



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 19/2012

Beiðni Fjarskipta ehf. um íhlutun Póst- og fjarskiptastofnunar á grundvelli 47. gr. laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla

I.

Erindið

Mál þetta varðar kröfu Advel-lögfræðiþjónustu, f.h. Fjarskipta ehf. (hér eftir Vodafone) um að Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) ákvarði endurgjald, skv. 47. gr. laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla, fyrir flutning sjónvarpsútsendinga Ríkisútvarpsins ohf. (hér eftir RÚV) á fjarskiptaneti Vodafone.

Ágreiningur málsins lýtur að því hvort RÚV beri að greiða fyrir flutning sjónvarpsdagskrár félagsins sem Vodafone flytur á dreifikerfi sínu.

II.

Málavextir

2.1 Krafa Vodafone um íhlutun PFS

Með bréfi, dags. 23. september 2011, barst PFS beiðni um íhlutun stofnunarinnar um að ákvarða endurgjald fyrir flutning sjónvarpsútendinga RÚV á dreifikerfi Vodafone, sbr. 47. gr. laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla. Segir í bréfinu að forsaga málsins sé sú að Vodafone hafi um langt skeið freistað þess að ná samkomulagi við RÚV um endurgjald vegna flutnings sjónvarpsútsendinga félagsins. Vodafone flytji sjónvarpsútsendingar fyrir fjölda annarra aðila sem greiði fyrir flutninginn skv. verðskrá. Það sé mat félagsins að óheimilt sé m.t.t. skyldu þess að gæta jafnræðis að dreifa útsendingum RÚV án endurgjalds. Er vísað til flutningsskylduákvæðis, 44. gr. fjölmiðlalaga sem og 46. gr. laganna sem kveður á um að gæta beri jafnræðis við samningagerð um flutning sjónvarpsútsendinga.

Þá segir í bréfinu:

„Líkt og greinir hér að framan er í 47. gr. laga um fjölmiðla kveðið á um málsmeðferð PFS náí aðilar ekki samkomulagi um endurgjald fyrir flutning. Er þar gert ráð fyrir að PFS geti ákvarðað endurgjald út frá kostnaðargreiningu eða eftir atvikum með samanburðaraðferð (benchmarking). Í ljósi þessa óskar [Vodafone] eftir afstöðu stofnunarinnar um hvaða aðferð verði beitt við útreikninga á endurgjaldinu og jafnframt hvaða gagna og upplýsinga er óskað í því sambandi.“

Erindi Vodafone fylgdu bréfaskrifti félagsins og RÚV frá vormánuðum 2011.

2.2 Athugasemdir RÚV við kröfu Vodafone

PFS sendi RÚV framangreinda beiðni Vodafone og gaf félaginu kost á að gera athugasemdir við erindið. Í bréfi PFS til RÚV var óskað eftir afstöðu félagsins til tveggja meginforsendna. Í fyrsta lagi hvort sjónvarpsdagskrá félagsins sé flutningsskyld í skilningi fjölmiðlalaga og hvort félagið geri kröfu um að Vodafone flytji efnið. Í öðru lagi hvort RÚV beri og/eða sé tilbúið til að greiða fyrir flutninginn.

Með bréfi, dags. 31. október 2011, barst PFS svar RÚV. Í bréfinu segir að RÚV sé með lögunum áskilinn réttur til að óska flutnings á sjónvarpsútsendingum sínum. Aftur á móti geri félagið ekki kröfu um að Vodafone flytji efnið og því sé félaginu hvorki skylt að greiða fyrir flutninginn né sé það tilbúið til þess. Þá kemur enn fremur fram að RÚV reki sitt eigið dreifikerfi og að óskað hafi verið flutnings á efni RÚV af forvera Vodafone (Norðurljósum) vegna þeirra eigna hagsmuna.

2.3 Athugasemdir Vodafone við svari RÚV

Með bréfi, dags. 3. nóvember 2011, óskaði PFS eftir afstöðu Vodafone til svara RÚV og frekari rökstuðnings fyrir kröfu félagsins um íhlutun PFS. Í bréfinu er sérstaklega vísað til afstöðu RÚV um að félagið hafi ekki óskað flutnings á efni þess á neti Vodafone.

PFS barst svar Vodafone 22. nóvember 2011. Í bréfinu eru reifuð þau sjónarmið sem liggja að baki ákvæðum 44.-47. gr. fjölmiðlalaga og hvað felist í flutningsskyldu og flutningsrétti að mati félagsins. Segir í bréfinu að í flutningsskyldu, sbr. 44. gr. laganna, felist að fjölmiðlaþjónustuveitendur geti fengið dreifingu á sjónvarpsútsendingum sínum á fjarskiptanetum fjarskiptafyrirtækja óski þau þess og að uppfylltum nánari skilyrðum sem útfærð eru í frumvarpinu. Í flutningsrétti felst að fjarskiptafyrirtæki geti fengið að dreifa sjónvarpsútsendingum á fjarskiptanetum sínum óski þau eftir slíku og að uppfylltum nánari skilyrðum sem einnig eru útfærð í frumvarpinu. Þá er áréttað mikilvægi meginreglu um samningafrelsi milli fjölmiðlaþjónustuveitanda og fjarskiptafyrirtækis sem virða beri í hvívetna þegar kemur að ákvörðun endurgjalds fyrir flutning efnis en PFS sé einungis falið að ákvarða gjaldið reynist útilokað að aðilar komist að samkomulagi.

Þá segir enn fremur í bréfinu að:

„ ... framangreindar reglur [verða] ekki aðskildar þannig að ákvörðun um endurgjald fyrir flutning á sjónvarpsefni verði einskorðuð við tilvik þar sem óskað er flutnings dagskrár líkt og ráða má af bréfi yðar og svari RÚV. Til einskis væri að setja reglur um

flutningsrétt og skyldu ef markaðsráðandi aðili líkt og RÚV gæti komist hjá greiðsluskyldu vegna flutnings með vísan til þess að ekki hafi verið óskað eftir honum.“

Í bréfinu segir jafnframt að RÚV sé yfirburðastöðu á sjónvarpsmarkaði og njóti ríkisaðstoðar við stafsemi sína á grundvelli almannaþjónustusamnings við mennta- og menningarmálaráðuneytið. Í þeim samningi sé kveðið á um að RÚV veiti útvarpsþjónustu í almannaþágu með því að senda út dagskrá til landsins alls og næstu miða allt árið um kring. Í bréfinu kemur einnig fram að á grundvelli eldri þjónustusamnings RÚV við stjórnvöld var kveðið á um að gera ætti sérstakan samning um útbreiðslu og þjónustu á stafrænu hljóðvarpi og sjónvarpi fyrir 31. desember 2007. Aftur á móti liggi ekki fyrir opinberlega upplýsingar um hvort gengið hafi verið frá slíkum samningi.

Þá er einnig vísað til athugasemda við frumvarp það er varð að fjölmiðlalögum. Segir í bréfinu að þar komi fram að:

„ ... um 20-30% af virkum notendum nýti hliðrænar útsendingar RÚV. Er því einsýnt að RÚV getur ekki uppfyllt almannaþjónustuskyldur sínar án þess að hafa aðgang að öðrum dreifikerfum fyrir sjónvarp en sínu eigin enda væri ella um brot gegn ríkisaðstoðarreglum EES samningsins að ræða. Að sama skapi hlýtur RÚV að verða að gæta jafnræðis á markaði.“

Er ítrekuð krafa um íhlutun PFS í málinu.

2.4 Athugasemdir RÚV við síðara bréfi Vodafone

Með bréfi PFS, dags. 23. nóvember sl., var RÚV gefinn kostur á að tjá sig um og gera athugasemdir við framangreindar rökfærslur Vodafone.

PFS barst svar RÚV með bréfi, dags. 14. desember sl. Í bréfinu bendir RÚV á að ekki hafi verið andmælt af hálfu Vodafone að flutningur fyrirtækisins á merki RÚV væri fyrir beiðni þess sjálfs og í þágu hagsmuna þess en ekki vegna beiðnar RÚV. Eins telur RÚV þá framsetningu Vodafone um að félagið eigi, auk réttar á flutningi á efni RÚV, tilkall til greiðslu frá RÚV fyrir slíkan flutning ekki fást staðist. Með þessum skilningi Vodafone gæti félagið „... með sjálfþökurétti á grundvelli fjölmiðlalaga markað sér tekjustofn hjá RÚV hvað sem vilja fyrirsvarsmanna þar líði.“

Í bréfi RÚV segir enn fremur að framangreindur skilningur Vodafone stríði gegn megin stefnum réttarskipunar, sbr. þá vernd sem eignarréttindum er skylt að búa og verði ekki skert með almennum lögum. Í bréfinu segir að fyrirmæli fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldu byggji á þeirri sjálfsögðu meginforsendu að sá aðili sem óskar eftir þjónustu eða verðmætum úr hendi gagnaðila sé einnig skylt að gjalda endurgjald fyrir það sem hann getur með réttu krafist af gagnaðila. Er mótmælt þeim skilningi Vodafone að einu gildi í þessu efni hvort þjónustu sé óskað eður ei.

Í bréfinu kemur fram það mat RÚV að ekkert í fjölmiðlalögum styðji þær lögskýringar sem Vodafone byggji kröfu sína á. Í athugasemdum við frumvarpið sem varð að fjölmiðlalögum komi fram að við gerð þess hafi verið litið til þess að flutningsréttur sé ef til vill þýðingarmeiri en flutningsskylda til að tryggja valfrelsi notenda og aðgang nýrra fyrirtækja að markaði. Þá sé

ástæðan fyrir því að PFS sé falin stjórnsláskylding skv. lögnum sá að starfsmenn stofnunarinnar hafi yfir viðamikilli þekkingu og reynslu að ráða í meðferð mála er varða aðgang að fjarskiptanetum og verðlagningu á slíkri þjónustu. Frumvarpið mæli fyrir um að beitt verði svipuðum aðferðum og þegar stofnunin fjallar um aðgang að fjarskiptanetum á grundvelli fjarskiptalaga. Segir RÚV að af þessu megi vera ljóst að sá sem krefst þjónustu eða verðmæta úr hendi annars aðila sé greiðsluskyldur en ekki sá sem lætur verðmætin í té. Jafnframt gangi það gegn viðteknum meginreglum að sá sem leggur til verðmæti ætti jafnframt að greiða meðgjöf til viðbótar þeim eignarréttindum sem honum yrði gert að láta af hendi.

Einnig er fjallað um 47. gr. fjölmiðlalaga og sagt að ákvæðið sé sambærilegt þeim reglum sem gilda um verðákvæðanir PFS á grundvelli fjarskiptalaga. Þá sé jafnframt vísað til þeirra ákvæða fjarskiptalaga í frumvarpinu er varð að fjölmiðlalögum, þ.e. 25., 28., 33. og 34. gr. laganna. Umrædd ákvæði styðji sjónarmið RÚV um að sá sem krefst gæða skuli greiða fyrir þau en ekki sá sem lætur þau af hendi.

Þá er það álit RÚV að sú staðreynd að félagið ræki almannathjónustuhlutverk á grundvelli laga fái ekki raskað þeim staðreyndum sem fram koma í bréfi þess. Né heldur þeir samningar sem félagið hefur gert við stjórnvöld um rækslu þess hlutverks. Þá reki félagið eigið hliðrænt dreifikerfi og undirbýr nú uppbyggingu stafræns hluta þess. Einnig kemur fram að RÚV hafi veitt öðrum fjarskiptafyrirtækjum aðgang að sjónvarpsmerki sínu án greiðslu líkt og það hefur þó rétt til.

Í bréfinu kemur einnig fram að fyrirvarsmenn RÚV kannist ekki við brot á jafnræðisreglum né ríkisaðstoðarreglum Evrópska efnahagssvæðisins. Þá sér RÚV ekki að hvaða marki óútskýrð yfirlýsing Vodafone um yfirburðastöðu þess á sjónvarpsmarkaði eigi við í samskiptum félagsins við Vodafone. Bendir RÚV á að allar staðhæfingar um yfirburði RÚV verði að skoða í því ljósi að félagið reki aðeins eina sjónvarpsrás en sá samkeppnisaðili sem haldið hefur sambærilegum sjónarmiðum fram reki fleiri rásir. Athugasemdir þess aðila hafa einkum varðað auglýsingamarkaðinn og að RÚV ætti að víkja af þeim markaði. RÚV sjái ekki að slíkt varði samskipti þess og Vodafone. Þá sér RÚV ekki hvernig það fyrirkomulag á ríkisrekstri útvarpsþjónustu hér á landi eigi við í máli þessu. Varðandi ríkisaðstoð á grundvelli samnings við mennta- og menningarmálaráðuneytið áréttar RÚV að hlutverk félagsins í því efni sé bundið í lög sem umræddur samningur útfærir nánar. Ekki sé til að dreifa óvissu um samninginn enda eru gildandi samningar birtir á heimasíðu þess. Sambærilegt fyrirkomulag tíðkist almennt í nágrannalöndum og viðtekið viðhorf í Evrópurétti er að telja það fullgilt og heimilt.

Þá kemur fram að skoða þurfi tilvísun Vodafone til frumvarps til fjölmiðlalaga að um 20-30% af virkum notendum RÚV nýti hliðrænar útsendingar þess í því ljósi að hliðrænt dreifikerfi RÚV nái til 99,9% íbúa landsins. Rekstur slíks dreifikerfis er mikill en óhjákvæmilegt að sinna. Það að leyfa öðrum aðilum, líkt og Vodafone, að flytja dagskrá sína spari RÚV engin útgjöld í rekstri eigin dreifikerfis. Aftur á móti hafi það verið stefna forsvarsmanna RÚV að landsmenn eigi að hafa frjálst val um það hvaða leið þeir fái merki þess til sín. RÚV hafi þó ekki sýnt tilburði í þá veru að þrýsta á um not sendinga Ríkisútvarpsins sjálfs með þeim hætti. Þá er vísað til þess að félagið áætla að slökkva á hliðræna dreifikerfinu árið 2014.

Það er jafnframt mat RÚV að komi PFS til með að fallast á kröfu Vodafone muni það skerða möguleika félagsins á að sinna lögbundnu almannathjónustuhlutverki sínu þar sem það sæti uppi

með að greiða fyrir mörg dreifikerfi, þ.e. sitt eigið og eitt eða fleiri önnur. Þá er áréttað sérstaklega að RÚV sé, þvert á fullyrðingar Vodafone, fyllilega bært að rækja almannaþjónustuskyldu sína. Þá segir einnig að „ ... flutningur Vodafone á merki RÚV er í þágu Vodafone sjálfs og viðhorf RÚV í því efni hefur verið að leyfa áhorfendum að eiga um það val hvaða leið þeir fá merkið til sín, ... “

Í bréfinu er einnig reifað að á undirbúningsstigi fjölmiðlalagafrumvarpsins hafi verið uppi sambærilegar hugmyndir og Vodafone heldur á lofti en þeim hafnað og þær ekki ratað í endanlegt frumvarp. RÚV fer því fram á það að PFS hafni kröfum Vodafone enda geti fyrirvarsmenn RÚV ekki sætt sig við að þeir almannaðjónustufjármunir sem það hefur til ráðstöfunar verði teknir í óumbeðna þjónustu utanaðkomandi aðila.

2.5 Beiðni PFS um álit fjölmiðlanefndar

Með bréfi, dags. 22. desember 2011, til fjölmiðlanefndar óskaði PFS eftir álit nefndarinnar á túlkun umræddra ákvæða í VII. kafla fjölmiðlalaga m.t.t. þess ágreinings sem fyrir lægi í málinu. Ítrekaði stofnunin beiðni sína með bréfi, dags. 31. janúar 2012 og tölvupósti þann 7. mars 2012.

Í bréfinu er ágreiningsefninu lýst. Þá kemur fram að skylda PFS til að leita álits fjölmiðlanefndar, sbr. lokamálslið 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga er ekki virk enda lúti ágreiningurinn að greiðslu fyrir flutning efnis en ekki að flutningnum sjálfum. Þrátt fyrir það taldi PFS mikilvægt að leita álits nefndarinnar enda um að ræða grundvallarspurningu um túlkun framangreindra ákvæða. Í bréfi PFS er eftirfarandi spurningum, sem PFS telur kjarna ágreiningsins, beint til nefndarinnar:

„Getur komið til álita að fjölmiðlaveitu sé skylt að greiða fyrir flutning á sjónvarpsútsendingum yfir fjarskiptanet fjarskiptafyrirtækis án þess að hafa óskað eftir slíkum flutningi á grundvelli 1. mgr. 44. gr. laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla?

Ber að túlka 45. gr. fjölmiðlalaga, á þá leið að séu skilyrði flutningsréttar uppfyllt að komið geti til þess að fjölmiðlaveita þurfi að greiða fyrir flutninginn?

Ef framangreindum spurningum er svarað játandi, hvað telur fjölmiðlanefnd að beri að leggja til grundvallar greiðsluskyldu fjölmiðlaveitunnar, m.t.t. aðstæðna í hlutaðeigandi máli?“

Með bréfi, dags. 16. mars sl., barst PFS svar fjölmiðlanefndar. Þar er vísað til greinargerðar með frumvarpi er varð að lögum um fjölmiðla og farið yfir tilurð og markmið ákvæða um flutningsrétt og flutningsskyldu. Kemur fram að í Evrópu hafi reglur um flutningsskyldu upphaflega átt að vera tímabundnar enda ekki talin þörf fyrir slíka skyldu í fjölrása sjónvarpskerfum stórra fyrirtækja sem myndu keppa sín á milli. Ákvæðinu var haldið inni í Evrópulöggjöf en aðildarríkjum gert að endurskoða lagasetningu sem kvæði á um slíka skyldu með reglubundnum hætti. Enn fremur segir að frá því ákvæðið kom fyrst fram hefur stefnumótun og túlkun þess breyst nokkuð en í upphafi var því ætlað að veita stjórnvöldum heimildir um að leggja ákveðnar skyldur á fyrirtæki sem væru ráðandi á markaði og dreifðu efni á ákveðnum tegundum fjarskiptaneta. Reglurnar hafi verið túlkaðar þröngt og ætlað að tryggja fjölmiðlum, eins og ríkissjónvarpsstöðvum, aðgang að lokuðum dreifikerfum eins og kapli eða ADSL. Þá hafi mörg aðildarríki farið þá leið, líkt og Ísland í fjölmiðlalöggjöf sinni, að ákvæðin nái yfir annars konar dagskrá en einungis dagskrá ríkisfjölmiðla.

Í bréfi fjölmiðlanefndar kemur einnig fram að ákvæði um flutningsrétt sé komið til af samkeppnissjónarmiðum á fjarskiptamarkaði þar sem efnisréttindi voru farin að færast á fáar hendur. Koma átti í veg fyrir að val notenda á hljóð- og myndmiðlunarefni réði vali á fjarskiptaleið. Í bréfinu kemur fram að markmið umræddra ákvæða um flutningsrétt og flutningsskyldu sé að tryggja samkeppni hvort tveggja á fjölmiðla- sem og fjarskiptamarkaði. Með ákvæðunum sé reynt að koma í veg fyrir að val áhorfenda á efni ráði sjálfkrafa vali þeirra á dreifileið. Aftur á móti sé einnig reynt að tryggja að merki RÚV nái til allra landsmanna, sbr. 2. mgr. 44. gr. fjölmiðlalaganna.

Enn fremur segir í bréfi fjölmiðlanefndar og nefndin telji skýrt út frá gögnum málsins að flutningur Vodafone á merki RÚV sé tilkominn að beiðni fyrrnefnda aðilans og þjóni hagsmunum hans. Þannig sé merki RÚV „ ... í reynd dreift á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem kveðið er á um að fjölmiðlaveitu beri að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um að fjarskiptafyrirtæki fái að flytja efni.“ Þá segir að Vodafone hafi sökum þessa flutt merki RÚV um tiltekinn tíma án þess að greitt hafi verið fyrir slíkan flutning þar sem leiða megi líkur að því að það hafi verið gert með hagsmuni Vodafone að leiðarljósi.

Í bréfi nefndarinnar segir jafnframt:

„Telja má að Vodafone flytji merki RÚV til að tryggja viðskiptavinum sínum aðgang að opinni dagskrá fjölmiðlaveitunnar sem flestir landsmenn vilja hafa aðgang að. Er það hliðstætt því sem gengur og gerist í nágrennaríkjum okkar, en þar sjá þeir sem dreifa hljóð- og myndmiðlunarefni hag sinn í því að flytja merki ríkisfjölmiðla án sérstakrar þóknunar til að tryggja bestu hugsanlegu þjónustu viðskiptavina sinna, enda greiða ríkisfjölmiðlarnir fyrir sitt eigið dreifikerfi.

Þegar litið er til þess að Vodafone hefur dreift merki RÚV um árábil án sérstakrar þóknunar þar sem það hefur þjónað hagsmunum fjarskiptafyrirtækisins telur fjölmiðlanefnd ekki rétt að túlka ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga með þeim hætti að RÚV beri að greiða fyrir slíkan flutning á þjónustu sem fjarskiptafyrirtækið hefur óskað eftir að fá að dreifa. Í þessu sambandi hefur aukinheldur þýðingu að RÚV hefur ekki þörf fyrir umræddan flutning enda rekur fjölmiðlaveitan eigið dreifikerfi.“

2.6 Athugasemdir Vodafone við bréfi fjölmiðlanefndar

PFS gaf Vodafone kost á að tjá sig um og gera athugasemdir við svar fjölmiðlanefndar, sbr. bréf stofnunarinnar dags. 19. mars sl. PFS bárust athugasemdir Vodafone með bréfi, dags. 21. s.m.

Í bréfinu er áréttað að beiðni Vodafone um íhlutun PFS byggi á 47. gr. fjölmiðlalaga um endurgjald fyrir flutning þar sem ágreiningur aðila falli ekki undir ákvæði 46. gr. laganna sem fjallar um málsmeðferð vegna höfnunar á flutningsskyldu eða flutningsrétti. Kemur skýrt fram í bréfinu að slíkum ágreiningi sé ekki til að dreifa milli aðila „ ... enda [hafi] RÚV ekki hafnað því að afhenda merki sitt til flutnings um dreifikerfi [Vodafone] né [hafi Vodafone] hafnað því að dreifa dagskrá RÚV.“ Ágreiningur aðila lúti einvörðungu að því hvort flutningur á efni RÚV skuli fara fram án endurgjalds.

Í bréfinu kemur fram að Vodafone telji hugleiðingar fjölmiðlanefndar eiga takmarkað við álitaefni þessa máls þar sem ekki er ágreiningur um rétt eða skyldu til að flytja efni RÚV.

Hvað varðar umfjöllun fjölmiðlanefndar um markmið umræddra ákvæða segir í bréfi Vodafone að nefndin fjalli ekki um það sem fram kemur í greinargerð með frumvarpinu, að það sé skýrt mat löggjafans að til þess að flutningsreglur nái tilgangi sínum þurfi þær að ganga í báðar áttir. Að ákvæðum um flutningsrétt sé ætlað að draga úr lóðréttum áhrifum og hindra að fjölmiðlaþjónustuveitandi beini viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum eða dreifileiðum. Þá er tekið fram í bréfinu að RÚV sé ekki undanskilið enda njóti það yfirburðarstöðu á markaði fyrir sjónvarp án áskriftar.

Hvað varðar tilvísun nefndarinnar til 2. mgr. 44. gr. laganna um forgang sjónvarpsdagskrár RÚV segir að lögskýringargögn varpi ekki frekara ljósi á skýringar fyrir þessu markmiði. Enn síður komi fram í lögskýringargögnum að þessi forgangur skuli vera án endurgjalds enda væri slíkt ríkisaðstoð í skilningi EES samningsins sem hvorki hefur verið sent til né samþykkt af Eftirlitsstofnun EFTA.

Vodafone telur röksemdir fjölmiðlanefndar um að flutningur félagsins á merki RÚV sé í raun dreift á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga, án endurgjalds og fyrir hagsmuni þess, ekki geta staðist. Hafnar Vodafone alfarið „ ... að merki RÚV sé einvörðungu dreift vegna óska [Vodafone] á grundvelli 45. gr. og í þágu hagsmuna [Vodafone].“ Vodafone hafi um langt skeið reynt að komast að samkomulagi við RÚV um endurgjald vegna umrædds flutnings.

Þá segir í bréfi Vodafone að RÚV sé ekki undanskilið þeirri reglu sem hlýst af gagnkvæmni flutningsreglnanna þ.e. að koma í veg fyrir að fjölmiðlaveita beini viðskiptavinum sínum inn á einstök dreifikerfi. Ekki sé hægt að líta til framkvæmdar í nágrannalöndunum enda er þar ekki til að dreifa sambærilegum ákvæðum um gagnkvæman rétt fjarskiptafyrirtækja og fjölmiðlaveita. Fullyrðingar fjölmiðlanefndar í þá veru eru ekki studdar með nákvæmum dæmum eða tilvísunum.

Að mati Vodafone tekur fjölmiðlanefnd ekki á meginatriði þessa máls, þ.e. því grundvallaratriði að í 46. gr. laganna felist krafa um að jafnræðis skuli gætt milli flutningsskyldra aðila við gerð samninga um flutning efnis, m.a. með því að setja viðsejendum samskonar skilmála fyrir samskonar þjónustu. Það leiði af framangreindu ákvæði á Vodafone sé óheimilt að innheimta ekki gjald af RÚV fyrir flutning á merki félagsins á dreifikerfi sínu. Í bréfinu segir jafnframt:

„ ... fælist sú regla í tilvitnuðum ákvæðum fjölmiðlalaga að fjarskiptafyrirtækjum væri skylt að dreifa merki RÚV án endurgjalds fælist í slíkri ráðstöfun ríkisaðstoð sem ekki samrýmist ákvæðum EES samningsins. Er þess því óskað að PFS úrskurði sérstaklega um þetta álitaefni, þ.e. hvort [Vodafone] sé heimilt að innheimta einvörðungu gjald af öðrum fjölmiðlaveitum en RÚV, eftir atvikum í kjölfar samráðs við Samkeppniseftirlitið.“

Hvað varðar fullyrðingar fjölmiðlanefndar um að RÚV hafi ekki þörf fyrir dreifingu annars aðila þar sem það reki sitt eigið dreifikerfi telur Vodafone að tilgangur fjölmiðlalaga um aðskilnað efnis og dreifingar að engu orðinn ásamt því sem samkeppni á markaði myndi skaðast verulega. Með

sama hætti væri því Skiptum hf. heimilt að hafna að greiða fyrir flutning á efni Skjásins um önnur dreifikerfi en sem eru í eigu Símans hf.

Þá bendir Vodafone enn fremur á að hliðræna dreifikerfi RÚV uppfylli ekki nútímakröfur um útbreiðslu en félagið reki ekki önnur dreifikerfi. Þannig séu jafnframt yfir 9000 manns á höfuðborgarsvæðinu með lítið, ekkert eða lélegt merki frá dreifikerfi RÚV, eða um tæplega 3% þjóðarinnar. Er jafnframt tilgreint að utan höfuðborgarsvæðisins séu stór sumarhúsasvæði, þar sem aukning er í heilsársbúsetu fólks, þar sem merki næst ekki nema í takmörkuðum mæli og þá með stórum og dýrum loftnetum sem ekki eru gerð fyrir íslenskt veðurfar. Af þessum sökum uppfylli RÚV ekki skilyrði almannaþjónustu um dreifingu til allra landsmanna nema að nýta sér dreifikerfi Vodafone. Er aftur áréttað að samningur ríkisins um almannaþjónustu falli undir ákvæði EES samningsins og þarfnist samþykkis Eftirlitsstofnunar EFTA.

Í niðurlagi bréfsins er vísað til upphaflegrar beiðnar Vodafone um afstöðu PFS um hvaða aðferð verði beitt við kostnaðargreiningu á grundvelli 47. gr. laganna og jafnframt hvaða gagna og upplýsinga sé óskað í því sambandi.

III. Lagaumhverfi

3.1 VII. kafli laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla

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

Með lögnum er sett á fót sjálfstæð stjórnarsýslunefnd, fjölmiðlanefnd, sem annast eftirlit og daglega stjórnarsýslu þess sem fellur innan gildissviðs laganna, sbr. 1. mgr. 7. gr. laganna. Aftur á móti er PFS í ákveðnum tilvikum ætlað sérstakt stjórnarsýsluhlutverk á grundvelli laganna, sbr. t.a.m. 46. og 47. gr. þeirra er fjalla um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds fyrir flutning á myndefni.

3.2 Ákvæði um flutningsskyldu og flutningsrétt

3.2.1 Flutningsskylda

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. Í ákvæðinu segir:

„Fjarskiptafyrirtæki sem rekur almennt stafrænt fjarskiptanet sem notað er til flutnings sjónvarpsútsendinga er skylt að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum fjölmiðlaþjónustuveitenda um flutning á sjónvarpsútsendingum, að uppfylltum eftirtöldum skilyrðum:

- a. það efni sem óskað er eftir að flutt verði um fjarskiptanet sé sjónvarpsútsending fjölmiðlaþjónustuveitanda sem hefur staðfestu á Íslandi samkvæmt lögum þessum að undanskildum sjónvarpsútsendingum sem eingöngu eru helgaðar fjarkaupum,
- b. um sé að ræða sjónvarpsútsendingu sem send er út á rauntíma með hefðbundnum stafrænum gæðum, og
- c. umtalsverður hluti notenda í landinu eða á tilteknu landsvæði nýti sér viðkomandi fjarskiptanet til að taka á móti sjónvarpsútsendingum.

Ákvæðið byggir á 31. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/22/EB frá 7. mars 2002, um alþjónustu og réttindi notenda að því er varðar rafræn fjarskiptanet og –þjónustu (tilskipun um alþjónustu). Í greininni er kveðið á um heimild aðildarríkja til að leggja á sanngjarnar sendingarskyldur, vegna sendinga á tilteknum hljóð- og sjónvarpsrásum og þjónustu, á fyrirtæki sem hafa yfir að ráða fjarskiptaneti fyrir dreifingu hljóð- og sjónvarps til almennings, ef verulegur fjöldi endanlegra notenda slíkra neta nota þau sem meginleið til að taka á móti hljóð- og sjónvarpi. Í greininni er jafnframt kveðið á um að slíkar skyldur skuli eingöngu lagðar á ef þær eru nauðsynlegar til að uppfylla skýrt skilgreind markmið um almannahagsmuni og þær skuli vera hlutfallsbundnar og gagnsæjar. Í 2. mgr. greinarinnar er enn fremur tilgreint að aðildarríki geti ákvarðað viðeigandi gjald vegna ráðstafanna samkvæmt greininni. Ákveði aðildarríkin slíkt skulu þau um leið tryggja að gæta jafnræðis við meðferð fyrirtækja sem bjóða fram rafræn fjarskiptanet og –þjónustu. Þá skal slíkri þóknun beitt á hlutfallsbundinn og gagnsæjan hátt. Eru þessar skyldur áréttáðar í 43.-45. liðum inngangsorða tilskipunarinnar. Enn fremur hefur Evrópuþómstóllinn áréttað mikilvægi þess að aðildarríkjum er einungis heimilt að innleiða reglur um flutningsskyldu, og leggja þannig kvaðir á fyrirtæki, sé það nauðsynlegt á grundvelli almannahagsmuna að uppfylltum skilyrðum um meðalhóf og gagnsæi enda er um að ræða frávík frá einni grundvallarreglu Evrópuréttar um frelsi til að veita þjónustu.¹

Á ákvæðið rætur sínar að rekja til þess markmiðs að tryggja að efni ríkisfjölmiðla nái til allra landsmanna og án auka kostnaðar fyrir fjölmiðilinn.² Er þetta í fullu samræmi við það sem fram kemur í bréfi fjölmiðlanefndar til PFS, dags. 16. mars sl., sem og athugasemdir við frumvarp það er varð að fjölmiðlalögum, nr. 38/2011. Í kafla 2.13 athugasemdanna segir m.a. að Evrópuráðið hafi mælt til þess að aðildarríki hafi í huga þann möguleika að setja reglur um flutningsskyldu sem í raun tryggir með lögum að „ ... *efnisveitur sem óska eftir dreifingu hjá hinum ýmsu fjarskiptafyrirtækjum fá slíkan aðgang.*“ Þá segir einnig að reglur sem þessar séu augljóslega til hagsbóta fyrir fjölmiðla sem gegna almannaðjónustuhlutverki líkt og RÚV gerir. Aftur á móti, þar sem íslenska ákvæðið nær til allra fjölmiðla sem starfa á vettvangi myndmiðlunar, styrkir það jafnframt minni fjölmiðlaþjónustuveitendur sem eru að koma inn á markaðinn til að ná sem mestu áhorfi.

¹ Dómur Evrópuþómstólsins í máli nr. C-134/10. *Framkvæmdastjórnin gegn Belgíu*. Málsgreinar 43 og 51.

² Roukens, Thomas. (2005) *What Are We Carrying Across the EU these Days?* European Audiovisual Observatory, Strassburg, Frakklandi. Bls. 18.

Þannig getur fjölmiðlaveita, með íþyngjandi hætti, krafið fjarskiptafyrirtæki um að fá aðgang að fjarskiptaneti þess. Aftur á móti kemur fram í athugasemdum við greinina að miðað við núverandi aðstæður hér á landi ætti ákvæði um flutningsskyldu „ ... ekki að vera mjög íþyngjandi miðað við þann fjölda sjónvarpsendinga sem hugsanlega geta fallið undir ákvæðið.“ Kemur einnig fram að til að tryggja að ákvæðið íþyngi fjarskiptafyrirtækjum ekki um of er sett þak á þær sjónvarpsútsendingar sem fjölmiðlaveita getur óskað flutnings á. Mega þær ekki vera meira en sem nemur þriðjungur af burðargetu viðkomandi fjarskiptanets.

Þá hefur gildissvið evrópska ákvæðisins verið talið takmarkast við rétt fjölmiðlaveitu til að krefjast aðgangs að fjarskiptaneti en feli ekki í sér rétt til handa eiganda fjarskiptanets til að krefjast þess að flytja efni fjölmiðlaveitu eftir dreifikerfi sínu.³ Hefur flutningsskylduákvæði í löggjöfum Evrópuríka því verið sett til hagsbóta fyrir innlendar fjölmiðlaveitur, til þess að tryggja aðgang að fjarskiptanetum, en ekki til þess að tryggja fjarskiptafyrirtækjum aðgang að efni. Hið sama á við um túlkun á íslenska ákvæðinu um flutningsskyldu enda hefur jafnframt sérstakt ákvæði um flutningsrétt verið lögfest.

3.2.2 Flutningsréttur

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 sem tilgreind eru í þremur staflíðum. Er ákvæðið svohljóðandi:

„Fjölmiðlaveitu er skylt að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um að fjarskiptafyrirtæki fái að flytja sjónvarpsútsendingar á stafrænu fjarskiptaneti sínu að uppfylltum eftirtöldum skilyrðum:

- a. Flutningur sjónvarpsútsendinga til notenda um viðkomandi fjarskiptanet sé af fullnægjandi gæðum og einnig með nægilegu öryggi til að verja lögverndaða hagsmuni rétthafa útsends efnis. Ef um er að ræða læstar sjónvarpsútsendingar skal vera mögulegt að nota aðgangsstýringu. Póst- og fjarskiptastofnun er heimilt að setja reglur um lágmarkskröfur um útsendingargæði og öryggi.
- b. Það efni sem óskað er eftir að flytja megi um fjarskiptanet sé íslensk sjónvarpsútsending fjölmiðlaveitu sem hefur staðfestu á Íslandi samkvæmt lögum þessum eða erlend sjónvarpsútsending sem íslensk fjölmiðlaveita hefur gert einkaréttarsamning um eða útsending á ákveðnum viðburðum sem ekki fyllir heila dagskrá samkvæmt framansögðu, svo sem íþrótt- eða listviðburðum.
- c. Ákvæði í samningum við rétthafa efnis, sem gerðir voru fyrir gildistöku laga þessara, standi því ekki í vegi að flytja megi efnið um fjarskiptanetið.“

Í ákvæðinu er að finna speglun á ákvæði um flutningsskyldu. Samanber áður nefndan kafla almennra athugasemda 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

³ Valcke, Peggy. (2005). *The future of Must-Carry*. European Audiovisual Observatory, Strassburg, Frakklandi. Bls. 34-35.

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 þeim skilyrðum sem fram koma í stafliðum 1. mgr. greinarinnar.

Í tilvitnuðu bréfi fjölmiðlanefndar kemur fram að flutningsréttarákvæðið taki til þess að fjölmiðlaveita verði að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum fjarskiptafyrirtækis um að fá að flytja sjónvarpsútsendingar veitunnar á stafrænu fjarskiptaneti sínu. Markmið ákvæðisins er að tryggja samkeppni á fjarskiptamarkaði þar sem efnisréttindi voru farin að færast á fáar hendur. Með því að tryggja þennan rétt fjarskiptafyrirtækja gætu þau flutt úrval hljóð- og myndmiðlunarefnis þannig að val áhorfanda á efni réði ekki vali á fjarskiptaleið. Sömu sjónarmið er að finna í athugasemdum frumvarpsins við 45. gr. laganna. Þar kemur fram að markmið 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.

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 efni 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.⁴

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

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.

⁴ Valcke, Peggy. (2005). *The future of Must-Carry*. European Audiovisual Observatory, Strassburg, Frakklandi. Bls. 34.

3.3 Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds

3.3.1 Málmeðferð og framkvæmd

Í 46. gr. laganna er fjallað um málsmeðferð og framkvæmd flutningsreglna 44. og 45. gr. 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. Ber þeim að gæta jafnræðis við flutning sjónvarpsútsendinga og við framkvæmd þeirra og skulu setja viðsemjendum sömu skilmála í sams konar viðskiptum og veita þjónustu og upplýsingar með sömu skilmálum og af sömu gæðum og veitt eru eigin þjónustudeildum, dótturfyrirtækjum eða samastarfsaðilum. Verður verð og aðrir skilmálar að vera sambærilegir gagnvart tengdum sem og ótengdum aðilum, sbr. athugasemdir við greinina.

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. Þá segir enn fremur að þetta fyrirkomulag, að PFS taki til meðferðar mál er varða flutning sjónvarpsútsendinga á fjarskiptanetum, sé til komið þar sem stofnunin hefur um langan tíma ákvarðað um aðgang að fjarskiptanetum og verðlagningu á slíkum aðgangi á grundvelli laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

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.

3.3.2 Ákvörðun endurgjalds

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.

Í athugasemdum við greinina kemur fram að ástæða þessa fyrirkomulags er þekking og reynsla PFS í meðferð mála varðandi aðgang að fjarskiptanetum og verðlagningu á slíkri þjónustu. Þá gera lögin ráð fyrir að svipuðum aðferðum verði beitt og þegar fjallað er um aðgang annarra þjónustuveitenda að fjarskiptanetum á grundvelli laga, nr. 81/2003, um fjarskipti. Með ákvæðinu er stuðlað að því að eðlilegt og sanngjarnt verð sé greitt fyrir flutning og efni. Þá er sérstaklega tilgreint í athugasemdum við greinina að verðlagning skuli ekki hamla samkeppni þótt hún verði á sama tíma að vera forsvaranleg m.t.t. upphaflegrar fjárfestingar og áhættu. Eru frekari sjónarmið nefnd sem stofnuninni ber að byggja ákvörðun sína á. Má þar m.a. nefna kostnað við fjárfestingar og rekstur viðkomandi fjarskiptanets, þeirrar bandbreiddar sem sjónvarpsútsendingin tekur á fjarskiptanetinu og fjölda notenda viðkomandi sjónvarpsþjónustu. Eins getur stofnunin beitt samanburðaraðferð við sambærilega þjónustu ef erfitt reynist að framkvæma kostnaðargreiningu á

viðkomandi neti eða ef kostnaður við rekstur þess er óeðlilega hár. Þá er einnig kveðið á um heimild PFS til að láta fjarskiptafyrirtæki útbúa kostnaðarlíkan til útreiknings á verði.

Í VII. kafla fjarskiptalaga er fjallað um samtengingu neta og þjónustu og aðgang að þeim. Í athugasemdum sem fylgdi frumvarpi er varð að fjarskiptalögum nr. 81/2003, segir um kaflann að í honum sé að finna greinar sem kveða á um skyldur allra fjarskiptafyrirtækja án tillits til markaðsstöðu sem og ákvæði sem kveða sérstaklega á um kvaðir sem leggja má á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Ákveðna grundvallarreglu má finna í 24. gr. laganna þar sem öllum fjarskiptafyrirtækjum er veittur réttur sem og þeim er gert skylt að semja um samtengingu við net og þjónustu annarra fjarskiptafyrirtækja. Er endurgjald fyrir samtengingu samkomulagsatriði aðila en getur komið til úrskurðar PFS rísi ágreiningur um það. Í 29. gr. er PFS þó heimilt að mæla fyrir um að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk verði við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um opinn aðgang að almennum fjarskiptanetum, nethlutum og tengdri aðstöðu með ákveðnum skilmálum sem stofnunin jafnframt setur. Þá er í 29. og 30. gr. laganna gerð krafa um gagnsæi og jafnræði. Þannig getur PFS lagt skyldur á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að gæta jafnræðis þegar það samþykkir samtengingu eða aðgang annars fyrirtækis. Slíkar kvaðir eigi að tryggja að sömu skilmálar séu í samskonar viðskiptum ótengdra og tengdra aðila. Tilgangur þessara ákvæða er sambærilegur þeim sem liggur til grundvallar flutningsskylduákvæðum fjölmiðlalaga, þ.e. að tryggja að samkeppnisstaða nýrra aðila á markaði sé ekki skekkt og auðvelda innkomu þeirra á markað. Ákvæðin fela í sér að fjarskiptafyrirtæki sem að veitir aðgang að neti sínu eða þjónustu skuli innheimta sama endurgjald í sambærilegum viðskiptum. Í þessu flest að sá sem óskar tengingar við fjarskiptanet greiðir fyrir slíkt.

IV.

Forsendur og niðurstaða

Líkt og að framan greinir hefur ákvæði um flutningsskyldu verið í Evrópulöggjöf um nokkurt skeið. Aftur á móti er þar ekki að finna ákvæði um flutningsrétt þótt vissulega hafi farið fram umræða um nauðsyn slíks ákvæðis og fór löggjafinn hér á landi þá leið að lögleiða hvort tveggja ákvæði um flutningsskyldu og flutningsrétt. Í málalíbúnaði sínum vísar Vodafone til athugasemda frumvarpsins um mikilvægi gagnkvæms réttar fjölmiðlaþjónustuveitu og fjarskiptafyrirtækis um flutnings og telur að ákvæðin verði ekki aðskilin við túlkun og beitingu þeirra. PFS fellst ekki á að umrædd ákvæði séu samofin. Ákvæði um flutningsrétt var einmitt sett til þess að tryggja gagnkvæmi sem ekki var til staðar varðandi flutningsskylduna. Sú gagnkvæmni byggir þó á mismunandi forsendum sem ekki verður blandað saman. Það mat löggjafans að sérstakt ákvæði hafi þurft til að tryggja rétt fjarskiptafyrirtækja til að fá aðgang að efni leiðir af sér að flutningsskylduákvæði eitt og sér hefur ekki verið talið fela slíkan rétt í sér. Verða ákvæði laganna ekki aðskilin með þeim hætti að til gjaldtöku á grundvelli 1. mgr. 44. gr. geti komið þótt fjölmiðlaveitandi hafi aldrei óskað eftir flutningi. Er það almenn regla í íslensku réttarfari að lagaákvæði skal túlka út frá orðalagi þess, sé það skýrt, nema gild rök leiði til annars. Orðalag ákvæðisins gerir skýra kröfur um að beiðni verði að koma frá þeim aðila sem óskar aðgangs að réttindum gagnaðila. Hið sama á við um 1. mgr. 45. gr. laganna og er slík krafa ítrekuð í ákvæðunum sjálfum, sbr. a – lið 1. mgr. 44. gr. og b – lið 1. mgr. 45. gr. Þá styðja athugasemdir við frumvarpið þessa túlkun enda er hvergi vikið að því að til beitingar á ákvæðunum geti komið án

þess að beiðni liggi fyrir. Við túlkun umræddra ákvæða verður að beita þröngri lögskýringu og verður því ekki annað talið, út frá skýrum ákvæðum laganna, lögskýringargögnum og almennum lögskýringarsjónarmiðum, en að beiðni verði að koma fram að hálfu þess sem óskar aðgangs, að dreifikerfi eða efni. Um er að ræða íþyngjandi ákvæði enda fela þau í sér rétt aðila til aðgangs að eignum gagnaðila sem telja verður að njóti verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, sbr. 1. mgr. 72. gr. hennar. Gegn staðfastri neitun RÚV, sem ekki hefur verið véfengd með beinum hætti af hálfu Vodafone, um að hafa óskað aðgangs að dreifikerfi Vodafone til flutnings á sjónvarpsdagskrá getur ekki komið til endurgjalds og viðeigandi kostnaðargreiningar á grundvelli 47. gr., sbr. 1. mgr. 44. gr. laganna.

PFS getur ekki fallist á þá túlkun Vodafone á ákvæði 1. mgr. 46. fjölmiðlalaga um jafnræði, að félaginu sé óheimilt að dreifa útsendingum RÚV án endurgjalds þar sem fyrirtækið flytji efni annarra fjölmiðlaþjónustuveitna og fái greiðslu fyrir. Krafan um jafnræði verður ekki túlkuð með þeim hætti að hún ryðji úr vegi skýrri kröfu 1. mgr. 44. gr. fjölmiðlalaga um að ósk verði að berast frá fjölmiðlaveitu um flutning á efni. PFS hefur ekki upplýsingar um samninga milli Vodafone og annarra aðila sem félagið flytur efni fyrir en ljóst er að allir greiða fyrir flutning efnis, sbr. upplýsingar í bréfi Vodafone. PFS hefur ekki forsendur til að meta á hvaða grundvelli til flutnings hefur komið, þ.e. að frumkvæði hvors aðila samið var um slíka dreifingu. Hafi það verið af frumkvæði fjölmiðlaþjónustuveitanda ættu hlutaðeignandi að geta byggt á skýru ákvæði 1. mgr. 44. gr. um að fá slíkan aðgang, að uppfylltum skilyrðum þar um, sbr. og mögulegur réttur Vodafone til endurgjalds. Engin slík ósk hefur borist frá RÚV.

Endurspeglast hér markmið ákvæðisins, þ.e. að auðvelda efnisveitum aðgang að markaði án þess að leggja í dýrar fjárfestingar og uppbyggingu á eigin dreifikerfi. Krafa 1. mgr. 46. gr. laganna um jafnræði nær yfir þessa aðila. Verða verð og aðrir skilmálar í samningum fjarskiptafyrirtækis við mismunandi efnisveitur að vera sambærilegir, að öðrum kosti getur samkeppnisstaða þessara fyrirtækja skekkst umtalsvert og haft áhrif á möguleika þeirra til að ná fótfestu á viðkomandi markaði. Ákvæði 1. mgr. 44. gr. er ekki sett með hagsmuni eiganda fjarskiptafyrirtækis í fyrirúmi, með þeim hætti sem Vodafone byggir á, og að fyrirtækið geti á grundvelli ákvæðisins krafist endurgjalds fyrir flutning á efni sem ekki hefur verið óskað eftir.

Vodafone byggir einnig á því sjónarmiði að RÚV sé með yfirburðastöðu á sjónvarpsmarkaði ásamt því að njóta ríkisaðstoðar á grundvelli samnings við mennta- og menningarmálaráðuneytið um útvarpsþjónustu í almannapágu. Telur Vodafone að RÚV uppfylli ekki almannapjónustuskyldur sínar án aðgangs að öðrum dreifikerfum en sínu eigin enda væri ella um brot á ríkisaðstoðarreglum EES samningsins að ræða. PFS hefur engar forsendur til að taka undir afstöðu Vodafone um að meint markaðsráðandi staða RÚV á sjónvarpsmarkaði eigi við rök að styðjast. Þá hefur slík staða hvort sem er ekki áhrif á beitingu flutningsskyldu og flutningsréttarákvæði fjölmiðlalaga enda ekki tiltekin nein skilyrði um slíkt í ákvæðunum sjálfum.

Núgildandi þjónustusamningur milli stjórnvalda og RÚV var undirritaður 24. maí 2011 og gildir út árið 2015. Í samningnum er kveðið á um að RÚV beri m.a. að veita öllum landsmönnum, óháð búsetu, efnahag, aldri, kyni og félagslegri stöðu, aðgang að fjölbreyttu efni með mismunandi tæknilegum aðferðum. Samningurinn er gerður á grundvelli 3. mgr. 3. gr. laga, nr. 6/2007, um Ríkisútvarpið ohf. Samkvæmt ákvæðinu er lögð sú skylda á RÚV og mennta- og

menningarmálaráðherra, sbr. I –lið 6. gr. forsetaúrskurðar, nr. 125/2011, um skiptingu stjórnarmálefna milli ráðuneyta í Stjórnarráði Íslands, að gera sérstakan þjónustusamning um markmið, umfang og nánari kröfur skv. 2. mgr. greinarinnar um útvarpsþjónustu í almannapágu. Í 7. gr. samningsins er fjallað um eftirlit ráðuneytisins á framkvæmd samningsins. Skulu samningsaðilar funda um framkvæmd hans, þróun, breytingar og markmið. Þá hefur ráðuneytið heimild til að kalla eftir upplýsingum og gögnum til að sannreyna framkvæmd samningsins. Er því ljóst að það er í höndum mennta- og menningarmálaráðherra að hafa eftirlit með því að RÚV uppfylli almannþjónustuskuldur sínar á grundvelli samningsins en ekki á forræði PFS. Almannaþjónusta RÚV byggir á viðurkenndu fyrirkomulagi innan Evrópusambandsins enda tengist útvarpsþjónusta í almannapágu með beinum hætti lýðræðislegum, félagslegum og menningarlegum þörfum landa. Aftur á móti er vandséð af hálfu PFS að um brot á þjónustusamningnum og ríkisstyrkjareglum EES-samningsins sé ræða af þeirri ástæðu að hluti landsmanna kjósi að taka á móti dagskrá RÚV með öðrum leiðum en að koma upp loftneti til að taka á móti analog útsendingum. Þannig á krafa notenda um val á móttökuleið á sjónvarpsútsendingum félagsins ekki að fela í sér brot RÚV á umræddum samningi. Þá dregur PFS í efa ályktanir Vodafone um að aukin heilsársúseta í sumarhúsum hafi áhrif hér á. Í þjónustusamningnum er kveðið á um að veita skuli þjónustu óháð búsetu en búseta er skilgreind í 1. gr. laga nr., 21/1990, um lögheimili. Þá er sérstaklega tekið fram að dvöl í húsnæði í skipulagðri frístundabyggð teljist ekki ígildi fastrar búsetu, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr., 21/1990, um lögheimili, sbr. 1. gr. breytingarlaga nr. 149/2006, að teknu tilliti til ákvæðis til bráðabirgða í lögnum. Aftur á móti er það ljóst að þurfi RÚV á dreifikerfi annarra fjarskiptafyrirtækja að halda, að mati mennta- og menningarmálaráðuneytisins, til að uppfylla umræddar skyldur sínar samkvæmt samningnum getur komið til þess að félagið greiði fyrir slíkan flutning, sbr. 47. gr. laganna, enda óski félagið þá eftir slíkum flutningi á grundvelli 1. mgr. 44. gr.

Í gögnum Vodafone er því haldið fram að ekki ríki ágreiningur um flutning efnis RÚV á dreifikerfi félagsins og að flutningurinn sé ekki einvörðungu dreift 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 ráð starfærnu fjarskiptaneti, að leiðarljósi, þ.e. til að auka valfrelsi notenda og auka samkeppnishæfni fjarskiptafyrirtækjanna með því að veita þeim aðgang að eftirsóknaverðu 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.

Ákvörðunarorð

Ekki er fallist á beiðni Fjarskipta ehf. um að Póst- og fjarskiptastofnun ákvarði endurgjald fyrir flutning á sjónvarpsútsendingum Ríkisútvarpsins ohf. á fjarskiptaneti félagsins á grundvelli 47. gr. laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla, án þess að beiðni um flutning á efni liggi fyrir af hálfu Ríkisútvarpsins ohf., sbr. 1. mgr. 44. gr. laganna

Ekki er fallist á að krafa 1. mgr. 46. gr. laga, nr. 38/2011, um fjölmiðla, um jafnræði milli aðila við gerð samninga um flutning efnis, feli í sér að Fjarskiptum ehf. sé óheimilt að flytja sjónvarpsdagskrá Ríkisútvarpsins ohf. án þess að innheimta gjald fyrir slíkan flutning þar sem félaginu er ekki skylt að flytja efni Ríkisútvarpsins ohf. án beiðnar félagsins um það á grundvelli 1. mgr. 44. gr. laganna.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskostnaðargjald að upphæð kr. 150.000, samkvæmt 6. gr. reglugerðar, nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta og póstmála.

Reykjavík, 31. maí 2012

Hrafnkell V. Gíslason

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir