

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 1/2019

Kæra á ákvörðun PFS nr. 27/2018, um tilboð Nova á Apple TV 4K með ljósleiðara.

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 24. janúar 2019, hefur Nova hf., (kærandi), kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), nr. 27/2018, dags. 27. desember 2018, um tilboð Nova á Apple TV 4K með ljósleiðara.

Aðilar málsins við málsmeðferð PFS voru kærandi og Síminn hf. (Síminn). Aðilar að kærumáli þessu eru kærandi, PFS og Síminn.

Af hálfu kæranda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

PFS gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði staðfest með tilliti til forsendna hennar.

Síminn hf. kveðst í athugasemdum sínum til úrskurðarnefndar vera sammála niðurstöðu PFS og er því litið svo á að Síminn hf. krefjist staðfestingar á hinni kærðu ákvörðun.

II. Helstu málsatvik

Upphaf máls þessa má rekja til kvörtunar Símans yfir tilboði sem kærandi hafði auglýst, taldi Síminn að skilmálar tilboðsins færu gegn 2. mgr. 37. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003 (hér eftir fjarskiptalög). Í kvörtun kom fram að kærandi væri að auglýsa í fjölmiðlum og á heimasíðu sinni tilboð til viðskiptavina sem væru með ljósleiðara hjá kæranda að kaupa svokallað Apple TV 4K tæki á 9.990 kr., í stað 24.990 kr. Þessi afsláttur væri skilyrtur með þeim hætti að ef viðskiptavinur hætti með ljósleiðaraþjónustuna innan 12 mánaða frá því að hann keypti tækið yrði hann að greiða mismuninn á tilboðsverði og fullu verði í þann fjölda mánaða sem eftir væru. Vísaði Síminn til auglýsingar sem finna mátti á heimasíðu kæranda máli sínu til stuðnings og tók fram að félagið teldi auglýsinguna ganga gegn ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, þar sem tilboðið fæli í sér 12 mánaða bindisamning. Umrædd auglýsing á vefsíðu kæranda var orðrétt:

„Vertu með Ljósleiðara hjá Nova og þú færð Apple TV 4K (32GB) á 9.990 kr. staðgreitt. Fullt verð er 24.990 kr. Þú færð 15.000 kr. afslátt af Apple TV 4K en tilboðið miðar við 12 mánuði í ljósleiðaraþjónustu hjá Nova. Ef þú hættir með Ljósleiðara innan 12 mánaða þá greiðir þú upp það sem eftir er af Apple TV tilboðinu: 1250 fjöldi mánaða sem eftir er.“*

„Ef þú þarft af óskiljanlegum ástæðum að hætta með Ljósleiðara hjá Nova innan 12 mánaða þá greiðir þú upp það sem eftir er af Apple TV tilboðinu: 1.250 kr. fjöldi mánaða sem eftir er. T.d. ef hætt er eftir 8 mánuði þá eru 4 mánuðir eftir af Apple TV tilboðinu eða 4*1.250 kr.= 5.000 kr. sem kemur til greiðslu með síðasta reikningi sem greiddur er fyrir Ljósleiðara.“*

Síminn gerði þá kröfu hjá PFS að stofnunin bannaði framangreint tilboð kæranda og takmarkaði það við sex mánuði eða að öðrum kosti að stofnunin lýsti því yfir að hún gerði engar athugasemdir við umrædda viðskiptahætti.

PFS leitaði eftir afstöðu kæranda til umkvörtunarefnisins. Kærandi hafnaði því að umrætt tilboð færi gegn ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Var bádum aðilum málsins gefinn kostur á að senda athugasemdir og að gagnaöflun lokinni var hin kærða ákvörðun tekin.

Það er niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að tilboð kæranda á Apple TV 4K sem miðast við lengd áskriftar að ljósleiðarþjónustu félagsins hafi brotið gegn 2. mgr. 37. gr. laga um fjarskipti, nr. 81/2003, sem kveði á um sex mánaða hámarksbinditíma þjónustuáskriftar fjarskiptafyrirtækja við áskrifendur. Þá er það niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að hafna kröfu Símans um að PFS gæfi út yfirlýsingu þess efnis að stofnunin gerði engar athugasemdir við umrædda viðskiptahætti kæranda.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Úrskurðarnefnd móttók kæru vegna málsins hinn 23. janúar 2019. Í kæru er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Kærandi byggir m.a. á því að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar sé í andstöðu við ákvæði 37. gr. fjarskiptalaga, sbr. 2. mgr. ákvæðisins. Það tilboð sem kvörtun Símans beindist að brjóti ekki gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, hvort sem horft sé til orðalags ákvæðisins sjálfs eða réttmætra lögskýringarsjónarmiða. Ákvörðunin byggir því á rangri túlkun fyrirliggjandi lagaákvæða og röngu efnislegu mat á áhrifum tilboðs kæranda. Um verulegan annmarka sé því að ræða á hinni kærðu ákvörðun sem leiði til ógildingar hennar.

Jafnframt byggir kærandi á því að málsmeðferð og hin kærða ákvörðun brjóti gegn meginreglum stjórnarsýsluréttar, einkum rannsóknarreglu og meðalhófsreglu og tilheyrandi ákvæðum stjórnarsýslulaga, nr. 37/1993. Í því samhengi bendir kærandi á að PFS leggi til grundvallar að tilboð kæranda hafi svokölluð óbein bindingaráhrif en sú afstaða byggir á órökstuddum hugleiðingum PFS sem ekki styðjist við nein gögn né rannsókn af hálfu PFS. Slíkir annmarkar séu á rannsókn og málsmeðferð PFS að ógilda skuli ákvörðunina.

Í kæru kemur fram að kærandi muni gera grein fyrir sjónarmiðum sínum í greinargerð. Úrskurðarnefndin móttók greinargerð með frekari röksemdir kæranda hinn 22. febrúar 2019.

Í greinargerð kæranda kemur m.a. fram að í kvörtun Símans hafi verið fullyrt að tilboð kæranda hefði í reynd falið í sér bindisamning til 12 mánaða í andstöðu við 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Kærandi bendir á að í andsvörum sínum til PFS hafi því verið mótmælt að tilboðið samrýmdist ekki framangreindu ákvæði fjarskiptalaga. Bent hafi verið á að Apple TV tæki væri einfaldlega notendabúnaður sem auðveldaði notanda aðgang að ýmsu

streymisefni á vefnum, eins og t.d. Netflix og Nova TV. Í boði væru ýmsar gerðir slíkra tækja sem seld væru á grundvelli allskyns tilboða og afsláttarkjara.

Einnig bendir kærandi á að það grunnatriði skorti í málatilbúnað Símans að með tilboðinu væri viðskiptavinur bundinn í einhver viðskipti við kæranda. Hið rétta væri að um enga slíka bindingu væri að ræða eins og augljóst væri þegar skilmálar tilboðsins væru skoðaðir. Apple TV tæki væri ekki nauðsynlegur búnaður til að nýta ljósleiðarþjónustu kæranda eða nokkra aðra ljósleiðarþjónustu og öllum viðskiptavinum væri frjálst að hætta ljósleiðarþjónustu kæranda hvenær sem er. Ekki væri einu sinni um að ræða bindingu til sex mánaða sem ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga þó beinlínis heimili.

Í þriðja lagi telur kærandi að vissulega fæli tilboðið í sér að meiri afsláttur væri veittur af Apple TV tækinu til viðskiptavina sem væru lengur fremur en skemur í viðskiptum með ljósleiðarþjónustu kæranda, en slíkir viðskiptahættir væru algengir, eðlilegir og hvað sem öðru líði í engri andstöðu við ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Kærandi hafi bent á að tilboð í farsímaþjónustu sem fælu í reynd í sér nákvæmlega sama fyrirkomulag, þ.e.a.s. að kaupandi á tilteknu farsímatæki fengi tilboð um mánaðarlega inneign með tækinu, t.d. 2.000 kr. á mánuði í 12 mánuði. Ef viðskiptavinur hætti í farsímaþjónustu fyrir þann tíma myndi hann missa umrædda inneign. Heildarverð tækisins að viðbætti inneign, væri því hærra fyrir þann sem væri skemur heldur en lengur í viðskiptum. Aðalatriði málsins væri að með tilboðinu hafi viðskiptavinum gefist tækifæri á að kaupa umrætt Apple TV tæki með myndarlegum afslætti sem væri mestur fyrir viðskiptavinum kæranda til 12 mánaða í ljósleiðarþjónustu en minni fyrir aðra, en þó alltaf umtalsverður, t.d. fyrir viðskiptavin sem væri í 6 mánuði í ljósleiðaraviðskiptum en afsláttur hans væri 7.500 kr. Loks hafi kærandi mótmælt því við málsmeðferð málsins hjá PFS að tilboðið hefði jafngilt því sem kallað var „óbeinn bindisamningur“.

Kærandi tekur fram að ekki sé ágreiningur um að af orðalagi 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga leiði að tilgangur þess sé að fyrirtæki sem veiti fjarskiptaþjónustu bindi ekki áskrifendur sína í meira en 6 mánuði.

Einnig bendir kærandi á að umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun um að eftir lögfestingu 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga hafi 3. mgr. sama ákvæðis sérstöku hlutverki að gegna til mótvægis við ákvæði 2. mgr. ákvæðisins um hámarksbinditíma, sé þýðingarlaus. Ákvæði 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga heimili áskrifanda á einstaklingsmarkaði að segja upp samningi fyrirvaralaust án greiðslu skaðabóta þegar þeir fái tilkynningu um fyrirhugaða breytingu á samningsskilmálum. Viðskiptavinir kæranda séu ekki bundnir samningi við félagið og fráleitt að halda því fram að minni afsláttur frekar en meiri afsláttur sé ígildi skaðabóta. Málið varði ekki neinskonar tilkynningu af hálfu kæranda um breytingu á samningsskilmálum. Engin atvik af því tagi sem 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga tilgreini séu því fyrir hendi í málinu.

Kærandi telur að umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun tengist öll þeirri staðreynd að ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, eftir setningu laga nr. 39/2007, banni lengri binditíma í samningi við neytendur í fjarskiptaþjónustu en 6 mánuði. Um það sé enginn ágreiningur,

enda liggja fyrir að í samningum kæranda við kaupendur á Apple TV tækinu sé ekki gerður neinn áskilnaður um bindingu. Tilvísanir til minnisblaða Samgönguráðuneytisins eða formálsorða EB tilskipana geti ekki leitt til þess að 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga feli eitthvað annað og meira í sér en fram kemur í ákvæðinu sjálfu, enda komi ekkert fram í þessum heimildum um að það hafi verið ætlunin.

PFS fjalli einnig um reglur um númera- og þjónustuflytninga í almennum fjarskiptanetum, nr. 617/2010. Að mati kæranda sé erfitt að átta sig á tilganginum með þeirri umföllum, enda komi fram að ekki sé fjallað sérstaklega um hámarksbinditíma í reglunum. Fram komi hins vegar í 8. gr. reglnanna að fjarskiptafyrirtæki sé aðeins heimilt að hafna beiðni rétthafa númers/tengingar um númera- eða þjónustuflytning ef rétthafi númers/tengingar hefur bundið sig með samningi, sem uppfylliskilyrði fjarskiptalaga um hámarksbinditíma. Í þessu máli hafi engum verið hafnað um númera- eða þjónustuflytning né hafi nokkur neytandi verið bundinn með samning við viðskipti um lengri eða skemmri tíma.

Að mati kæranda sé augljóst að með framangreindri umfjöllun freisti PFS þess að finna lagastoð fyrir því að stofnunin hafi heimild til afskipta af tilboði kæranda. Það sé gert með því að vísa með almennum hætti í sjónarmið og heimildir þar sem rætt sé um neytendavernd án nokkurra tengsla við atvik þessa máls. Engar af tilvísunum PFS feli í sér heimild til þess að ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga sé túlkað þannig að það feli í sér aðra reglu en ráða megi beint af orðalagi ákvæðisins.

Kærandi gerir athugasemdir við forsendur og niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar. Fram komi í málinu að um sé að ræða tvo aðgreinda þjónustumarkaði, þ.e.a.s. annars vegar fyrir sölu á tilteknum búnaði tengdum fjarskiptum, þ.e.a.s. Apple TV tæki eða notendabúnaði sem tengist interneti og hins vegar markað fyrir fjarskiptaþjónustu, þ.e.a.s. ljósleiðaraþjónustu eða internetþjónustu fyrir einstaklinga. Engin nánari grein sé gerð fyrir því hvernig umræddir markaðir skuli skilgreindir, hver staða kæranda sé á þeim mörkuðum eða staða keppinauta. Þar af leiðandi sé ekkert mat lagt á tilboð kæranda með tilliti til líklegra áhrifa þess, en það sé þó eitt af verkefnum PFS eins og stofnunin tiltaki í hinni kærðu ákvörðun. Kærandi bendir á að hann hafi lága markaðshlutdeild, bæði hvað varði sölu á notendabúnaði og í internetþjónustu. Kærandi hafi rúmlega 7% hlutdeild á internetþjónustumarkaði, en Síminn hafi þar rúmlega 46% hlutdeild. Að þessu leyti telur kærandi skorta rannsókn af hálfu PFS sem sé andstætt 10. gr. stjórnarsýslulaga, nr. 37/1993 og það leiði til þess að ákvörðunin verði ómálefnaleg og andstæð meðalhófsreglu, sbr. 12. gr. stjórnarsýslulaga.

PFS fjalli um að tilboð kæranda feli í sér vöndlun. Slíkir viðskiptahættir geti farið gegn samkeppnislögum í tilviki markaðsráðandi fyrirtækja. Ekki sé hins vegar fjallað um stöðu kæranda í þessu sambandi, en augljóst sé að kærandi sé ekki markaðsráðandi. Sú staðreynd gefi sterka vísbendingu gegn því að tilboð kæranda sé til þess fallið að raska samkeppni. Einnig bendir kærandi á að það sé hlutverk Samkeppniseftirlitsins að leggja mat á hvort vöndlun geti verið samkeppnishamlandi eða ekki.

Kærandi vísar til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun, þar sem m.a. er fjallað um að skoða verði hvert mál fyrir sig og meta hvort áhrif af vöndlun sem um ræðir sé þess eðlis að þau stríði gegn sjónarmiðum sem búi að baki takmörkunum á hámarksbinditíma áskriftar samkvæmt 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Gerir kærandi þá athugasemd að PFS hafi ekki heimild að lögum til að leggja mat á hvort meint áhrif af vöndlun stríði gegn sjónarmiðum sem búi að baki takmörkunum á hámarksbinditíma áskriftar skv. 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga.

PFS reyni að útvíkka ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Bannregla af þessu tagi sæti fremur þröngri skýringu en rúmri, með hliðsjón af almennum lögskýringarsjónarmiðum. Í hinni kærðu ákvörðun séu ekki tilgreindar neinar aðrar lagaheimildir sem leyfi PFS að leggjast í það mat sem stofnunin tiltaki að sé nauðsynlegt.

Einnig nefnir kærandi að PFS leggi sjálft til grundvallar að tilboðið sem slíkt sé ekki andstætt lögum enda geti það verið hagkvæmt. PFS taki fram að skoða verði hins vegar hvert mál fyrir sig og meta áhrif vöndlunar. Það sé hins vegar ekki gert að mati kæranda.

Kærandi bendir á að PFS byggi á því að óbein bindingaráhrif séu til staðar sem hvetji áskrifendur til þess að bindast viðskiptum við félagið lengur en sex mánuði. Bendir kærandi á að hugtakið „óbein bindingaráhrif“ sé ekki að finna í fjarskiptalögum og ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjalli ekki um það, heldur einungis beina samningsbindingu. Fullyrðingar PFS hér að lútandi séu órökstuddar og byggi ekki á rannsókn á því hvort fyrirkomulag tilboðsins hafi bindingaráhrif eða ekki Engra gagna hafi verið aflað hjá kæranda eða öðrum í því skyni að kanna hvort vísbindingar væru um einhverjar hindranir við flutning viðskiptavina milli fyrirtækja vegna tilboðs kæranda. Í þessu samhengi megi einnig nefna að á hverjum tíma séu margskonar tilboð í gangi til viðskiptavina í internetþjónustu frá keppinautum kæranda sem m.a. feli í sér fría þjónustu í t.d. 3 mánuði o.s.frv. Ef í raun stæði til að rannsaka hvort kærandi hefði einhver skaðleg áhrif á hagsmuni neytenda eða samkeppni þyrfti að meta það m.t.t. þess veruleika sem fyrir hendi er á markaðinum.

Í hinni kærðu ákvörðun sé vitnað til sjónarmiða úr skýrslu BEREC þar sem fram komi að mikilvægt sé að velta fyrir sér hvaðan kostnaður vegna þjónustuflutnings sé tilkominn og að hvaða marki slíkur kostnaður geti verið flutningshindrun fyrir neytendur. Enga athugun af þessu tagi sé hins vegar að finna í hinni kærðu ákvörðun. Þar fyrir utan verði ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga ekki víkkað út, langt umfram texta ákvæðisins með vísan til hugleiðinga um BEREC. Þó sé einnig nefnt að fjarskiptafyrirtækjum sé heimilt að endurheimta útlagðan kostnað vegna niðurgreidds búnaðar innan samningstíma þjónustu. Í tilboði kæranda sem um ræðir hafi einmitt háttáð svo til að viðskiptavinum standi til boða að kaupa tæki á niðursettu verði sem sé lægst ef viðskiptavinur sé 12 mánuði í viðskiptum en ekki eins lágt ef hann er í viðskiptum í styttri tíma. En þó alltaf lægra en útsöluverð búnaðarins. Að mati kæranda sé ljóst að það sé að minnsta kosti verulegt álitamál hvort tilboðið hafi nokkur neikvæð áhrif á hagsmuni neytenda og ef komast ætti að slíkri niðurstöðu kalli það á raunverulega rannsókn á meintum áhrifum tilboðsins.

PFS haldi því fram að kostnaður vegna þjónustuflytninga, hverju nafni sem hann nefnist, hafi vafalaust áhrif á viðhorf neytenda og geti verið til þess fallin að draga úr heilbrigðri samkeppni á fjarskiptamarkaði. Enn setji PFS fram órökstudda fullyrðingu sem ekki byggji á neinni rannsókn stofnunarinnar. Einungis sé vísað til viðhorfskönnunar Eurobarometer frá árinu 2008 sem ekki hafi varðað íslenskan fjarskiptamarkað, sé 10 ára gömul og segi ekki annað en að næst algengasta svar svarenda í könnunninni varðandi hvað myndi hjálpa við ákvörðun um að skipta um þjónustuveitanda væri að enginn kostnaður félli til við flytningaferlið. Heimild þessi renni ekki stoðum undir þá niðurstöðu að tilboð kæranda takmarki hreyfanleika neytenda. Við bætist að tilboðið feli ekki í sér að viðskiptavinur þurfi að greiða sérstakan kostnað vegna flytninga á internetþjónustu heldur fái hann minni afslátt en ella af tæki sem hann geti notað á margvíslegan hátt til að fá aðgang að streymisefni en tengist ekki internetþjónustu á neinn hátt.

Í niðurlagi hinnar kærðu ákvörðunar segi að tilgangur 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga sé neytendavernd og aukin samkeppni og einnig segi að stríði tilboð á fjarskiptaþjónustu að einhverju leyti gegn framangreindum tilgangi geti það ekki talist samrýmast 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Þetta mat PFS telur kærandi vera algjörlega án lagastoðar.

Þá segi í hinni kærðu ákvörðun að gjald sem tilkomið sé vegna þjónustuflytninga neytenda verði ótvírætt hindrum í vegi þeirra að því er varði frelsi neytenda til að skipta um þjónustuveitanda. Þessi fullyrðing sem sé meginstoð hinnar kærðu ákvörðunar sé ekki byggð á neinni rannsókn. Með vísan til framangreinds blasi við að hin kærða ákvörðun sé haldin verulegum annmörkum vegna skorts á viðhlítandi rannsókn og rökstuðningi, hún byggji á ómálefnalegum sjónarmiðum og skorti alla lagastoð.

2.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við PFS að skilað yrði umsögn vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 8. mars 2019, en fresturinn var framlengdur til 18. mars 2019 að beiðni stofnunarinnar.

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

Um málavexti vísar PFS til hinnar kærðu ákvörðunar og gerir stofnunin ekki athugasemdir við samantekt málavaxta í kæru.

PFS bendir á að stofnunin hafi ekki sérstaka skoðun á því hvernig fjarskiptalögin eigi að vera en hún sé sett í þá stöðu að ljá lagaákvæðum merkingu í tengslum við tiltekin málsatvik. Í því hlutverki sínu þurfi stofnunin óhjákvæmileg að leggja mat á hvernig tilvikin samrýmast þeim lagaákvæðum sem að stofnunin starfi eftir, enda sé PFS m.a. gert að annast framkvæmd laga um fjarskipti, framfylgja lögum og stuðla að því að markmið þeirra náist sbr. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003.

Með hliðsjón af framangreindu hafi PFS túlkað orðalag 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga með tilliti til annarra laga og reglna, sem og þeim hagsmunum sem að ákvæðinu sé ætlað að vernda. Það sé vel þekkt lögskýringaraðferð, nefnd markmiðsskýring, að lagaákvæði séu

túlkuð með vísan til markmiða þeirra eða þá stefnumörkun sem búi að baki lagasetningu. Í þeim tilgangi hafi stofnunin gert grein fyrir þeim viðhorfum sem liggi að baki setningu ákvæðisins með vísan m.a. til lögskýringargagna, minnisblaðs Samgönguráðuneytisins, dags. 12. mars 2007 og formálaorða tilskipunar nr. 2009/136/EB.

Líkt og fram komi í hinni kærðu ákvörðun, þar sem segi að sé litið til þess hvaða hagsmuni er verið að vernda með orðalagi 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, þá komi fram í athugasemdum við frumvarp breytingarlaga, nr. 39/2007, um breytingu á fjarskiptalögum, að lagt sé til að bætt verði inn í fjarskiptalög ákvæði sem ætlað sé að styrkja neytendavernd, núverandi 37. gr. og að kveðið verði á um sex mánaða hámarksbinditíma sem heimilt verði að semja um í samningi milli fjarskiptafyrirtækis og áskrifenda. Þá segi ennfremur í athugasemdum um ákvæðið að eins sé lagt til að áskrifendur geti ávallt að skaðlausu sagt upp samningi með eins mánaðar fyrirvara að loknum hugsanlegum binditíma. Svo að fjarskiptafyrirtæki geti stundað virka samkeppni um viðskiptavinum sé enn fremur mikilvægt að þjónustuflutningur gangi greiðlega fyrir sig og að gert sé ráð fyrir því að PFS sé heimilt að setja nánari reglur í því sambandi. Þá sé vikið að því að fjarskiptafyrirtækjum verði gert að tryggja að þjónustuflutningur gangi snuðrulaust fyrir sig.

PFS hafnar athugasemdum kæranda þess efnis að umfjöllun PFS í hinni kærðu ákvörðun um 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga hafi verið þýðingarlaus og falið í sér að stofnunin freistaði þess að finna einhverja lagastoð fyrir því að hafa heimild til afskipta af tilboði kæranda með almennum vísunum í sjónarmið og heimildir um neytendavernd án tengsla við atvik málsins. Stofnunin telur ljóst að úr athugasemdum frumvarpsins með ákvæðinu megi lesa að ákvæðin séu nátengd og verði því 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga ekki slitin úr samhengi við önnur efnisákvæði greinarinnar. Þá megi líka vera ljóst að þegar viðskiptavinir séu bundnir með samningi í viðskipti við eitt fjarskiptafyrirtæki í tiltekinn tíma sé grundvallarskilyrði að þeir séu upplýstir um þann rétt sem þeim sé tryggður með 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, til að segja upp samningi að skaðlausu ef þeir vilja ekki samþykkja breytingar á skilmálum.

PFS telur einnig eðlilegt að fjalla um nátengd ákvæði sem einstök lagaákvæði séu hluti af. Horfa verði til þess að í lagabálki fjarskiptalaga leitist löggjafinn eftir því að skapa heildstætt kerfi efnisreglna. Efnisreglur í tilteknu lagaákvæði beri að túlka í samræmi við aðrar nátengdar efnisreglur hvort sem þær sé að finna í sama lagabálki, reglugerðum eða reglum stofnunarinnar, sbr. umfjöllun PFS um 8. gr. reglna um númera- og þjónustuflutninga, nr. 617/2010, í almennum fjarskiptanetum og 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga.

Tilgangur 37. gr. fjarskiptalaga sé að tryggja neytendum lágmarksréttaröryggi með tilliti til samningsbundinna tengsla þeirra við þann sem veitir þeim fjarskiptaþjónustu, þannig að samningsskilmálar, skilyrði, þjónustugæði, skilyrði fyrir uppsögn samningsins og þjónustunnar, ráðstafanir varðandi bætur og lausn ágreiningsmála séu tilgreind í samningi þeirra.

PFS gerir ekki ágreining um það að ef einungis er litið til orðalags ákvæðisins þar sem segir: „óheimilt er með samningi [...]“, þá brjóti tilboðið ekki gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, þar sem að ekki sé eiginlegur samningur í gildi sem fari umfram hinn lögmælda hámarksbinitíma. Líkt og áður hafi komið fram sé það eitt af hlutverkum stofnunarinnar að stuðla að markmiðum fjarskiptalaga, sem og að stuðla að neytendavernd. PFS komist því að þeirri niðurstöðu að tilboðið samrýmist ekki 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, með hliðsjón af markmiðum ákvæðisins, þar sem það geti verið ákveðin flutningshindrun fyrir neytendur.

PFS hafnar einnig sjónarmiðum kæranda sem lúta að því að málsmeðferð málsins hjá stofnuninni hafi verið í andstöðu við meginreglur stjórnsluréttar, sbr. stjórnslulög, nr. 37/1993. Kærandi vísi til þess að hin kærða ákvörðun sé byggð á órökstuddum hugleiðingum sem styðjist ekki við nein gögn, markaðsgreiningar né neins konar rannsókn af hálfu PFS á líklegum áhrifum tilboðs kæranda á samkeppni. PFS hafnar þessum sjónarmiðum.

Að mati stofnunarinnar hafi málsmeðferð ekki brotið í bága við almennar réttarreglur stjórnsluréttarins, með þeim hætti að um annmarka sé að ræða sem leitt geti til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Gætt hafi verið að vönduðum stjórnsluháttum og rannsókn málsins hafi verið fullnægjandi. Þá bendir PFS á að umfang rannsóknarreglunnar sé breytilegt eftir aðstæðum hverju sinni. Kærandi hafi átt þess kost að kynna sér öll gögn málsins og naut einnig andmælaréttar, sbr. 13. gr. stjórnslulaga, nr. 37/1993. Stofnunin hafi metið það svo að nægileg gögn hafi verið komin fram í málinu svo að unnt væri að taka efnislega rétta ákvörðun í því.

Þá vísar kærandi, kröfu sinni til stuðnings, til þess að hin kærða ákvörðun byggi á röngu efnislegu mati PFS á áhrifum tilboðsins. Telur stofnunin að hér gæti misskilnings þar sem athugun PFS hafi ekki snúist um að kanna hvort tilboðið hefði þegar haft áhrif á neytendur eða raskað samkeppni, heldur hvort að tilboðið væri til þess fallið að hafa áhrif á frelsi neytenda til þess að skipta um fjarskiptafyrirtæki.

Í framangreindu sambandi hafi stofnunin m.a. vísað til skýrslna Evrópusambandsins og BEREC, sem og viðhorfskönnunar Eurobarometer til þjónustuflutninga. PFS gerir ekki ágreining um það að umrædd könnun sé 10 ára gömul og taki ekki til íslensks fjarskiptamarkaðar, en ósagt sé í kærðu að kannanir Eurobarometer séu teknar saman fyrir framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og notaðar sem leiðarvísir um afstöðu almennings til ýmissa mála. Umrædd könnun hafi tekið til 27 aðildarríkja Evrópusambandsins og þátttakendur hafi verið um 27 þúsund neytendur.

Vísun PFS til framangreindrar heimildar hafi verið gerð til þess að sýna fram á það almenna viðhorf evrópskra neytenda að ef enginn kostnaður er fyrir hendi við þjónustuflutning þá séu neytendur líklegri til að skipta um fjarskiptafyrirtæki. Ekki séu fyrir hendi nýrri rannsóknir eða kannanir sem taki sérstaklega til viðhorfs neytenda við þjónustuflutninga á fjarskiptamarkaði en að mati stofnunarinnar hafi markaðurinn ekki

tekið svo miklum stakkaskiptum á síðasta áratug að telja megi að viðhorf evrópskra neytenda hafi gjörbreyst og að niðurstöður könnunarinnar séu ekki marktækar lengur.

Í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar sé fjallað um að hinar tengdu vörur sem um ræði í tilboði kæranda tilheyri sitt hvorum markaðnum. Kærandi geri þá athugasemd að þessir markaðir hafi ekki verið skilgreindir, greining hafi ekki verið gerð á stöðu aðila á þeim mörkuðum og ekkert mat lagt á tilboðið með tilliti til áhrifa á samkeppni.

Því skuli haldið til haga að umföllun PFS um mismunandi markaði hafi verið ætlað að gera grein fyrir umræddu tilboði og að um væri að ræða tvær mismunandi ótengdar vörur, annars vegar búnaði til að nýta fjarskiptaþjónustu og síðan fjarskiptaþjónustuna sjálfa, sem og að tilboð kæranda fæli í sér að þessar vörur væru tengdar eða vöndlaðar saman. Vísanir stofnunarinnar í skilgreiningar BEREC og Samkeppniseftirlitsins um vöndlun hafi einungis verið gerðar í því augnmiði að gera grein fyrir þess konar viðskiptaháttum, enda tekið sérstaklega fram að slíkt væri ekki endilega ólöglegt.

Burtséð frá framangreindu hafi ekki verið þörf á að greina viðkomandi markaði þessara vara og leggja mat á markaðshlutdeild kæranda, þar sem hið raunverulega álitaefni málsins hafi ekki varðað mat á því hvort að vöndlun varanna væri óheimil, enda hið síðarnefnda ekki á verkswiði PFS, heldur að því hvort að tilboð kæranda væri til þess fallið að hafa áhrif á hreyanleika neytenda við að skipta um fjarskiptafyrirtæki og hvort það færi þá í bága við 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga.

Í kæru sé vísað til umfjöllunar PFS um lagaumhverfi hinnar kærðu ákvörðunar og að eitt af markmiðum fjarskiptalaga sé að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði sbr. 2. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga. Það sé einnig ósagt í kæru að næsta málsgrein sagði að stofnuninni væri samkvæmt lögum skylt að gæta hagsmuna neytenda í fjarskiptum, sbr. b-lið 4. tölul. 3. gr. fyrrnefndra laga þar sem kveðið sé á um að hún eigi að stuðla að neytendavernd og tryggja hag neytenda í þjónustu póst- og fjarskiptafyrirtækja. Þá ítrekar stofnunin að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar grundvallist á því að tilboðið sé til þess fallið að vera hindrun að því er varðar frelsi neytenda til að skipta um þjónustuveitanda en ekki á því að tilboðið hafi þegar haft áhrif á samkeppni.

PFS telur sig hafa sýnt fram á með óyggjandi hætti að hin kærða ákvörðun eigi sér stoð í lögum þegar horft sé til hlutverks stofnunarinnar, sem sé m.a. að stuðla að og tryggja neytendavernd, sem og þegar litið sé til þeirra lögskýringargagna og sjónarmiða sem vísað hafi verið til í hinni kærðu ákvörðun. Leiki því enginn vafi á að hin kærða ákvörðun um að tilboð kæranda færi gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga hafi byggt á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum.

Það sé óumdeilt að tilboð kæranda feli ekki í sér eiginlegan áskriftarsamning um fjarskiptaþjónustu sem að beinlínis kveði á um lengri hámarksbindowma en fyrrnefnt ákvæði heimili. Það sé aftur á móti ótvírætt að tilboð af þessum toga feli í sér að neytandinn njóti ekki lengur tiltekins ávinnings ef hann skiptir um þjónustuveitanda og þurfi að greiða tiltekna upphæð við þjónustuflutning ef hann er í viðskiptum skemur en viðkomandi afsláttartímabil tilboðsins. Með því móti sé fjarskiptafyrirtæki að nokkru leyti

gert kleift að letja neytendur/viðskiptavinum sína til að skipta um þjónustuveitanda fjarskiptaþjónustu og þar með sé vernd 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga orðin afar takmörkuð.

Með hliðsjón af hlutverkum stofnunarinnar, þ.á.m. að stuðla að neytendavernd og að markmiðum fjarskiptalaga verði náð verður að mati PFS ekki komist að annarri niðurstöðu en að með því að tengja afslátt tiltekinnar vöru við lengd viðskipta við ákveðið fjarskiptatæki um fjarskiptaþjónustu, umfram hinn lögmælt sex mánaða binditíma samnings, þá sé hægt að takmarka frelsi neytandans til að skipta um þjónustuveitanda og að það gangi á skjön við þá neytendavernd sem ákvæðinu sé ætlað að veita. Því hafi það verið niðurstaða PFS í hinni kærðu ákvörðun að tilboð kæranda bryti gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga.

3.

Úrskurðarnefnd fór þess á leit við Símann að skilað yrði umsögn vegna kærunnar og var frestur í því skyni veittur til 8. mars 2019, en fresturinn var framlengdur til 25. mars 2019 að beiðni Símans.

Í athugasemdum Símans kemur fram að fyrirtækið telji málið einfalt og sé sammála bæði niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar og athugasemdum PFS í málinu. Hins vegar vilji Síminn áréttta það sem komi fram í greinargerð kæranda, þar sem byggt sé á því að viðskiptavinur kæranda sem kjósi að hætta með ljósleiðaraþjónustu innan 12 mánaða greiði svo hóflegt gjald vegna eftirstöðva kaupverðs af Apple TV tækinu, að slíkt gjald hafi ekki bindingaráhrif. Í kjölfarið nefni kærandi hin fjölmörgu tilboð sem tíðkist á fjarskiptamarkaði sem feli í sér „fría“ þjónustu í t.d. þrjá mánuði. Síminn líti svo á að þessi almenna framkvæmd sem felist í svokölluðum frítilboðum sem séu ráðandi á fjarskiptamarkaði endurspegli skýr viðhorf neytenda um að greiða sem allra minnst fyrir fjarskiptaþjónustu og í því samhengi sé ljóst að jafnvel hóflegt uppsagnargjald feli í sér hindrun. Það sé því gríðarlega mikilvægt að fjarskiptafyrirtæki geti ekki hindrað frelsi neytenda með slíkum hætti sem kærandi hafi gert enda sé nú þegar gríðarlega erfitt, ef ekki ómögulegt, að fá neytendur til þess að skipta um fjarskiptafyrirtæki án þess að gefa þeim gulrót fyrir.

Verði niðurstöðu PFS hafnað áréttar Síminn fyrrnefnd sjónarmið í upphaflegu máli um að vernd 37. gr. fjarskiptalaga verði að engu, fái fjarskiptafélög að fela uppsagnargjöld í afsláttarkjörum á öðrum vörum sínum og takmarka hreyfanleika og frelsi neytenda á þeim forsendum að gjaldið sé hóflegt. Til þess að fylgja markmiðum laganna og verja hagsmuni neytenda sé nauðsynlegt að taka fyrir með afgerandi hætti að umrædd háttsemi sé ólögmat.

4.

Greinargerðir PFS og Símans voru sendar til kæranda til upplýsingar og kæranda gefinn kostur á að gera athugasemdir við þær fyrir 4. apríl 2019. Að beiðni kæranda var tvívegis veittur viðbótarfrestur til þess að skila athugasemdum, annars vegar til 17. apríl 2019 og

hins vegar til 26. apríl 2019. Viðbótarathugasemdir voru móttæknar að fresti loknum, hinn 29. apríl 2019.

Kærandi telur ekkert koma fram í athugasemdum Símans eða PFS sem haggi sjónarmiðum hans. Kjarni málsins sé einfaldur. Í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að tilboð kæranda brjóti gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, en það ákvæði banni fjarskiptafyrirtæki að binda viðskiptavin í viðskipti um lengri tíma en 6 mánuði. Óumdeilt sé í málinu að tilboð hafi ekki falið ekki í sér neina beina samningsbindingu. Niðurstaða PFS byggir á því mati stofnunarinnar að ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga banni, til viðbótar við beina samningsbindingu samkvæmt orðalagi ákvæðisins, eitthvað sem PFS kalli óbeina samningsbindingu. Að mati kæranda er ekki stöð fyrir þessu mati að finna í lagaákvæðinu sjálfu eða lögskýringargögnum með því.

Með vísan til framangreinds sé brýnt að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Tilgangur kæruleiða sé m.a. að úrskurðarnefnd gæti þess að ekki séu teknar ákvarðanir á lægra stjórnarsýslustigi fjarskiptamála sem uppfylli ekki grundvallarkröfur um skýra lagastoð og vandaða málsmeðferð. Í hinni kærðu ákvörðun freistist PFS til að víkka verulega út bannreglur fjarskiptalaga og gefa þeim efnislegt inntak langt umfram það sem löggjafinn hafi ákveðið við setningu laganna. Slíkt sé ekki á verksviði PFS. Bannreglur fjarskiptalaga eigi þar fyrir utan fremur að sæta þröngri skýringu en rúmri. Hvað sem öðru líði fáist það ekki staðist að PFS komist að niðurstöðu um að tilboð kæranda hafi haft einhver óbein bindingaráhrif á neytendur án þess að slík ætluð áhrif hafi verið rannsökuð eða leidd í ljós með neinum hætti.

Kærandi bendir á að PFS byggir á því að stofnunin hafi beitt markmiðsskýringu í hinni kærðu ákvörðun. Hér kristallist sú ranga braut sem stofnunin fylgi í ákvörðuninni. Enginn ágreiningur sé um að samkvæmt 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga sé óheimilt í samningi að kveða á um lengri binditíma áskrifenda en sex mánuði og þau lögskýringargögn sem PFS vísi til lúti öll að þessu inntaki ákvæðisins. Með tilliti til hagsmuna neytenda hafi löggjafinn ákveðið að þjónustuveitandi megi ekki binda viðskiptavin í samningi um lengri tíma en 6 mánuði. Það sé vegna þess að á meðan að viðskiptavinur er bundinn af samningi um að greiða fyrir tiltekna þjónustu til eins þjónustuveitanda sé hann ekki líklegur til að hefja viðskipti um sömu þjónustu við annan aðila. Þótt samningsbinding af þessu tagi takmarki því augljóslega hreyfanleika neytenda og frelsi þeirra til að velja sér þjónustuveitanda, t.d. eftir þeim tilboðum sem þeir setja fram á hverjum tíma, þá sé hún samt heimil svo lengi sem hún standi ekki lengur en í 6 mánuði. Lengra ná ákvæðið ekki.

Það sé óumdeilt að í tilboði kæranda hafi viðskiptavinur ekki verið bundinn til að eiga nein viðskipti við hann. Viðskiptavinur hafi haft fullt frelsi og svigrúm til að velja sér þjónustuveitanda vegna internetþjónustu. Tilboðið hafi hins vegar falið í sér hvatningu til viðskiptavinar, í formi afsláttar af verði Apple TV tækis um að vera lengur fremur en skemur í viðskiptum við kæranda. Allir viðskiptavinir hafi hins vegar fengið afslátt af verði tækisins. Viðskiptavinur sem hafi verið í viðskiptum við kæranda um internetþjónustu í einn mánuð fékk afslátt af verði tækisins en afslátturinn var meiri eftir því sem viðskiptavinur var lengur í viðskiptum við Nova, allt þar til hámarksafslætti var náð.

Aðalatriðið sé að tilboðið skerti ekki möguleika eða frelsi viðskiptavinarins til að velja sér þjónustuveitanda á nokkurn hátt. Engar hindranir hafi verið á uppsögn og engin samningsskuldbinding um viðskipti. Með vísan til þessa sé einfaldlega ekki hægt að samþykkja að hagsmunir neytenda hafi á nokkurn hátt verið skertir með tilboðinu og í öllu falli sé tilboðið ekki í ósamræmi við ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga.

Bendir kærandi á að PFS fallist á að ekki sé ágreiningur um það sjónarmið kæranda að ef einungis sé lítið til orðalags ákvæðisins, þá brjóti tilboð kæranda ekki gegn því, þar sem að eiginlegur samningur sé ekki fyrir hendi sem að fari umfram hinn lögmælt hámarksbinditími. Þetta sé kjarni málsins. Neytendaverndin sem búi að baki ákvæðinu gangi út á að takmarka þann tíma sem binda megir viðskiptavinir í samningi við þjónustuveitanda. Sama megir segja um tilganginn að baki 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga eða aðrar fjarlægari heimildir og lögskýringargögn sem PFS vitni til. Þau gögn verði ekki túlkuð þannig að það raski hagsmunum neytenda að gefa þeim mismikinn afslátt við kaup á notendabúnaði eftir því hvort viðskiptavinir sé lengur fremur en skemur í viðskiptum við seljanda. Þaðan af síður verði gögnin túlkuð á þann veg að ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga banni tilboð sem felur ekki í sér neina samningsbindingu um viðskipti.

PFS fjalli einnig um málsmeðferð stofnunarinnar og mat á áhrifum tilboðs kæranda. Að mati kæranda eru athugasemdir PFS um málsmeðferðina almennar og haggja ekki sjónarmiðum kæranda. Þá sé því haldið fram af hálfu PFS að misskilnings gæti hjá kæranda. Athugun PFS hafi ekki lotið að því hvort tilboð kæranda hefði haft áhrif á neytendur eða raskað samkeppni heldur hvort tilboðið væri til þess fallið að hafa áhrif á frelsi neytenda til að skipta um fjarskiptafyrirtæki. Kærandi kveður ekki hafa verið um misskilning að ræða hvað þetta varði. Í hinni kærðu ákvörðun hafi hvorki verið rannsakað hvort tilboð kæranda hefði í reynd skaðleg áhrif á neytendur eða samkeppni né heldur hvort það væri til slíks fallið.

PFS vísi til 10 ára gamalla skoðanakannanna BEREC sem ekki hafi tekið til kringumstæðna þessa máls, þess markaðar sem málið varði eða kringumstæðna að öðru leyti hér á landi, hvað varði viðhorf neytenda eða áhrif á samkeppni. PFS dragi órökstuddar ályktanir af framangreindum gögnum, fullyrði m.a. að af könnuninni megir ráða að það sé almennt viðhorf evrópskra neytenda að ef enginn kostnaður falli til við þjónustuflutning þá séu neytendur líklegri til að skipta um þjónustufyrirtæki. Í tilviki tilboðs kæranda falli enginn kostnaður til við að viðskiptavinur flytji viðskipti frá kæranda til annars þjónustuveitanda. Í hinni kærðu ákvörðun sé ekki á neinn hátt rökstutt að minni eða meiri afsláttur af kaupum á Apple TV tæki sé jafngildi kostnaði í skilningi framangreindrar BEREC könnunar.

Í athugasemdum PFS beri einnig svo við að lítið sé gert úr þýðingu umfjöllunar PFS í hinni kærðu ákvörðun um markaði málsins, stöðu aðila á markaði og tengd atriði. Virðist því haldið fram að þessi atriði hafi ekki haft neina þýðingu fyrir niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar og því hafi ekki þurft að fjalla um þessi atriði með fullnægjandi hætti. Þetta sé í mótsögn við ákvörðunina sjálfa. Hin kærða ákvörðun sé reist á þeirri forsendu að tilboð kæranda hafi verið til þess fallið að raska samkeppni. Rökstuðningur PFS fyrir þeirri

ályktun sé hins vegar með öllu ófullnægjandi enda byggir hann ekki á neinni rannsókn. Í þessu samhengi tekur kærandi einnig fram að þegar metið sé hvort vöndull, þ.e. afsláttur af vöru eða þjónustu sem tengdur er kaupum á annarri vöru eða þjónustu, hafi skaðleg áhrif á hagsmuni neytenda eða á samkeppni þá þurfi að skilgreina með vönduðum hætti þá markaði sem vöndullinn tengist og stöðu fyrirtækja á þeim markaði. Rökstyðja þurfi með vísan til haldbærra gagna og sjónarmiða að vöndull geti haft samkeppnishamlandi áhrif, að teknu tilliti til þeirra raunverulegu kringumstæðna sem einkenna þann eða þá markaði sem málið varði. Á framangreint skorti í hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi bendir einnig á að hann telji það vera rangfærslu sem komi fram í hinni kærðu ákvörðun, þar sem segi að umrætt tilboð feli í sér að neytandinn njóti ekki lengur ávinnings ef hann skipti um þjónustuveitanda. Allir viðskiptavinir sem hafi nýtt sér tilboðið hafi notið ávinnings, þótt hann væri mismikill eftir því hvort viðskiptavinir hafi kosið að vera lengur eða skemur í viðskiptum við kæranda og enginn var bundinn með samningi eða á annan hátt í viðskipti við kæranda.

Hvað sjónarmið Símans varði tekur kærandi fram að hann sé sammála því að óhætt sé að fullyrða að neytendur vilji almennt séð borga sem minnst fyrir þjónustu. Megi raunar fullyrða að það gildi um alla vöru og þjónustu. Kærandi mótmælir því að tilboð hans hafi falið í sér uppsagnargjald. Bendir kærandi á að það sé verkefni Samkeppniseftirlitsins að meta hvort tilboð, vöndlar eða aðrir þessháttar viðskiptahættir hafi skaðleg áhrif á samkeppni og þar með hagsmuni neytenda.

Kærandi áréttar að sú skýra og einfalda regla sem felist í 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, þ.e.a.s. að óheimilt sé að binda viðskiptavin með samningi um kaup á fjarskiptaþjónustu til lengri tíma en sex mánaða, byggir á því löggjafarsjónarmiði að slíkir samningshættir hefti frelsi neytenda um of og hafi almennt séð skaðleg áhrif á samkeppni milli þjónustuveitenda. Óumdeilt sé að þessar kringumstæður séu ekki fyrir hendi í málinu. Mat á því hvort óbindandi tilboð þjónustuveitanda, sem veiti viðskiptavin mismikinn afslátt af kaupum á tæki eftir því hvort hann sé lengur eða skemur í viðskiptum við seljanda um óskylda þjónustu, krefjist vandaðrar rannsóknar enda sé þar um flóknara atriði að ræða heldur en einfalda samningsskuldbindingu um viðskipti. Tekur kærandi fram að ef það hefði verið vilji löggjafans að hafa jafn víðtækt gildissvið á ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga eins og PFS leggi til grundvallar hefði verið unnt að hafa ákvæðið þannig að það tæki til tilboðs eins og deilt sé um í málinu. Það hafi löggjafinn ekki gert og ekki sé vitað til þess að lög annarra ríkja eða ESB geri það heldur.

IV. Niðurstöður

1.

Mál þetta má rekja til kvörtunar Símans yfir auglýsingu kæranda, þar sem auglýst var svokallað Apple TV tæki á afslætti. Líkt og greint hefur verið frá þá var afslátturinn meiri eftir því sem kaupandi var lengur með ljósleiðaraáskrift hjá kæranda og var hann mestur ef kaupandi var í 12 mánuði með slíka áskrift. Í kvörtun Símans kom fram að félagið teldi tilboðið brjóta í bága við 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga þar sem kveðið er á um að óheimilt

sé í áskriftarsamningum að kveða á um lengri binditíma áskrifenda en til 6 mánaða. Þá var það niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að kærandi hefði með umræddu tilboði brotið í bága við framangreint ákvæði.

Kærandi byggir kröfu sína um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar meðal annars á því að tilboðið brjóti ekki gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, enda hafi ekki verið skilyrði að viðskiptavinir væru í áskrift í tiltekinn tíma til þess að fá að kaupa Apple TV tæki á afslætti. Hins vegar hafi verið ákveðinn hvati til þess að vera lengur fremur en skemur í viðskiptum við kæranda, þar sem afslátturinn af tækinu var meiri eftir því sem viðkomandi var lengur í áskrift hjá kæranda.

PFS krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar. Stofnunin byggir m.a. á því að tilboðið samrýmist ekki 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, með hliðsjón af markmiðum ákvæðisins, þar sem það geti verið ákveðin flutningshindrun fyrir neytendur. PFS telur sig hafa sýnt fram á að hin kærða ákvörðun eigi sér stoð í lögum þegar horft sé til hlutverks stofnunarinnar, sem sé m.a. að stuðla að og tryggja neytendavernd, sem og þegar litið sé til þeirra lögskýringargagna og sjónarmiða sem vísað hafi verið til í hinni kærðu ákvörðun. Leiki því enginn vafi að mati PFS á að hin kærða ákvörðun um að tilboð kæranda færi gegn 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga hafi byggt á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum.

Síminn krefst einnig staðfestingar hinnar kærðu ákvörðunar og bendir m.a. á að til þess að fylgja markmiðum fjarskiptalaga og verja hagsmuni neytenda sé nauðsynlegt að taka fyrir með afgerandi hætti að umrædd háttsemi kæranda sé ólögmæt.

Úrskurðarnefndin vísar til umfjöllunar að framan um málsástæður og sjónarmið aðila málsins og byggir niðurstaða úrskurðarnefndarinnar í máli þessu á mati á þeim, ásamt fyrirbyggjandi gögnum og lagarökum.

2.

Rétt er að líta til helstu laga og reglugerðaákvæða sem gilda um það álitamál sem uppi er í máli þessu.

Markmið fjarskiptalaga, nr. 69/2003, er að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna.

Í 9. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, segir að komi upp deilur milli fyrirtækja sem reka almenn fjarskiptanet eða veita almenna fjarskiptaþjónustu eða milli póstrekenda um skyldur sem leiðir af lögum um fjarskipti eða lögum um pósthjónustu geti deiluaðili beint málinu til Póst- og fjarskiptastofnunar. Póst- og fjarskiptastofnun skuli leita sátta með aðilum. Náist ekki samkomulag skuli skorið úr ágreiningi með ákvörðun eins fljótt og við verður komið og eigi síðar en innan fjögurra mánaða nema sérstaklega standi á.

Í 37. gr. fjarskiptalaga, nr. 81/2003, er fjallað um viðskiptaskilmála. Í 1. mgr. ákvæðisins er fjallað um það sem m.a. skuli koma fram í samningi áskrifenda við fjarskiptafyrirtæki.

Í 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga segir að óheimilt sé í samningi að kveða á um lengri binditíma áskrifenda en sex mánuði. Eftir þann tíma sé áskrifanda heimilt að segja upp samningi með eins mánaðar fyrirvara. Ákveði áskrifandi að færa viðskipti sín til annars fjarskiptafyrirtækis skuli vera tryggt að þjónustuflutningur gangi greiðlega fyrir sig. Þá segir að Póst- og fjarskiptastofnun geti sett nánari reglur um þjónustuflutning.

Í 3. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga segir að áskrifendur á einstaklingsmarkaði skuli eiga rétt á því að segja samningum fyrirvaralaust upp án greiðslu skaðabóta þegar þeir fá tilkynningu um fyrirhugaða breytingu á samningsskilmálum. Áskrifendum á einstaklingsmarkaði skuli veittur a.m.k. eins mánaðar uppsagnarfrestur áður en breytingar taka gildi og skulu þeir jafnframt upplýstir um rétt sinn til að segja upp samningi að skaðlausu vilji þeir ekki samþykkja hina nýju skilmála.

Í 4. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga segir að fjarskiptafyrirtæki skuli fyrir gildistöku nýrra eða breyttra skilmála eða gjaldskrár senda Póst- og fjarskiptastofnun skilmála eða gjaldskrá til upplýsingar á því formi sem stofnunin ákveður. Stofnuninni sé heimilt að krefjast breytinga á skilmálum eða gjaldskrá fyrirtækis ef efni þeirra þykir brjóta í bága við fjarskiptalög.

Í 5. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga segir að fjarskiptafyrirtæki skulu birta viðskiptaskilmála og gjaldskrá fyrir alla þjónustu sína á aðgengilegan hátt.

Ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga kom inn með breytingu á fjarskiptalögum nr. 39/2007. Fram kemur í greinargerð með frumvarpinu að ákvæðinu sé ætlað að styrkja neytendavernd. Þar er lagt til að kveðið verði á um sex mánaða hámarksbinditíma sem heimilt verði að semja um í samningi milli fjarskiptafyrirtækis og áskrifenda. Tilgangur þess er að liðka fyrir samkeppni og auka neytendavernd. Eins er lagt til að áskrifendur geti ávallt að skaðlausu sagt upp samningi með eins mánaðar fyrirvara að loknum hugsanlegum binditíma.

Samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga, nr. 37/1993, skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Mál telst nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun.

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

Samkvæmt lögmætisreglu stjórnsluréttar verða ákvarðanir stjórnvalda að eiga sér stoð í lögum og þær mega ekki vera í andstöðu við lög.

Samkvæmt 1. mgr. 8. gr. reglugerðar, nr. 617/2010, um númera- og þjónustuflutning í almennum fjarskiptanetum segir að fjarskiptafyrirtækjum sem veita talsímaþjónustu, farsímaþjónustu og/eða IP fjarskiptaþjónustu sé aðeins heimilt að hafna beiðni rétthafa númers/tengingar um númera- og þjónustuflutning ef rétthafi númers/tengingar hafi

bundið sig með samningi sem uppfylli skilyrði fjarskiptalaga um hámarksbinditíma, í viðskipti við það fjarskiptafyrirtæki sem óskað er eftir flutningi frá.

3.

Í máli þessu er deilt um hvort að tilboð kæranda á svokölluðu Apple TV tæki hafi brotið í bága við 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga. Líkt og ítarlega er rakið í málavaxtakafli fól tilboðið í sér að kaupendur á Apple TV tæki fengu afslátt af tækinu, væru þeir með áskrift á ljósleiðara hjá kæranda. Sá afsláttur var hærri eftir því sem kaupandi var lengur í áskrift hjá kæranda, en afslátturinn var mestur ef kaupandi var með áskriftina í 12 mánuði. Vildi kaupandi hætta með ljósleiðaraáskrift hjá kæranda innan 12 mánaða þurfti hann að endurgreiða hluta af þeim afslætti sem hann hafði fengið á Apple TV tækinu í réttu hlutfalli við þá mánuði sem hann átti eftir af 12 mánaða tímabilinu.

Í 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga segir að óheimilt sé í samningi að kveða á um lengri binditíma áskrifenda en sex mánuði. Þá segir að eftir þann tíma sé áskrifanda heimilt að segja upp samningi með eins mánaðar fyrirvara. Einnig segir að ákveði áskrifandi að færa viðskipti sín til annars fjarskiptafyrirtækis skuli vera tryggt að þjónustuf lutningur gangi greiðlega fyrir sig.

Það er óumdeilt í máli þessu að tilboð kæranda fól ekki í sér að tilboðshafar væru skuldbundnir til þess að vera í ljósleiðaraáskrift hjá kæranda í tiltekinn tíma. Hins vegar var um það að ræða að tiltekinn kaupandi fékk minni afslátt af tiltekinni vöru sem hann keypti hjá kæranda ef hann hætti í ljósleiðaraáskrift innan 12 mánaða. Úrskurðarnefndin tekur undir það með PFS að túlka verði ákvæði 37. gr. fjarskiptalaga í heild, en í því sambandi telur nefndin jafnframt ljóst að ákvæðið tekur einvörðungu til viðskiptaskilmála. Þegar horft er til annarra málsgreina 37. gr. fjarskiptalaga, er enn fremur ljóst að PFS gerði ekki kröfu um að kærandi sendi PFS skilmála hins umdeilda tilboðs, til upplýsingar, líkt og skylt er skv. 4. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, enda ljóst að skilmálar tilboðsins fólu ekki í sér breytta viðskiptaskilmála áskrifanda. Þeir skilmálar sem tilboð kæranda kvað á um voru vegna kaupa á tiltekinni vöru, þó svo að þeir hafi vissulega tengst áskriftarsamningi kaupandans að ákveðnu leyti, líkt og rakið hefur verið að framan.

Að mati úrskurðarnefndarinnar tekur ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga samkvæmt orðanna hljóðan einungis til þess tilviks að kveðið sé á um í áskriftarsamningi binditíma áskrifenda í lengri tíma en sex mánuði, en það á ekki við í máli þessu. Í þessu sambandi er bent á að 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga er skýr og að mati úrskurðarnefndarinnar er ekki um matskennt lagaákvæði að ræða. Þá er ljóst að umrætt ákvæði er íþyngjandi í garð fjarskiptafyrirtækja, þar sem samningsfrelsi þeirra er takmarkað, en í því sambandi verður einnig að horfa til meðalhöfsreglu stjórnarsýsluréttar, sbr. 12. gr. stjórnarsýslulaga, nr. 37/1993.

Úrskurðarnefndin fellst þannig ekki á sjónarmið PFS um að beita skuli svo rúmri túlkun á ákvæði 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga, líkt og gert er í hinni kærðu ákvörðun. Verður þannig

ekki lagt í hendur stofnunarinnar að túlka hið umdeilda ákvæði með svo rúmunum hætti svo sem gert er í hinni kærðu ákvörðun, þrátt fyrir að neytendasjónarmið hafi legið að baki þeirri túlkun. Í því sambandi bendir úrskurðarnefndin á að hið umdeilda tilboð kæranda er að mati úrskurðarnefndarinnar ekki augljóslega andstætt hagsmunum neytenda eða til þess fallið að raska virkri samkeppni.

Með vísan til alls framangreinds telur úrskurðarnefndin að hin kærða ákvörðun eigi sér ekki fullnægjandi lagastoð í 2. mgr. 37. gr. fjarskiptalaga og verður því að fella hana úr gildi.

Með vísan til framangreindrar niðurstöðu úrskurðarnefndar greiðist málskostnaður 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. Þá skal kærandi fá endurgreitt málsskotsgjald að fjárhæð 150.000 kr., sbr. 6. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, nr. 36/2009.

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. 27/2018, um tilboð Nova á Apple TV 4K með ljósleiðara, er felld úr gildi.

Málskostnaður að fjárhæð 1.620.000 kr. greiðist úr ríkissjóði. Endurgreiða skal kæranda málsskotsgjald, að fjárhæð 150.000 kr.

Reykjavík, 21. júní 2019

Þórður Bogason

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring