



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 16/2019

**Meint brot Sýnar hf. gegn bannákvæði
5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga**

(Mál nr. 2018070041)

20. júní 2019

Efnisyfirlit

1.	Inngangur	5
2.	Málavextir	6
2.1.	Kvörtun Símans um meint brot Sýnar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	6
2.1.1.	Almennt	6
2.1.2.	Áskriftarveitan Vodafone Play og Stöð2 Maraþon	8
2.1.3.	Áskriftarveitan Cirkus	10
2.1.4.	Leigan	10
2.1.5.	Erlendar endurvarpsrásir	10
2.1.6.	Niðurlag	11
2.2.	Tölvupóstur Símans til PFS	11
2.3.	Andmæli Sýnar við kröfum Símans	12
2.3.1.	Almennt	12
2.3.2.	Lokuð viðskiptastefna Símans og opin viðskiptastefna Sýnar	12
2.3.3.	Um nánari aðgreiningu málanna	12
2.3.4.	Leigan og erlent endurvarp	13
2.3.5.	Um Stöð 2 Maraþon og Cirkus	14
2.3.6.	Nánar um Vodafone Play appið og OTT lausn Símans	15
2.3.7.	Míla/Síminn og GR	16
2.3.8.	Um jafnræðisreglu stjórnsýslulaga	16
2.3.9.	Niðurlag	17
2.4.	Tölvupóstur PFS til Símans	18
2.5.	Athugasemdir Símans við andmæli Sýnar	18
2.5.1.	Inngangur	18
2.5.2.	Frekari aðgerðir Sýnar	19
2.5.3.	Athugasemdir vegna umfjöllunar Sýnar	21
2.5.4.	Niðurlag	23
2.6.	Tölvupóstur PFS til Sýnar	23
2.7.	Umsögn Sýnar við sjónarmið og kröfur Símans	23
2.7.1.	Inngangur	23
2.7.2.	Þau atriði sem Síminn telur leiða til brota á 5. mgr. 45. gr.	26
2.7.3.	Vodafone Play appið	28
2.7.4.	Um Leiguna og erlent endurvarp	29

2.7.5.	Niðurlag	29
2.8.	Tölvupóstur Símans til PFS.....	29
2.9.	Tölvupóstur PFS til Sýnar – Fyrirspurn	31
2.10.	Fyrirspurn PFS til Sýnar	32
2.11.	Viðbrögð Sýnar við tölvupósti Símans frá 12. desember 2018.....	32
2.11.1.	Inngangur	32
2.11.2.	Um markpóst þann sem nýjasta kvörtun Símans lyti að.....	33
2.11.3.	Svar við spurningum PFS.....	35
2.11.4.	Niðurlag.....	37
2.12.	Ítrekuð fyrirspurn PFS til Sýnar og skýringa óskað	37
2.13.	Svör Sýnar við fyrirspurn PFS.....	38
2.14.	Lokaathugasemdir Símans.....	40
3.	Lagaumhverfi.....	42
3.1.	Almennt um fjölmiðlalög.....	42
3.2.	Almennt um ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga	44
3.3.	Ákvæði um flutningsskyldu, flutningsrétt og bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki	47
3.4.	Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds	48
3.5.	Viðurlagaákvæði	49
4.	Úrlausnir PFS, úrskurðarnefndar og dómstóla í tengslum við mál þetta.....	52
4.1.	Ákvörðun PFS nr. 19/2012 – Ágreiningur Vodafone og RÚV	52
4.2.	Ákvörðun PFS nr. 30/2015 – Ágreiningur Vodafone og Símans um línulega og ólínulega myndmiðlun - Frávísun	53
4.3.	Ákvörðun PFS nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	53
4.4.	Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	60
4.5.	Úrskurður héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-1676/2017 – Gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	62
4.6.	Ákvörðun PFS nr. 13/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu	63
4.7.	Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu	64
4.8.	Ákvörðun PFS nr. 10/2018 um brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga	64
4.9.	OTT dreifileið Símans.....	67
5.	Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar.....	67

5.1.	Almennt um ágreining málsins	67
5.2.	Áskriftarveitan Vodafone Play/Stöð 2 Maraþon og Cirkus	69
5.3.	Leigan.....	71
5.4.	Erlendar endurvarpsrásir	72
5.5.	IP dreifingargjald.....	73
5.6.	Meintar ólögmætar markaðsaðgerðir Sýnar	73
5.7.	Meint brot Sýnar á 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.....	74
5.8.	Samandregin niðurstaða	74
Á k v ö r ð u n a r o r ð.....		76

1. Inngangur

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

(2) Aðilar að málinu eru tveir, þ.e. Síminn hf. (Síminn) og Sýn.

(3) Sýn stundar bæði fjarskiptastarfsemi og starfrækir fjölmiðlaveitu. Vodafone, sem var forveri félagsins, starfrækti ólínulegu efnisveituna Vodafone Play frá apríl 2015, auk þess sem félagið keypti á árinu 2017 tiltekna eignir og rekstur 365 miðla ehf., þ.m.t. sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2 og Stöð 2 Sport og ólínulegu efnisveituna Stöð 2 Marabon. Gengu kaupin formlega í gegn þann 1. desember 2017 og fékk félagið þá nafnið Sýn. Þá starfrækir félagið einnig IPTV sjónvarpsdreifikerfi í samkeppni við Símann. Sýn og Síminn eru því samkeppnisaðilar bæði á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði. Þess má geta að vægi IPTV við sjónvarpsdreifingu hér á landi er gríðarlega mikið og sú langmesta í Evrópu. Yfir 70% heimila hér á landi nýta sér slíka tækni og fór hlutfallið síhækkandi allt til ársins 2017, en örlítill fækkun átti sér stað á árinu 2018. Þessi þróun hefur átt sér stað þrátt fyrir tilkomu OTT tækni við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum.

(4) Síminn heldur því fram að Sýn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem félagið veitti eða hefði á ákveðnum tímamörkum einungis veitt aðgang að ólínulegu myndefni þess í gegnum eigið IPTV fjarskiptakerfi. Þ.á.m. að efnisveitunni Vodafone Play frá og með 14. apríl 2015, eða rúmum 5 mánuðum áður en Síminn gerði breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni og hóf m.a. að bjóða upp á efnisveituna Sjónvarp Símans Premium. Sýn hefði ekki haft frumkvæði að því að bjóða lausnina til annarra fyrirtækja á markaðnum. Þá hefði Sýn ekki sett appið „Vodafone Play“ á markað fyrr en löngu seinna eða í desember 2015. Að mati Símans hefði það app auk þess verið ófullnægjandi þar sem ekki hefði verið hægt að kaupa áskrift af efnisveitunni í gegnum appið eingöngu. Ennfremur brytu ýmsar markaðsaðgerðir Sýnar á síðustu misserum að mati Símans í bága við umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem og IP dreifingargjald sem virtist eingöngu lagt á viðskiptavinum fjölmiðlaveitu Sýnar sem væri á IPTV kerfi Símans.

(5) Þá tók Síminn fram að í maí 2018 hefði Sýn sameinað Vodafone Play og efnisveituna Stöð 2 Maraþon. Þó svo að síðarnefnda þjónustan hefði ávallt verið í boði í Sjónvarpi Símans, þegar hún var á vegum 365, þá væri nú takmarkaðra efni í boði í Stöð 2 Maraþon í Sjónvarpi Símans en Sjónvarpi Vodafone, þrátt fyrir að áskriftargjaldið væri það sama. Þá hefði Sýn hafið að selja aðgang að efnisveitunni Cirkus þann 8. júlí 2015, eingöngu á fjarskiptakerfi Sýnar. Óljóst væri hvort appið byði upp á að viðskiptavinur gæti notað Cirkus án þess að vera með myndlykil, en slíkt hefði ekki verið raunin að mati Símans í upphafi. Þá byði Sýn upp á leigu á stökum titlum gegn gjaldi í „Leigunni“. Það væri ólínuleg myndmiðlun sem eingöngu væri aðgengileg á IPTV kerfi Sýnar. Ennfremur seldi Sýn ýmsar erlendar rásir í pakka (erlendar endurvarpsrásir), sem sumar væru aðgengilegar í Sjónvarpi Símans, en fjölmargar væru aðeins aðgengilegar í gegnum myndlykil Sýnar.

(6) Sýn hafnar því að hafa brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Kvaðst félagið fylgja opinni viðskiptastefnu ólíkt þeirri lokuðu viðskiptastefnu (e. walled garden) sem Síminn ástundaði og hefði í ákvörðun PFS nr. 10/2018 verið talin fela í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hin opna viðskiptastefna Sýnar hefði það markmið að efni félagsins yrði sýnt á sem flestum dreifileiðum. Sem lið í því hefði félagið t.a.m. þróað app samhliða því að áskriftarveitan Vodafone Play hefði verið sett á laggirnar. Appið hefði verið komið í virkni í desember 2015. Sýn beindi því ekki viðskiptavinum að tengdu fjarskiptafyrirtæki heldur dreifði efni sínu sem víðast og gildi þá einu hvort um væri að ræða undirliggjandi fjarskiptanet GR eða Mílu, sem dæmi. Grundvallarmunur væri því á hegðun Símans og Sýnar.

(7) Þá kom fram í máli Sýnar að félagið hefði, ólíkt Símanum, aldrei synjað neinum um aðgang að ólínulegu efni Sýnar, auk þess sem Síminn hefði aldrei óskað eftir aðgangi að efnisveitum á borð við Vodafone Play, Cirkus eða Leigunni, né aðgangi að erlendum endurvarpsrásum. Í bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæti augljóslega ekki falist skylda til að beina viðskiptum til fyrirtækja sem ekki hefðu óskað eftir viðskiptum og jafnvel hafnað þeim. Frá því í maí 2018 hefðu viðskiptavinir Símans getað notið þeirrar þjónustu sem fólst í Vodafone Play, eftir að sú efnisveita rann inn í Stöð 2 Maraþon. Umkvörtun Símans væri því í öllu falli úrelt.

2. Málavextir

2.1. Kvörtun Símans um meint brot Sýnar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

2.1.1. Almenn

(8) Með bréfi Símans til PFS, dags. 13. júlí 2018, lagði félagið fram kröfu um að stofnunin legði stjórnvaldssekt á Sýn vegna brots félagsins á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018 og með vísan til 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

(9) Grundvöllur kvörtunarinnar væri að PFS gætti samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti gagnvart Símanum og Sýn. Framangreind ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði bindandi réttaráhrif. Af því leiddi að PFS gæti ekki látið undir höfuð leggjast að komast að sömu niðurstöðu um sams konar háttsemi Sýnar og gert hefði verið í tilvitnaðri ákvörðun um háttsemi Símans. Hafnaði PFS kröfu Símans nyti félagið ekki samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti gagnvart Sýn, sem fæli í sér brot gegn 11. gr. stjórnsýslulaga.

(10) Samkvæmt niðurstöðu PFS þá væri það brot á fjölmiðlalögum ef fyrirtæki dreifði myndefni aðeins í gegnum eigið IPTV fjarskiptakerfi. Þessari afstöðu bæri stjórnvaldinu að framfylgja jafnt gagnvart öllum, sérstaklega gagnvart Sýn, sem væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarps (70-75%) og markaði fyrir áskriftarsjónvarp (65-70%), sbr. niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 43/2017. Síminn væri hins vegar með undir 30% á framangreindum mörkuðum. Í ákvörðun PFS hefði m.a. verið ágreiningur um það hvort Sýn, sem væri ráðandi á efniskaupamarkaði, ætti rétt á því að fá aðgang að myndefni sem Síminn hefði keypt, m.a. til þess að stunda samkeppni við Sýn.

(11) Niðurstaða PFS hefði verið sú að það hefði engu breytt um meint brot Símans hvort Síminn hefði samið við Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR), sem þýddi að það hefði haft takmarkaða ef einhverja þýðingu í málinu hvort Síminn væri að beina eða ekki beina viðskiptum að dótturfélaginu Mílu. Meira að segja hefði PFS haldið því fram að það hefði verið verra fyrir Sýn ef Síminn hefði samið við GR. Með öðrum orðum virtist afstaða PFS vera sú að það hefði ekki haft neina þýðingu hvort IPTV fjarskiptabjónusta væri veitt um aðgangsnnet í eigu sama fyrirtækis eða ekki, heldur hefði niðurstaðan verið sú að það hefði verið verra ef Síminn hefði samið við GR. Eins undarlegt og það kynni að hljóma, hefði PFS talið það verra að Sýn fengi aukna samkeppni frá Símanum. Aðalatriðið í niðurstöðu PFS hefði verið hvort fjölmiðlaveita afhenti aðeins myndefni í gegnum IPTV fjarskiptakerfi eigin fyrirtækis eða ekki. Þrátt fyrir áhuga PFS á samningaviðræðum Símans og GR þá hefði niðurstaðan á endanum verið sú að þær samningaviðræður hefðu litla sem enga þýðingu haft við mat á því hvort brot hefði átt sér stað eða ekki.

(12) Niðurstaða PFS hefði verið sú að meint brot Símans hefði verið fullframið 1. október 2015 og stæði enn yfir.

(13) Sýn hefði fagnað niðurstöðunni og talið hana vera réttmæta, sem gæfi til kynna að Sýn væri sammála afstöðu PFS og þar af leiðandi túlkun PFS. Með öðrum orðum væri Sýn þeirrar skoðunar að fjölmiðlaveita mætti ekki bjóða upp á myndefni, línulegt eða ólínulegt, eingöngu í gegnum eigið IPTV fjarskiptakerfi. Óumdeilt væri að Sýn starfrækti eigið IPTV fjarskiptakerfi, og þótt það væri aðgengilegt um aðgangsnnet GR, þá væri það eftir sem áður IPTV fjarskiptakerfi Sýnar. Sýn seldi einnig myndefni um áskriftarstöðvar sem væru með línulegu og ólínulegu efni í einni áskrift, t.d. Stöð 2. Ennfremur áskriftarveitur sem væru eingöngu ólínulegar, t.d. Stöð 2 Marabon og Circus, auk erlendra endurvarpsrása sem væru bæði línulegar

og ólínulegar, ásamt því að vera með leigu þar sem hægt væri að fá leigt ólínulegt myndefni í stökum leigum, þ.e. Leigan.

(14) Í ljósi þessarar afstöðu PFS og Sýnar, og sér í lagi með vísan til jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga, gerði Síminn þá kröfu að PFS legði hæstu lögleyfðu sektir á Sýn vegna brota félagsins á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Fælust brot Sýnar í því að félagið veitti aðeins eða hefði aðeins veitt aðgang að myndefni þess í gegnum IPTV fjarskiptakerfi sama félags. Hefði umrædd háttsemi staðið yfir í lengri tíma en sú háttsemi sem PFS hefði sektað Símann fyrir með 9 milljón króna sekt. Ætlaði PFS að vera samkvæm sjálfri sér og fjalla um háttsemi fjarskiptafyrirtækja með sama hætti, yrði ekki hjá því komist að álíta Sýn brotlega gegn tilvitnuðu ákvæði fjölmiðlalaga, líkt og niðurstaðan hefði verið í tilviki Símans. Léti PFS hjá líða að komast að sömu niðurstöðu um sömu háttsemi tveggja fjarskiptafyrirtækja sem væru keppinautar á markaði væri um mismunun að ræða af hálfu stofnunarinnar. Gæti PFS vart komist að annarri niðurstöðu en þeirri að háttsemi Sýnar væri enn alvarlegri en háttsemi Símans þar sem félagið væri í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem málið varðaði.

2.1.2. Áskriftarveitan Vodafone Play og Stöð2 Marabon

(15) Þann 14. apríl 2015 hefði Sýn kynnt nýjung í íslensku sjónvarpi, þ.e. áskriftarveituna Vodafone Play. Í tilkynningu félagsins, þar sem þjónustan hefði verið kynnt, kom fram:

„Við kynnum Vodafone Play – fyrstu íslensku áskriftarveituna fyrir alla fjölskylduna í anda Netflix.“ (leturbr. Símans)

(16) Og ennfremur:

„Í Vodafone PLAY færðu ótakmarkaðan aðgang að miklu úrvali gæðasjónvarpsefnis fyrir eitt fast mánaðargjald. Þjónustan er aðeins í boði í Vodafone Sjónvarpi.“ (leturbr. Símans)

(17) Frá og með 14. apríl 2015 hefði þjónustan aðeins verið í boði í Vodafone Sjónvarpi, sem væri IPTV fjarskiptakerfi Sýnar. Þjónustan hefði ekki verið aðgengileg nema viðkomandi væri áskrifandi að Vodafone Sjónvarpi (IPTV) og því ekki aðgengileg sem OTT lausn eingöngu þegar þjónustan hefði farið í loftið. Sýn hefði ekki haft frumkvæði að því að bjóða lausnina til annarra fyrirtækja á markaðnum. Þótt Sýn hefði sett appið „Vodafone Play“ á markað löngu seinna þá hefði ekki verið mögulegt að kaupa áskrift í gegnum appið eingöngu þegar efnisveiturnar voru settar á markað. Sýn þyrfti að upplýsa hvort þessu hefði einhvern tímann verið breytt.

(18) Í upphafi árs 2015 hefði Sýn verið með um 30.000-35.000 IPTV viðskiptavinum. Í fjárfestakynningu Sýnar fyrir árið 2015 hefði Sýn sagt að það hefðu verið „Góðar viðtökur við Vodafone Play“. Í ársskýrslu Sýnar kæmi fram að hraður vöxtur hefði verið í fjölda áskrifenda að sjónvarpsþjónustunni Vodafone Play og í lok árs 2015

hefðu áskrifendur verið um 8.000 talsins, en meðalfjölgun hefði verið yfir 12% á mánuði frá því þjónustan hefði komið á markað.

(19) Í árslok 2017 hefði Sýn verið með um 50.000 viðskiptavinum með IPTV myndlykil og þar af væntanlega um 5.000-6.000 sem komið hefðu vegna kaupa Vodafone á 365. Því hefði aukning Sýnar á IPTV viðskiptavinum frá miðju ári 2015 aukist úr 30.000-35.000 upp í 45.000, þegar litið hefði verið framhjá þeim viðskiptavinum sem komið hefðu frá 365. Á sama tíma hefði viðskiptavinum Símans með IPTV þjónustu fjölgað um 2.000. PFS hefði talið þessa óverulegu aukningu Símans alvarlega. Að mati PFS hlýti því hin verulega aukning Sýnar að teljast verulega skaðleg.

(20) Á árinu 2015 hefði Sýn verið í markaðsráðandi stöðu fyrir dreifingu sjónvarps, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017 með 70-75% markaðshlutdeild. Samkeppniseftirlitið hefði í málsgrein 435 í ofangreindri ákvörðun sagt að svo há markaðshlutdeild benti til þess að Sýn væri í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði.

(21) Síminn væri hvorki markaðsráðandi á markaði fyrir dreifingu sjónvarps né heldur á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Á síðarnefnda markaðnum hefði 365 verið í markaðsráðandi stöðu fram að yfirtöku Sýnar og frá og með þeim tíma hefði Sýn verið í markaðsráðandi stöðu, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017. Þannig væri Sýn í markaðsráðandi stöðu á báðum þeim mörkuðum sem umrædda þjónusta félli undir. Til viðbótar væri Sýn með 50-55% markaðshlutdeild á efniskaupmarkaði.

(22) Staðreynd málsins væri sú að frá og með 14. apríl 2015, eða rúmum 5 mánuðum áður en Síminn hefði hafið að selja Sjónvarp Símans Premium, hefði Sýn byrjað að bjóða áskriftarveituna Vodafone Play, eingöngu í gegnum IPTV fjarskiptakerfi Sýnar. Með vísan til afstöðu PFS í ákvörðun nr. 10/2018 þá blasti við að PFS yrði óhjákvæmilega að sekta Sýn fyrir hærri upphæð en stofnunin hefði lagt á Símann, enda Sýn í umtalsvert sterkari stöðu á þeim mörkuðum sem háttsemin félli undir. Þann 14. apríl 2015 hefði brotið verið fullframið.

(23) Þá lægi það fyrir að í maí 2018 hefði Sýn sameinað þjónustuna Vodafone Play og Stöð 2 Marabon. Síðarnefnda þjónustan hefði ávallt verið í boði í Sjónvarpi Símans með sama hætti og hjá 365. Hins vegar kæmi nú fram á vefsíðu stod2.is að það væri takmarkaðra efni í boði í gegnum Stöð 2 Marabon á myndlyklum Símans heldur en annars staðar. Í spurt og svarað á umræddri vefsíðu segði:

„Já, þú getur keypt áskriftarpakka. Samt sem áður fá þeir viðskiptavinir sem eru með Sjónvarp Símans ekki aðgang að áskriftarveitunum Hopster og Cirkus, einnig verður efni í Marabon ekki allt aðgengilegt en það kemur til vegna leyfismála.“ (leturbr. Símans)

(24) Síminn hefði talið að þjónustan Stöð 2 Marabon væri nákvæmlega eins að efni til og því hefði þessi yfirlýsing komið félaginu nokkuð á óvart. Það væri ljóst að

viðskiptavinir með Vodafone Sjónvarp fengu meira efni í sömu þjónustu þótt viðskiptavinir með Sjónvarp Símans greiddu sama gjald. Það teldi Síminn vera mismunun sem fæli í sér að Sýn væri að beina viðskiptavinum í áttina að IPTV fjarskiptakerfi Sýnar, miðað við niðurstöðu PFS sem Sýn væri sammála.

2.1.3. *Áskriftarveitan Cirkus*

(25) Vodafone Play væri síðan ekki eina þjónustan sem Sýn hefði eingöngu selt í gegnum IPTV fjarskiptakerfi Sýnar. Þannig hefði Sýn byrjað að selja þjónustuna Cirkus þann 8. júlí 2015, þ.e. nokkrum mánuðum áður en Síminn hefði byrjað að selja Sjónvarp Símans Premium. Aftur væri ljóst að þann 8. júlí 2015 hefði brot Sýnar verið fullframið.

(26) Samkvæmt heimasíðu Sýn á þeim tíma hefði komið fram að gagnvirka áskriftarveitan Cirkus væri í boði fyrir alla viðskiptavini Vodafone Sjónvarps. Þannig léki enginn vafi á því að skilyrði fyrir því að fá aðgang að Cirkus hefði verið að viðkomandi væri með áskrift að IPTV fjarskiptakerfi Sýnar, sem samkvæmt ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri fjarskiptaþjónusta. Það væri óljóst hvort appið byði upp á að viðskiptavinur gæti notað Cirkus án þess að vera með myndlykil. Af heimasíðu Sýnar mætti ráða að slíkt gæti verið mögulegt, en það væri ljóst að ekki væri hægt að kaupa áskrift af þjónustunni í gegnum appið beint. Hvenær Sýn hefði byrjað að bjóða upp á að kaupa Cirkus með appi eingöngu væri óljóst, en ágreiningslaust væri að það hefði ekki verið með þeim hætti í upphafi. Það væri síðan spurning hvort einhver aðili keypti umrædda þjónustu án þess að vera með myndlykil frá Sýn. PFS gæti kallað eftir slíkum upplýsingum.

2.1.4. *Leigan*

(27) „Leigan“ sem Sýn byði upp á fæli í sér leigu á stökum titlum gegn endurgjaldi. Um væri að ræða ólínulega myndmiðlun. Óumdeilt væri að leigan væri aðeins í boði um IPTV kerfi Sýnar. Leigan væri ekki aðgengileg í gegnum OTT leið eða í gegnum IPTV fjarskiptakerfi annarra félaga. Með hliðsjón af niðurstöðu PFS í ákvörðun nr. 10/2018 gæti stofnunin ekki komist að annarri niðurstöðu en að Sýn hefði fullframið brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að það stæði enn yfir. Þannig skipti það engu máli í niðurstöðu PFS að allt myndefni í Sjónvarpi Símans Premium væri aðgengilegt í opinni línulegri dagskrá eða í gegnum þriðja aðila eins og Netflix, Amazon Prime eða jafnvel Stöð 2 Maraþon. Hlyti PFS að komast að sömu niðurstöðu um sömu háttsemi í tilvikum Sýnar.

2.1.5. *Erlendar endurvarpsrásir*

(28) Sýn seldi ýmsar erlendar rásir í pakka. Sumar væru aðgengilegar í Sjónvarpi Símans á grundvelli samnings við 365, sem Sýn hefði reyndar sagt upp. Engu að síður væri Sýn einnig með fjölmargar stöðvar sem væru aðeins aðgengilegar í gegnum myndlykil félagsins og ekki aðgengilegar í gegnum Vodafone Play appið. Mætti þar nefna alla erlendu pakkana sem Sýn hefði boðið upp á fyrir samrunann

við 365. Það væri því ljóst að til þess að kaupa erlent endurvarp Sýnar þá þyrfti í flestum tilvikum að vera með myndlykil frá félaginu.

2.1.6. Niðurlag

(29) Staðreyndir málsins væru óumdeildar og túlkun PFS á 5. mgr. 45. gr. lægi fyrir. Af þeim sökum ætti að vera auðvelt fyrir PFS að ljúka málsmeðferð með hraði þar sem niðurstaða málsins lægi í raun fyrir. Þessu til viðbótar þá lægi fyrir að Sýn væri sammála túlkun PFS á umræddu lagaákvæði. Í reynd hefði Sýn viðurkennt að félagið teldi umrædda háttsemi ólögmetta.

(30) Niðurstöðu PFS, um að það væri óheimilt að veita aðgang að myndefni aðeins í gegnum eigið IPTV fjarskiptanet, væri Sýn sammála og hefði því meðvitað og af ásetningi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í fjölmörgum tilfellum. Enda hefði Sýn marglýst því yfir að félagið teldi umrætt ákvæði vera skýrt og augljóst bannákvæði. Væri því hægur vandi fyrir PFS að ljúka þessu máli hratt og örugglega. Meint brot stæði enn yfir og fjölgun áskrifenda Sýnar með IPTV hefði verið verulega hröð undanfarin misseri og langt umfram það sem verið hefði hjá Símanum. Hefði PFS talið það vera „mikla“ fjölgun að Síminn hefði fjölgað viðskiptavinum með IPTV þjónustu um 2.000 væri ljóst að PFS teldi 10.000-15.000 viðskiptavina fjölgun á þriggja ára tímabili vera gríðarlega mikla.

(31) Í ljósi þess að PFS hefði lagt 9 milljón króna sekt á Símann þá blasti við að sekt Sýnar yrði að vera hærri enda meint brotatímabil lengra og engar vísbendingar um að Sýn ætlaði að bjóða *alla* línulega og ólínulega þjónustu sína með OTT lausn. Ef PFS legði ekki tafarlaust sektir á Sýn þá væri augljóst að stofnunin leysti ekki úr sambærilegum málum með sambærilegum hætti. Vanrækti PFS að ljúka þessu máli með sekt á Sýn blasti við að aðilar á markaði nyту ekki jafnræðis á grundvelli 11. gr. stjórnsýslulaga.

2.2. Tölvupóstur Símans til PFS

(32) Í tölvupósti Símans til PFS, dags. 30. júlí sl., vísaði félagið svo til bls. 113 í framangreindri ákvörðun PFS nr. 10/2018:

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

2.3. Andmæli Sýnar við kröfum Símans

2.3.1. Almenn

(33) Með bréfi Sýnar til PFS, dags. 7. september sl., bárust andmæli félagsins við framangreindum kröfum Símans. Taldi Sýn kvörtun Símans haldlausa, enda atvik með allt öðrum hætti en fjallað hefði verið um í ákvörðun PFS nr. 10/2018.

2.3.2. Lokuð viðskiptastefna Símans og opin viðskiptastefna Sýnar

(34) Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 væri því lýst hvernig Síminn hefði kerfisbundið, markvisst og af fullkomnum ásetningi hagað viðskiptastefnu sinni allar götur frá skráningu félagsins á hlutabréfamarkað með þeim hætti að loka viðskiptavini inni á kerfum Símans og dótturfélagsins Mílu í andstöðu við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þetta færi gegn skýrum vilja löggjafans og festi í sessi lóðréttu samþættingu. Hefði slík stefna verið kölluð „walled garden“ eða lokuð viðskiptastefna.

(35) Sýn hefði hins vegar fylgt opinni viðskiptastefnu, sem hefði í grunninn það að markmiði að efni félagsins yrði sýnt á sem flestum dreifikerfum og dreifileiðum. Endurspegladist þessi stefna m.a. í sátt sem félagið hefði gert við Samkeppniseftirlitið í tengslum við samrunann við 365 miðla. Stefnan ætti sér hins vegar lengri sögu. Sem liður í opinni viðskiptastefnu félagsins hefði t.a.m. verið þróað app samhliða því að áskriftarveitan Vodafone Play var sett á laggirnar. Appið hefði verið komið í virkni í desember 2015.

2.3.3. Um nánari aðgreiningu málanna

(36) Brot Símans hefði einkum falist í því að banna Sýn frá og með 1. október 2015 að bjóða upp á ólínulegt myndefni Sjónvarps Símans, nánar tiltekið Tímaflakk og Frelsi. Stöðvar Sýnar (Miðla) á IPTV kerfi Símans væru á hinn bóginn allar með tímavél og frelsi. Þetta sýndi í hnotskurn greinarmun málanna. Miðlar hefðu haft málefnalega ástæðu til að gera það að skilyrði fyrir tímavél og frelsi á IPTV kerfi Símans að þjónustan væri gagnkvæm, þ.e. að þessi virkni væri einnig til staðar á IPTV Sýnar í tengslum við útsendingu á Sjónvarpi Símans. Sýn hefði hins vegar kosið, í ljósi bannreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, að setja ekki slíkt skilyrði, þrátt fyrir samkeppnisröskunina sem afstaða Símans hefði valdið.

(37) Fyrirnefndu banni Símans hefði verið fylgt eftir með lögbannsaðgerðum, en staðfestingarmál vegna lögbannsins byði nú úrlausnar Hæstaréttar. Í framhaldi af lögbanninu hefði Síminn ekki sýnt neinn raunverulegan samningsvilja, sbr. framangreinda ákvörðun PFS. Væri því í reynd um sölusynjun að ræða af hálfu Símans. Sölusynjun væri ein tegund af misnotkun á markaðsráðandi stöðu, en Síminn væri enn ráðandi þegar kæmi að markaðnum fyrir sjónvarp yfir IPTV. Sölusynjun markaðsráðandi félags gagnvart viðsemjanda sem átt hefði í viðvarandi viðskiptasambandi, án hlutlægra réttlætningarástæðna, væri í samkeppnisrétti jafnan talin sterk vísbending um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Grundvallaratriði hér

væri að Tímavél og Frelsi, sem orðinn hefði verið mikilvægur hluti þjónustu viðskiptavina Vodafone Sjónvarps þegar þeir horfðu á Sjónvarp Símans (þá Skjárinn), hefði fyrirvaralaust verið tekið af þeim, og viðvarandi viðskiptasambandi Símans og Sýnar að þessu leyti slitið. Við það hefðu skapast aðstæður sem leitt hefðu til skýlauss brots á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Brotið væri enn yfirstandandi, enda væri enn ekki boðið upp á Tímavél og Frelsi af myndefni Símans fyrir viðskiptavinum Sýnar yfir IPTV kerfi Vodafone. Stöð 2 væri hins vegar í Tímavél á kerfi Símans.

(38) Síminn hefði á hinn bóginn aldrei óskað eftir aðgangi að Vodafone Play eða Cirkus, svo dæmi væru tekin. Að sama skapi hefði Sýn aldrei synjað um slíkan aðgang. Þvert á móti hefði komið fram á fundum og í tölvupóstum að Síminn hefði einfaldlega ekki áhuga á að bjóða viðskiptamönnum sínum þessa þjónustu. Vísaðist um þetta m.a. til tölvupósts Magnúsar Ragnarsson, framkvæmdastjóra Miðlunar og markaða hjá Símanum, dags. 28. september 2015, þar sem orðrétt segði:

„Það er enginn vafi á að ólínuleg dreifing á sjónvarpsefni fellur ekki undir ákvörðun nr. 20/2015. Að sama skapi þá ná must carry/may carry reglur fjölmiðlalaga ekki yfir ólínulega þjónustu og gildir það jafnt um Símann sem og Vodafone. Sem dæmi má nefna að reglurnar ná hvorki til Vodafone Play eða Cirkus eins og þið vitið auðvitað.“ (leturbr. Sýnar)

(39) Þarna hefði framkvæmdastjórinn tekið sérstaklega fram, að flutningsreglur fjölmiðlalaga næðu ekki til Vodafone Play eða Cirkus. Síminn hefði hvorki fyrr né síðar óskað eftir þessu efni fyrir viðskiptavinum sína. Sama gildi um aðgang að Leigu Sýnar eða erlendum endurvarpsrásum. Engin beiðni hefði borist um aðgang að slíku efni. Staðreyndin væri þvert á móti sú, að fulltrúar Sýnar hefðu lýst því á sáttafundi með Símanum í húsakynnum PFS, að til greina kæmi að veita Símanum aðgang til að mynda að áskriftarveitunum Cirkus og Vodafone Play. Hefði það boð samstundis verið afþakkað að hálfu sama framkvæmdastjóra, sem hefði ekki talið efnis nægilega „premium“ til að vera sýnt yfir IPTV kerfi Símans.

(40) Sýndi þetta hve fjarstæðukennt væri að halda því fram að Sýn hefði gerst brotlegt við ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í bannákvæði 5. mgr. 45. gr., sem legði bann við því að beina viðskiptum viðskiptamanna að völdu og tengdu fjarskiptafyrirtæki, gæti augljóslega ekki talist felast skylda til að beina viðskiptum frá sér til fyrirtækja sem ekki hefðu óskað eftir viðskiptum og jafnvel hafnað þeim. Vodafone Play varan hefði hins vegar nú verið sameinuð Marañoni Stöðvar 2 og væri markaðssett undir síðarnefnda heitinu. Viðskiptavinir Sjónvarps Símans gætu því notið þeirrar þjónustu og væri umkvörtun Símans því í öllu falli úrelt.

2.3.4. Leigan og erlent endurvarp

(41) Hvað varðaði Leigu Sýnar (VOD) og erlendar endurvarpsrásir, skyldi því haldið til haga að Síminn hefði fyrstur boðið upp á VOD þjónustu yfir IPTV kerfi sitt fyrir rúmum áratug. Áður en Sýn hefði þróað sína eigin Leigu hefði félagið farið bónleið til búðar gagnvart Símanum og í reynd fengið synjun um aðgang að VOD

þjónustu Símans, enda hefðu þau viðskiptakjör sem í boði voru verið algjörlega óaðgengileg. Sýn hefði því þurft að leita til erlendra birgja og semja við þá sjálfstætt til að geta boðið viðskiptavinum sínum upp á VOD þjónustu.

(42) Hvað varðaði erlendar endurvarpsrásir væri um svipaða sögu að ræða. Sýn hefði dreift erlendum endurvarpsstöðvum Skjásins (Skjár Heimur) yfir IPTV kerfi sitt allt þar til breytingar hefðu verið gerðar á rekstri Skjásins vegna samruna hans við Símann. Síminn hefði sagt upp þjónustusamningi Skjásins og Sýnar þann 30. júní 2015. Hefði þetta verið ítrekað í tölvupósti Símans til Sýnar, dags. 15. september 2015, þar sem fram hefði komið að í samræmi við uppsögn á samningi Sýnar vegna SkjásKracka og erlends endurvarps þá myndu þessir þjónustubættir hætta að vera í boði frá og með 1. janúar 2016.

(43) Þetta hefði orðið til þess að Sýn hefði þurft að semja beint við erlenda birgja, en erlent endurvarp og VOD væri ekki þjónusta sem einkaréttarsamningar væru almennt gerðir um. Undantekningin væri þó einokunartilburðir Símans í tengslum við samninga um Discovery rásir, en þar hefði félagið gert tilraunir til að útiloka Sýn alfarið frá því að geta boðið slíkar rásir. Þegar af þeirri ástæðu gæti það ekki talist brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þótt munur væri á efnisframboði erlends endurvarps og VOD efnis, eftir því hvort efnið færi um IPTV kerfi Sýnar eða Símans. Þvert á móti væri það vísbending um samkeppni á markaði.

(44) Síminn lokaði hins vegar þætti sem félagið hefði gert einkaréttarsamninga um inni á Sjónum Símans, svo sem Stellu Blómkvist, Gudjohnsen og the Handmaid's Tale, og einungis þeir sem væru með myndlykla frá Símanum gætu nálgast þá með ólínulegum hætti. Sýn veitti hins vegar ólínulegan aðgang að efni sínu óháð kerfum í samræmi við hina opnu stefnu sem félagið fylgdi.

2.3.5. *Um Stöð 2 Marabon og Cirkus*

(45) Hvað varðaði sjónvarpsþjónustuna Stöð 2 Marabon hefði engin breyting verið gerð á aðgengi viðskiptavina Símans að henni. Viðskiptavinir Sjónum Símans gætu eftir sem áður notið þessarar þjónustu. Sama gilti um Vodafone Play, en sú þjónusta var sameinuð Stöð 2 Marabon þann 1. maí 2018.

(46) Þessu til frekari staðfestingar skyldi bent á, að ekki væri gerð krafa um að viðskiptavinir keyptu internetþjónustu af Sýn til þess að geta keypt IPTV þjónustu, enda væru mörg þúsund viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja, eins og Nova, Hringdu og Hringiðunnar, að kaupa af þeim internetþjónustu en IPTV þjónustu af Sýn, og hefðu þar með aðgang að Maraboni Stöðvar 2 og Cirkus, auk annars efnis.

(47) Í kvörtun Símans væri vísað til heimasíðu Sýnar þar sem segði:

„Gagnvirka áskriftarveitan Cirkus er í boði fyrir alla viðskiptavini Vodafone Sjónum.“

(48) Í framhaldinu væri fullyrt í kvörtun Símans:

„ ... að það leikur enginn vafi á því að skilyrði fyrir því að fá aðgang að Cirkus var að viðkomandi sé með áskrift að IPTV fjarskiptakerfi Vodafone. “

(49) Þetta væri alrangt. Cirkus væri í boði í gegnum Vodafone Play appið, án þess að viðskiptavinir þurfi að vera með IPTV þjónustu Síonar. Vodafone Sjónvarp væri heiti á sjónvarpsþjónustu félagsins, hvort sem um er að ræða IPTV dreifingu, DVB dreifingu eða OTT dreifingu, og væri alls ekki bundin við IPTV þjónustu Síonar.

2.3.6. *Nánar um Vodafone Play appið og OTT lausn Símans*

(50) Vodafone Play appið væri sjónvarps-app fyrir snjallsíma og spjaldtölvur sem allir gætu notað. Með Vodafone Play appinu gætir þú horft á sjónvarpsútsendingar, notað tímavél til að flakka í dagskránni og pantað frelsisefni sjónvarpsstöðvanna. Einnig gætu áskrifendur af Cirkus og Hopster nálgast sjónvarpsefni viðkomandi áskriftarveitu í appinu. Þú gætir tengt Vodafone Play appið við Chromecast og AirPlay, sem þýddi að þeir sem ættu Chromecast tæki eða Apple TV gætu varpað myndefninu úr símanum yfir á sjónvarpsskjáinn.

(51) Allir gætu nálgast Vodafone Play appið og enginn áskilnaður væri gerður um að vera með myndlykil eða nokkra aðra fjarskiptaþjónustu hjá Sýn. Hefði þetta átt við frá upphafi. Þrátt fyrir að ekki væri unnt að panta áskrift í gegnum sjálft appið hefðu viðskiptavinir allra fjarskiptafyrirtækja fram til þessa getað gerst áskrifendur með því einu að hringja í þjónustuver Síonar eða nýta sér vef félagsins. Sama gildi um Oz appið. Hver sem er gæti nálgast það, óháð því hvort viðkomandi væri með myndlykil eða aðra fjarskiptaþjónustu hjá Sýn.

(52) Vodafone Play appið hefði verið kynnt til sögunnar þann 4. desember 2015. Ólíkt Símanum hefði app Síonar fram til þessa verið að kostnaðarlausu fyrir alla þá sem næðu í appið og þeim þ.a.l. gefist kostur á því að horfa á opna línulega dagskrá.

(53) Eins og nafnið gæfi til kynna gátu þeir sem kusu að nota appið verið með áskrift af efnisveitum félagsins (Vodafone Play, Cirkus og Hopster) hvort sem þeir voru viðskiptavinir Síonar með IPTV þjónustu á dreifikerfum Síonar eða ekki, ólíkt þeirri leið sem Síminn hefði kosið að fara í sinni OTT högun. Þannig hefði Síminn ávallt hagað OTT högun sinni þannig að einungis þeir sem væru með myndlykla hjá Símanum hefðu getað nýtt sér að fullu þjónustu appsins.

(54) Síminn hefði boðað breytta tíma í þessum efnum eins og lýst hefði verið í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Hefði m.a. verið tilkynnt um að OTT lausnin myndi m.a. taka til Sjónvarps Símans Premium og verða tekin í notkun í ágúst 2018. Hefði Síminn fullyrt að félagið myndi breyta OTT högun sinni þannig að allir gætu nýtt sér appið óháð því hvar þeir ættu viðskipti með fjarskiptaþjónustu. Nú hefði OTT lausn Símans verið markaðssett. Reyndin væri sú að þjónustan væri bundin við kaup á OTT myndlykli frá Símanum (endabúnaður en ekki hugbúnaður/app eins og hjá Sýn) sem væri verðlagður þannig að áfram væri í reynd verið að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafélagi. Munaði þar miklu að innifalið í Sjónvarpi Símans væri einn aðalmyndlykill og fjórir aukamyndlyklar, að því gefnu að efnið færi um net

tengds fjarskiptafyrirtækis. OTT lausn Símans byði hins vegar ekki upp á aukamyndlykil. Þannig yrði að kaupa hvern og einn OTT myndlykil Símans fullu verði. Verðmunurinn yrði því gífurlegur. Sýn gerði því verulegan fyrirvara við að OTT lausn Símans dygði til að leysa úr broti félagsins á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(55) Við blasti að grundvöllur kvörtunar Símans á hendur Sýn brysti að öllu leyti, yrði það niðurstaða PFS, í máli því sem PFS væri með til meðferðar um meint ítrekað brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, að umrædd OTT lausn Símans myndi binda endi á brot félagsins á umræddu ákvæði.

2.3.7. Míla/Síminn og GR

(56) Vert væri að rifja upp markmið með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. skýringar í athugasemdum við 45. gr. frumvarpsins, sem orðið hefði að fjölmiðlalögum. Þar segði:

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

(57) Sýn beindi ekki viðskiptavinum að tengdum fjarskiptafyrirtækjum, eins og Síminn stundaði, heldur dreifði efninu sem víðast. Gilti einu hvort um væri að ræða ljósleiðaranet GR eða ljósnet og koparnet Mílu/Símans. Þegar af þessari ástæðu væri félagið ekki að beina viðskiptum að völdu tengdu fjarskiptafyrirtæki, enda væru þessi grunnet öll í eigu óskyldra þriðju aðila.

2.3.8. Um jafnræðisreglu stjórnsýslulaga

(58) Síminn byggði erindi sitt einkum á jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga. Að ofan hefði hins vegar verið rakið hve málin væru ólík í grundvallaratriðum. Ekki væri fyrir að fara neins konar sölusynjun af hálfu Sýnar, auk þess sem Síminn hefði alls ekki óskað eftir þeirri þjónustu sem kvörtun félagsins beindist að. Þá stundaði Sýn opna viðskiptastefnu og beindi viðskiptamönnum ekki að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga fælist að mál sem væru sambærileg í lagalegu tilliti skyldu hljóta sams konar úrlausn. Í greinargerð með frumvarpinu sem orðið hefði að stjórnsýslulögum væri sérstaklega tekið fram að ekki væri um mismunun að ræða í lagalegu tilliti, jafnvel þótt mismunur væri á

úrlausn mála, byggðist sá mismunur á frambærilegum og lögmætum sjónarmiðum. Einsýnt væri að mismunur á atvikum málanna væri slíkur, að unnt væri að styðja það lögmætum sjónarmiðum að PFS kæmist að allt annarri og ólíkri niðurstöðu þegar kæmi að mati stofnunarinnar á viðskiptastefnu og háttsemi Sýnar. Þau viðskipti og viðskiptastefna sem um ræddi í ákvörðun PFS nr. 10/2018 og Síminn stundaði væru alls ekki samsvarandi þeim viðskiptaháttum sem Sýn stundaði.

2.3.9. Niðurlag

(59 Í niðurstöðukafla PFS í ákvörðun nr. 10/2018 segði orðrétt:

„Að öllu ofangreindu virtu telur PFS að Síminn hafi brotið gegn umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þann 1. október 2015 með því að skapa aðstæður sem umræddu ákvæði er ætlað að koma í veg fyrir og stendur brotið enn yfir, (leturbr. Sýnar)

(60) Þetta væri efnislega endurtekið í ákvörðunarorðum, en þau væri hinn bindandi hluti ákvörðunarinnar. Væri haldlaust fyrir Símann að byggja á stöku setningum úr forsendum tæplega 200 síðna ákvörðunar, sem væru slitnar úr samhengi, eins og gert væri í kvörtun Símans. Staðan væri enn sú, að viðskiptavinir Sýnar Sjóvarps gætu ekki nýtt Tímavél og Frelsi í tengslum við Sjóvarp Símans yfir IPTV kerfi Símans. Brotið fælist einkum í þessu. Ákvörðunin væri hins vegar einnig reist á fjölmörgum öðrum málsástæðum og forsendum, sem heildstætt metnar leiddu til þeirrar niðurstöðu að brot hefði átt sér stað. Þar mætti í dæmaskyni, án þess að um tæmandi talningu væri að ræða, nefna:

1. Aðdraganda, áhrif og tilgang aðgerða Símans á haustdögum 2015
2. Markmið og tilgang 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga
3. Skortur á samningsvilja Símans
4. Sterk tenging Sjóvarps Símans Premium við Heimilispakkann og þar með kerfi Símans/Mílu

(61) Í kvörtun Símans væri alfarið horft framhjá því í hverju brot Símans raunverulega fælist og þess í stað reynt að yfirfæra brotið yfir á Sýn, sem hlyti að teljast framsækið í ljósi þess að Sýn væri brotþoli í málinu, sem og GR og á endanum neytendur. Í stað þess að fjalla um atvik málsins heildstætt reyndi Síminn með brotakenndum hætti að túlka ákvörðun PFS eins og hún hefði verið sett fram í tómarúmi. Hlyti stofnunin að gjalda varhug við málatilbúnaði Símans. Þegar atvik málsins væru metin heildstætt blasti við að Sýn hefði frá upphafi lagt kapp á að fylgja opinni viðskiptastefnu og boðið fram efni óháð því hvar viðskiptavinir kynnu að vera með fjarskiptaviðskipti sín að öðru leyti.

(62) Með vísan til alls ofangreinds væri einboðið að PFS bæri að hafna erindi Símans. Þess í stað bæri stofnuninni að taka af festu á ítrekunarbroti Símans sem enn væri yfirstandandi.

2.4. Tölvupóstur PFS til Símans

(63) Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 10. september 2018, framsendi stofnunin félaginu til andmæla framangreindar athugasemdir Sýnar, dags. 7. september sl., við kvörtun Símans, dags. 13. júlí sl., vegna meints brots Sýnar gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(64) Þá óskaði PFS eftir því að Síminn veitti stofnuninni upplýsingar um hvort félagið hefði einhvern tímunn óskað eftir aðgangi að umræddu myndefni hjá Sýn, þ.e. Vodafone Play, Cirkus, Hopster, Marabon, Leigu Sýnar og erlendar endurvarpsrásir, og ef svo væri hvort Sýn hefði hafnað slíkri aðgangsbeyðni. Ef ekki, þá óskaðist svar við þeirri spurningu hvort Síminn væri með erindi sínu, dags. 13. júlí sl., að óska eftir aðgangi að umræddu myndefni Sýnar.

2.5. Athugasemdir Símans við andmæli Sýnar

2.5.1. Inngangur

(65) Með bréfi sínu til PFS, dags. 17. október sl., ítrekaði Síminn fyrri kröfur sínar í málinu. Þótt Síminn sé ósammála niðurstöðu PFS í ákvörðun nr. 10/2018 hefði Sýn tekið undir hana. Það veki hins vegar athygli að Sýn virtist ekki skilja að sú túlkun sem PFS hefði lagt til grundvallar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gerði það að verkum að Sýn teldist hafa brotið gegn umræddu ákvæði fjölmiðlalaga.

(66) Sýn hefði nýlega kvartað til PFS og m.a. byggt á því að gæðin sem stæðu neytendum til boða í gegnum Sjónvarp Símans Premium væru lakari að gæðum í lausninni óháð neti en þar sem skilyrði væru fyrir fastlínutengingum (IPTV). Vandamálið sem Síminn, og reyndar Sýn einnig, stæði frammi fyrir væri að PFS hefði komist að þeirri niðurstöðu að Símanum bæri að tryggja að ólínulegt myndefni ætti að vera aðgengilegt í gegnum aðrar leiðir en gagnvirka sjónvarpsþjónustu Símans, þ.e. IPTV þjónustu um fastlínutengingar. Hefði PFS talið að háttsemin fæli í sér brot, óháð því hvort óskað væri eftir flutningi, enda væri óumdeilt að flutningsréttur næði ekki til ólínulegs myndefnis. Í umræddri ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði það verið niðurstaðan að frumkvæðisskylda hefði hvílt á Símanum. Hvað sem liði hugleiðingum PFS um hvort Síminn hefði óskað eftir flutningi á tilteknu myndefni Sýnar, þá skipti það ekki máli í ljósi niðurstöðu PFS í tilvitnuðu máli.

(67) PFS hefði talið háttsemi Símans í máli nr. 10/2018 vera brot óháð því hvort Sýn hefði óskað eftir hinu ólínulega myndefni Símans eða ekki. Þannig hefði Sýn ekki óskað eftir því að fá aðgang að Sjónvarpi Símans Premium á heildsölugrundvelli fyrr en um sumarið 2016. Fram að þeim tíma hefði Sýn gert kröfu um að Sýn gæti boðið viðskiptavinum sínum, sem notuðu hina opnu línulegu rás Sjónvarps Símans, upp á tímahliðrun og stöflun (Frelsi). Af þeirri ástæðu hefði það enga þýðingu hvort óskað hefði verið eftir flutningi eða ekki. Þá hefði Sýn aldrei boðið Símanum að dreifa Sjónvarpi Símans Premium yfir kerfi Sýnar án endurgjalds

eins og félagið gerir fyrir RÚV. Reglur flutningsréttar og flutningssskyldu væru þær að PFS gæti t.d. ekki skyldað fjölmiðlaveitu að greiða eða gefa eftir tekjur sínar ef fjarskiptafyrirtæki óskaði eftir flutningi, sbr. ákvörðun PFS nr. 19/2012. Þess vegna blasti við að fjarskiptafyrirtæki gæti ekki átt ríkari rétt hvað varðaði aðgang að ólínulegu myndefni. Af þessum ástæðum hefði það ekki þýðingu hvort óskað væri eftir aðgangi að ólínulegu myndefni, heldur hvort fjölmiðlaveita væri að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Beindist kvörtun Símans að því að Sýn sem fjölmiðlaveita væri að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Enginn ágreiningur væri um að flutningsréttur næði ekki til ólínulegs myndefnis.

(68) Sýn væri fyrirtæki sem væri markaðsráðandi í dreifingu fyrir sjónvarp sem og á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Fyrirtækið hefði, ólíkt Símanum, yfir að ráða myndefni sem gæti væri til þess fallið að raska samkeppni, m.a. íþróttarásir félagsins.

2.5.2. *Frekari aðgerðir Sýnar*

(69) Sýn gerði mikið úr meintri opinni og jafnræðiskenndri viðskiptastefnu félagsins. Síminn teldi að orð Sýnar gagnvart PFS og aðgerðir gagnvart neytendum færu ekki saman. Eftir að Síminn hefði sent upphaflegu kvörtun sína, hefði félagið fengið frekari upplýsingar um aðgerðir Sýnar sem miðuð að því að fá viðskiptavini með áskrift hjá fjölmiðlaveitu Sýnar í fjarskiptaviðskipti til Sýnar. Að mati Símans léki enginn vafi á því að 5. mgr. 45. gr. næði til sjónvarpsútsendinga.

(70) Síminn vildi vekja athygli á því að forsenda fyrir samruna Vodafone og 365 væri að Sýn myndi gera samning við nýjan aðila (þ.e. öll fyrirtæki nema Síman) um heildsölu um bæði aðgang að svokölluðum mikilvægum sjónvarpsrásum og sjónvarpskerfi Sýnar, þ.e. IPTV viðmót til heildsölu. Hefði Sýn gert mikið úr því að félagið hefði samið við Hringdu um hvoru tveggja, m.a. í tilkynningu til kauphallar. Ári eftir að samruninn hefði verið samþykktur með þessari forsendu, bólaði ekkert á því að samningurinn kæmi til framkvæmda. Þótt Nova segðist vera í samningaviðræðum við Sýn þá hefði heildsöluverðskrá Sýnar átt að liggja fyrir og því vart þörf á frekari samningaviðræðum. Eftir sem áður væri ekkert fyrirtæki í dag að selja sjónvarpsstöðvar Sýnar á grundvelli heildsölufyrirkomulags.

(71) Varðandi þau atriði sem Síminn teldi vera til þess fallin að fjölmiðlaveitan Sýn væri að beina viðskiptavinum sínum í fjarskiptaþjónustu til Sýnar mætti nefna eftirfarandi atriði sem PFS bæri að rannsaka.

(72) *Í fyrsta lagi* þá virtist Vodafone leggja svokallað „IP dreifingarkostnaðargjald“ að fjárhæð 590 kr. á viðskiptavini sem keyptu sjónvarpsáskrift af Sýn en væru með myndlykil frá Símanum. Þeir viðskiptavinir sem væru með „Sjónvarp 365“, sem nú félli undir Sýn, greiddu ekki slíkt gjald. Á heimasíðu Sýnar væru ekki að finna neinar upplýsingar um að viðskiptavinir þyrftu að greiða IP dreifingargjald ef þeir keyptu bæði sjónvarpsáskriftir og IPTV þjónustu hjá Sýn. Mætti því draga þá ályktun að viðskiptavinur sem keypti t.d. Vodafone Sjónvarp og Stöð 2 greiddi ekki

„IP dreifingargjald“. Umrætt gjald virtist því vera lagt á í þeim eina tilgangi að beina viðskiptavinum með Stöð 2 eða Stöð 2 Sport í viðskipti til tengds fjarskiptafyrirtækis, þar sem þeir gætu þannig losnað við gjaldið. Áréttu bæri að Sýn væri í ráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarps og, ef rétt reyndist, þá væri það ómálefnalegt að leggja umrætt gjald einungis á myndlykla Símans en ekki myndlykla Sýnar.

(73) *Í öðru lagi* þá virtist Sýn vera í sértækum aðgerðum sem hefðu þann skýra ásetning að beina öllum viðskiptavinum Sýnar, með áskrift að Stöð 2 eða Stöð 2 Sport en gagnvirka sjónvarpsþjónustu hjá Símanum, í viðskipti til fjarskiptafyrirtækisins Sýnar. Ekki aðeins væri þetta í þeim tilgangi að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, heldur einnig til þess að skaða verulega eina keppinaut Sýnar í sjónvarpsdreifingu, sem væri Síminn. Sýn væri með yfirburðastöðu í dreifingu á sjónvarpsefni á Íslandi og misnotaði þarna þá stöðu sína til að skaða minni keppinaut. Síminn hefði ítrekað varað við því að Sýn myndi grípa til framangreindra aðgerða en Sýn hefði endurtekið lofað eftirlitsyfirvöldum að það væru engar líkur til þess að Sýn myndi reyna þetta. Hefði það hér með verið staðfest að Sýn hefði veitt rangar upplýsingar.

(74) *Í þriðja lagi* þá hefði Sýn haldið áfram þeirri viðskiptastefnu sem hefði verið við lýði hjá 365, sem væri að bjóða internetþjónustu á verulegum afslætti, ef viðkomandi keypti sjónvarpsáskrift hjá 365. Þannig hefði 365 boðið internetþjónustu á 0 kr., sem síðar hefði breyst í 1.000 kr., en svo virtist sem núverandi tilboð Sýnar væri þess eðlis að viðkomandi greiddi 2.200 kr. (með vsk.) fyrir endalaust internet sem kostaði 6.900 kr. hjá Sýn. Þótt Sýn hefði sagt gagnvart Samkeppniseftirlitinu að félagið myndi hætta að bjóða upp á afslætti af þessu tagi, væri ljóst að kjörin væru enn í gildi. Aftur hefði félagið veitt rangar upplýsingar. Það væri síðan PFS að meta hvort sú háttsemi, að veita skilyrta afslætti af fjarskiptaþjónustu eingöngu til þeirra viðskiptavina sem keyptu sjónvarpsáskrift, fæli í sér að beina viðskiptavinum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(75) Varðandi þriðja atriðið þá hefði PFS af einhverjum ástæðum dregið að grípa til aðgerða, þótt háttsemin hefði lengi tíðkast hjá forvera Sýnar sem og félaginu sjálfu. PFS hefði sagst hafa ákveðið að halda málinu ekki áfram vegna þess að Tal hefði verið yfirtekið af 365, án þess að 365 hefði sérstaklega óskað eftir niðurfellingu. Með öðrum orðum hefði 365 getað keypt sig frá rannsókn PFS og tekið kvartandann yfir. Þá væri það líka möguleiki sem PFS þyrfti að svara að stofnunin hefði metið umrædda háttsemi og ekki talið hana fela í sér að verið væri að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá þyrfti PFS að upplýsa opinberlega um þetta. Einkum væri það mikilvægt þar sem verulega skiptar skoðanir væru um túlkun PFS á 45. gr. fjölmiðlalaga, sem að hluta til byggðist á mismunandi nálgun í sambærilegum málum. Það væri a.m.k. ljóst að PFS hefði ekki rannsakað málið gagnvart 365, enda hefði PFS sagt:

„365 reyndist svo eiga erfitt með að vaxa sem fjarskiptafyrirtæki og var á endanum yfirtekið af Vodafone. Þessir meintu ólögmetu áskriftarpakkar eru

ekki lengur til og óljóst hvaða mark þeir settu á samkeppnisstöðuna á fjarskiptamarkaði.“

(76) PFS hefði þannig greinilega ekki haft fyrir því að rannsaka málið og gerði sér enga grein fyrir því að hinir meintu ólögmatu áskriftarpakkar væru enn í gildi, en núna hjá Sýn, sem væri markaðsráðandi í áskriftarsjónvarpi á Íslandi og með yfirburða markaðsráðandi stöðu í sjónvarpsdreifingu. Háttsemin hefði því verið í framkvæmd frá árinu 2013, þó með einhverjum breytingum.

(77) PFS virtist ekki gæta jafnræðis í ákvarðanatöku enda þekkt að PFS hefði mestar áhyggjur af markaðshlutdeild Símans, meira að segja í þeim tilfellum þar sem hlutdeild Símans væri lægri en Sýnar.

(78) PFS bæri að rannsaka aðgerðir Sýnar þar sem félagið virtist vera að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu í fjarskiptapjónustu Sýnar. Væru þessar aðgerðir til þess fallnar að raska samkeppni frá Símanum á mörkuðum þar sem Sýn væri í markaðsráðandi stöðu.

2.5.3. Athugasemdir vegna umfjöllunar Sýnar

2.5.3.1 Um meinta opna viðskiptastefnu

(79) Sýn hefði gert það að umtalsefni að félagið væri með og legði sig fram um að reka opna viðskiptastefnu. Sú fullyrðing samræmdest ekki aðgerðum félagsins.

(80) Hér bæri að nefna nokkur dæmi. Sýn hefði sagt upp dreifingarsamningi við Símann og héldi því fram að verðlagning væri ómálefnaleg, án þess að hafa fært fyrir því nokkur haldbær rök. Sýn vildi að PFS ákvarðaði að félagið þyrfti að borga [...]¹ kr. á mánuði fyrir margvíslega þjónustu. Það bæri að geta þess að Sýn legði á IP dreifingargjald á hvern viðskiptavin sem keypti þjónustu Sýnar á myndlyklum Símans. Þessi gjaldheimta skilaði Sýn um [...]² króna á mánuði. Ekki væri unnt að sjá að viðskiptavinir Vodafone Sjónvarps greiddu slíkt gjald.

(81) Sýn byði viðskiptavinum sem keyptu tiltekna sjónvarpsútsendingar frá Sýn að kaupa „öll“ fjarskipti heimilisins á 4.000 kr. Tilgangurinn væri klárlega að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitu í viðskipti við tengt fjarskiptafyrirtæki. Það kæmi beinlínis fram og væri óumdeilt. Sýn notaði tengiliðaupplýsingar vegna áskriftarþjónustu og byði þeim betri kjör af fjarskiptapjónustu, en eingöngu þeim sem ekki væru þegar með fjarskiptapjónustu Sýnar.

(82) Þá byði Sýn þeim viðskiptavinum sem væru með áskrift að sjónvarpsútsendingum „öll“ fjarskipti frí. Sambærilegt tilboð byðist ekki þeim sem væru ekki með áskrift að sjónvarpsútsendingum. Þessi svokallaða opna viðskiptastefna virtist því vera í þeim tilgangi að ná tengiliðaupplýsingum frá

¹ Fellt brott vegna trúnaðar.

² Fellt brott vegna trúnaðar.

samkeppnisaðilum í þeim tilgangi að færa viðskiptavinina í viðskipti til tengds fjarskiptafyrirtækis. Það væri hinn raunverulegi sannleikur á bak við hina „opnu“ viðskiptastefnu Sýnar.

(83) Þá yrði ekki séð af heimasíðu Sýnar að viðskiptavinur sem vildi kaupa Vodafone Play hefði efnisþjónustuna frá árinu 2015 eins og Sýn héldi fram án þess að kaupa IPTV þjónustuna. Þvert á móti mætti sjá af heimasíðu Sýnar að það hefði verið gert að skilyrði að viðskiptavinur væri með IPTV myndlykil allt árið 2016 og megnið af árinu 2017. Hægt væri að sjá það með því að skoða vefsíðu Sýn aftur í tímann á grundvelli „wayback machine“. Sýn þyrfti því að sanna með framlagningu gagna að það hefði raunverulega verið hægt að kaupa efnisveituna Vodafone Play eingöngu í gegnum appið frá og með 2015. Það hefði Sýn ekki gert og yrði því að leggja til grundvallar að það sem komið hefði fram á heimasíðu félagsins stæðist, enda um samtímagögn að ræða.

2.5.3.2 *Um umfjöllun um nánari aðgreiningu málanna*

(84) Í erindi Sýnar væri því haldið fram að PFS hefði komist að þeirri niðurstöðu að með því að banna Sýn að bjóða upp á tímahliðrun á opnu rásinni Sjónvarp Símans hefði Síminn brotið gegn fjölmiðlalögum. Staðreyndin væri hins vegar sú að þetta hefði ekki verið niðurstaða PFS. Síminn hefði opnað rásina SkjárEinn og hefði hún þar með verið opin á öllum dreifikerfum en með línulegum hætti eingöngu, einnig á kerfum Símans. En Sýn hefði ákveðið upp á sitt einsdæmi að taka upp og miðla, án endurgjalds, ólínulegu myndefni til þeirra notenda sem nálguðust opnu rásina. Sýn virtist algjörlega líta framhjá eigin ábyrgð í þessu máli.

(85) Eins og Síminn skildi niðurstöðu PFS hefði hún verið sú að stofnunin hefði talið það brot að tiltekin ólínuleg myndmiðlun væri aðeins aðgengileg í gegnum IPTV þjónustu Símans, þ.e. í reynd grunnáskrift sjónvarpsþjónustu Símans. Þrátt fyrir yfirlýsingar um að fjölmiðlaveitu væri ekki skylt að tryggja að efni sitt væri aðgengilegt um önnur dreifikerfi hefði PFS samt sem áður komist að öndverðri niðurstöðu í máli Símans.

(86) PFS hefði sagt að Síminn gæti komist hjá brotinu með því að semja við Sýn eða bjóða OTT lausn. Eins fráleit og Símanum þætti niðurstaða PFS, þ.e. að minni aðili gæti komist hjá broti með því að afhenda stærsta fyrirtækinu og því sem væri markaðsráðandi, aðgang að myndefni sínu, þá væri niðurstaða PFS með þessum hætti. Ef ráða mætti í andsvör Sýnar þá virtist félagið vera sammála Símanum um að telja niðurstöðu PFS fjarstæðukennda. Vandamálið væri að Sýn virtist greinilega ekki hafa skoðað niðurstöðu PFS. Þannig hefði það verið niðurstaða PFS að þótt Síminn hefði samið við GR í samræmi við kröfur GR (þ.e. keypt svokallaða aðgangsléið 3) og ekki notað fjarskiptakerfi Mílu, þá hefði Síminn samt verið brotlegur að mati PFS.

(87) PFS hefði ekki tekið tillit til þess að megnið af efninu sem um ræddi hefði Sýn getað keypt sjálft. Þá hefði Sýn einnig getað keypt sambærilegt efni. PFS hefði af einhverjum ástæðum ekki litið til þess, sem þýddi að niðurstaða PFS virtist fela í sér

að fjölmiðlaveita yrði að tryggja að allt myndefni hennar væri aðgengilegt í öðrum dreifikerfum en hennar eigin, þvert á ákvörðun PFS nr. 19/2012 og þvert gegn því sem ætlun löggjafans hefði verið.

(88) Sýn væri í reynd að kvarta undan háttsemi sem félagið hefði sjálft viðhaft og stundað til lengri tíma. Yrði því ekki annað séð en að athugasemdir Sýnar fælu það í sér að félagið felldi á sig sök, væri tekið mið af niðurstöðu PFS í ákvörðun nr. 10/2018.

2.5.3.3 *Um Leiguna og endurvarp*

(89) Sýn gerði það að umtalsefni að Síminn hefði staðið í vegi fyrir því að Sýn hefði fengið aðgang að VOD leigu Símans (þá Skjásins) og erlendu endurvarpi. Að sama skapi hefði komið fram hversu auðveldlega Sýn hefði getað orðið sér úti um sambærilegt og jafnvel nákvæmlega sama myndefni, sem ætti að vera hinn eðlilegi farvegur. Það væri einfaldlega ekki hollt í samkeppni ef keppinautar yrðu of háðir hvor öðrum. Síminn teldi þetta vera kjarnann í þeirri stefnu Sýnar sem væri að reyna ekki að þróa eigin vörur sjálfstætt heldur að reyna að komast hjá fjárhagslegri áhættu með því að láta keppinautinn bera hana. Að mati Símans hefði það verið jákvætt fyrir samkeppni að Sýn hefði samið við efnisbirgja sjálft en ekki í gegnum Símann. Ef eitthvað væri þá virtist þetta lýsa því best að Sýn gæti auðveldlega boðið upp á sambærilega þjónustu og Síminn. Reyndar hefði Sýn verið byrjað á því áður en Síminn hefði sett Sjónvarp Símans Premium í loftið.

2.5.4. *Niðurlag*

(90) Aðalatriðið í kvörtun Símans væri að Sýn hefði stutt niðurstöðu PFS í ákvörðun nr. 10/2018 og bæri að fylgja henni. PFS bæri að sekta Sýn fyrir brot sem Sýn hefði sjálft viðurkennt. Umrætt meint brot hefði staðið yfir frá 2013, sem miðaðist við þann tíma sem 365 hefði hafið að selja fjarskiptaþjónustu á 0 kr. og síðar með verulegum afslætti ef viðskiptavinur keypti fjölmiðlaþjónustu.

2.6. **Tölvupóstur PFS til Sýnar**

(91) Með tölvupósti PFS til Sýnar, dags. 18. október sl., framsendi stofnunin félaginu framangreindar athugasemdir Símans, dags. 17. október sl., og óskaði eftir því að Sýn sýndi fram á það með gögnum að hægt hefði verið að kaupa Vodafone Play eingöngu í gegnum appið frá og með 2015.

2.7. **Umsögn Sýnar við sjónarmið og kröfur Símans**

2.7.1. *Inngangur*

(92) Með bréfi Sýnar til PFS, dags. 9. nóvember sl., barst umsögn félagsins við sjónarmið og kröfur Símans er fram komu í framangreindu bréfi Símans, dags. 17. október sl.

(93) Í máli Sýnar kom fram að gera yrði athugasemdir við þá fullyrðingu Símans að Sýn virtist ekki skilja að túlkun sú sem PFS hefði lagt til grundvallar í ákvörðun nr. 10/2018 gerði það að verkum að Sýn teldist hafa brotið fjölmiðlalög. Sýn skildi þvert á móti túlkun PFS fullkomlega. Löng umfjöllun í inngangskafli athugasemda Símans benti hins vegar til þess að nokkuð skorti á skilning Símans á ákvörðuninni. Þannig hefði endalaus umfjöllun um að línulegt efni félli eingöngu undir flutningsreglur fjölmiðlalaga takmarkaða þýðingu þegar kæmi að túlkun á umræddri ákvörðun. Sama gildi um hugleiðingar um skort á framkvæmd samnings Sýnar og Hringdu. Sýn gæti upplýst PFS hvenær sem væri um stöðu á framkvæmd samningsins við Hringdu, en þar væri um trúnaðarmál að ræða og málinu óviðkomandi. [...]³

(94) Þegar Síminn hefði gert sér grein fyrir því að upphaflega kvörtun félagsins hefði verið haldlaus hefði félagið tínt til ýmis atriði sem einhvers konar sönnun á meintum brotum Sýnar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í sömu andrá stillti Síminn sér upp sem „minni“ aðila í samkeppni við stórt og markaðsráðandi fyrirtæki. Yrði sú fullyrðing næsta hjákátleg þegar litið væri til þess að eigið fé Símans í árslok 2017 hefði verið 36,3 milljarðar króna, eiginfjárhlutfall 59,9% og tekjur félagsins um 28,5 milljarður króna. Segði það allt sem segja þyrfti um hlutfallslegan styrkleika félaganna.

(95) Þá væru öll þessi nýju atriði, sem Síminn gripi nú til sem haldreipi í leit sinni að broti Sýnar á 5. mgr. 45. gr., þannig vaxin að með engu móti væri unnt að heimfæra þau undir brot á margnefndri málsgrein eða halda því fram að þar væri um að ræða hliðstæð atvik og ákvörðun PFS nr. 10/2018 fjallaði um. Í þessu sambandi skyldi minnt á, að umræddri málsgrein væri ætlað að sporna við lóðrétttri samþættingu á efni og dreifingu á því, sbr. athugasemdir í frumvarpinu sem orðið hefði að fjölmiðlalögum. Orðrétt segði áfram um þetta atriði:

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

(96) Þetta væri kjarni málsins. Sýn fylgdi opinni stefnu varðandi aðgang að efni sínu og lokaði það ekki inni á dreifikerfi sínu. Þannig uppfyllti félagið skyldur skv. 5. mgr. 45. gr. Síminn lokaði efni sínu og bindi við dreifikerfi sitt. Í þessu fælist greinarmunurinn. Síminn væri hins vegar kominn út um víðan völl og reyndi allt sem hann gæti til að fella allt önnur atvik undir ákvæðið, en því væri ætlað að ná til.

(97) Að sama skapi gerði Síminn tilraun til að túlka ákvörðun PFS nr. 10/2018 á afar framsækinn hátt. Eins og í öllum stjórnvaldsákvörðunum væru það ákvörðunarorðin sem væru hinn bindandi hluti þeirra. Það væri 5. tölul. ákvörðunarorðanna sem efnislega skipti máli í samhengi við kvörtun Símans, en hann hljóðaði svo:

³ Fellt brott vegna trúnaðar.

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

(98) Það sem gerst hefði eftir 1. október 2015 var að áskrifendum Vodafone Sjónumarfs hefði ekki staðið til boða þjónusta í formi Tímavélar eða Frelsis. Það væri kjarni brotsins, sem enn stæði yfir. Engu breytti þótt Síminn hefði á síðari stigum búið til vöruna Sjónumvarp Símans Premium og tvinnað þar saman fleiri þjónustubáttum. Engu skipti heldur þótt Tímavél og Frelsi féllu ekki í flokk línulegra sjónnumvarsútsendinga og þar með undir flutningsskyldur fjölmiðlalaga. Brotið hefði falist í því að hafa lokað þetta efni inni á dreifikerfum Símans, án þess að grípa samhliða til aðgerða sem hefðu komið í veg fyrir að um brot væri að ræða, svo sem með samningum við Sýn eða fullnægjandi OTT lausn. Þetta væri hin rétta túlkun á ákvörðun nr. 10/2018. Því til frekari staðfestingar vísaðist t.d. til forsendna PFS á bls. 102, þar sem Sýnar þáttur málsins væri afmarkaður:

„Ágreiningurinn í Vodafone þætti málsins snýr fyrst og fremst að því að frá og með haustinu 2015 hefur viðskiptavinum sjónnumvarpsþjónustu Vodafone, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun ofangreinds sjónnumvarpsefnis Símans, eins og raunin var fyrir þann tíma að því er varðar þjónustuflokka þá hjá Vodafone sem nefnast Tímavél (24-36 klst. hliðrun) og Frelsi (28 daga hliðrun). Þeir notendur sem hafa kosið að kaupa aðgang að ólínulegri myndmiðlun sjónnumvarpsefnis Símans eftir það tímamark hafa því þurft að vera í viðskiptum við Símann, m.a. með því að kaupa aðgang að efnisveitunni Sjónumvarpi Símans Premium, þar sem aðgangur að þeirri efnisveitu hefur ekki verið í boði á IPTV kerfi Vodafone frekar en Tímavél og Frelsi.“ (leturbr. Sýnar)

(99) Og áfram væri haldið á bls. 103:

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

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

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

(101) Á bls. 176 segði ennfremur:

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

(102) Að síðustu segði á bls. 181:

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

(103) Af framangreindu yrði ráðið að þau atriði, sem Síminn tíndi til í nýjustu athugasemdum sínum lytu alls ekki að því andlagi, sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ætlað að verja, þ.e. að koma í veg fyrir að efni sem ekki væri kostur á að nálgast annars staðar og dreifing væri bundin við sama lokaða fjarskiptanetið. Þegar af þeirri ástæðu þyrfti vart að bregðast við þeim. Engu að síður, rökræðunnar vegna, væri Sýn ljúft að gera það.

2.7.2. Þau atriði sem Síminn telur leiða til brota á 5. mgr. 45. gr.

2.7.2.1 Dreifingargjöld

(104) Það væri rétt að Sýn innheimti dreifingargjald á myndlykla Símans. En það sem kæmi ekki fram í bréfi Símans væri að þetta gjald væri líka innheimt á myndlykla Vodafone Sjónvarps. Eina undantekningin á þessu gjaldi væri hjá viðskiptavinum sem væru með Sjónvarp Símans í heildsölu undir nafni 365. Þannig

að eina undantekningin frá dreifigjaldinu væri hagfelld viðskiptavinum Símans. Þetta gjald væri tilkomið áður en Sýn hefði yfirtekið rekstur 365 miðla og því svokölluð „legacy vara“. Þessi vara væri hins vegar ekki lengur í boði í nýsölu. Hér væri jafnframt rétt að ítreka að efni Stöðvar 2 og Stöðvar 2 Sport, ásamt fleira efni, væri aðgengilegt og í sölu hjá Símanum.

2.7.2.2 Meintar sértækar aðgerðir til að beina viðskiptum að Vodafone

(105) Eina gagnaþing sem styddi gífuryrði Símans hvað þennan þátt varðaði snéri að tölvupósti þar sem þeir sem væru með sjónvarpsþakka hjá Sýn fengu tímabundið í einn mánuð að kynnast fjarskiptaþjónustu félagsins án endurgjalds. Hér skyldi rifjað upp hvað segði í athugasemdum við 5. mgr. 45. gr. með frumvarpi því sem orðið hefði að fjölmiðlalögum:

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

(106) Munurinn á milli viðskiptamóðels Sýnar og Símans væri að ólínulegar og línulegar vörur Sýnar væru aðgengilegar á kerfum Símans en ekki öfugt, þrátt fyrir að Sýn hefði óskað eftir þessu aðgengi frá október 2015.

(107) Tímabundið kynningartilboð Sýnar á fjarskiptaþjónustu, sem Síminn teldi fela í sér brot á fjölmiðlalögum, tengdist ekki með neinum hætti andlagi þess sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ætlað að vernda. Þvert á móti væri það til marks um þá aukna samkeppni á smásöluþingi sem ákvæðinu væri ætlað að stuðla að.

(108) Fjöldamörg dæmi væru í framkvæmd um samsvarandi hegðun Símans. Væri þar skemmst að minnst tilboðs sem öllum viðskiptavinum Símans á einstaklingsmarkaði, sem jafnframt væru starfsmenn Advania, hefði verið boðið þegar Síminn hefði nýverið gengið frá samningi við Advania í júní 2018. Þar hefði verið boðið upp á ýmis afsláttarkjör, m.a. hefði Heimilispakkinn verið boðinn öllu starfsfólki Advania endurgjaldslaust til 1. nóvember 2018 eða í rösklega 5 mánuði.

(109) Þá væru í gangi tilboð varðandi Heimilispakkann til starfsmanna ef vinnuveitandi greiddi nettengingu hans. Þau tilboð væru viðvarandi. Þar væri Skjár Heimur í boði á 0 kr. á mánuði og afsláttur gefinn í 3 mánuði. Færi Heimilispakkinn niður í 5.400 kr. í 3 mánuði í stað 14.000 kr. (3.200 kr. línugjald ekki innifalið) eða sem næmi rösklega 60% afslætti í þrjú mánuði og enn hærri afslætti ef miðað væri við listaverð á stökum vörum þakans.

(110) Vert væri að rifja upp að Síminn væri enn talinn ráðandi á hinum ýmsu undirmörkuðum fjarskipta, sem og á heildar fjarskiptamarkaði. Væru þau tilboð sem reifuð hefðu verið hér að ofan, og gengu augljóslega lengra en einn frímánuður í kynningarskyndi, með þeim hætti að álitamál væri hvort þau stæðust samkeppnislög.

Hins vegar hefðu þau ekkert að gera með það andlag sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ætlað að vernda.

2.7.2.3 *Internetþjónusta á afslætti ef sjónvarpsáskrift hjá 365*

(111) Hér væri verið að lýsa vöru sem 365 hefði sett á markað áður en Sýn hefði keypt rekstur fyrirtækisins. Í kjölfar afhendingar á tilteknum eignum og rekstri 365 þann 1. desember 2017 hefði markaðssetningu á Endalaus Interneti á 1.000 kr. verið hætt. Það væri enda skoðun Sýnar að internetið hefði í reynd aldrei verið selt eingöngu á 1.000 kr. heldur hefði þetta verið framsett með þessum hætti í markaðssetningartilgangi. Nokkru síðar hefði allri nýsölu á umræddri áskriftarleið verið hætt og verð hækkuð til þeirra sem þegar hefðu verið í áskriftarleiðinni.

(112) Óháður eftirlitsmaður með sáttinni við Samkeppniseftirlitið hefði verið upplýstur um þetta og öllu tali Símans um rangar upplýsingar til Samkeppniseftirlitsins hvað þetta varðaði væri mótmælt sem staðlausum.

(113) Þann 1. maí 2018 hefði nýtt vöruframboð Sýnar verið sett á markað og síðan þá hefðu engar fjarskiptavörur verið seldar undir nafni 365. Þannig væri vöruframboð Sýnar í interneti, farsíma og heimasíma það sem byðist nýjum viðskiptavinum.

(114) [...

(115) ...]⁴

(116) Sýn fengi ekki séð með hvaða hætti ávirðingar Símans undir liðum 2.7.2.1, 2.7.2.2 og 2.7.2.3 hér að ofan snertu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Jafnframt lægi fyrir að vöndlun á fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu væri heldur ekki bönnuð á grundvelli sáttar við Samkeppniseftirlitið. Af varfærnisástæðum hefðu hins vegar verið gerðar breytingar á áskriftarleiðinni Endalaust Internet og nýsölu hennar síðan hætt, eins og áður segði.

2.7.3. *Vodafone Play appið*

(117) Síminn héldi því ranglega fram, að ekki yrði séð af heimasíðu Sýnar að viðskiptavinur, sem hefði viljað kaupa Vodafone Play eftir 2015, hefði getað fengið efnisþjónustuna án þess að kaupa IPTV þjónustu Sýnar. Þvert á móti hefði varan verið kynnt til leiks á heimasíðu Sýnar (þá Vodafone) árið 2015, eins og meðfylgjandi fylgiskjal leiddi í ljós, en um væri að ræða frétt af heimasíðu Vodafone þann 4. desember 2015. Þar kæmi m.a. fram:

„Við kynnum með stolti Vodafone Play appið – nýtt sjónvarpsapp fyrir snjallsíma og spjaldtölvur. Með Play appinu getur þú horft á sjónvarpsútsendingar, notað tímavél til að flakka í dagskránni, pantað

⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

frelsisefni sjónvarpsstöðvanna og horft á kvikmyndir og barnaefni í áskriftarveitunni Vodafone Play.

Með appinu þarft þú ekki lengur að binda þig yfir sjónvarpstækinu, heldur getur horft þegar þér hentar í gegnum snjalltækið. Horfðu hvar sem er, hvenær sem er.

Appið er í boði fyrir Android og Apple snjallsíma og spjaldtölvur og fæst án endurgjalds. Hér má sækja Vodafone Play appið fyrir Android, og hér er Vodafone Play appið fyrir iPhone og iPad.

Allir Íslendingar geta notað það til að horfa á útsendingu opinna sjónvarpsstöðva.“

(118) Segði þetta allt sem segja þyrfti um þessa rangfærslu Símans.

2.7.4. *Um Leiguna og erlent endurvarp*

(119) Fullyrðingum um að Sýn hefði fellt á sig sök með umfjöllun í fyrri athugasemdum hvað varðaði Leiguna og erlent endurvarp væri að sjálfsögðu mótmælt. Nægði í þessu sambandi að vísa til fyrri umfjöllunar um afmörkun á Vodafone þætti málsins, sem leitt hefði til ákvörðunar PFS nr. 10/2018. Brot Símans hefði ekki haft neitt með Leigu eða erlent endurvarp að gera, enda væri þar um eðlisólíka vörubætti að ræða en þá sem verið hefðu andlag brotsins, þ.e. einkum Tímavél og Frelsi.

(120) Eins og fram kæmi í frumvarpsathugasemdum gætu fyrirtækin einungis keppt á jafnréttisgrundvelli ef þau hefðu aðgang að sambærilegu efni. Slíkt væri einfaldlega mögulegt hvað varðaði efni á Leigunni og erlendu endurvarpi, en ómögulegt varðandi Tímavél og Frelsi í Sjónvarpi Símans.

2.7.5. *Niðurlag*

(121) Í niðurlagi Símans væri því haldið fram að Sýn bæri ábyrgð á markaðshegðun 365 allar götur frá árinu 2013, eða löngu áður en félagið hefði fengið tiltekna eignir og rekstur 365 afhentar. Þessu væri hafnað sem fjarstæðukenndu, enda ekkert í fjarskipta- og fjölmiðlalögum sem styddi slíkan málatilbúnað.

(122) Með vísan til alls framangreinds væri áréttað að PFS bæri að hafna erindi Símans og loka málinu án frekari rannsóknar. Þess í stað bæri stofnuninni að taka af festu á ítrekunarbroti Símans sem enn væri yfirstandandi.

2.8. **Tölvupóstur Símans til PFS**

(123) Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 12. desember sl., kvartaði félagið yfir nýlegri markaðsfærslu Sýnar sem Síminn taldi ekki standast bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(124) Fram kom að í viðhengi væri viðbótargagn sem Síminn teldi að kallaði á frekari aðgerðir af hálfu PFS vegna háttsemi Sýnar að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Sýnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Um væri að ræða bréf sem sent hefði verið í dag á alla viðskiptavinum Símans sem versluðu Risapakkanum af Sýn. Ekki væri hægt að komast að annarri ályktun en að Sýn hefði notað upplýsingar úr eigin kerfum um það hverjir keyptu fjölmiðlaþjónustu Sýnar í gegnum sjónvarpsþjónustu Símans og sent þeim póst í sértækum aðgerðum sem beinst hefðu að keppinaut Sýnar og hefði það skýra markmið að færa fjarskiptaþjónustu til Sýnar. Í þessu sambandi væri mikilvægt að hafa í huga að þetta væri aðgerð fyrirtækis sem væri markaðsráðandi í dreifingu sjónvarps og áskriftarsölu sjónvarps. Það væri staðfest af Samkeppniseftirlitinu.

(125) Þarna kæmi skýr tilgangur fram í erindinu, þ.e. að senda erindi til viðskiptavina fjölmiðlaveitunnar Sýnar, sem keyptu ekki fjarskiptaþjónustu af Sýn og beina þessum viðskiptavinum í viðskipti til fjarskiptafyrirtækisins Sýnar. Þeim væri síðan boðið internet, heimasími, beinir og WiFi framlenging, auk aðgangs að gagnvirkri sjónvarpsþjónustu á 4.000 kr. með vsk.

(126) Sýn hefði sent erindi til allra viðskiptavina fjölmiðlaveitunnar sem væru a.m.k. með Risapakkanum hjá Sýn en keyptu gagnvirka sjónvarpsþjónustu hjá Símanum. Í erindinu væri vísað til ótilgreinds pakka af fjarskiptaþjónustu Símans, þ.e. talsíma og internets, auk gagnvirkar sjónvarpsþjónustu Símans. Síðan héldi Sýn því fram að þessi pakki kostaði 12.750 kr. án þess að það væri tilgreint sérstaklega hvernig þessi verðlagning væri fundin út eða hvað væri innifalið í viðkomandi þjónustupáttum. Um ranga verðlagningu væri að ræða, sem væri að vísu atriði er snéri að Neytendastofu. Þessi aðgerð væri til þess fallin að veikja verulega eina keppinaut Sýnar á markaði fyrir dreifingu sjónvarps, þar sem Sýn væri með yfir 70% markaðshlutdeild.

(127) Skjalið væri greinilega sent á viðskiptavinum Símans, enda Síminn tekinn sem dæmi í skjalinu og við blásti, miðað við umfang þessarar póstsendingar, að þessari aðgerð væri beint að stórum hóp viðskiptavina Símans. Væri því klárlega um sértæka aðgerð Sýnar að ræða, sem fæli í sér að Sýn væri markvisst að beina viðskiptavinum fjölmiðlaveitunnar í viðskipti við fjarskiptafyrirtækið Sýn. Mikið skýrara yrði brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ekki. Það segði meira að segja í erindinu, að viðskiptavinur sem keypti fjölmiðlaþjónustu af Sýn, gæti sparað sér umtalsverða fjármuni yfir árið með því að *færa fjarskiptin til Vodafone*. Það ætti varla að þurfa að taka það fram að innifalið í Risapakkanum væru línulegu sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2 og Stöð 2 Sport og væri það óumdeilt að kafli fjölmiðlalaganna um flutningsrétt og flutningsskyldu tæki til línulegrar myndmiðlunar. Þessi markaðsaðgerð drægi verulega úr trúverðugleika Sýnar um að félagið ætlaði að beita opinni stefnu, þar sem hin opna stefna virtist eingöngu vera í þeim tilgangi að ná viðskiptavinaupplýsingum til þess að geta fært þá yfir í fjarskipti.

(128) Umrædd auglýsing væri svohljóðandi:

SVO MIKLU MEIRA MEÐ *Heima*

Kæri viðskiptavinur.

Frí
fjarskipti
út
febrúar

Þar sem þú ert með Risapakkan hjá okkur getur þú fengið fjarskipti fyrir heimilið á miklu betra verði með því að skrá þig í *Heima*.

Verðdæmi

Hér að neðan er dæmi um Jón sem er áskrifandi að Risapakkanum hjá Stöð 2 og kaupir fjarskiptabjónustu hjá Símanum. Í pakkanum hans Jóns er internet, leiga á netbeini, heimasími og Sjónvarp Símans en fyrir það greiðir hann 12.750 kr. á mánuði*.

Sambærilegur fjarskiptapakki hjá Vodafone sem innifelur internet, leigu á netbeini+WiFi framlengingu, heimasíma og Vodafone Sjónvarp kostar 4.000 kr. á mánuði** fyrir þá sem eru í *Heima*.

Með því að færa sig yfir til Vodafone sparar Jón því 8.750 kr./mán. eða 105.000 kr. á ári. Það er hægt að gera eitthvað skemmtilegt fyrir þá upphæð.

Skráðu þig í desember og fáðu fjarskipti frítt út febrúar 2019

Ef þú skráir þig í *Heima* í desember færðu fjarskiptin frítt út febrúar 2019 en þú getur sparað umtalsverða fjármuni yfir árið með því að færa fjarskiptin til Vodafone.

Skiptu strax í dag

Það er auðvelt að skipta – við komum til þín og setjum allt upp fyrir þig án aukakostnaðar.

Sendu okkur tölvupóst á tilbod@stod2.is með fyrirsögninni „**jólatilboð**“ og við höfum samband.

Einnig getur þú hringt í okkur í síma **599-9900** eða komið við í næstu verslun Vodafone og við göngum frá þessu fyrir þig.

Jón sparar
105.000 kr.
á ári með *Heima* og
þú getur það líka.

*Aðgangsgjald Mílu er ekki innifalið í verði. Verð skv. upplýsingum á vefsíðu Símans 5. des. 2018.
**Aðgangsgjald Gagnaveitu Reykjavíkur er ekki innifalið í verði.

2.9. Tölvupóstur PFS til Sýnar – Fyrirspurn

(129) Með tölvupósti PFS til Sýnar, dags. 19. desember sl., framsendi stofnunin framangreinda kvörtun Símans, dags. 12. desember sl., til umsagnar. Auk þess óskaði stofnunin eftir svörum frá Sýn við neðangreindum spurningum:

1. Óskaði eitthvað fjarskiptafyrirtæki eftir aðgangi að Vodafone Play frá því að efnisveitunni var hleypt af stokkunum í apríl 2015 fram í desember sama ár? En eftir desember 2015?

2a. Fjöldi áskrifenda efnisveitna Sýnar (þá Vodafone), þ.e. Vodafone Play, Cirkus og Hopster, fyrsta dags hvers mánaðar frá því að heim var hleypt af stokkunum til dagsins í dag.

2b. Fjöldi áskrifenda Sýnar í interneti á því tímabili sem um ræðir í lið 2.

2c. Fjöldi áskrifenda Sýnar í IPTV á því tímabili sem um ræðir í lið 2.

2d. Fjöldi áskrifenda efnisveitna Sýnar sem ekki voru með neina fjarskiptabjónustu hjá Sýn á því tímabili sem um ræðir í lið 2.

3a. Hverjir og hve margir fengu tölvupóst/bréf með þeirri auglýsingu sem Síminn vísar til í erindi sínu frá 12. desember sl.? Voru þetta t.d. einungis áskrifendur Risapakkans sem eru á IPTV kerfi Símans?

3b. Við hvaða aðferðarfræði var stuðst við sendingu auglýsingarinnar og hvaðan komu upplýsingarnar um viðtakendur auglýsingarinnar?

3c. Er það fjölmiðlaveita eða fjarskiptahluti Sýnar sem stendur fyrir útsendingu umræddrar auglýsingar?

2.10. Fyrirspurn PFS til Sýnar

(130) Með tölvupósti PFS til Sýnar, dags. 14. janúar sl., sendi stofnunin félaginu fyrirspurn. Fram kom að í upphaflegri kvörtun Símans, dags. 13. júlí 2018, hefði ein málsástæða Símans verið sú að takmarkaðra efni væri í boði í gegnum Marañon á myndlyklum Símans en myndlyklum Sýnar. Hefði Síminn vísað til heimasíðu Sýnar (Spurt og svarað) þar sem þetta hefði komið fram og ástæðan væri sögð vegna leyfismála. Því spurði PFS:

- Er það rétt að takmarkaðra efni sé í boði í efnisveitunni Marañon á myndlyklum Símans en myndlyklum Sýnar?
- Ef svo er, óskast yfirlit yfir hvaða efni er þar inni sem ekki næst á myndlyklum Símans.
- Ef svo er, óskast rökstuðningur fyrir því hvernig slíkir samningar samræmdust 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

2.11. Viðbrögð Sýnar við tölvupósti Símans frá 12. desember 2018

2.11.1. Inngangur

(131) Með bréfi Sýnar til PFS, dags. 18. janúar sl., barst svar félagsins við framangreindri fyrirspurn stofnunarinnar, dags. 19. desember sl., auk umsagnar félagsins við framangreindri kvörtun Símans, dags. 12. desember sl.

(132) Vísaði Sýn til fyrri athugasemda sinna í málinu. Þá kom fram að þótt í því fælist ákveðin endurtekning frá síðasta svari Sýnar yrði ekki hjá því komist að gera athugasemd við það hvernig sakarefni málsins hefði tekið sífelldum breytingum. Þegar Síminn hefði gert sér grein fyrir að upphaflega kvörtun félagsins hefði verið haldlaus, hefði félagið tínt til ýmis ný atriði sem einhvers konar sönnun á meintum brotum Sýnar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Öll þessi nýju atriði, sem Síminn hefði gripið til sem haldreipi í leit sinni að broti Sýnar á umræddu ákvæði, væru þannig vaxin að með engu móti væri unnt að heimfæra þau undir brot á því eða halda því fram að þar væri um að ræða hliðstæð atvik og ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði fjallað um.

(133) Það sama gildi um nýjustu kvörtunina vegna umrædds markpósts. Í þessu sambandi skyldi minnt á, að umræddri málsgrein fjölmiðlalaga væri ætlað að sporna við lóðréttri samþættingu á efni og dreifingu á því, sbr. athugasemdir í frumvarpi því sem orðið hefði að fjölmiðlalögum. Þar kæmi fram að fjarskiptafyrirtækjum væri heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu væri þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau gætu boðið hagstætt verð og góða þjónustu

og að það gætu fyrirtækin einungis gert ef þau hefðu aðgang að sambærilegu efni. Þetta væri kjarni málsins. Sýn fylgdi opinni stefnu varðandi aðgang að efni sínu og lokaði það ekki inni á dreifikerfi sínu. Þannig uppfyllti félagið skyldur skv. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Síminn lokaði efni sínu og bindur við dreifikerfi sitt. Í þessu fælist greinarmunurinn. Síminn væri hins vegar kominn út um víðan völl og reyndi allt sem hann gæti til að fella allt önnur atvik undir ákvæðið, en því væri ætlað að ná til.

(134) Af framangreindu yrði ráðið að þau atriði, sem Síminn tindi til í nýjustu athugasemdum sínum lytu alls ekki að því andlagi, sem 5. mgr. 45. gr. væri ætlað að verja, þ.e. að koma í veg fyrir að efni sem ekki væri kostur á að nálgast annars staðar og dreifing væri bundin við sama lokaða fjarskiptanetið. Þegar af þeirri ástæðu þyrfti vart að bregðast við þeim. Væri þess raunar krafist að PFS léti nú staðar numið og spyrnti við því að Síminn gæti með hverju bréfinu útvíkkað sakarefni málsins út um víðan völl. Þess í stað tæki PFS einfaldlega afstöðu til þeirra ávirðinga sem fyrir lægju.

2.11.2. *Um markpóst þann sem nýjasta kvörtun Símans lyti að*

2.11.2.1 *Meintar sértækar aðgerðir til að beina viðskiptum að Sýn*

(135) Rifjað skyldi upp hvað segði í athugasemdum við 5. mgr. 45. gr. með frumvarpi því sem hefði orðið að fjölmiðlalögum:

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

(136) Munurinn á milli viðskiptamódelis Sýnar og Símans væri að ólínulegar og línulegar vörur Sýnar væru aðgengilegar á kerfum Símans en ekki öfugt, þrátt fyrir að Sýn hefðu óskað eftir þessu aðgengi frá október 2015.

(137) Tilboð Sýnar á fjarskiptaþjónustu, sem Síminn teldi fela í sér brot á fjölmiðlalögum, tengdist ekki með neinum hætti andlagi þess sem 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga væri ætlað að vernda. Þvert á móti væri það til marks um þá auknu samkeppni á smásölustigi sem ákvæðinu væri ætlað að stuðla að.

(138) Fjöldamörg dæmi væru í framkvæmd um samsvarandi hegðun Símans. Væri þar skemmst að minnast tilboðs sem allir viðskiptavinir Símans á einstaklingsmarkaði, sem jafnframt væru starfsmenn Advania, hefði verið boðið þegar Síminn hefði nýverið gengið frá samningi við Advania. Þar hefði verið um að ræða endurgjaldslausan Heimilispakka í rösklega 5 mánuði.

(139) Þá væru í gangi tilboð til starfsmanna ef vinnuveitandi greiddi nettengingu á Heimilispakka Símans, sem væru viðvarandi. Þar væri Skjár Heimur í boði á 0 kr. í mánuð og afsláttur gefinn í þrjá mánuði. Færi Heimilispakkinn niður í 5.400 kr. í

þrjá mánuði í stað 14.000 kr. (línugjald kr. 3.200 ekki innifalið), eða sem næmi rösklega 60% afslætti í þrjá mánuði og enn hærri afslætti ef miðað væri við listaverð á stökum vörum pakkans.

(140) Nýjasta dæmið, sem ekki hefði verið vikið að í fyrri svörum til PFS væri úthringiherferð sem Síminn stæði fyrir um þessar mundir þar sem boðinn væri full niðurfelling á öllum reikningum í allt að þrjá mánuði gegn því að hlutaðeigandi færi öll fjarskipti sín til Símans og fari í Heimilispakkann. Þetta væri í reynd háttsemi sem Síminn hefði stundað um árabíl, sbr. meðfylgjandi tölvupósta. Vert væri að rifja upp að Síminn væri enn talinn ráðandi á hinum ýmsu undirmörkuðum fjarskipta, sem og á heildar fjarskiptamarkaði.

(141) Þá væri því hafnað að markpóstur sá sem kvartað væri undan fæli í sér sértækar aðgerðir gegn viðskiptavinum Símans. Sýn væri með stóran viðskiptavinahóp í smásölu sem keypti áskriftarþjónustu yfir ýmis dreifikerfi, þ.m.t. IPTV dreifikerfi Símans. Sýn byði heildarþjónustu sem innihéldi fjarskipti og áskriftarsjónvarp á hagstæðum kjörum. Í því markaðsstarfi væri ljóst að viðskiptavinir Símans myndu fá slík tilboð líkt og aðrir.

(142) Vissulega byði Sýn bæði þjónustu á sviði fjölmiðlunar og fjarskipta. Viðskiptavinum stæði til boða að kaupa ýmsa þjónustu af Sýn og væri ekkert skilyrði um það hvort viðskiptavinir keyptu ákveðnar þjónustusamsetningar. Fjölmiðlahluti vöruframboðs Sýnar væri aðgengilegur í gegnum dreifikerfi Sýnar, Símans eða OTT (án skilyrða um önnur kaup). Það sama yrði ekki sagt um OTT þjónustu Símans né heldur Premium áskriftarþjónustu Símans. Það að Sýn byði viðskiptavinum sem kysu að vera í heildarviðskiptum við félagið sérstök kjör gæti varla talist frétt næmt.

2.11.2.2 Greinarmunur á stefnu Sýnar og stefnu Símans

(143) Sýn dreifði sjónvarpsefni sínu eins víða og kostur væri á. Sýn vildi að sjónvarpsefni sitt væri aðgengilegt sem víðast og á sem flestum dreifikerfum, hvort sem um væri að ræða sjónvarpsdreifikerfi eða fjarskiptanet.

(144) Sýn byði einnig upp á margvíslegar OTT leiðir til þess að nálgast það efni sem boðið væri upp á. Stöð 2 appið væri aðgengilegt í Apple TV og styddi Chromecast sem gerði notendum kleift að nýta sér OTT þjónustu fyrir aðal sjónvarp heimilisins. Stöð 2 appið kostaði 0 kr. og væri algerlega óháð því hvort að viðskiptavinur væri í annarri þjónustu við félagið.

(145) Það væri sannarlega þannig að viðskiptavinir hjá Sýn fengju hagstæð kjör við það að vera í heildarviðskiptum við félagið. Það væri ekkert óeðlilegt að mati Sýnar og væri ekkert ósvipað nálgun Símans í Heimilispakkanum eða Nova í Heimapakkanum.

(146) Að því sögðu þá væri hinsvegar grundvallarmunur á aðferðarfræði Símans og Sýnar þegar kæmi að því að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Síminn

heimilaði ekki dreifingu á því efni sem hann seldi viðskiptavinum sínum (m.a. Heimilispakkanum) á öðrum dreifikerfum. Mætti þar nefna hliðrun dagskrár á línulegri útsendingu í Sjónvarpi Símans eða Sjónvarp Símans Premium.

(147) Einnig væri OTT nálgun Símans gerólík þeirri sem Sýn eða jafnvel Nova byði. Síminn byði ekki upp á speglunarmöguleika úr farsímum yfir á sjónvarpsskjái og ræki ekki app sem hægt væri að keyra yfir annan búnað heldur en þann sem að Síminn sjálfur starfrækti. OTT nálgun Símans væri því bundin sjónvarpskerfum félagsins, auk þess að vera ekki aðgengileg án þess að viðskiptavinir keyptu áskriftarþjónustu (Premium og erlendar stöðvar).

2.11.2.3 Um réttmæti samanburðarins við Símann

(148) Í erindi Símans væri kvartað undan samanburði við þá sem væru í viðskiptum við Símann. Verðlagning Sýnar byggði á upplýsingum sem teknar hefðu verið af vef Símans fyrir sambærilega þjónustu og fengist í Heima hjá Sýn. Heima innifæli 5 lykilþjónustubætti:

- Áskriftarsjónvarp (í þessu tilviki Risapakkan)
- Internet til heimila (1.000 Mbps og ótakmarkað gagnamagn)
- Endabúnað fyrir Internet
- Heimasíma með ótakmörkuðum mínútum í heimasíma, farsíma og til 33 valinna landa
- Gagnvirka sjónvarpsþjónustu (IPTV)

(149) Það vildi svo til að Síminn byði sambærilega þjónustu í sínu vöruframboði. Gert væri ráð fyrir í dæminu að viðskiptavinur væri með Risapakkan hjá Sýn. Verðin væru tekin af heimasíðu Símans þann 5. desember 2018:

- Áskriftarsjónvarp 20.990 kr.
- Endalaust Internet 7.400 kr.
- Leigugjald fyrir beini 850 kr.
- Endalaus heimasími 2.300 kr.
- Sjónvarp Símans 2.200 kr.

2.11.3. Svar við spurningum PFS

(149) 1. Óskaði eitthvað fjarskiptafyrirtæki eftir aðgangi að Vodafone Play frá því að efnisveitunni var hleypt af stokkunum í apríl 2015 fram í desember sama ár? En eftir desember 2015?

Svar Sýnar: Nei.

(150) 2a. Fjöldi áskrifenda efnisveitna Sýnar (þá Vodafone), þ.e. Vodafone Play, Cirkus og Hopster, fyrsta dags hvers mánaðar frá því að heim var hleypt af stokkunum til dagsins í dag.

2b. *Fjöldi áskrifenda Sýnar í interneti á því tímabili sem um ræðir í lið 2.*

2c. *Fjöldi áskrifenda Sýnar í IPTV á því tímabili sem um ræðir í lið 2.*

2d. *Fjöldi áskrifenda efnisveitna Sýnar sem ekki voru með neina fjarskiptaþjónustu hjá Sýn á því tímabili sem um ræðir í lið 2.*

Svar Sýnar: Vísað væri til meðfylgjandi fylgiskjals sem væri trúnaðarmál.

(151) [...

(152) ...

(153) ...]⁵

(154) *3a. Hverjir og hve margir fengu tölvupóst/bréf með þeirri auglýsingu sem Síminn vísar til í erindi sínu frá 12. desember sl.? Voru þetta t.d. einungis áskrifendur Risapakkans sem eru á IPTV kerfi Símans?*

Svar Sýnar: Umrætt bréf hefði verið sent á 2296 viðskiptavinum Sýnar. Allir ættu þeir sammerkt að vera viðskiptavinir með Risapakkann. Sýn hefði ekki upplýsingar um hvar þessir viðskiptavinir keyptu grunnfjarskiptaþjónustu sína. Bréfið fæli því í sér hefðbundinn markpóst þar sem leitast væri við að krossselja og uppselja. Bréfið hefði alls ekki farið einungis á áskrifendur Risapakkans sem væru á IPTV kerfi Símans, heldur jafnframt t.a.m. á þá viðskiptavinum Sýnar sem notuðust við Digital Ísland myndlykil frá Sýn og OTT lausn. Þá hefði bréfið ekki verið sent á þá viðskiptavinum Sýnar sem væru með Risapakkann gegnum umboðssölusamning félagsins við Símann, enda hefði einstaklingssvið Sýnar ekki aðgang að upplýsingum um þann viðskiptamannahóp.

(155) *3b. Við hvaða aðferðarfræði var stuðst við sendingu auglýsingarinnar og hvaðan komu upplýsingarnar um viðtakendur auglýsingarinnar?*

Svar Sýnar: Sýn hefði verið að markaðssetja Heima síðan sú vara hefði verið kynnt til sögunnar í maí 2018. Þær markaðsaðgerðir sem ráðist hefði verið í væru fjölbreyttar og með fjölbreyttum skilaboðum. Þar mætti nefna sjónvarpsauglýsingar, vefborða, auglýsingar á samfélagsmiðlum og markpósta. Það bréf sem Síminn vísaði í væri aðeins örlítill hluti af því markaðsstarfi sem væri í gangi. Hér væri því alls ekki um að ræða sértæka aðgerð, heldur hluta af almennri markaðssetningu á Heima. Heima hentaði stórum hluta viðskiptavina Sýnar, og væru markaðsskilaboðin mismunandi hverju sinni þrátt fyrir að varan væri ávallt sú sama, þ.e. þjónustuleið undir heitinu Heima. Sýn reyndi enda að veita viðskiptavinum framúrskarandi þjónustu og upplýsa um hagstæðar þjónustuleiðir. Stuðst væri við gögn úr viðskiptamannagrunni smásöluhluta Sýnar við undirbúning markpóstsins. Þar hefðu t.a.m. verið undanskildir þeir viðskiptavinir sem væru með Risapakkann gegnum umboðssölusamning við Símann.

⁵ Fellt brott vegna trúnaðar.

(156) 3c. Er það fjölmiðlaveita eða fjarskiptahluti Sýnar sem stendur fyrir útsendingu umræddrar auglýsingar?

Svar Sýnar: Það væri einstaklingsvið Sýnar sem stæði fyrir útsendingunni.

2.11.4. Niðurlag

(157) Sem fyrr segði væri Sýn með stóran viðskiptavinahóp í smásölu sem keypti áskriftarþjónustu yfir ýmis dreifikerfi, þ.m.t. IPTV dreifikerfi Símans. Sýn býði heildarþjónustu sem innihéldi fjarskipti og áskriftarsjónvarp á hagstæðum kjörum. Í því markaðsstarfi væri ljóst að viðskiptavinir Símans myndu fá slík tilboð líkt og aðrir.

(158) Markpóstur sá, sem kvartað væri undir fæli í sér tilboð, sem gengi mun skemur en tilboð Símans um allt að þrjá endurgjaldslausu mánuði ef viðskiptavinur væri með öll viðskipti hjá Símanum gegnum Heimilispakkann. Markpósturinn væri því dæmi þar sem Sýn nýtti sér heimild til að mæta tilboðum markaðsráðandi keppinautar. Því væri alfarið hafnað að pósturinn fæli í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þvert á móti væri hann dæmi um virka samkeppni af hálfu Sýnar og félli því vel að markmiðum umræddrar lagagreinar eins og þeim væri lýst í greinargerð með frumvarpinu sem orðið hefði að fjölmiðlalögum.

(159) Með vísan til alls framangreinds væri áréttað að PFS bæri að hafna erindi Símans og loka málinu án frekari rannsóknar. Þess í stað bæri stofnuninni að taka af festu á ítrekunarbroti Símans sem væri ennþá yfirstandandi.

2.12. Ítrekuð fyrirspurn PFS til Sýnar og skýringa óskað

(160) Með tölvupósti PFS til Sýnar, dags. 25. janúar sl., kom fram að í framangreindum svörum Sýnar, dags. 18. janúar sl., hefði félagið borið það fyrir sig að geta ekki svarað spurningunni um fjölda áskrifenda efnisveitna Sýnar frá apríl 2015, sem ekki hefðu verið með neina fjarskiptaþjónustu hjá Sýn, nema fyrir síðustu 6 mánuði. Ástæðan hefði verið sögð sú að fjarskiptagögn eldri en 6 mánaða væru gerð ópersónuleg og því ómögulegt að ákvarða þennan lið aftar.

(161) Þá kom fram að PFS fengi ekki séð hvernig umræddur ómöguleiki við að veita umrædd gögn fyrir eldri tímabil tengdist því að umferðarupplýsingar væru gerðar ópersónugreinanlegar. PFS hefði mestan áhuga á að sjá þessa þróun á árinu 2015 og mánuðina eftir að appið hefði farið í loftið í desember það ár. PFS hefði haldið að um rekstrarupplýsingar væri að ræða sem félagið ætti að hafa undir höndum eða geta grafið upp í kerfum sínum án tillits til þess hvort þær væru persónugreinanlegar. Því ítrekaði PFS umrædda fyrirspurn. Til að draga úr mögulegri vinnu Sýnar við að taka umræddar upplýsingar saman skyldi fyrirspurnin takmörkuð við stöðu mála í júní 2015, desember 2015, janúar 2016 og desember 2016. Teldi Sýn ómögulegt að afla umræddra upplýsinga væri óskað eftir því að félagið rökstyddi betur og skýrði umræddan ómöguleika.

(162) Þá spurði PFS Sýn, í öðrum tölvupósti þennan sama dag, hvort ekki væri rétt að efnisveiturnar Vodafone Play og Marabon hefðu runnið saman í maí 2018? Í tölum Sýnar, sem fram hefðu komið í framangreindu bréfi Sýnar til PFS, dags. 18. janúar sl., hefði komið fram að í desember 2018 væru ennþá áskrifendur í Vodafone Play. Óskað væri skýringa á þessu.

2.13. Svör Sýnar við fyrirspurn PFS

(163) Með bréfi Sýnar til PFS, dags. 1. febrúar 2019, bárust stofnuninni svör við framangreindum fyrirspurnum PFS frá 14. og 25. janúar sl.

(164) Fram kom að vísað væri til fyrri athugasemda Sýnar vegna ávirðinga Símans um meint brot Sýnar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í upphafi væri rétt að geta þess að þetta væri fjórða formlega bréfið sem Sýn hefði sent PFS í málinu. Væri málsmeðferðin því komin langt fram yfir það sem áformað hefði verið í drögum að málsmeðferðarreglum PFS, þ.e. að aðilar fengju að jafnaði tvær umferðir til andvara. Sama gilti um kvörtun Sýnar vegna ítrekunarbrots Símans. Það mál ætlaði engan enda að taka með endalausum svörum og andsvörum. Væri því beint til PFS að setja kvörtunarmál í markvissari farveg en þetta mál bæri vitni um. Um leið væri því mótmælt að skera ætti úr kvörtun Símans um meint brot Sýnar á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga áður en stofnunin lyki meðferð sinni á ítrekunarbroti Símans, sem hefði hafist áður en kvörtun Símans hefði verið sett fram.

(165) Svar Sýnar við þeirri spurningu PFS, hvort rétt væri að takmarkaðra efni væri í boði í efnisveitunni Marabon á myndlyklum Símans en myndlyklum Sýnar, væri að efnisframboðið væri því sem næst það sama. Það sem út af stæði væri einkum efni erlendu BBC stöðvanna, þ.e. BBC Earth, BBC Brit og BBC Worldwide. [...].⁶ Jafnframt væru Cirkus seríurnar (ca. 50-60 seríur) ekki inni á myndlyklum Símans. Þetta skýrðist af áhugaleysi Símans. Símanum hefðu verið sendir „test fælar“ og tölvupóstar, en þeim hefði ekki verið svarað. Þá hefði Síminn aldrei óskað eftir Cirkus þáttunum inn á myndlykla Símans heldur væri það Sýn sem hefði reynt að koma þeim á framfæri, sbr. meðfylgjandi tölvupóstsamskipti starfsmanna Sýnar og Símans.

(166) Svar Sýnar við þeirri spurningu PFS hvaða efni væri einungis inni á myndlyklum Sýnar en ekki Símans, ef eitthvað, væri á þá leið að því hefði verið svarað hér næst að ofan.

(167) Svar Sýnar við þeirri spurningu PFS hvernig samningar sem útilokuðu dreifingu efnis um önnur fjarskiptanet en net Sýnar samræmdust 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga var á þá leið að spurningin ætti ekki við um Sýn, sbr. ofangreind svör.

(168) Þá kom fram að í ljósi spurningar PFS um hvort samningar Sýnar stæðust kröfur 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, þrátt fyrir að ágreiningsmál þetta snérist um

⁶ Fellt brott vegna trúnaðar.

5. mgr. 45. gr. (sem og málið um meint ítrekunarbrott Símans), gerði Sýn þá kröfu að PFS beindi sams konar fyrirspurn að Símanum og krefði félagið um svör við því hvort efnisréttarsamningar Símans samræmdust 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Vísaðist um þetta til jafnræðisreglu stjórnsýslulaganna. Teldi Sýn eðlilegast að PFS stofnaði sérstakt mál um þetta álitafni, en léti það ekki hefja niðurstöðu í málinu sem varðaði ítrekunarbrott Símans á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(169) Varðandi framangreinda spurningu PFS frá 25. janúar sl., er varðaði tölur um áskrifendur Vodafone Play eftir maí 2018, þegar efnisveiturnar Vodafone Play og Marabon höfðu verið sameinaðar, kom fram í máli Sýnar að þann 1. maí 2018 hefðu fyrrum SVOD vörur Sýnar verið teknar úr sölu sem og SVOD þjónustan Marabon Now. Þetta hefðu verið Vodafone Play, Play S, Play M og Play L. Samhliða þeirri aðgerð hefði mikið af því efni sem fyrir hefði verið á báðum þessu vörum skellt saman í nýja SVOD vöru sem kallaðist Stöð 2 Marabon.

(170) Allir viðskiptavinir sem fyrir hefðu verið í Marabon Now hefðu sjálfkrafa færst í Stöð 2 Marabon, enda um lægri verðpunkt og meira efni að ræða í þeim pakka. Hinsvegar hefðu ýmsir þættir verið innifaldir í Vodafone Play vörumenginu (líkt og Cirkus, Hopster og erlendar rásir) og hefðu þeir áskrifendur sem verið hefðu með Vodafone Play (af einhverri tegund) því ekki verið færðir í Stöð 2 Marabon, heldur hefði verið farið í beina markaðssetningu gagnvart þeim og ný vara verið kynnt til leiks.

(171) [...].⁷

(172) Varðandi ítrekaða ósk PFS um að Sýn afhenti tölur um fjölda áskrifenda efnisveitna Sýnar sem ekki hefðu keypt neina fjarskiptaþjónustu af Sýn í júní 2015, desember 2015, janúar 2016 og desember 2016, eða ella rökstyddi nánar hvers vegna umræddar tölur væru ekki tiltækar lengra en 6 mánuði aftur í tímann, kom fram að [...]

(173) ...

(174) ...

(175) ...]⁸

(176) Þá kom fram í máli Sýnar að ekki yrði hjá því komist að vekja athygli á þeim tvískinnungi sem fælist í upphaflegri kvörtun Símans, m.a. hvað varðaði vörurnar Marabon og Cirkus. Kvörtunin virtist lúta að því að ekki væri um að ræða nákvæmlega sama vöruframboð hvað þessar þjónustur varðaði á myndlyklum Símans og myndlyklum Sýnar. Þegar grannt væri skoðað kæmi hins vegar á daginn að Síminn hefði markvisst forðast að bjóða viðskiptavinum sínum með IPTV

⁷ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁸ Fellt brott vegna trúnaðar.

myndlykla Símans einmitt umrædda þjónustu. Hvað Cirkus varðaði vísaðist til umfjöllunar hér að framan og meðfylgjandi tölvupósta.

(177) Hvað Marabon varðaði hefði Síminn markvisst og af fullkomnum ásetningi haldið þeirri vöru frá viðskiptavinum sínum. Þannig hefði Marabon verið fært af forsiðu viðmóts Sjónvarps Símans og þyrftu viðskiptavinir að leita djúpt inni í viðmótið til að finna þjónustuna. Árangur Símans af þessari taktík væri enda mjög ápreifanlegur, sbr. meðfylgjandi glæru. Væri beint orsakasamband á milli þeirrar háttsemi að fela efnið djúpt inni í viðmótinu og fjölda spilana. PFS ætti því að gjalda varhug við málatilbúnaði Símans að þessu leyti. Meðfylgjandi væru tölvupóstar milli Sýnar og Símans þar sem Sýn kvartaði án árangurs yfir þessu.

(178) Með vísan til alls framangreinds væri áréttað að PFS bæri að hafna erindi Símans og loka málinu án frekari rannsóknar. Þess í stað bæri stofnuninni að taka af festu á ítrekunarbroti Símans sem væri enn yfirstandandi.

2.14. Lokaathugasemdir Símans

(179) Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 19. febrúar 2019, bárust loka athugasemdir Símans í málinu.

(180) Fram kom að varðandi umfjöllun Sýnar um tilboð Símans og gögn sem Sýn hefði lagt fram því til stuðnings þá yrði ekki séð hvað þau gögn kæmu málinu við. Umfjöllun um fjölda mánaða sem Síminn væri að bjóða þegar viðskiptavinir kæmu til Símans kæmi málinu ekkert við. Sýn hefði í fjölda ára boðið 3-6 mánuði ókeypis af öllum þjónustum þegar viðskiptavinir kæmu nýir í viðskipti. Nova byði almennt 3-6 mánuði. Staðreyndin væri sú að þetta kæmi fjölmiðlalögum ekkert við og félli ekki einu sinni undir fjölmiðlalög. Það væri til að mynda ekki óheimilt fyrir fjarskiptafyrirtæki að beina viðskiptavinum sínum í viðskipti við tengt fjölmiðlafyrirtæki.

(181) Kvörtun Símans lyti af því að Sýn væri að senda á viðskiptavini félagsins sem væru með fjölmiðlaþjónustu hjá Sýn en ekki fjarskiptaþjónustu, og byði þeim og hvetti til þess að skipta yfir. Segði í niðurlagi bréfsins að viðskiptavinur ætti að skipta strax. Sá sem læsi bréfið sæi augljóslega að þessu væri beint að viðskiptavinum Símans enda væri Síminn notaður í samanburði. Ef þetta hefði verið stílað á viðskiptavini Sýnar þá hefði félagið einfaldlega getað upplýst þá um hversu mikið þeir myndu spara með því að skrá sig í Heima en ekki hvetja þá til að skipta yfir til Sýnar. Það hefði ekki verið gert og því væru tilraunir Sýnar til að halda því fram að tilgangurinn hefði ekki verið að höggva í Símann, ótrúverðugar.

(182) Punkturinn væri sem Sýn hefði ekki svarað og reynt að komast hjá því að svara þeirri staðhæfingu Símans að um væri að ræða markaðsaðgerð þar sem viðskiptavinum með fjölmiðlaþjónustu hjá Sýn væri beint í fjarskiptaviðskipti til sama félags. Sýn hefði ekki einu sinni reynt að andæfa þessu heldur hefði einfaldlega fjallað um mál sem hefðu enga þýðingu. Ef það ætti að túlka hið umdeilda ákvæði 5. mgr. 45. gr. eins og Sýn hefði haldið fram, þá yrði ekki séð

hvernig þessi aðgerð samræmdist ákvæðinu. Tilgangurinn með bréfinu hefði verið skýr, þ.e. að beina viðskiptavinum með fjölmiðlaþjónustu í fjarskiptaviðskipti. Ef það væri fullkomlega heimilt væri mikilvægt að það væri skýrt, enda hefði Sýn lagt mikla áherslu á að Síminn notaði ekki viðskiptavinaupplýsingar um viðskiptavini sem verið hefðu með SkjáEinn í gegnum Sýn á sínum tíma, sem og EM2016, til þess að bjóða þeim fjarskiptaþjónustu.

(183) Það sem kvartað hefði verið undan væri að Sýn væri að nota upplýsingar um viðskiptavini með fjölmiðlaþjónustu hjá Sýn sem ekki væru með fjarskiptaþjónustu hjá félaginu, heldur hjá öðrum og í flestum tilfellum hjá Símanum. Síminn teldi vissulega ekkert athugavert við það að fyrirtæki notuðu tengiliðaupplýsingar og reyndu að uppselja. Vandamálið væri að Sýn hefði hingað til talið þessa háttsemi óeðlilega. Ef hún væri ólögleg þá væri það líka mikilvægt að það kæmi fram og í þessu sambandi væri mikilvægt að hafa það í huga að Sýn væri í markaðsráðandi stöðu í bæði dreifingu sjónvarps og áskriftarþjónustu, ella hefði félagið aldrei gert sátt við Samkeppniseftirlitið við samruna við 365. Ef 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga stæði því ekki í vegi að fyrirtæki notuðu viðskiptavinaupplýsingar um viðskiptavini með fjölmiðlaþjónustu, sem keyptu línulega þjónustu, en fjarskiptaþjónustu hjá öðru fyrirtæki, og nýtti sér þær upplýsingar til þess að selja fjarskiptaþjónustu, væri mikilvægt að það lægi fyrir að það væri ekki brot.

(184) Varðandi þær fullyrðingar að það hefðu aðeins verið viðskiptavinir með Risapakkan sem fengið hefðu bréfið, þá væri það einfaldlega rangt. Síminn hefði dæmi um að Sýn hefði sent sambærilegt bréf til viðskiptavina með Skemmtipakkann. Ef Sýn neitaði því að það hefði verið gert þá væri það hægur leikur að senda þau gögn sem Síminn hefði fengið. Skemmtipakkinn innihéldi Stöð2 og líklega næði þetta til flest allra viðskiptavina sem áður hefðu verið hjá 365. Þannig að upplýsingar í erindi Sýnar virtust ekki vera sannleikanum samkvæmt. Síminn gæti auðvitað ekki ráðið í þær upplýsingar sem væru afmáðar vegna trúnaðar.

(185) Hvað varðaði umfjöllun um innlögð myndefnis í gegnum sjónvarpsþjónustu Símans þá hefði það ekki heldur neina þýðingu fyrir það mál sem væri hér til úrlausnar. Síminn hefði nú nýverið fengið þau skilaboð frá Sýn, nánar tiltekið 14. janúar sl., að BBC þáttaröðin Dynasties væri ekki í boði á kerfum Símans vegna þess að Sýn hefði aðeins heimild til þess vera með efnið á kerfi Sýnar. Um væri að ræða þáttaröð sem BBC hefði gefið út árið 2018. Þannig virðist liggja fyrir að Sýn hefði gert samning í andstöðu við 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Varðandi tæknileg skil varðandi myndefni þá hefði það iðulega komið fyrir að Sýn hefði skráð myndefni ranglega, sem leitt hefði til þess að myndefni skilaði sér ekki. Slík mál væru almennt leist hratt og örugglega og oft að frumkvæði starfsmanna Símans. En Síminn vildi ítreka að þessi mál féllu ekki undir ákvæði fjölmiðlalaga.

(186) Þá yrði Síminn að benda á að vandamálið væri að samkvæmt túlkun Hæstaréttar á 45. gr. fjölmiðlalaga, þá tæki ákvæðið aðeins til línulegrar myndmiðunar, líkt og Síminn hefði raunar haldið ítrekað fram og væri í beinum

tengslum við málsmeðferð PFS vegna flutningsréttar og flutningsskyldu, sem óumdeilt og ágreiningslaust væri að tæki aðeins til línulegrar myndmiðlunar. Þannig hefði PFS að mati Símans engar heimildir til þess að grípa inn í starfsemi vegna ólínulegrar myndmiðlunar og hefði þessari skoðun ítrekað verið komið á framfæri. Þessu til stuðnings mætti benda á að PFS hefði engar rannsóknarheimildir vegna ólínulegrar myndmiðlunar, ólíkt línulegri myndmiðlun, og gæti raunverulega ekki kallað eftir gögnum um það hvort samningur um ólínulega myndmiðlun innihéldi ákvæði um það hvort heimilt væri að miðla efninu yfir eitt kerfi eða öll. Þannig gæti PFS í raun aldrei sektað fyrir brot á 4. og 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga m.t.t. ólínulegs efnis og hefði Síminn raunar ítrekað haldið því fram að PFS hefði ekki heimild til þess að sekta vegna mála sem tengdust ólínulegu myndefni.

(187) En ef það ætti að vera samræmi í beitingu fjölmiðlalaga þá yrði að sekta Sýn. Þetta væri atriði sem PFS yrði að líta til og einfaldlega gefa það út hvert væri hið efnislega inntak 4. og 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að teknu tillit til afdráttarlausrar afstöðu Hæstaréttar til 45. gr. fjölmiðlalaga í heild sinni. Það lægi hins vegar fyrir og væri viðurkennt af hálfu Sýnar að félagið væri með samninga, sem hefðu verið gerðir um myndefni sem komið hefði út eftir gildistöku fjölmiðlalaga, sem mæltu fyrir um að Sýn væri aðeins heimilt að sýna myndefnið á kerfi Sýnar. Um það yrði vart deilt. Einfaldast væri þó að fylgja skýrri niðurstöðu Hæstaréttar og taka það einfaldlega fram að 45. gr. fjölmiðlalaga tæki í heild sinni aðeins til línulegrar myndmiðlunar.

3. *Lagaumhverfi*

3.1. **Almennt um fjölmiðlalög**

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

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

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

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

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

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

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

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

(193) Í greinargerð við síðastgreinda lagagrein segir að slík þjónusta sé eðlislík hefðbundnu sjónvarpi að því leyti að hún keppir um sömu áhorfendur og svipar til hennar að formi til. Hún sé hins vegar ólík hefðbundnum sjónvarpsútsendingum að því er varðar það val og þá stjórn sem notandinn hefur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Almenn um ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga

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

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

(206) Ljóst er að 1. - 3. mgr. 45. gr. fjalla um eiginlegan flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á myndefni fjölmiðlaveitu. Önnur ákvæði kaflans fjalla um atriði sem tengjast ekki hinum eiginlegu flutningsréttarreglum eða að minnsta kosti ekki með

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

réttur til að óska eftir aðgangi að efni fjölmiðlaveitunnar til að flytja á dreifikerfi sínu, að uppfylltum nánar tilteknum skilyrðum.

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

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

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

3.4. Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds

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

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

(222) Ákvæði 2. mgr. sömu greinar hljóðar svo:

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

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

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

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

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

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

3.5. Viðurlagaákvæði

(227) Í 54. gr. fjölmiðlalaga er kveðið á um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og PFS leggja á aðila sem brjóta gegn nánar tilteknum ákvæðum fjölmiðlalaga. Í greinargerð með frumvarpsgreininni kom fram að í umræddri lagagrein væri að finna ákvæði um stjórnvaldssektir sem fjölmiðlanefnd og í ákveðnum tilvikum PFS

væri ætlað að leggja á vegna tiltekinna brota á ákvæðum laganna. Heimild þessi næði þó aðeins til lögaðila, en um ábyrgð einstaklinga færi samkvæmt 56. gr. laganna. Brot þessi þættu almennt séð vera þess eðlis að ekki væri ástæða til að þau sættu sakamála meðferð. Þá þættu sektarúrræði skjótvirkari og líklegri til skilvirkrar beitingar.

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

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

(230) Í 4. mgr. 54. gr. segir að sektir geti numið allt að 10 millj. kr. og að við ákvörðun sektar skuli tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitu af broti þegar það ætti við. Í frumvarpsathugasemdum með umræddri 4. mgr. kemur fram að nauðsynlegt væri að setja í lögin þak á fjárhæð þeirra sekta sem viðkomandi stjórnvaldi væri heimilt að leggja á, en því væri á hinn bóginn ætlað umtalsvert svigrúm til sektarákvarðana innan þeirra marka. Þá skyldi við ákvörðun sektar m.a. tekið tillit til alvarleika brots og tekna fjölmiðlaveitanda af broti þegar slíkt ætti við.

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

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

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

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

(235) Í 2. mgr. 57. gr. kemur fram að varði brot bæði refsíabyrgð fyrir einstakling og lögaðila meti PFS með tilliti til grófleika brots og réttarvörslusjónarmiða hvort mál skuli kært til lögreglu að hluta eða í heild. Ef brot eru meiri háttar er PFS skylt að vísa þeim til lögreglu.

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

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

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

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

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

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

(240) Í ákvörðuninni komst PFS að þeirri niðurstöðu að við túlkun flutningsskyldu- og flutningsréttarákvæða fjölmiðlalaga yrði að beita þröngri lögskýringu. Út frá skýrum ákvæðum laganna, lögskýringargögnum og almennum lögskýringarsjónarmiðum yrði ekki annað talið en að beiðni yrði að koma fram af hálfu þess sem óskaði aðgangs að dreifikerfi eða efni, svo að til greiðsluskyldu gæti komið á grundvelli laganna. Um væri að ræða íþyngjandi ákvæði enda fælu þau í sér rétt aðila til aðgangs að eignum gagnaðila sem telja yrði að nytu verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrárinnar.

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

„Í gögnum Vodafone er því haldið fram að ekki ríki ágreiningur um flutning efnis RÚV á dreifikerfi félagsins og að flutningurinn sé ekki einvörðungu vegna óska félagsins. Af þessu má ráða að Vodafone telji að hagsmunir felist í því fyrir félagið að flytja dagskrá RÚV á fjarskiptaneti þess. Líkt og áður segir er eitt markmiða flutningsréttar að auka valfrelsi notenda með þeim hætti að val þeirra á efni bindi þá ekki við ákveðna dreifileið og að fjölmiðlaveita geti ekki takmarkað aðgang að efninu við ákveðna dreifileið, þ.e. í gegnum sitt eigið dreifikerfi eða dreifikerfi tengdra aðila. Ákvæðið felur aftur á móti ekki í sér kröfu um að fjölmiðlaveita tryggi að efni hennar sé flutt eftir öðrum dreifikerfum en hennar eigin eða tengdra aðila. Ákvæðið er sett vegna hagsmuna notenda og fjarskiptafyrirtækja, sem hafa yfir að ráða stafrænu fjarskiptaneti, að leiðarljósi, þ.e. til að auka valfrelsi notenda og auka samkeppnishæfni fjarskiptafyrirtækjanna með því að veita þeim aðgang að eftirsóknarverðu efni. Kemur fram í bréfum RÚV í máli þessu að það sé vilji félagsins að landsmenn hafi sem mestan aðgang að efni þess og sökum þess hafi félagið ekki krafist endurgjalds fyrir aðgang fjarskiptafyrirtækja að efni þess. Er það í anda framangreindra markmiða ákvæðisins um aukið valfrelsi notenda og í samræmi við þau samkeppnissjónarmið sem ákvæðið byggir á.“

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

(242) Með ákvörðun PFS nr. 30/2015, dags. 18. desember 2015, hafnaði PFS þeirri kröfu Símans að stofnunin skæri úr því hvort þjónustuþættir þeir hjá Vodafone sem kölluðust Tímavél og Frelsi teldust til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar samkvæmt flutningsreglum VII. kafla fjölmiðlalaga og vísaði málinu frá. PFS taldi sig ekki bært stjórnvald til að skera úr um ágreining Símans og Vodafone um flutning Vodafone á myndefni Símans á fjarskiptakerfum Vodafone, þar sem samningur sá sem í gildi væri á milli aðila um flutninginn væri reistur á frjálsum samningum á milli aðila en ekki á flutningsréttarákvæðum fjölmiðlalaga. Ágreiningur um túlkun umrædds samnings ætti því undir dómstóla. Umræddur samningur á milli aðila gildi til 1. maí 2016.

(243) Þá kom fram:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(251) Þá kom fram að PFS teldi ekki ágreining um það í málinu að 1. mgr. 44. gr. og 1. mgr. 45. gr., er fjölluðu um flutningsskyldu og flutningsrétt, ættu við um rétt og skyldu til flutnings sjónvarpsútsendinga. Vodafone hefði tekið undir þetta með því að segja að ákvæðin tækju fyrst og fremst til flutnings sjónvarpsútsendinga. Það sama mætti segja um ákvæði 46. og 47. gr. laganna sem fjölluðu um málsmeðferð og ákvörðun endurgjalds í tengslum við flutningsskyldu og flutningsrétt.

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

(253) Þá kemur fram í máli PFS:

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

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

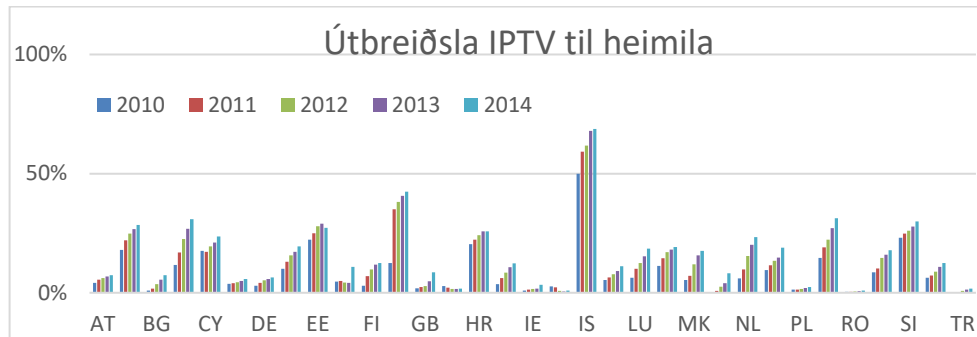
(254) Þá hafnaði PFS því alfarið að Vodafone hefði ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Um væri að ræða samkeppnisaðila á fjarskiptamarkaði. Teldi fjarskiptafyrirtæki að Síminn væri að misnota lóðrétt eignarhald innan Símasamstæðunnar, með því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans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

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

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

„Áður en lengra verður haldið er rétt að horfa til aðdraganda setningar fjölmiðlalaga og þá sérstaklega umrædds VII. kafla laganna. Í ríkjum EES

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



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

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

Að áliti PFS verður að skoða 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í ljósi framangreindrar stöðu, þ.e. tæknilegri högun á sjónvarpsdreifingu auk áhrifa sem leiða af staðháttum hér á landi. Í því ljósi verður að líta svo á að löggjafinn hafi talið það mikilvægt að koma í veg fyrir að samkeppni á fjarskiptamarkaði yrði raskað með slíku lóðréttu fyrirkomulagi og að fjölmiðlafyrirtæki gætu þannig beint viðskiptavinum sínum í lóðrétt samþætt

fjarskiptanet með þeim afleiðingum að neytendur gætu þurft að tengjast fleiri en einu fjarskiptaneti til þess að hafa aðgang að því efni sem þeir hafa áhuga á, með tilheyrandi aukakostnaði fyrir þá.“

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

(258) Þá kom fram í máli PFS að þessi skýringarkostur fengi einnig stuðning í lögskýringargögnum málsins og þá fyrst og fremst skýringum með greinargerð við umræddan kafla fjölmiðlalaganna. Samkvæmt greinargerðinni væri ákvæðinu ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefðu bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýttu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur að markmiðið með flutningsreglunum væri að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi reynslunnar væri talin hætta á að slík staða kæmi upp, auk þess sem fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Þá kæmi fram í almennum athugasemdum í greinargerðinni að flutningsréttarákvæðinu væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði hljóð- og myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki.

(259) Þá kom fram niðurstöðu PFS:

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

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

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

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

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

(263) Þá kom fram í niðurstöðu PFS:

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

Samkvæmt ofangreindri ákvörðun komst PFS að þeirri niðurstöðu að túlka bæri flutningsskyldu- og flutningsréttarákvæði fjölmiðlalaga þröngri

skýringu í því máli sem þar um ræddi. Var það gert m.t.t. þess skýringarkosts að ekki bæri að ákvarða endurgjald vegna flutnings á myndefni sem RÚV hefði ekki óskað eftir samkvæmt fjölmiðlalögum. Þessar aðstæður eru ekki uppi í því máli sem hér er til umfjöllunar. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. varðar ekki flutningsrétt né flutningsskyldu heldur viðtækt og afdráttarlaust bannákvæði. Því ber ekki að beita þrengjandi lögskýringu í þessu tilviki. Hvergi í umræddri ákvörðun PFS er fjallað um að beita beri þrengjandi lögskýringu við skýringu á umræddu bannákvæði eða önnur ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga sem ekki varða flutningsrétt eða flutningsskyldu með beinum hætti. Að ofansögðu virtu getur ekki verið um neitt brot á jafnræðisskyldu að ræða af hálfu PFS.“

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

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

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

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

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

(269) Um þetta sagði PFS:

„Vangaveltur sem þessar hafa að sjálfsögðu ekki áhrif á túlkun skýrs lagaákvæðis. Við skýringu lagaákvæða verður fyrst og fremst að horfa til texta ákvæðisins og líta til lögskýringargagna. Vangaveltur þessar eru ekki gild lögskýringargögn við skýringar ákvæðisins. Á hinn bóginn er rétt að geta þess að þjónusta á borð við Netflix er veitt með þeim hætti að allir þeir endanotendur sem koma sér upp nauðsynlegum búnaði geta notið þjónustunnar án tillit til þess á hvaða aðgangsneti þeir eru hérlendis. Netflix, eða sambærilegir aðilar, einskorða vöruframboð sitt því ekki við tiltekin fjarskiptanet hérlendis eða beina viðskiptavinum sínum að tilteknu fjarskiptaneti. Hegðun þessara aðila kemur því ekki til skoðunar í tengslum við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, a.m.k. ekki meðan svo er. Ekki verður því séð að hið lokaða fyrirkomulag ólínulegrar sjónvarpsþjónustu Símans sé því sambærilegt við tilhögun framangreindra þjónustu.“

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

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

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

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

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

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

(273) Og ennfremur:

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

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

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

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

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

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

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

(279) Þá segir í úrskurði úrskurðarnefndar:

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

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

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

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

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

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

(284) Þess má geta að Síminn skaut framangreindri úrlausn héraðsdóms ekki til æðra dómsstigs.

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

(285) Með ákvörðun PFS nr. 13/2016, dags. 29. september 2016, komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að bæði GR og Vodafone nytu aðildar að málinu. Fram kom að þeir endanotendur sem kysu að nota ljósleiðara GR hefðu ekki aðgang að hliðraðri myndmiðlun efnis Sjónvarps Símans. Yrðu þeir endanotendur sem vildu horfa á hliðraða myndmiðlun á sjónvarpsefni Sjónvarps Símans því að skipta yfir á fjarskiptakerfi Mílu á höfuðborgarsvæðinu⁹. Að mati PFS væri aðildarkrafa GR nægilega skýr og augljóst væri að þar væri félagið að gæta hagsmuna sinna í samkeppni við Símasamstæðuna í grunnfjarskiptum. Ljóst væri að GR hefði augljósra hagsmuna að gæta af úrlausn þess ágreiningsefnis hvort Síminn, sem fjölmiðlaveita, væri með þessu að beina viðskiptavinum sínum að eigin fjarskiptafyrirtæki.

(286) Þá taldi PFS ennfremur augljóst að Vodafone ætti aðild að umræddu máli. Vodafone hefði verið málshefjandi og hefði fram til þessa tekið virkan þátt í meðferð málsins. Krafa Símans virtist vera sú að Vodafone skyldi njóta aðildar að málinu ef aðild GR yrði hafnað en skyldi ekki njóta aðildar ef aðild GR yrði samþykkt. PFS tæki ekki undir þessi sjónarmið Símans. GR og Vodafone gætu bæði vel átt hagsmuna að gæta af úrlausn málsins þótt hagsmunirnir væru með nokkuð ólíkum hætti. Vodafone starfrækti IPTV kerfi í samkeppni við Símann og væri ekki öðrum keppinautum fyrir að fara í samkeppni á slíkum kerfum.

(287) PFS teldi eðlilegra að reka eitt mál í stað tveggja í þessu sambandi. Að lokum yrði það svo metið hvort Síminn hefði gerst brotlegur við umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Sú úrlausn gæti þá verið á þá leið að Síminn hefði ekki

⁹ Síminn kærði umrædda ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Í skriflegri greinargerð PFS til nefndarinnar í tengslum við þá kæru bætti stofnunin því við að ljóst væri að þessi staðreynd hefði þegar haft áhrif á val endanotenda á grunnfjarskiptakerfum og gætu skaðleg samkeppnisleg áhrif þessa aukist enn frekar ef Sjónvarp Símans myndi koma sér upp sjónvarpsefni sem allur þorri landsmanna myndi ekki vilja láta framhjá sér fara. Yrði sú raunin væri líklegt að val á sjónvarpsefni færi að hafa gríðarlega mikil áhrif á þróun samkeppninnar í fjarskiptum.

brotið gegn ákvæðinu, Síminn hefði brotið gegn hagsmunum bæði GR og Vodafone eða aðeins brotið gegn hagsmunum annars fyrirtækisins.

(288) Að lokum kom fram að PFS fengi ekki séð að GR og Vodafone hefðu með sér óeðlilega samvinnu eða samráð í þessu máli. Félögin væru að gæta hagsmuna sinna í málinu, sem væru með nokkuð ólíkum hætti. GR væri í samkeppni við Mílu, dótturfélag Símans, í grunnfjarskiptum á höfuðborgarsvæðinu og Vodafone væri í beinni samkeppni við Símann í sjónvarpsdreifingu um IPTV net.

4.7. Úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016 – Aðild GR og Vodafone að málinu

(289) Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 5/2016, dags. 11. október s.á., staðfesti nefndin framangreinda ákvörðun PFS nr. 13/2016 um aðild GR og Vodafone að málinu. Fram kom að í stjórnslumáli því sem PFS hefði veitt GR og Vodafone aðild að væri til skoðunar hvort Síminn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Í ákvæðinu segði að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt athugasemdum í greinargerð segði að með ákvæðinu væri brugðist við því að hvati væri fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ljósi þess hvers eðlis málið væri og þess að aðildarhugtak í stjórnslumálum bæri að skýra rúmt yrði að telja varhugavert að hnekkja því mati PFS að GR og Vodafone kynnu að hafa lögvarða hagsmuni af úrslausn stjórnslumálsins.

4.8. Ákvörðun PFS nr. 10/2018 um brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(290) Með ákvörðun PFS nr. 10/2018, dags. 3. júlí sl., komst PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að beina viðskiptavinum Sjónvarps Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki, en umrætt ákvæði leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga lagði PFS 9 milljón kr. stjórnvaldssekt á Símann, en hámarkssekt er 10 milljónir kr.

(291) Aðilar að málinu voru fjórir, þ.e. Sýn (Vodafone) og GR sem kvörtuðu til PFS yfir meintu broti Símans, og Síminn og dótturfélag þess, Míla, sem mótmæltu því að brot hefði átt sér stað.

(292) Fram kom að þann 1. október 2015 hefði Síminn stöðvað dreifingu ólínulegs myndefnis Sjónvarps Símans yfir kerfi Vodafone. Með ólínulegu myndefni væri átt við það sem í daglegu tali væri kallað spilun á myndefni eftir pöntun (VOD), s.s. tímaflakk, frelsi og leiga á myndefni. Síðan þá hefði viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone ekki staðið sú þjónusta til boða, eins og raunin hefði verið fyrir þann tíma. Þeir neytendur sem kosið hefðu að kaupa aðgang að ólínulegu

sjónvarpsefni Símans (Sjónvarp Símans Premium) hefðu því þurft að vera með myndlykla Símans, þar sem viðkomandi efni hefði síðan þá eingöngu verið dreift yfir IPTV kerfi og myndlykla Símans. Áskrift að efninu hefði þar með eingöngu verið í boði gegnum dreifikerfi Símans og þá nær eingöngu á neti Mílu, dótturfélags Símans, þar sem Síminn býði ekki fram þjónustu sína á stærsta ljósleiðaraneti landsins sem starfrækt væri af GR.

(293) Í athugasemdum með frumvarpi því sem orðið hefði að framangreindum fjölmiðlalögum hefði komið fram að ákvæðinu væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki með því að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefðu bæði yfir að ráða myndefni og fjarskiptanetum misnotuðu þá aðstöðu sína. Þá væri markmiðið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaveitur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(294) Ákvæði þetta hefði verið sett í umrædd fjölmiðlalög á árinu 2011 að gefnu tilefni, m.a. sökum sterkrar stöðu IPTV sjónvarpsdreifingar hér á landi, en um síðustu áramót nýttu yfir 70% íslenskra heimila sér slíka tækni til að nálgast myndefni. Það væri mun meira en þekktist annars staðar í Evrópu. Hlutfallið hér á landi hefði farið síhækkandi síðust ár, þrátt fyrir tilkomu OTT (e. Over the Top) tækni eins og Netflix beitti við sjónvarpsdreifingu, sem almennt væri óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum. Hér á landi væru það Síminn og Sýn sem starfræktu slík IPTV sjónvarpsdreifikerfi.

(295) Síminn starfrækti fjölmiðlaveitu sem samanstæði m.a. af Sjónvarpi Símans, sem sendi út sjónvarpsdagskrá (línuleg myndmiðlun) og efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium (ólínuleg myndmiðlun). Í máli þessu væri aðeins deilt um ólínulega myndmiðlun, þar sem óumdeilt væri að línuleg myndmiðlun Sjónvarps Símans næði til allra sjónvarpsdreifikerfa og væri tiltæk á fjarskiptanetum allra þeirra fjarskiptafyrirtækja hér á landi sem starfræktu undirliggjandi fjarskiptanet.

(296) Ágreiningur málsins snéri fyrst og fremst að því að frá og með 1. október 2015 hefði viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu Vodafone, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, ekki staðið til boða ólínuleg myndmiðlun ofangreinds sjónvarpsefnis Símans eins og raunin hefði verið fyrir þann tíma. Þeir notendur sem hefðu kosið að kaupa aðgang að slíkri þjónustu hefðu því þurft að vera í viðskiptum við Símann. Jafnframt hefði Síminn ekki boðið upp á umrædda myndmiðlun á ljósleiðarakerfi GR, heldur aðeins á undirliggjandi fjarskiptaneti dótturfélagsins Mílu og nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni. Það lægi því fyrir að þeir tugþúsundir notenda, sem nýttu sér ljósleiðaratengingar GR sem burðarlag og væru viðskiptavinir Vodafone, Hringdu, Nova og fleiri félaga, hefðu því í nærri þrjú ár ekki átt kost á að nálgast umrædda myndmiðlun.

(297) Síminn hefði hafnað því alfarið að hafa brotið gegn umræddu ákvæði og hefði talið sig hafa sýnt sammingsvilja, bæði gagnvart Vodafone og GR, en samningar

hefðu ekki tekist á viðskiptalegum forsendum sökum óbilgjarnra krafna þeirra aðila. Meðal annars hefði GR synjað Símanum um þann óvirka aðgang sem Síminn hefði óskað að ljósleiðaraneti GR, þ.e. aðgangi að svörtum ljósleiðara, og aðeins boðið Símanum bitastraumsaðgang.

(298) Það var niðurstaða PFS að fyrir lægi að frá 1. október 2015 hefðu viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans staðið frammi fyrir því að aðgangur þeirra að tilteknu myndefni hefði verið takmarkaður eða þeir ekki getað nálgast slíkt myndefni án þess að þurfa að skipta um fjarskiptafyrirtæki eða tengjast fleiri en einu fjarskiptakerfi. Þetta væri einmitt það ástand sem umræddu ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hefði verið ætlað að koma í veg fyrir. Áður en Síminn hefði breytt skipulagi sjónvarpsrekstrar síns og gert línulega sjónvarpsstöð félagsins að opinni frístöð, án möguleika á ólínulegum þjónustubáttum hefði þetta ástand ekki verið uppi, þar sem ólínulegt dagskrárefni Símans hefði verið í boði utan kerfa Símans. Þá hefði Síminn sett á laggirnar efnisveitu sem eingöngu hefði verið í boði yfir kerfi félagsins. Ástand þetta hefði skapast vegna áhrifa lóðrétts eignarhalds Símans á fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki.

(299) Hefði PFS því komist að þeirri niðurstöðu að á haustdögum 2015 hefði Síminn tekið meðvitaðar ákvarðanir sem hefðu orðið þess valdandi að framangreint ástand hefði skapast og hefði verið uppi á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði í nærri þrjú ár.

Þá hefði það verið mat PFS að Síminn hefði ekki sýnt raunverulegan sammingsvilja gagnvart Vodafone til að semja um lausn sjónvarpsdreifingarinnar á því tímabili sem liðið hefði verið frá því að umræddar breytingar á fyrirkomulagi sjónvarpsþjónustu Símans hefðu verið kynntar til sögunnar þann 1. október 2015, þannig að Vodafone hefði komið í veg fyrir að Síminn hefði, með samningum við Vodafone, getað losnað undan broti því á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sem PFS hefði komist að raun um að Síminn hefði framið á þeim degi. Að mati PFS stæði brot Símans því ennþá yfir.

(300) Þá hefði PFS talið ljóst að þegar Síminn hefði ráðist í framangreindar breytingar þá hefði félaginu staðið til boða leiðir til að koma í veg fyrir að framangreint ástand hefði skapast og hefði félaginu staðið þessar leiðir til boða allar götur síðan.

(301) Í fyrsta lagi hefði Síminn getað samið við Vodafone um aðgang þess félags að umræddu ólínulegu myndefni gegn eðlilegu endurgjaldi ef Síminn hefði kosið að gera slíkan samning og félögin hefðu náð saman á viðskiptalegum forsendum. Í öðru lagi hefði Síminn getað boðið upp á fullnægjandi OTT lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það hefði Síminn ekki gert, en félagið hefði upplýst um það undir rekstri málsins að slík lausn væri í þróun sem félagið hygðist taka í notkun í ágúst 2018, m.a. við dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium. PFS tók fram að það ætti svo eftir að koma í ljós hvort sú lausn yrði talin fullnægjandi til að aflétta því ástandi sem uppi hefði verið frá haustinu 2015.

(302) Að lokum hefði það verið mat PFS að Síminn hefði, að einhverju leyti, getað takmarkað þau skaðlegu áhrif sem umræddar ráðstafanir hefðu haft á GR í samkeppni við Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti GR áður en Síminn hefði ráðist í umræddar breytingar. Hvað þann þátt málsins varðaði hefði það verið niðurstaða PFS að Síminn hefði á því tímabili sem liðið væri frá því að brotið hefði verið framið ekki komið fram með sanngjarna og eðlilega aðgangsbeiðni að neti GR. Hins vegar kom fram að þó Síminn hefði flutt IPTV þjónustu sína yfir net GR væri það mat PFS að það eitt og sér hefði ekki komið í veg fyrir brotið, því hið ólínulega myndefni, Sjónvarp Símans Premium, væri þá enn einungis dreift yfir IPTV kerfi og myndlykla Símans. Þar með hefði brot Símans verið með nokkrum hætti yfirfært á net GR.

4.9. OTT dreifileið Símans

(303) Í ágúst 2018 kynnti Síminn til sögunnar nýja OTT dreifileið fyrir línulegt og ólínulegt sjónvarpsefni sitt, sem félagið hvað óháð fjarskiptanetum. Sýn, GR og Nova kvörtuðu til PFS í kjölfarið og telja að umrædd lausn Símans sé ófullnægjandi og losi Símann ekki undan framangreindu brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018. Míla fékk einnig aðild að því máli og tekur undir málsstað Símans þess efnis að umrædd lausn sé fullnægjandi. Ofangreindar kvartanir eru til meðferðar hjá PFS í sérstöku máli.

5. Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

5.1. Almenn um ágreining málsins

(304) Mál þetta varðar meint brot Sýnar hf. (áður Vodafone) á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sem kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í almennum athugasemdum með frumvarpi því sem varð að framangreindum fjölmiðlalögum kom fram að þeim kafla laganna sem fjallaði um reglur um flutning myndefnis (VII. kafli) væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Í athugasemdum með umræddri 5. mgr. 45. gr. kom fram að ákvæðinu væri m.a. ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefði bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýttu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur væri markmiðið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki,

(305) Aðilar að málinu eru tveir, Síminn, sem er upphaflegur kvartandi málsins og Sýn, sem kvörtunin snýr að.

(306) Sýn stundar bæði fjarskiptastarfsemi og starfrækir fjölmiðlaveitu. Vodafone, sem var forveri Sýnar, starfrækti ólínulegu efnisveituna Vodafone Play frá apríl 2015, auk þess sem félagið keypti á árinu 2017 tilteknar eignir og rekstur 365 miðla ehf., þ.m.t. sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2 og Stöð 2 Sport og ólínulegu efnisveituna Stöð 2 Maraþon. Gengu kaupin formlega í gegn þann 1. desember 2017 og fékk félagið þá nafnið Sýn. Þá starfrækir félagið einnig IPTV sjónvarpsdreifikerfi í samkeppni við Símann. IPTV kerfi Símans hefur verið lengur í rekstri og hefur alla tíð verið með fleiri notendur en IPTV kerfi Sýnar og var hlutdeildin um síðustu áramót 58% gegn 42% Símanum í vil. Sýn og Síminn eru því samkeppnisaðilar bæði á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði. Þess má geta að vægi IPTV við sjónvarpsdreifingu hér á landi er gríðarlega mikið og sú langmesta í Evrópu. Yfir 70% heimila hér á landi nýta sér slíka tækni eða um 100.000 heimili og fór hlutfallið síhækkandi allt til ársins 2017, en örlítil fækkun átti sér stað á árinu 2018. Þessi þróun hefur átt sér stað þrátt fyrir tilkomu OTT tækni við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum.

(307) Ágreiningur málsins snýr að því að Síminn heldur því fram að skv. ákvörðun PFS nr. 10/2018 sé það brot á fjölmiðlalögum ef fyrirtæki dreifir myndefni aðeins í gegnum eigið fjarskiptakerfi og að Sýn hafi brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem félagið veitti eða hefði á ákveðnum tímamarkum einungis veitt aðgang að ólínulegu myndefni þess í gegnum eigið IPTV fjarskiptakerfi. Þ.á.m. aðgang að efnisveitunni Vodafone Play, frá og með 14. apríl 2015, eða rúmum 5 mánuðum áður en Síminn gerði breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni og hóf m.a. að bjóða upp á efnisveituna Sjónvarp Símans Premium. Sýn hefði ekki haft frumkvæði að því að bjóða lausnina til annarra fyrirtækja á markaðnum. Þá hefði Sýn ekki sett appið „Vodafone Play“ á markað fyrir en löngu seinna, eða í desember 2015. Að mati Símans hefði það app auk þess verið ófullnægjandi þar sem ekki hefði verið hægt að kaupa áskrift af efnisveitunni í gegnum appið eingöngu. Ennfremur brytu ýmsar markaðsaðgerðir Sýnar á síðustu misserum að mati Símans í bága við umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem og IP dreifingargjald sem virtist eingöngu lagt á viðskiptavinum fjölmiðlaveitu Sýnar sem væri á IPTV kerfi Símans.

(308) Þá tók Síminn fram að í maí 2018 hefði Sýn sameinað þjónustuna Vodafone Play og efnisveituna Stöð 2 Maraþon. Þó svo að síðarnefnda þjónustan hefði ávallt verið í boði í Sjónvarpi Símans, þegar hún var á vegum 365, þá væri nú takmarkaðra efni í boði í Maraþon í Sjónvarpi Símans en Sjónvarpi Sýnar, þrátt fyrir að áskriftargjaldið væri það sama. Þá hefði Sýn hafið að selja aðgang að efnisveitunni Circus þann 8. júlí 2015, eingöngu á fjarskiptakerfi Sýnar. Óljóst væri hvort appið byði upp á að viðskiptavinur gæti notað Circus án þess að vera með myndlykil, en slíkt hefði ekki verið raunin að mati Símans í upphafi. Þá byði Sýn upp á leigu á stökum titlum gegn gjaldi í „Leigunni“. Það væri ólínuleg myndmiðlun sem eingöngu væri aðgengileg á IPTV kerfi Sýnar. Ennfremur seldi Sýn ýmsar erlendar rásir í pakka (erlendar endurvarpsrásir), sem sumar væru aðgengilegar í Sjónvarpi Símans, en fjölmargar væru aðeins aðgengilegar í gegnum myndlykil Sýnar.

(309) Sýn hafnar því að hafa brotið gegn umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og telur kvörtun Símans haldlausa. Sýn kveðst fylgja opinni viðskiptastefnu ólíkt þeirri lokuðu viðskiptastefnu (e. walled garden) sem Síminn ástundaði og hefði í ákvörðun PFS nr. 10/2018 verið talin fela í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hin opna viðskiptastefna Sýnar hefði það markmið að efni félagsins yrði sýnt á sem flestum dreifileiðum. Sem lið í því hefði félagið t.a.m. þróað app samhliða því að áskriftarveitan Vodafone Play hefði verið sett á laggirnar. Appið hefði verið komið í virkni í desember 2015. Sýn beindi því ekki viðskiptavinum að tengdum fjarskiptafyrirtækjum heldur dreifði efni sínu sem víðast og gildi þá einu hvort um væri að ræða undirliggjandi fjarskiptanet GR eða Mílu, sem dæmi. Grundvallarmunur væri því á hegðun Símans og Sýnar.

(310) Þá kom fram í máli Sýnar að félagið hefði, ólíkt Símanum, aldrei synjað neinum um aðgang að ólínulegu efni Sýnar, auk þess sem Síminn hefði aldrei óskað eftir aðgangi að efnisveitum á borð við Vodafone Play, Circus eða Leigunni, né aðgangi að erlendum endurvarpsrásum. Í bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæti augljóslega ekki falist skylda til að beina viðskiptum til fyrirtækja sem ekki hefðu óskað eftir viðskiptum og jafnvel hafnað þeim. Frá því í maí 2018 hefðu viðskiptavinir Símans getað notið þeirrar þjónustu sem fólst í Vodafone Play, eftir að sú efnisveita rann inn í Stöð 2 Maraþon. Umkvörtun Símans væri því í öllu falli úrelt.

5.2. Áskriftarveitan Vodafone Play/Stöð 2 Maraþon og Cirkus

(311) Í kvörtun Símans kom fram að Síminn teldi að Sýn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá og með 14. apríl 2015 með því að bjóða einungis upp á Vodafone Play í gegnum IPTV fjarskiptakerfi Sýnar og fyrir að hafa ekki haft frumkvæði að því að bjóða lausnina til annarra fjarskiptafyrirtækja á markaðnum. Vísaði Síminn máli sínu til stuðnings í fréttatilkynningu Sýnar þar sem segir:

„Við kynnum Vodafone Play – fyrstu íslensku áskriftarveituna fyrir alla fjölskylduna í anda Netflix.

Í Vodafone PLAY færðu ótakmarkaðan aðgang að miklu úrvali gæðasjónvarpsefnis fyrir eitt fast mánaðargjald. Þjónustan er aðeins í boði í Vodafone Sjónvarpi.“ (leturbr. Símans)

(312) Þá byggði Síminn á því að Sýn hefði verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarps á þessum tíma og vöxtur áskrifenda hefði verið mikill, mun meiri en sú fjölgun áskrifenda Símans sem talin hefði verið alvarleg í ákvörðun PFS nr. 10/2018 og því bæri PFS að sekta Sýn fyrir hærri upphæð en stofnunin hefði lagt á Símann.

(313) Síminn byggði einnig á því að í maí 2018 hefði Sýn sameinað þjónustuna Vodafone Play og Stöð 2 Maraþon. Stöð 2 Maraþon hefði ávallt verið í boði í Sjónvarpi Símans en frá þessum tíma hefði komið fram á heimasíðu stod2.is að það

væri takmarkaðra efni í boði á myndlyklum Símans þrátt fyrir að gjaldið væri hið sama og teldi Síminn að þetta fæli í sér að Sýn væri að beina viðskiptavinum í áttina að IPTV fjarskiptakerfi Sýnar.

(314) Í kvörtun Símans hefði einnig verið byggt á því að Sýn hefði jafnframt brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 8. júlí 2015 með því að gera það að skilyrði að til að fá áskriftarveituna Circus þyrfti viðkomandi aðili að vera með áskrift að IPTV fjarskiptakerfi Sýnar skv. heimasíðu félagsins.

(315) Sýn lagði hins vegar áherslu á að Síminn hefði aldrei óskað eftir aðgangi að áskriftarveitunni Vodafone Play né áskriftarveitunni Circus og því hefði Sýn aldrei sýnað um slíkan aðgang líkt og Síminn hefði gert þegar hann taldist brotlegur gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í ákvörðun PFS nr. 10/2018. Þvert á móti hefði komið fram á fundum og í tölvupóstum að til greina kæmi að veita Símanum aðgang að áskriftarveitunum Vodafone Play og Circus en það boð verið afþakkað samstundis af hálfu framkvæmdastjóra miðlunar hjá Símanum þar sem efnið væri ekki nægilega „premium“ til að vera sýnt á IPTV kerfi Símans.

(316) Að auki kom fram í svörum Sýnar að félagið gerði ekki kröfu um að viðskiptavinir kaupi internetþjónustu af Sýn til þess að geta keypt IPTV þjónustu félagsins, enda væru mörg þúsund viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja, svo sem Nova, Hringdu og Hringiðunnar, að kaupa internetþjónustu af þeim fyrirtækjum en IPTV þjónustu af Sýn og hefðu þar með aðgang af Stöð 2 Marabon og Circus auk annars efnis.

(317) Líkt og áður hefur komið fram er fjölmiðlaveitu óheimilt að *beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki* sbr. 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla. Í ákvæðinu er þannig lagt bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptamönnum sínum að völdu og tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að framangreindum fjölmiðlalögum kom fram að ákvæðinu væri ætlað að gera notendum kleift að velja bæði myndefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki, með því að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefðu bæði yfir að ráða myndefni og fjarskiptanetum misnotuðu þá aðstöðu sína. Þá væri markmiðið að brjóta upp slíkt lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, þar sem hvati gæti verið fyrir einstaka fjölmiðlaveitur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

(318) Ákvæði þetta var sett í umrædd fjölmiðlalög á árinu 2011 að gefnu tilefni, m.a. sökum sterkrar stöðu IPTV sjónvarpsdreifingar hér á landi, en um síðustu áramót nýttu yfir 70% íslenskra heimila sér slíka tækni til að nálgast myndefni eða um 100.000 heimili af um 140.000. Það er mun meira en þekkist annars staðar í Evrópu. Hlutfallið hér á landi hefur farið síhækkandi síðustu ár fyrir utan síðasta ár þar sem örlítil fækkun varð, þrátt fyrir tilkomu OTT (e. Over the Top) tækni eins og Netflix og Nova beita við sjónvarpsdreifingu, sem almennt er óháð undirliggjandi fjarskiptakerfum.

(319) Ljóst er af málavöxtum að Síminn hefur ekki leitast eftir að fá aðgang að því efni sem má finna á áskriftarveitunum Stöð 2 Maraþon (áður Vodafone Play) né Circus. Orðalag ákvæðisins og athugasemdir við frumvarp það er varð að fjölmiðlalögum nr. 38/2011 er skýrt um það að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Hins vegar fæst ekki séð með tilliti til orðalags ákvæðisins að í því felist skylda fjölmiðlaveitu að bjóða fram efni, af fyrri bragði, til samkeppnisaðila. Þegar af þeirri ástæðu að hvorki Síminn né önnur fjarskiptafyrirtæki hafa sýnt dreifingu á efninu áhuga, getur stofnunin ekki fallist á að Sýn hafið brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga vegna áskriftarveitnanna Vodafone Play/Stöð 2 Maraþon og Circus. Auk þess er ljóst að Sýn bauð hið ólínulega efni til dreifingar eftir öðrum leiðum en í gegnum IPTV kerfi sitt frá og með desember 2015, þ.e. OTT í gegnum app félagsins.

(320) Að mati PFS er því ekki unnt að túlka umrætt ákvæði svo að lóðrétt samþætt fjölmiðla- og fjarskiptafyrirtæki geti ekki komið fram með nýjungar á IPTV kerfum sínum nema að bjóða efnið fyrirfram til annarra fjarskiptafyrirtækja til dreifingar. Staðan yrði önnur ef til dæmis umræddur aðili synjaði réttmætum beiðnum, byggðum á viðskiptalegum forsendum, frá öðrum áhugasömum um dreifingu á efninu, léti hjá líða að dreifa efni eftir fullnægjandi dreifileiðum sem væru óháðar netum eða aðrar þær ráðstafanir sem duga til að komið sé í veg fyrir að verið sé að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu að skyldu fjarskiptafyrirtæki.

5.3. Leigan

(321) Í kvörtun Símans til PFS byggði Síminn á því að Sýn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem „Leigan“ (ólínuleg myndmiðlun Sýnar) væri einungis í boði í gegnum IPTV kerfi Sýnar.

(322) Áður en Sýn þróaði sína eigin Leigu hafði félagið farið þess á leit við Símann að fá aðgang að VOD þjónustu Símans en skv. Sýn hefðu þau viðskiptakjör sem Síminn hefði boðið verið óaðgengileg. Sýn hefði því þurft að leita til erlendra birgja og semja við þá sjálfstætt til að geta boðið viðskiptavinum sínum upp á VOD þjónustu.

(323) Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 reyndi ekki á sambærilegt atriði að því er varðar Símann og álitamál hvort slík ólínuleg myndmiðlun verði felld undir umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(324) Síminn hefur hins vegar ekki leitast eftir að fá aðgang að Leigunni hjá Sýn, frekar en að áskriftarveitunum Vodafone Play og Circus, og þegar af þeirri ástæðu telur stofnunin ekki tilefni til að rannsaka frekar hvort umrætt efni geti fallið undir ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og meint brot Sýnar gegn ákvæðinu.

5.4. Erlendar endurvarpsrásir

(325) Í kvörtun Símans byggði Síminn á því að Sýn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. þar sem Sýn seldi ýmsar erlendar rásir, sem ekki eru háðar einkaréttarsamningum, í pakka sem væru einungis aðgengilegar í gegnum myndlykla félagsins.

(326) Sýn hafði dreift erlendum endurvarpsrás Skjásins (Skjár Heimur) yfir IPTV kerfi sitt allt þar til breytingar hefðu verið gerðar á rekstri Skjásins vegna samruna við Símann. Síminn hefði sagt upp þjónustusamningi Skjásins og Sýnar þann 30. júní 2015 og þessir þjónustubættir hefðu hætt að vera í boði hjá Sýn frá og með 1. janúar 2016. Vegna þessa hefði Sýn þurft að semja beint við erlenda birgja en erlent endurvarp og VOD væru ekki þjónustur sem einkaréttarsamningar væru almennt gerðir um. Undantekning á því væri þó einokunartilburðir Símans í tengslum við samning um Discovery rásir, en þar hefði félagið gert tilraunir til þess að útiloka Sýn alfarið frá því að geta boðið slíkar rásir og byggði Sýn á því að þetta gæti ekki verið brot á 5. mgr. þó munur væri á efnisframboði erlends endurvarps og VOD efnis eftir því hvort efnið færi um IPTV kerfi Sýnar eða Símans heldur þvert á móti vísbending um samkeppni á markaði. Síminn lokaði hins vegar þætti sem félagið hefði gert einkaréttarsamninga um inni á Sjónvarpi Símans og einungis þeir sem væru með myndlykla frá Símanum gætu nálgast þá með ólínulegum hætti. Sýn veiti hins vegar ólínulegan aðgang að efni sínu óháð kerfum í samræmi við hina opnu stefnu sem félagið fylgdi.

(327) Þá taldi Sýn að brot Símans gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga sbr. ákvörðun PFS nr. 10/2018 hefði ekkert með leigu né erlent endurvarp að gera enda væri þar um eðlisólíka vörubætti að ræða sem væru andlag brotsins, þ.e.a.s. tímavél og frelsi. En líkt og fram kæmi í frumvarpsathugasemdum gætu fyrirtæki einungis keppt á jafnréttisgrundvelli ef þau hefðu aðgang að sambærilegu efni. Að mati Sýnar væri slíkt einungis mögulegt að því er varðaði efni á leigunni og erlendu endurvarpi en ómögulegt varðandi tímavél og frelsi í Sjónvarpi Símans.

(328) Að því er varðar erlendar endurvarpsrásir fær stofnunin ekki séð annað en að fjölmiðlaefni það sem er að finna á myndlyklum Sýnar sé aðgengilegt neytendum annars staðar og án sérstaks búnaðar, svo sem myndlykils, og óháð undirliggjandi fjarskiptaneti. Þegar og af þeim sökum getur stofnunin ekki tekið undir meint brot Sýnar gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga vegna erlendra endurvarpsrása.

(329) PFS bendir ennfremur á að í greinargerð með frumvarpi því sem varð að fjölmiðlalögum er vísað til þess að félög þurfa að hafa aðgang að „sambærilegu“ efni til að samkeppni á fjarskiptamörkuðum geti þrífist með eðlilegum hætti. Leiða má líkum að því að efni það sem finna má í erlendu endurvarpi bæði Símans og Sýnar innihaldi sambærilegt efni og því sé ekki líklegt að synjun á aðgangi að slíku efni raski samkeppni á fjarskiptamarkaði ólíkt vinsælu efni á borð við það sem er í boði með ólínulegum hætti á t.d. Sjónvarpi Símans Premium, Stöð 2 og Stöð 2 Sport.

5.5. IP dreifingargjald

(330) Í kvörtun Símans, byggði Síminn á því að Sýn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að leggja svokallað IP-dreifingargjald kr. 590, á viðskiptavinum sem keyptu sjónvarpsáskrift af Sýn en væru með myndlykil frá Símanum og væri þannig að beina viðskiptavinum með Stöð 2 og Stöð 2 Sport í viðskipti til tengds fjarskiptafyrirtækis.

(331) Í svari Sýnar kom hins vegar fram að IP dreifingargjald væri innheimt á alla myndlykla, bæði myndlykla Símans og Sýnar. Eina undantekningin á því gjaldi væri hjá viðskiptavinum Símans í heildsölu undir nafni Sjónvarp 365. Væri þessi undantekning því einungis hagfelld viðskiptavinum Símans en sú vara væri hins vegar ekki lengur í boði í nýsölu.

(332) Í samræmi við ofangreint fær stofnunin ekki séð að hægt sé að taka undir það sjónarmið Símans að svokallað IP dreifingargjald sem innheimt er af Sýn sé til þess fallið að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki og þar með talið brjóta gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga enda sé gjaldið innheimt óháð því hvaða undirliggjandi neti viðskiptavinir tengjast.

5.6. Meintar ólögætar markaðsaðgerðir Sýnar

(333) Í kvörtun Símans byggði Síminn á því að Sýn hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að vera í sértækum aðgerðum sem hefðu skýran ásetning til að beina öllum viðskiptavinum Sýnar með áskrift að Stöð 2 og Stöð 2 Sport en gagnvirka sjónvarpsþjónustu hjá Símanum í viðskipti til fjarskiptafyrirtækisins Sýnar. Væri það gert í þeim tilgangi að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki og einnig til þess að skaða verulega eina keppinaut Sýnar í sjónvarpsdreifingu sem væri Síminn.

(334) Auk þess byggði Síminn á því að Sýn væri að bjóða skilyrta afslætti af fjarskiptaþjónustu eingöngu til þeirra viðskiptavina sem keyptu sjónvarpsáskrift sem mögulega fælu í sér brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(335) Hvað varðar meintar ólögætar markaðsaðgerðir Sýnar verður að hafa í huga að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er ekki ætlað að takmarka samkeppni á markaði heldur að koma í veg fyrir að verið sé að loka tiltekið efni inni á tilteknum dreifileiðum skylds aðila og brjóta upp umrædda lóðréttu samþættingu. Markaðsaðgerðir af sambærilegum toga geta einmitt verið birtingarmynd þess að samkeppni ríki á markaði, þ.e.a.s að aðilar á markaði keppi í verði, þjónustugæðum o.s.frv. en ekki á efni fjölmiðlaveitu sem slíku sbr. orðalag athugasemda með frumvarpi því er varð að fjölmiðlalögum nr. 38/2011:

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

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

(336) Í samræmi við ofangreint fellst stofnunin því ekki á að Sýn hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga vegna meintra ólögmeta markaðsaðgerða.

5.7. Meint brot Sýnar á 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

(337) Hvað varðar meint brot Sýnar á 4. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga telur PFS það vera álitamál hvort brotið sé gegn umræddu ákvæði. Umrætt atriði var þó ekki hluti af upprunalegu kvörtunarmáli Símans og hefur það ekki verið rannsakað til hlítar í máli þessu. Til að tefja ekki úrlausn þessa máls telur PFS koma til álita að skoða þennan hluta í sérstöku máli. Þá væri eðlilegt að slík rannsókn taki almennt til efnisveitna sem jafnframt reka eigið sjónvarpsdreifikerfi.

5.8. Samandregin niðurstaða

(338) Í ákvörðun PFS nr. 10/2018 var því líst að frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu Símans, vegna ákvörðunar Símans þar að lútandi, einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans sjálfs, en ekki á IPTV kerfi Sýnar, eins og raunin var fyrir þann tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og Frelsi, né hafi hún verið tiltæk eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. með OTT lausn sem er óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Sama gildi um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Þessi ákvörðun Símans leiddi til þess að tugþúsundir viðskiptavina, Sýnar, Hringdu, Nova og fleiri félaga, sem nota ljósleiðaranet GR sem undirlag áttu ekki kost á að nálgast umrætt myndefni, nema að færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet dótturfélags Símans, Mílu, eða versla heimtaugar af bæði Mílu og GR. Var þetta talið fela í sér alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV sjónvarpsdreifikerfa Símans og Sýnar og talið takmarka valkosti þeirra sem keyptu þjónustu af öðrum þjónustuveitendum. Ennfremur hefði þetta skapað alvarlegan aðstöðumun á milli Mílu og GR á samkeppnismarkaði yfir undirliggjandi fjarskiptanet.

(339) PFS komst að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði fullframið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans hefði einungis verið í boði á IPTV kerfi Símans, þ.e. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki. Síminn tók þannig ákvarðanir á haustdögum 2015 sem urðu þess valdandi að staðan á íslenskum sjónvarps- og fjarskiptamarkaði var eins og hún var.

(340) Sá grundvallarmunur er hins vegar á máli því sem hér er til skoðunar að ekki er fyrir að fara nokkurs konar synjun á aðgangi að efni þar sem Síminn hefur aldrei óskað eftir þeirri þjónustu sem kvörtun Símans beinist að og ekki þriðji aðili heldur. En 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er ætlað að koma í veg fyrir að efni sem ekki er kostur á að nálgast annars staðar og dreifing þess sé bundin við sama lokaða

fjarskiptanetið. Þar sem í máli þessu er ekki fyrir að fara nokkurs konar sölusynjun verður því ekki með óyggjandi hætti talið að Sýn hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ennfremur er sá munur á málunum að fyrrgreint brot Símans átti sér stað í IPTV kerfi félagsins en hafði einnig áhrif á samkeppni í heimtaugakerfum og tengdum netum og hafði því áhrif á samkeppni á milli Mílu, dótturfélags Símans, og Gagnaveitu Reykjavíkur. Þessu er ekki fyrir að fara í því máli sem hér er til úrlausnar.

(341) Að öllu framangreindu virtu er það mat PFS að Sýn hafi ekki beint viðskiptamönnum efnisþjónustu sinnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki og því ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Ákvörðunarorð

1. Sýn hf. braut ekki gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla með því að dreifa efni efnisveitnanna Vodafone Play/Stöð 2 Marapón og Circus um IPTV kerfi félagsins.
2. Sýn hf. braut ekki gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla með því að dreifa efni Leigunnar um IPTV kerfi félagsins.
3. Erlendar endurvarpsrásir eru ekki bundnar við tiltekið dreifikerfi og dreifing Sýnar á þeim felur ekki í sér brot gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla.
4. Sýn hf. braut ekki gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla með innheimtu IP dreifingargjalds.
5. Sýn hf. braut ekki gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla að því er varðar meintar ólögmetar markaðsaðgerðir Sýnar.
6. Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 1. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Samkvæmt 4. mgr. 13. gr. sömu laga getur aðili einnig borið ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar beint undir dómstóla án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd. Slíkt mál skal höfðað innan þriggja mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um ákvörðun stofnunarinnar. Málskot frestar ekki réttaráhrifum ákvarðana stofnunarinnar. Málskot beint til dómstóla hindrar að úrskurðarnefnd sé heimilt að taka kæru til málsmeðferðar.

Reykjavík, 20. júní 2019

Hrafnkell V. Gíslason

Maríjon Ósk Nóadóttir