirtæki á markaðnum samningsvilja breyti því ekki að fjölmiðlaveita kæranda var og er að bjóða upp á lausn sem beinir viðskiptum að fjarskiptahluta

samstæðunnar. Það sé enda niðurstaða PFS að umrædd OTT lausn feli það í sér að viðskiptunum sé beint með þessum hætti að fjarskiptahluta félagsins.

Að auki vísast hér til ítarlegrar umfjöllunar um sjónarmið allra aðila málsins í viðeigandi köflum hér að framan.

## 2.

Rétt er að líta til helstu laga og reglugerðaákvæða sem gilda um álitamál máls þessa. Auk þess hefur úrskurðarnefndin haft hliðsjón af fyrri úrskurðum nefndarinnar og dómafordæmum svo og skilgreininga Samkeppniseftirlitsins.

Í 2. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011, má finna skilgreiningar sem líta ber til við úrlausn þessa máls.

Í 1. tölul. 2. gr. laganna segir að aðgangskassi sé tæki sem er ætlað að taka á móti og vinna úr öllum þáttum stafrænna útsendinga og senda til sjónvarpstækja, þar á meðal þegar við á að veita aðgang að hljóð- og myndmiðlunarefni sem einungis er aðgengilegt gegn endurgjaldi.

Í 10. tölul. 2. gr. laganna segir að fjarskiptafyrirtæki sé einstaklingur eða lögaðili sem hefur tilkynnt Póst- og fjarskiptastofnun um fyrirhugaðan rekstur fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanets.

Í 11. tölul. 2. gr. laganna segir að fjarskiptanet sé sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi og háspennulínunum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og myndmiðlun.

Í 13. tölul. 2. gr. segir að fjölmiðill sé hvers konar miðill sem með reglubundnum hætti miðlar til almennings efni er lýtur ritstjórn. Til fjölmiðla teljast m.a. dagblöð og tímarit, ásamt fylgiritum þeirra, netmiðlar, hljóð- og myndmiðlar og aðrir sambærilegir miðlar.

Í 14. tölul. er fjölmiðlaþjónusta skilgreind sem sú þjónusta sem fjölmiðlar veita.

Í 15. tölul. er fjölmiðlaveita skilgreinds sem einstaklingur eða lögaðili sem starfrækir fjölmiðil.

Í 16. tölul. er flutningur sagður samkvæmt reglum um flutningsrétt og flutningsskyldu taka til flutnings og dreifingar á myndefni frá tengipunkti sjónvarpsstöðvar til aðgangskassa notenda.

Í 17. tölul. segir að flutningsreglur séu reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu.

Í 18. tölul. segir að flutningsréttur feli í sér að fjölmiðlaveitu sé skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjarskiptafyrirtækis um dreifingu á efni.

Í 19. tölul. segir að flutningsskylda feli í sér að fjarskiptafyrirtækjum er skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um dreifingu efnis.

Í 29. tölul. segir að myndmiðlun sé þjónusta sem fjölmiðlaveita býður og er annars vegar sjónvarpsútsending og hins vegar myndmiðlun eftir pöntun.

Í 30. tölul. segir að myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) sé 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 37. tölul. segir að sjónvarpsútsending (línuleg myndmiðlun) sé 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.

Í 3. gr. sömu laga er fjallað um gildissvið laganna og lögsögu. Í 1. mgr. 3. gr. segir að lögin gildi um alla fjölmiðla og fjölmiðlaveitur með staðfestu hér á landi sem miðla efni handa almenningi hér á landi, að teknu tilliti til ákvæðis 4. gr. Þau gilda því um allt hljóð- og myndefni í læstri eða ólæstri dagskrá, línulegri dagskrá eða eftir pöntun sem og allt ritefni hvort sem því er miðlað á prentuðu eða öðru sambærilegu formi eða með rafrænum hætti.

VII. kafli laganna fjallar um reglur um flutning myndefnis. Í 45. gr. er fjallað um flutningsrétt á myndefni. Samkvæmt 5. mgr. ákvæðisins er fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Í 56. gr. fjölmiðlalaga er fjallað um stjórnvaldssektir og í 3. mgr. ákvæðisins segir að Póst- og fjarskiptastofnun leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Í 4. mgr. ákvæðisins segir að sektir skv. 1.–3. mgr. ákvæðisins geti numið allt að 10 millj. kr. Við ákvörðun sektar skuli m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það á við. Þá segir í 5. mgr. ákvæðisins að falla megi frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum er ekki talin þörf á beitingu sekta. Í slíku tilviki er fjölmiðlanefnd heimilt að ljúka málsmeðferð með útgáfu álits sem birt er á heimasíðu hennar.

Samkvæmt 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, sæta ákvarðanir stofnunarinnar kæru til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Skal kærán berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun stofnunarinnar.

Samkvæmt 1. mgr. 7. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993 hvílir á stjórnvöldum leiðbeiningarskylda. Þar segir að stjórnvald skuli veita þeim sem til þess leita nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar varðandi þau mál sem snerta starfssvið þess.

Samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því.

Samkvæmt 12. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, skal stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögættu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 25/2020, má finna eftirfarandi skilgreiningar, sem úrskurðarnefndin hefur jafnframt til hliðsjónar við úrlausn máls þessa:

*IPTV* er skammstöfun e. „Internet Protocol Television“, en um er að ræða dreifikerfi á sjónvarpi sem nýtir bitastraumsaðgang sem aðgreindur er frá opnum Internethluta slíks aðgangs.

*OTT* er skammstöfun á „Over the top“, en um er að ræða dreifileið, þ.e. opið (streymisþjónustu) í gegnum Internetið. OTT þjónustur geta einnig falið í sér annarskonar þjónustu, t.d. skilaboða-, símtala- og myndsímtalaforrit sem koma í stað hefðbundinna símtala og SMS smáskilaboða.

### 3.

Líkt og greint er frá að framan snýr ágreiningur málsins að því hvort kærandi hafi ítrekað brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Forsendur PFS fyrir niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar voru í raun tvíþættar. Annars vegar lagði stofnunin mat á það hvort tiltekin OTT lausn, sem kærandi kynnti hinn 16. ágúst 2018, væri fullnægjandi til þess að hann teldist ekki lengur hafa brotið gegn ákvæðinu. Var það niðurstaða stofnunarinnar að svo væri ekki, þar sem lausnin væri bundin við það að viðskiptavinur leigði myndlykil af kæranda, auk þess sem verðlagning og framsetning lausnarinnar að öðru leyti væri þannig að kærandi teldist sem fjölmiðlaveita ennþá beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Hins vegar lagði stofnunin mat á það hvort kærandi hefði sýnt vilja til þess að ná samningi við Vodafone um flutning sjónvarpsefnisins yfir IPTV kerfi þess félags og eftir atvikum við Nova, þannig að kærandi teldist ekki lengur beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Leit stofnunin svo á að sammingsvilji kæranda hefði ekki verið nægilegur fyrr en hinn 2. október 2019, þegar hann bauðst til að ganga frá samningi við Vodafone, en síðarnefnda fyrirtækið hafnaði því tilboði. Með vísan til þessa var það niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að kærandi hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019 og þannig ítrekað brot á ákvæðinu, sem stofnunin hafði staðfest með ákvörðun sinni nr. 10/2018.

Óumdeilt er í málinu að sú OTT lausn sem kærandi bauð fram hinn 16. ágúst 2018, nýtir internetþjónustu og getur hvaða fjarskiptafyrirtæki sem býður fram slíka þjónustu tengt notanda við OTT lausn kæranda. Þannig er ekki um IPTV þjónustu á smásölumarkaði fjarskipta að ræða er tengist beint grunnflutningskerfi heildsala, s.s. Gagnaveitunnar eða Mílu. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að um 70% heimila í landinu nýti þá tegund fjarskiptaþjónustu, sem sé hátt hlutfall í samanburði við önnur EES-lönd. Á Íslandi veita einvörðungu kærandi og Vodafone slíka fjarskiptaþjónustu, þ.e.a.s. IPTV sjónvarpsdreifingu á lokuðu kerfi tengda við grunnflutningsnet.

Úrskurðarnefnd bendir á að í ákvörðun PFS nr. 3/2016, gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. og úrskurð úrskurðarnefndar nr. 3/2016, kemur fram að þjónusta fjölmiðlaveitu (efnisveitu) s.s. þjónustu á borð við Netflix, sé veitt með þeim hætti að allir þeir endanotendur sem koma sér upp nauðsynlegum búnaði geti notið

þjónustunnar án tillits til þess á hvaða aðgangsneti (internetþjónusta) þeir eru hérlendis. PFS tekur fram að Netflix, eða sambærilegir aðilar, einskorði vöruframboð sitt því ekki við tiltekin fjarskiptanet hérlendis eða beini 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. Þannig hafnar PFS því að hið lokaða fyrirkomulag ólínulegrar sjónvarpsþjónustu Símans, IPTV þjónusta tengd grunnflutningskerfi, sem fjallað var um í ákvörðun PFS nr. 10/2018, sé sambærilegt við tilhögun framangreindra þjónustu.

Í þessu máli eru uppfyllt skilyrði 5. mgr. 45. gr. um lóðrétt eignarhald kæranda á bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptanetum og að því leyti er aðstaða kæranda önnur en fjölmiðlaveitu sem ekki veitir einnig fjarskiptaþjónustu. Að mati úrskurðarnefndarinnar kallar OTT lausn kæranda á ítarlega skoðun á tæknilegum þáttum hennar og samanburði við þær OTT lausnir fjölmiðlaveitna (efnisveitna), sem þekktar eru og íslenskir neytendur eru áskrifendur að, hvort sem þær eru reknar af íslenskum eða erlendum aðilum. Er þá ekki síst horft til þess að undir rekstri máls sem leiddi til ákvörðunar PFS nr. 10/2018 upplýsti kærandi PFS um að hann hygðist taka OTT lausn í notkun, m.a. við dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium. Tekur PFS fram í þeirri ákvörðun að það eigi eftir að koma í ljós hvort sú lausn verði fullnægjandi til að aflétta því ástandi sem uppi hafði verið frá haustinu 2015. Þungamiðja þessa máls snýst því um OTT lausn kæranda, sem ekki kom til skoðunar í ákvörðun PFS nr. 10/2018, og hvort PFS hafi veitt þær leiðbeiningar að kærandi gæti komið fram með OTT lausn til dreifingar ólínulegs sjónvarpsefnis og að slík lausn mundi leiða til þess að hann yrði ekki talinn brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Að mati úrskurðarnefndar er óumflýjanlegt að meta, m.a. með vísan til 7. gr. stjórnarsýslulaga, hvort rannsókn PFS hafi í raun beinst nægilega að því að í máli 10/2018 og hinni kærðu ákvörðun er byggt á mismunandi tækni við dreifingu efnis fjölmiðlaveitu, þ.e.a.s. mun á dreifingu ólínulegs sjónvarpsefnis með tengingu við internetþjónustu sem tengd er við grunnnet annars vegar og hins vegar í gegnum lokað IPTV kerfi er tengist beint við grunnnet. Verður að gera þá kröfu til PFS, í ljósi niðurstöðu ákvörðunar nr. 10/2018, að kæranda sé ljóst hvaða tæknilausnir er teljist til OTT leysi hann undan broti á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og á hvern hátt kostnaður og samskipti við neytendur sé í slíkum lausnum frábrugðinn samskiptum við notendur í OTT lausn kæranda, eins og nánar verður vikið að hér síðar.

Í hinni kærðu ákvörðun tekur PFS fram að við úrlausn málsins þurfi að leggja mat á umrædda OTT lausn Símans, þ.e.a.s. framsetningu, markaðssetningu, verðlagningu og eftir atvikum gæðum hennar og hvort lausnin aflétti því ástandi sem skapaðist 1. október 2015 vegna brots Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Einnig skipti lykilmáli hvort lausnin sé fullnægjandi fyrir neytendur þannig að um raunverulegan valkost við IPTV kerfi kæranda sé að ræða. Enn fremur að PFS þurfi að leggja mat á það hvort samningaumleitnir undanfarinna mánaða milli kæranda og Sýnar, og eftir atvikum kæranda og Nova, um dreifingu síðargreindu félaganna á Sjónvarpi Símans Premium, og eftir atvikum um heildsöluáðgang að umræddu sjónvarpsefni, hafi áhrif á mat PFS.

Auk framangreinds telur úrskurðarnefndin rétt að taka fram við afmörkun þeirra álitafna sem uppi eru í málinu, að eins og mál þetta er vaxið er ekki tekin afstaða til þess hvort kærandi hafi, með því að bjóða tilteknar vörur í vöndli með öðrum vörum, brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga eða eftir atvikum gegn samkeppnislögum. Telur úrskurðarnefndin að PFS hafi afmarkað málið með þeim hætti sem greinir að framan og úrlausn úrskurðarnefndarinnar því bundin við þá afmörkun.

#### *Gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.*

Fyrst kemur til skoðunar gildissvið ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Kærandi hefur m.a. haldið því fram að ákvæðið taki ekki til ólínulegrar myndmiðlunar heldur einungis til línulegrar myndmiðlunar. Að mati úrskurðarnefndar er ljóst að ákvæðið er ekki einungis bundið við viðskipti um línulega myndmiðlun, heldur taki það jafnframt til viðskipta með ólínulega myndmiðlun. Í því sambandi er horft til þess að í ákvæðinu sjálfu er hvergi getið um, né heldur athugasemdum við greinargerð er varð að fjölmiðlalögum, að túlka skuli ákvæðið með svo þröngum hætti. Í því sambandi vísast einnig til úrskurðar úrskurðarnefndarinnar nr. 3/2016.

#### *Forsendur ákvörðunar PFS nr. 10/2018*

Úrskurðarnefndin telur nauðsynlegt, við endurskoðun hinar kærðu ákvörðunar, að líta til niðurstöðu ákvörðunar PFS nr. 10/2018, enda er niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar, að um sé að ræða ítrekað brot. Úrskurðarnefndin tekur þó fram að ákvörðun PFS nr. 10/2018 er ekki til endurskoðunar í þessu máli og efnisatriði hennar ólík þar sem ekki var fjallað um OTT lausn kæranda, eins og að framan er rakið. Mun nefndin því ekki leggja mat á réttmæti eða gildi þeirrar ákvörðunar, sem ekki var kærð, en upplýst hefur verið í málinu að á lögmæti hennar reyni fyrir dómstólum, sbr. dóm héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-3251/2018, sem hefur verið áfrýjað til Landsréttar, mál nr. 438/2020.

Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þá nefndi stofnunin í forsendum ákvörðunarinnar tvær leiðir sem kærandi hefði getað farið til að koma í veg fyrir að það ástand skapaðist sem olli því að kærandi bryti gegn ákvæðinu. Í fyrsta lagi taldi stofnunin að kærandi hefði getað samið við Vodafone um aðgang þess félags að umræddu ólínulegu myndefni gegn eðlilegu endurgjaldi. Í öðru lagi hefði kærandi getað boðið upp á OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Að mati úrskurðarnefndar felast í forsendum þessarar ákvörðunar leiðbeiningar til kæranda frá PFS um það til hvaða ráðstafana hann geti gripið til þess að vinda ofan af því ástandi sem PFS taldi brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

#### *OTT lausn kæranda*

Til endurskoðunar í máli þessu er hin kærða ákvörðun þar sem PFS komst að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði ekki bætt úr hinu ólögmæta ástandi fyrr en hann hefði hinn 2. október 2019, óskað eftir því að ganga til samninga við Vodafone um flutning síðarnefnda félagsins á sjónvarpsefninu yfir IPTV kerfi þess. Var það jafnframt niðurstaða stofnunarinnar að svokölluð OTT lausn kæranda, sem hann kynnti hinn 16. ágúst 2018, hefði ekki verið fullnægjandi til þess að vinda ofan af brotinu.

OTT lausnin sem kærandi kynnti, felur í sér að viðskiptavinur sem hyggst fá áskrift að ólínulegri dagskrá kæranda, Sjónvarpi Símans Premium, leigir af kæranda myndlykil gegn mánaðarlegu gjaldi, auk þess sem hann greiðir mánaðarlega gjald fyrir aðgang að efnisveitunni. Eins og að framan er getið telur úrskurðarnefndin óumdeilt að umræddur myndlykill tengist við fjarskiptanet sem viðkomandi viðskiptavinur getur keypt frá hvaða fjarskiptafyrirtæki sem er og er þar með einnig óháður undirliggjandi fjarskiptaneti.

Er unnt að horfa á ólínulega dagskrá kæranda með myndlyklinum og tengja hann við hvaða fjarskiptanet sem er, hvort heldur það er keypt hjá kæranda eða öðrum fjarskiptafyrirtækjum á markaði. Þar með er einnig unnt að nýta myndlykilinn óháð því hvaða fjarskiptanet er undirliggjandi. Í þessu sambandi verður að telja OTT lausn kæranda fela í sér nýtt fyrirkomulag sem var ekki til staðar þegar að PFS tók ákvörðun nr. 10/2018, en þá var hin ólínulega dagskrá, Sjónvarp Símans Premium, einungis aðgengileg á IPTV kerfi kæranda sjálfs sem nýtti flutningsnet Mílu. Dreifingu sjónvarpsefnis yfir IPTV kerfi er, ólíkt OTT lausn kæranda, streymt yfir lokað net sem er í eigu kæranda og var dreifing sjónvarpsefnisins þannig einnig bundin við undirliggjandi net Mílu. Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 kemur jafnframt fram að þótt kærandi hefði flutt IPTV þjónustu sína yfir net GR væri það mat PFS að það eitt og sér hefði ekki komið í veg fyrir brot í því máli, því hið ólínulega myndefni, Sjónvarp Símans Premium, væri þá enn einungis dreift yfir IPTV kerfi og myndlykla Símans. Í þessu máli getur myndlykill tengst þjónustu hvaða fjarskiptafyrirtækis sem er og því er að mati úrskurðarnefndarinnar þörf á ítarlegri skýringu á því hvað tengi hann við það fjarskiptakerfi kæranda, sem felst í framangreindri IPTV þjónustu hans sem fjallað var um í ákvörðun PFS nr. 10/2018.

Þannig verður að horfa til þess að kaupandi áskriftar Sjónvarps Símans Premium með OTT lausn Símans, sem kaupir fjarskiptaþjónustu af öðru fjarskiptafyrirtæki en kæranda, þarf ekki að kaupa neina fjarskiptaþjónustu af kæranda, heldur einungis leigja aðgang að myndlykli sem tengist þeirri internetþjónustu sem viðkomandi hefur áskrift að.

Með vísan til framangreinds bendir úrskurðarnefndin á að þótt sá myndlykill, sem er óháður internetþjónustu eða flutningskerfi notanda, tengist sjónvarpstæki og hafi í raun sömu eiginleika og myndlykill sem er hluti IPTV kerfis Símans, verði í ljósi niðurstöðu og leiðbeininga PFS með ákvörðun nr. 10/2018 að gera strangar kröfur til rökstuðnings þeirrar niðurstöðu að sú lausn sé ófullkomin og leiði til áframhaldandi brota kæranda gegn ákvæðum 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

PFS tekur fram í niðurstöðu sinni að þar sem OTT lausn kæranda feli í sér leigu á myndlykli, sé kærandi að skilyrða viðskiptavini til að vera í samskiptum og viðskiptum við sig um þennan tiltekna búnað og það m.a. leiði til þess að enn sé um brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að ræða. PFS telur þessa tilhögun gera það að verkum að myndlykill tengist kæranda sem dreifingaraðila sjónvarpsefnis, þ.e.a.s. fjarskiptahluta kæranda en ekki fjölmiðlahluta. PFS rökstyður niðurstöðuna m.a. með því að fjalla um að ef fjölmiðlahluti kæranda yrði seldur frá fjarskiptahluta kæranda ásamt IPTV dreifikerfinu (bæði hefðbunda lokaða IPTV kerfinu og OTT hluta þess) myndi sá aðili sem keypti það

dreifa efni samkeppnisaðila sinna jafnhliða eigin efni yfir þessi kerfi. Væri sá aðili þannig kominn í samkeppni við önnur fjarskiptafélög um dreifingu á sjónvarpsefni.

Úrskurðarnefndin telur að í hinni kærðu ákvörðun geri PFS ekki nægilegan greinarmun á þeirri starfsemi kæranda sem fjallað er um, þ.e.a.s. annars vegar starfsemi kæranda sem fjölmiðlaveitu og hins vegar sem fjarskiptafyrirtæki. Taldi PFS út frá framangreindum rökum um notkun myndlykils að OTT lausnin sem kærandi kynnti sem „Sjónvarp Símans óháð neti“ hafi ekki reynst fullkomlega „Over the Top“ með því að skilyrða þjónustuna við þennan tiltekna myndlykil og þar með spyrt saman við fjarskiptahluta kæranda. Í hinni kærðu ákvörðun fjallar PFS um IPTV kerfi sem sérstakan þátt í smásöluhluta fjarskiptaþjónustu, samhliða hinum smásöluþættinum sem sé internet þjónusta, og að hlutfall IPTV kerfa á Íslandi sé hátt eða um 70% árið 2014. PFS bendir á að sú staðreynd séu meginrök fyrir því að sérregla 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem ekki eigi sér hliðstæðu í evrópskum rétti, hafi verið sett.

Hér á landi eru tvö fyrirtæki, kærandi og Vodafone, sem reka IPTV kerfi, tengd beint við grunnnet og þau veita jafnframt internetþjónustu sem hluta smásölustarfsemi sinnar. Hvergi kemur fram í rökstuðningi PFS að dreifing á sjónvarpsefni með OTT lausn, í beinni samkeppni við þá sem veita IPTV þjónustu, sé útilokuð. Hefði sem dæmi mátt fjalla um þjónustu Nova í því sambandi sem veitt er undir heitinu „Nova TV“. Þannig verður að mati úrskurðarnefndar að skýra mjög vel af hverju unnt er að tala um IPTV dreifikerfi sem bæði lokað kerfi kæranda og OTT hluta þess, sem notast við aðra tækni óháð neti, eingöngu vegna þess að notast er við myndlykil en ekki svonefnt app, án þess að ítarlega sér rökstutt á hvern hátt stýring á dreifingu sjónvarpsefnis í gegnum app er frábrugðin OTT lausn kæranda. Þetta er það veigamikill þáttur í afmörkun PFS á efni málsins og niðurstöðu stofnunarinnar að hann skiptir verulegu máli. Í niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar segir að umræddur myndlykill tilheyrir fjarskiptahluta kæranda en ekki fjölmiðlahluta hans. Ekki er að finna sérstakan rökstuðning fyrir staðhæfingunni og getur úrskurðarnefndin því ekki tekið undir það mat PFS að myndlykillinn heyri frekar undir fjarskiptahluta kæranda heldur en fjölmiðlahluta hans. Þannig er ekki hægt að útiloka að að myndlykillinn sé sjónvarpsbúnaður sem tengist við fjarskiptanet fremur en hluti fjarskiptakerfis. Úrskurðarnefndin telur þetta enn frekar vekja upp vafa um röksemdafærslu PFS að þessu leyti og hafa þá þýðingu að sú staðreynd að OTT lausnin sé háð myndlykli leiði a.m.k. ekki ein og sér til þess að lausnin feli í sér að viðskiptum viðskiptavina fjölmiðlaveitunnar sé beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Úrskurðarnefndin bendir einnig á að ekki eru færð fullnægjandi rök fyrir því í niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að OTT lausnir sem eru tæknilega ólíkar þeirri sem kærandi býður upp á, svo sem með smáforriti (appi), séu til þess fallnar að forðast hættu á samskiptum milli fjölmiðlaveitunnar og viðskiptavina hennar. Í því sambandi er horft til þess að það er ekki algilt að aðgangur að smáforritum sé ókeypis, heldur er oft á tíðum krafist greiðslu fyrir notkun þeirra, ásamt því að notendur gefi leyfi fyrir ákveðnum samskiptum við sig, t.d. með tölvupósti. Er þannig ekki nægilega rökstutt í hinni kærðu

ákvörðun að frekari hætta sé á slíkum samskiptum með leigu myndlykils til nýtingar á OTT lausn í samanburði við nýtingu OTT lausna sem eru tæknilega útfærðar á annan hátt.

*Túlkun og beiting 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga*

Í VII. kafla fjölmiðlalaga er fjallað um svokallaðar flutningsreglur. Er þar að finna reglur bæði um flutningsskyldu og flutningsrétt, sbr. 44. gr. og 45. gr. laganna. Mikilvægt er að hafa í huga við túlkun á 5. mgr. 45. gr. laganna að hvorki flutningsskylda né flutningsréttur gildir um ólínulega dagskrá samkvæmt lögnum. Þetta þýðir að fjölmiðlaveitu er ekki skylt að semja við fjarskiptafyrirtæki um dreifingu á ólínulegri dagskrá, svo sem efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium. Hins vegar verður fjölmiðlaveita að gæta þess að beina ekki viðskiptum viðskiptavina sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Í athugasemdum við greinargerð er varð að fjölmiðlalögum kemur fram að markmið flutningsreglna VII. kafla laganna, sé að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, ljóst sé að það verði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá segir að við þessu sé brugðist í 5. mgr. ákvæðisins, með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með tengdu fjarskiptafyrirtæki er átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl í öðrum tilvikum. Þá segir einnig í athugasemdum að koma verði í veg fyrir að það ástand skapist að notendur standi frammi fyrir því að við val á fjölmiðlaþjónustuveitanda eða fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að efni.

Úrskurðarnefndin tekur undir það mat PFS sem kemur fram í hinni kærðu ákvörðun, að tilgangur bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé að sporna við því að efnisframboð ráði því hvar neytandi kaupir fjarskiptaþjónustu, hvort sem um er að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustigi eða á undirliggjandi fjarskiptainnviðum. Einnig er fallist á það að ákvæðinu sé ætlað að koma í veg fyrir að notendur standi frammi fyrir því að við val á fjarskiptafyrirtæki takmarkist aðgangur þeirra að tilteknu myndefni eða þeir geti ekki nálgast slíkt myndefni án þess að þurfa að tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi eða jafnvel skipta alfarið um fjarskiptafyrirtæki.

Úrskurðarnefndin tekur fram að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er matskennt ákvæði. Beiting ákvæðisins er íþyngjandi í garð þess sem telst hafa brotið gegn því, auk þess sem heimilt er að beita viðurlögum sé brotið gegn ákvæðinu. Verður því að gera strangar kröfur til þess að ítarleg rannsókn hafi farið fram og ítarlegur rökstuðningur liggi til grundvallar við beitingu þess. Í þessu sambandi er jafnframt bent á að mikilvægt er að gætt sé meðalhófs við beitingu ákvæðisins, auk þess sem túlka verður ákvæðið með tilliti til þess að það var ekki ákvörðun löggjafans að skylda fjölmiðlaveitu til þess að heimila fjarskiptafyrirtækjum að flytja ólínulegt fjölmiðlaefni þeirra, sbr. VII. kafla fjölmiðlalaga.

Líkt og áður er rakið er óumdeilt að sú OTT lausn sem kærandi kynnti hinn 16. ágúst 2018 felur í sér að neytendur geta nýtt sér hana óháð því hvar viðkomandi kaupir þá fjarskiptaþjónustu sem þarf til að nýta hana, þ.e.a.s. internettengingu. Kærandi brást því

við ákvörðun PFS nr. 10/2018, sem fól í sér ákveðnar leiðbeiningar til kæranda, með því að koma fram með OTT lausn, sem sannarlega er óháð fjarskiptaneti. Í ljósi framangreinds telur úrskurðarnefndin kæranda hafa mátt hafa ákveðnar væntingar til þess að slík lausn væri til þess fallin að vinda ofan af því broti sem komist var að niðurstöðu um í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Er þá litið til þess að lausnin er hvorki bundin við að nýtt sé grunnet Mílu, internetþjónusta kæranda né IPTV kerfi hans samkvæmt þeim skilgreiningum sem PFS hefur lagt til grundvallar í fyrri málum, þ.e.a.s. lokað fjarskiptakerfi streymt yfir grunnet, sbr. og skilgreiningar sem Samkeppniseftirlitið hefur lagt til grundvallar.

Úrskurðarnefndin bendir jafnframt á að þó svo að ákveðin neytendavernd kunni að felast í því að leggja bann við því að skilyrða OTT lausn við tiltekinn myndlykil og að önnur framsetning á lausninni, til að mynda með smáforriti (appi), kunni að henta stærri hópi neytenda, þá megi ekki skýra 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga svo þröngt að PFS geti skyldað fjölmiðlaveitu til þess að veita aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni sínu með svo afmörkuðum hætti sem leiðir af hinni kærðu ákvörðun, án þess að mjög sterk rök séu fyrir slíkri takmörkun. Telur úrskurðarnefndin að fjölmiðlaveitum beri að hafa tiltekið frelsi til þess að velja lausnir til þess að dreifa efni sínu til neytenda innan þeirra marka sem lög heimila. Þá bendir úrskurðarnefndin á að telji PFS að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga setji fjölmiðlaveitum tilteknar skorður að þessu leyti, þ.e.a.s. við tæknilega útfærslu á dreifingu ólínulegrar dagskrár óháð fjarskiptanetum, þá hvílir að mati nefndarinnar jafnframt ákveðin leiðbeiningarskylda á stofnuninni gagnvart fjölmiðlaveitum um það hvernig slík lausn skuli úr garði gerð. Á það ekki síst við í ljósi forsögu málsins. Æskilegt er að fjarskiptafyrirtæki, sem einnig reka fjölmiðlaveitu, geti gert sér sem skýrast grein fyrir hvernig megi forðast brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í því sambandi er ítrekað að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er matskennt lagaákvæði og beiting þess íþyngjandi.

Tekið skal fram að úrskurðarnefndin telur, í ljósi gildandi lagafyrirmæla, að það sé ekki útilokað að PFS geti komist að þeirri niðurstöðu að fjölmiðlaveita hafi gerst brotleg við ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, t.d. með því að bjóða fram vörur í vöndli eða stýra verðlagi í þessum tilgangi, jafnvel þótt efnisveita notist við OTT lausn. Geti slíkt brot varðað stjórnvaldssektum samkvæmt viðeigandi ákvæðum laganna. Rannsókn á slíku gæti jafnframt verið á borði samkeppnisyfirvalda. Eins og þetta mál er afmarkað og rannsakað af hálfu PFS verður hins vegar umfjöllun um verðlagningu á lausninni ekki aðskilin frá hinum tæknilega þætti með sjálfstæðum hætti, þar sem PFS telur að heildarmat verðlagningar ásamt tæknilegri útfærslu OTT lausnarinnar geri það að verkum að OTT lausnin sé, í samanburði við IPTV kerfi hans, ekki raunhæfur valkostur fyrir neytendur.

Úrskurðarnefndin bendir einnig á að PFS komst að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að kærandi hefði undið ofan af því ólögmeta ástandi sem stofnunin taldi kæranda hafi komið á, með ákvörðun sinni nr. 10/2018, með því að sýna sammingsvilja gagnvart einu fjarskiptafyrirtæki á markaði, Vodafone. Þannig hefur PFS komist að niðurstöðu um að kærandi hafi með háttsemi sinni beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þ.e.a.s. IPTV kerfi kæranda sem hluta

fjarskiptaþjónustu hans en ekki fjölmiðlaveitu. Sú niðurstaða PFS er almenn, en ekki er tiltekið að brotið hafi á einhvern hátt einungis beinst að Vodafone og því IPTV kerfi sem það fyrirtæki rekur. Úrskurðarnefndin getur þannig ekki litið fram hjá því að komist er að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun, án sérstakrar skýringar, að kærandi hafi undið ofan af hinu meinta ólögmeta ástandi með því að sýna samningsvilja gagnvart einu fjarskiptafyrirtæki af nokkrum sem starfa á þeim markaði. Verður þannig ekki annað séð en að PFS líti í raun svo á að OTT lausn kæranda teljist fullnægjandi gagnvart öðrum fjarskiptafyrirtækjum á markaði en Vodafone, þrátt fyrir þá niðurstöðu PFS að lausnin sé ekki fullnægjandi til að leysa kæranda undan því broti sem stofnunin hafði áður komist að niðurstöðu um í ákvörðun nr. 10/2018, en ítrekað er að í því máli var ekki fjallað um OTT lausn kæranda.

#### *Um meint brot á jafnræðisreglu*

Kærandi vísar til ákvörðunar PFS nr. 16/2019 sem dæmi um brot stofnunarinnar á jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga við meðferð málsins. PFS bendir á að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ætlað að koma í veg fyrir að efni sem ekki er kostur á að nálgast annars staðar og dreifing þess efnis sé bundin við sama lokaða fjarskiptanetið. PFS bendir á að efni það sem um ræddi í ákvörðun nr. 16/2019 hafi ekki verið lokað á sama fjarskiptaneti á grundvelli ákvörðunar Vodafone (Sýnar) þar um. Úrskurðarnefndin telur ekki standa rök til þess að hrófla við mati PFS um að ekki hafi verið brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga með hinni kærðu ákvörðun. Hins vegar telur úrskurðarnefndin að ákvörðun PFS nr. 16/2019 styðji þá niðurstöðu nefndarinnar að PFS hefði borið að fjalla mun ítarlegar um rök fyrir þeirri niðurstöðu sinni í máli þessu að telja myndlykil sem tengist við internet til fjarskiptaþjónustu kæranda, í ljósi þess hvernig sú þjónusta er skilgreind sem lokað fjarskiptanet.

#### *Niðurstaða*

Í ljósi þess að hin kærða ákvörðun er íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun er felur í sér staðfestingu á áframhaldandi broti kæranda á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þrátt fyrir að óumdeilt sé að kærandi brást við ákvörðun PFS nr. 10/2018 og gerði breytingar á þjónustu sinni, verður að gera kröfu um að slík ákvörðun sé rökstudd með skýrum hætti.

Með vísan til framangreinds er það mat úrskurðarnefndarinnar að til þess að unnt sé að fallast á niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun, hefði þurft að liggja fyrir mun ítarlegri rökstuðningur fyrir því af hverju tiltekinn myndlykill sé talinn hluti fjarskiptaþjónustu kæranda og hvernig aðrar OTT lausnir séu frábrugðnar í tæknilegu tilliti. Telur úrskurðarnefndin hina kærðu ákvörðun þannig skorta viðhlítandi skýrleika og rökstuðning, en líkt og að framan er rakið verður að gera afar ríkar kröfur til þess þegar um er að ræða íþyngjandi stjórnvaldsákvörðanir sem jafnframt leiða til beitingar stjórnvaldssekta. Í þessu sambandi er horft til þess að sú OTT lausn sem kærandi kynnti er sannarlega óháð fjarskiptanetum, líkt og krafa var gerð um í ákvörðun PFS nr. 10/2018.

PFS kveður OTT lausnina ófullnægjandi af nokkrum sökum, m.a. að myndlykill sem nota þurfi til að virkja lausnina sé hluti af fjarskiptahluta kæranda en ekki fjölmiðlaveitu. Á þetta getur úrskurðarnefndin ekki fallist, enda ekki fullnægjandi rök færð fyrir

staðhæfingunni að mati nefndarinnar. Þá leggur úrskurðarnefndin einnig áherslu á að óumdeilt sé að ekki hvíli skylda á kæranda til þess að veita fjarskiptafyrirtækjum aðgang að efnisveitu sinni til dreifingar, þar sem ekki hvílir flutningsskylda eða flutningsréttur á slíku efni, sbr. 44. gr. og 1. – 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Túlka verður 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í því ljósi sem og því að brotið beinist að IPTV kerfi kæranda en ekki grunnneti Mílu eða internetþjónustu kæranda, sem voru andlag í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Sá munur sem er á málunum kallar á nákvæmar skilgreiningar og skýringar á tæknilegum lausnum við dreifingu sjónvarpsefnis sem úrskurðarnefndin telur ekki nægjanlega skýrar í hinni kærðu ákvörðun. Úrskurðarnefndin telur einnig að sú staðreynd að PFS geri í raun ekki athugasemdir við OTT lausn kæranda eftir 1. október 2019, án frekari rökstuðnings eða skýringa á stöðu kæranda gagnvart öðrum aðilum á markaði en Vodafone, feli í sér veigamikinn skort á rökstuðningi af hálfu stjórnvaldsins.

Með vísan til alls framangreinds og í ljósi allra atvika þessa máls er það niðurstaða úrskurðarnefndarinnar, að það sé afar viðurhlutamikið að telja að kærandi hafi ítrekað brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og jafnframt að leggja á kæranda stjórnvaldssekt, á þeim forsendum sem það er gert í hinni kærðu ákvörðun. Í þessu sambandi er einkum horft til þess að gera verður ríkar kröfur til rökstuðnings slíkra ákvarðana og gæta verður meðalhófs og varkárni við túlkun á matskenndum lagaákvæðum sem eru íþyngjandi og hafa í för með sér beitingu stjórnsluviðurlaga, svo sem á við um 5. mgr. 45. gr., sbr. 3. og 4. mgr. 54. gr., fjölmiðlalaga. Þannig verður að vera hægt að greina skilmerkilega milli þess hvort hin íþyngjandi ákvörðun kveði á um brot á lagaákvæðinu eða hvort í henni felist í raun samningsskylda fjölmiðlaveitu um flutning á ólínulegu myndefni sem ekki er kveðið á um í fjölmiðlalögum.

Með vísan til alls framangreinds telur úrskurðarnefndin óhjákvæmilegt, einkum með vísan til rannsóknarreglur og meðalhófsreglu stjórnslulaga og atvika máls að öðru leyti, að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi í heild sinni. Þar af leiðandi er ósamrýmanlegum kröfum sem hafðar voru uppi í málinu hafnað.

Kærandi óskaði eftir því að úrskurðarnefndin tæki til skoðunar hvort þörf væri á munnlegum málflutningi þessa máls, þar sem það sé flókið og þýðingarmikið fyrir fjarskipta- og fjölmiðlamarkað. Í 13. gr. laga um Póst-og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, er fjallað um úrskurðarnefnd og er vísað til reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Í 9. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um málsmeðferð fyrir úrskurðarnefnd en þar kemur m.a. fram að meginreglan sé skriflegur málflutningur. Um munnlegan málflutning er fjallað í 10. gr. Þar kemur fram að formaður nefndarinnar ákveði hvort að munnlegur málflutningur fari fram í máli. Munnlegur málflutningur komi einkum til álita ef mál sé flókið, það hafi að geyma vandasöm úrlausnarefni, sé sérstaklega þýðingarmikið eða varði ágreining um grundvallaratriði í fjarskiptarétti. Úrskurðarnefndin telur að ekki hafi verið þörf á að víkja frá meginreglu um skriflegan málflutning, einkum í ljósi þess að ítarlegar umsagnir aðila málsins liggja fyrir þannig að atvik máls teljist upplýst og sjónarmið aðila liggja fyrir.

Ekki eru heimildir í reglugerð nr. 36/2009 til að kveða á um málskostnað til handa einstökum aðilum sem eru aðilar máls. Í 2. mgr. 12. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um að tapist mál í grundvallaratriðum fyrir úrskurðarnefndinni skuli sá málsaðili sem tapar að jafnaði greiða málskostnað nefndarinnar. Í þeim úrskurðum þar sem ákvarðanir PFS hafa verið felldar úr gildi í heild sinni hefur úrskurðarnefndin lagt málskostnað á ríkissjóð.

Mál þetta hefur verið mjög umfangsmikið, bæði að formi og efni. Aðilum var tilkynnt um að meðferð málsins myndi taka langan tíma af þeim sökum. Úrskurðarnefndin tók undir rekstri málsins afstöðu til frestbeiðni Vodafone, dags. 21. janúar 2020. Eftir umsagnarferli vegna þess var tekin ákvörðun með bréfi hinn 10. mars 2020 að hafna þeirri beiðni. Í kjölfarið var veittur nýr frestur til umsagnar um efni málsins. Samkvæmt niðurstöðu úrskurðarnefndar greiðist málskostnaður, samtals að fjárhæð 5.800.000,- kr. úr ríkissjóði, sbr. 5. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003 og 12. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009. Endurgreiða ber kæranda málskotsgjalds kr. 150.000.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003.

#### **V. Úrskurðarorð**

**Ákvörðun PFS nr. 27/2019 er felld úr gildi.**

**Málskostnaður að fjárhæð 5.800.000 kr. greiðist úr ríkissjóði. Kæranda skal endurgreitt málskotsgjald að fjárhæð kr. 150.000 kr.**

Reykjavík, 6. nóvember 2020

Þórður Bogason

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring