



## PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

### Ákvörðun nr. 30/2015

#### Ágreiningur Símans og Vodafone um gildissvið fjölmiðlalaga um flutning myndefnis

##### I

##### Inngangur

Ágreiningur málsins snýst um gildissvið ákvæða fjölmiðlalaga nr. 38/2011 að því er varðar flutning myndefnis. Nánar tiltekið um það hvort Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) sé bært stjórnvald til að skera úr um ágreining Símans hf. (Síminn) og Fjarskipta hf. (Vodafone) um flutning Vodafone á myndefni Símans á fjarskiptakerfum Vodafone.

Síminn telur að uppi sé ágreiningur milli félaganna um dreifingu á sjónvarpsefni Símans á kerfum Vodafone í skilningi 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, sem ekki hafi tekist að ná samkomulagi um. Vodafone hafi frá og með 1. október 2015, þegar hafið var að senda út dagskrá SkjásEins í opinni dagskrá, aðeins haft heimild til að dreifa sjónvarpsútsendingum SkjásEins (línulegri dagskrá) á kerfum sínum en ekki verið heimilt að halda áfram að bjóða upp á dagskrárliði SkjásEins í formi Tímavélar eða Frelsis, sem væri myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg dagskrá). Það er krafa Símans að PFS skeri úr því, með vísan til lagagreinar, hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu áhorfi og Frelsi teljist vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun. Bæri PFS að staðfesta álit fjölmiðlanefndar þess efnis að um ólínulega myndmiðlun væri að ræða.

Umrætt ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga kveður á um að aðili geti beint máli til PFS ef ekki takist samkomulag um flutning myndefnis samkvæmt 44. eða 45. gr. laganna eða ef til ágreinings komi um flutning á síðari stigum. Stofnunin skal þá leita sátta með aðilum en náist þær ekki skal skorið úr ágreiningi með ákvörðun PFS. Áður en ákvörðun er tekin skal PFS leita álits fjölmiðlanefndar.

Vodafone er ósammála því að slíkur ágreiningur sé uppi á grundvelli flutningsréttarreglna fjölmiðlalaga, enda ætti ekki að vera neinn ágreiningur um rétt Vodafone til flutnings á SkjáEinum á grundvelli gildandi þjónustusamnings aðila sem gildir til 1. maí 2016. Samkvæmt þeim samningi ætti Vodafone samningsbundinn rétt til að veita viðskiptavinum

sínum aðgang að efni SkjásEins með Tímavél og Frelsi út samningstímamann. Umræddur þjónustusamningur hefði ekki verið byggður á flutningsréttarákvæðum fjölmiðlalaga heldur á frjálsum samningum á milli aðila. Vodafone hefði því ekki óskað eftir flutningi á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga byggði hins vegar á þeirri forsendu að slík ósk lægi fyrir. Þegar af þeirri ástæðu ætti málið alls ekki undir PFS á þessu stigi.

## II Málavextir

### 2.1 Krafa Símans til PFS um töku bráðabirgðaákvörðunar

Með bréfi, dags. 13. október sl., barst PFS krafa Símans um að stofnunin tæki bráðabirgðaákvörðun til að stöðva án tafar meinta óheimila og ólögmeta dreifingu Vodafone á sjónvarpsefni Símans. Fram kom að þann 25. maí 2011 hefðu Skjárinn (nú Síminn) og Vodafone undirritað þjónustusamning um dreifingu dagskrárefnis. Samkvæmt samningnum keypti Síminn dreifingu fyrir SkjáEinn og SkjáSport yfir sjónvarpskerfi Vodafone. Gerði samningurinn ráð fyrir að dreifing einstakra sjónvarpsrása gæti verið opin eða læst, eða blanda af hvoru tveggja, allt eftir því hvað Skjárinn ákvæði hverju sinni. Fyrir þjónustuna skyldi Skjárinn greiða Vodafone tiltekna fjárhæð á mánuði.

Samningurinn ætti að renna út í lok apríl 2016 en endurnýjast í heilt ár nema honum yrði sagt upp. Síminn hefði sagt samningnum upp þann 30. júní 2015<sup>1</sup>, ásamt því að óska eftir því að félögin myndu taka upp viðræður að nýju haustið 2015 varðandi gerð nýs samnings um dreifingu á sjónvarpsefni Símans um kerfi Vodafone. Á þeim tíma hefði ekki verið tekin ákvörðun um hvernig sjónvarpsstöðin SkjárEinn skyldi rekin eftir sameiningu Símans og Skjásins. Sú ákvörðun hefði endanlega verið tekin í september 2015. Um leið og sú ákvörðun hefði legið fyrir hefði Vodafone verið tilkynnt um að SkjárEinn yrði í opinni dagskrá, þ.e. án endurgjalds. Viðskiptavinir á kerfum Vodafone myndu því ekki greiða fyrir þjónustuna og að sama skapi yrði ekki möguleiki á hliðruðu áhorfi<sup>2</sup>.

Síminn benti á að í samræmi við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015 og 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 gæti Vodafone óskað eftir flutningi, kysi félagið svo. Um þetta efni mætti líka vísa til ákvörðunar PFS nr. 19/2012, þar sem fram kæmi að Vodafone dreifði RÚV án endurgjalds eftir að hafa óskað eftir því að dreifa stöðinni um sitt kerfi.

Með tölvupósti, dags. 28. september sl., hefði Vodafone gert athugasemd við að ekki yrði möguleiki á *hliðruðu áhorfi* með SkjáEinum í opinni dagskrá, þ.e. með svokallaðri Tímavél og Frelsi hjá Vodafone. Teldi félagið þessa þjónustupætti óaðskiljanlegan hluta þeirrar

---

<sup>1</sup> Rynni samningurinn því út í lok apríl 2016.

<sup>2</sup> Í tölvupósti Símans til Vodafone, dags. 15. september sl., sem hafði að geyma svar við fyrirspurn Vodafone í tengslum umræddar breytingar, kom m.a. fram að samningur vegna dreifingar á línulegu sjónvarpsefni SkjásEins yrði a.m.k. í boði út samningstímabilið, þ.e. til 1. maí 2016, nema Vodafone óskaði eftir að slíta samningnum fyrr. Eftir það yrði að semja um dreifingu á efni og á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga gæti Vodafone óskað eftir flutningi á línulegu efni SkjásEins. Síminn vildi þó óska eftir endurskoðun á verðlagningu á grundvelli þess að þjónustan yrði ekki í áskriftarstýringu með tilheyrandi kostnaði.

þjónustu sem jafnan fylgdi línulegu sjónvarpsefni. Að mati Vodafone félli þetta undir sama réttindaglugga og línulegt sjónvarp almennt.

Síminn hefði samdægurs bent Vodafone á að umrædd breyting fæli í sér aukna þjónustu fyrir alla viðskiptavinum Vodafone þar sem SkjárEinn yrði í boði fyrir alla án endurgjalds. Þjónustan yrði í boði án hliðraðs áhorfs á hinni opnu dagskrá, enda væri ómögulegt að hafa nægar tekjur af auglýsingum ef viðskiptavinurinn gæti sleppt því að horfa á þær. Þá væri enginn vafi á því að ólínuleg dreifing á sjónvarpsefni félli ekki undir framangreinda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins<sup>3</sup>, né flutningsreglur fjölmiðlalaga. Því væri ekki rétt hjá Vodafone að umræddar þjónustur teldust hluti af línulegri þjónustu og hefðu höfundaréttarhafar komið því skýrt á framfæri gagnvart Símanum. Af öllu ofangreindu lægi ljóst fyrir að Síminn, sem kaupandi og greiðandi þjónustu Vodafone við dreifingu á sjónvarpsefni Símans, hefði ekki veitt Vodafone leyfi til að dreifa SkjáEinum í opinni dagskrá með hliðruðu áhorfi.

Með tölvupósti, dags. 24. september sl., hefði Síminn óskað eftir því við Vodafone að dagskrá SkjáEins yrði opin frá og með 25. september 2015. Hefði Vodafone orðið við þeirri beiðni. Jafnframt hefði Síminn óskað eftir því að Vodafone lokaði á hliðrað efni á SkjáEinum um mánaðamótin september/október. Hefði Vodafone neitað að verða við þeirri beiðni og hefði enn ekki látið af dreifingu á myndefni SkjáEins með ólínulegum hætti. Af þessum sökum hefði Síminn verið tilneyddur að tilkynna Vodafone um vanefnd á áður nefndum þjónustusamningi félaganna um dreifingu sjónvarpsefnis með bréfi, dags. 1. október sl.

Vodafone hefði mótmælt umræddri tilkynningu Símans þann 5. október sl. og haldið því fram að Síminn hefði vanefnt samninginn með því að afhenda Vodafone ekki ólínulegt myndefni til notkunar í Frelsi. Þessari meintu vanefnd mótmælti Síminn. Í kjölfarið hefði Vodafone sent erindi til Samkeppniseftirlitsins þann 6. október sl.<sup>4</sup> Síminn teldi að tilgangur Vodafone væri að komast frítt yfir ólínulegt efni sem Síminn hefði greitt fyrir, auk þess að gera kröfu um að Síminn greiddi Vodafone fyrir umrædda dreifingu. Að mati Símans fæli háttsemi Vodafone í sér að félagið gerði það að skilyrði fyrir flutningi á sjónvarpsútsendingu SkjáEins að önnur ósambærileg þjónusta fylgdi með.

---

<sup>3</sup> Sérstaklega væri tekið fram í 5. gr. ákvörðunar SE nr. 20/2015 að Símanum væri heimilt að bjóða upp á línulega dagskrá án endurgjalds fyrir notendur enda gætu aðrar dreifiveitur (þ.m.t. Vodafone) aflað dreifingarréttar og því vart séð hvernig þessi breyting gæti verið í andstöðu við ákvörðunina þegar það væri beinlínis gert ráð fyrir henni. Væri Síminn því að öllu leyti að fylgja umræddri ákvörðun SE með framangreindum breytingum á dreifingu sjónvarpsefnis Símans.

<sup>4</sup> Í máli Símans kom fram að Vodafone hefði sent kvörtun til Samkeppniseftirlitsins varðandi m.a. framangreindan ágreining, sem og meint brot Símans gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðunum samkeppnisráðs nr. 21/2005 og Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015. Samkvæmt erindinu teldi Vodafone að álitaeftirlit um dreifingu sjónvarpsefnis Símans félli undir ákvæði 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þar sem segði að reglur um flutningsrétt á myndefni giltu einnig um seinkaðar sjónvarpsútsendingar. Vísaði Vodafone til þess að þjónusturnar Tímavél og Frelsi hlytu að teljast til seinkaðra sjónvarpsútsendinga og að þær væru í órofa tengslum við línulegt sjónvarpsefni. Óskaði Vodafone því eftir bráðabirgðaákvörðun eftirlitsins um framangreint álitaeftirlit. Síminn teldi að Vodafone hefði átt að beina þeim hluta erindisins, sem varðar ágreining um flutning á myndefni, til PFS á grundvelli 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga.

Samkvæmt ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga gæti aðili beint máli til PFS ef ekki tækist samkomulag um flutning eða *ef til ágreinings kæmi um flutning á síðari stigum*. Tækist ekki að ná sáttum skyldi skorið úr ágreiningi með ákvörðun eins fljótt og við yrði komið. Með vísan til ofangreinds teldi Síminn það liggja ljóst fyrir að uppi væri ágreiningur milli félaganna um dreifingu á sjónvarpsefni Símans í skilningi umrædds ákvæðis fjölmiðlalaga, sem ekki hefði tekist að ná samkomulagi um. Óumdeilt væri að Síminn greiddi fyrir flutning á efninu og væri því sá aðili sem óskað hefði eftir flutningi á sjónvarpsefni.

Af ofangreindum ástæðum óskaði Síminn eftir því að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun á grundvelli 11. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun, og 4. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga. Væri krafa Símans sú að PFS bannaði Vodafone að taka efni af SkjáEinum í opinni dagskrá og miðla til allra viðskiptavina sinna með ólínulegum hætti. Álitafnið lyti að því hvort fjölmiðlaveitu væri *skyld* að afhenda fjarskiptafyrirtæki ólínuleg réttindi sem gerðu fjarskiptafyrirtæki kleift að bjóða viðskiptavinum sínum upp á að horfa á myndefni eftir pöntun. Nánar tiltekið hvort Vodafone væri heimilt að gera það að skilyrði fyrir dreifingu á SkjáEinum í opinni dagskrá að Vodafone gæti boðið áhorfendum sem hefðu aðgang að SkjáEinum í opinni dagskrá, að nýta ólínuleg réttindi, þ.e. Tímavél og Frelsi hjá Vodafone.

Þar sem Vodafone dreifði umræddu efni með ólínulegum hætti og í óþökk Símans yrði félagið að leita ásjónar PFS í því skyni að stöðva ólögmeta myndmiðlun Vodafone til allra viðskiptavina þess. Síminn hefði upplýst Vodafone um að riftunarúrræðum yrði ekki beitt nema engar aðrar leiðir væru tækar til þess að tryggja rétt Símans. Síminn hefði þó tilkynnt Vodafone að um vanefnd væri að ræða. Til viðbótar framangreindu teldi Síminn að sú aðgerð Vodafone að birta umrætt hliðrað áhorf án heimildar Símans bryti gegn höfundalögum nr. 73/1972.

## **2.2 Tölvupóstur PFS til Símans**

Með tölvupósti PFS til Símans, dags. 13. september sl., tilkynnti stofnunin félaginu um að það væri álitamál hvort skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar væru fyrir hendi. Síminn þyrfti þá a.m.k. að rökstyðja umrædda kröfu betur m.t.t. þeirra lagaákvæða sem félagið byggði á.

## **2.3 Tölvupóstur Símans til PFS**

Með tölvupósti Símans til PFS þennan sama dag féll Síminn frá kröfu um að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu og féllst á að málið færi í hefðbundinn farveg.

## **2.4 Athugasemdir Vodafone við kröfu Símans um íhlutun PFS**

Með tölvupósti Vodafone til PFS, dags. 15. október sl., bárust stofnuninni athugasemdir félagsins vegna kröfu Símans um íhlutun PFS. Fram kom að krafa Símans byggði á þeim misskilningi að Vodafone hefði þegar óskað eftir flutningi á SkjáEinum á grundvelli flutningsréttarreglna fjölmiðlalaga. Það væri alrangt enda væri enginn ágreiningur um rétt Vodafone til flutningsins á SkjáEinum á grundvelli gildandi þjónustusamnings um dagskrárefni þar til uppsögn hans eða riftun tæki gildi. Til marks um þetta hefði Síminn

lýst því að samningur vegna dreifingar á línulegu sjónvarpsefni SkjásEins yrði a.m.k. í boði út samningstímabilið, þ.e. til 1. maí 2016. Eftir það þyrfti að semja um dreifingu á efni og á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga gæti Vodafone óskað eftir flutningi á línulegu efni SkjásEins.

Vodafone hefði sannanlega hvorki óskað eftir að samningnum skyldi slitið fyrr né óskað eftir flutningi á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga í framhaldi þess að hann félli úr gildi. Samningurinn, sem væri frá maí 2011, væri alls ekki gerður á grundvelli ákvæða í fjölmiðlalögum heldur með frjálsum samningum og fyrir væru enn eldri samningar frá 2009 og 2010 um dreifingu Skjásins og SkjásGolf. Ákvæði 46. gr. fjölmiðlalaga, sem gerði ráð fyrir atbeina PFS og umsögn fjölmiðlanefndar, byggði hins vegar á þeirri forsendu að slík ósk lægi fyrir. Þegar af þeirri ástæðu að ekki hefði verið óskað eftir samningum um flutning á sjónvarpsútsendingu sem félli undir 44. eða 45. gr. fjölmiðlalaga ætti málið alls ekki undir PFS á þessu stigi.

Á sama tíma hefði Síminn krafist þess að Vodafone hætti að bjóða viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps upp á Tímavél og Frelsi, þrátt fyrir að þjónustan hefði verið veitt á gildistíma samningsins og félli því skýrlega undir hann. Þessu til stuðnings mætti benda á ákvæði 2. mgr. 5. gr. samningsins, sem kvæði á um að samningsaðilar myndu nýta sér kerfis- og tækniframfarir ef slíkt leiddi til hagræðis og væri í takt við markmið og tilgang samningsins. Tímavélin væri klassískt dæmi um kerfis- og tækniframför, sem komið hefði verið á í fullu samkomulagi við Skjáinn undir rekstri þessa samnings.

Innsetning á Frelsi hefði ekki verið möguleg nema fyrir atbeina Símans, þ.e. að Síminn gerði efnið aðgengilegt og Vodafone hefði í framhaldinu sótt efnið til að gera viðskiptavinum sínum það aðgengilegt. Frelsi væri því dæmi um atriði sem frá öndverðu hefði fallið undir samninginn. Til vara væri byggt á, að þó svo fallist yrði á málatilbúnað Símans og Frelsi teldist til ólínulegs efnis, bæri Símanum allt að einu að afhenda slíkt efni á grundvelli 1. mgr. 5. gr. samningsins.

Miðað við málatilbúnað Símans væri fullkominn ágreiningur um hvort Tímavél og Frelsi féllu undir ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt. Úr þeim ágreiningi yrði Samkeppniseftirlitið að leysa, eins og á stæði, þ.e. á meðan Vodafone hefði ekki kallað eftir flutningsrétti efnisins á grundvelli fjölmiðlalaga. Það hygðist Vodafone ekki gera á meðan félagið hefði samningsbundinn rétt til dreifingar SkjásEins, þ.m.t. með Tímavél og Frelsi. Þar sem heimild 5. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015 fyrir að setja SkjáEinn í opna dagskrá byggði á þeirri forsendu að aðrar dreifiveitur gætu aflað dreifingaréttar á dagskránni á grundvelli fjölmiðlalaga, reyndi hins vegar óhjákvæmilega á túlkun ákvæða fjölmiðlalaga um flutningsrétt þegar kæmi að því að skýra og fylla þetta skilyrði ákvörðunarinnar, sem og ákvæði samkeppnislaga. Við þá skýringu og túlkun yrði Samkeppniseftirlitið óhjákvæmilega að leggja til grundvallar markmið og tilgang samkeppnislaga, sem og sáttarinnar.

## **2.5 Tölvupóstur Símans til PFS**

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 22. október sl., tjáði félagið sig um framangreindar athugasemdir Vodafone. Vísað var til upphaflegs erindis Símans til PFS frá 13. október sl.

Fram kom að ágreiningur málsins snéri fyrst og fremst um það hvort hliðrað áhorf, þ.e. Frelsi og Tímavél hjá Vodafone, teldist vera seinkuð sjónvarpsútsending í skilningi 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Löggjafinn hefði mælt fyrir um hvernig skorið skyldi úr þeim ágreiningi í 46. gr. fjölmiðlalaga.

Vodafone virtist af einhverjum ástæðum ekki vilja að málið færi í þann eðlilega farveg sem fjölmiðlalög áskildu og héldi því fram gagnvart PFS að félagið hefði aldrei óskað eftir dreifingu á sjónvarpsþjónustu sem félli undir Tímavél eða Frelsi á grundvelli fjölmiðlalaga, heldur að um slíkt hefði verið samið milli félaganna. Aftur á móti hefði Vodafone haldið því fram í vanefndartilkynningu sinni til Símans að félagið hefði lögbundinn rétt til þess að dreifa efni með Tímavél eða Frelsi. Vodafone hefði sagt að í reynd væri Tímavél og Frelsi ekkert annað en seinkuð útsending í skilningi 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Það væri því ljóst að Vodafone dreifði efni Símans og byggði á því að það væri heimilt með vísan til 45. gr. fjölmiðlalaga. Kvörtun Vodafone gagnvart Samkeppniseftirlitinu byggði á sama grundvelli og því væri augljós þversögn í málflutningi Vodafone gagnvart PFS.

Í erindi Símans til PFS væri gerð sú krafa að skorið yrði úr þessum ágreiningi. Í samræmi við lögmatísreglu stjórnarsýsluréttarins væri PFS hið valdbæra stjórnvald til að skera úr ágreiningnum að undangenginni álitsumleitan til fjölmiðlanefndar. Af óskiljanlegum ástæðum virtist Vodafone vilja velja sér annað stjórnvald til að skera úr ágreiningi aðila en tilgreint væri í lögum hverju sinni. Fyrirtæki gætu ekki valið sér ákvörðunaraðila í stjórnarsýslumálum heldur réðist það af lögum hverju sinni. Einnig væri óskiljanlegt hvers vegna Vodafone benti sérstaklega á það í svari sínu til PFS að ágreiningurinn heyrði ekki undir PFS þar sem hann varðaði túlkun á samningi milli aðilanna, en í vanefndartilkynningu og einnig í kvörtun Vodafone til Samkeppniseftirlitsins hefði félagið m.a. byggt á ákvæðum fjölmiðlalaga. Af framangreindu leiddi að enginn vafi léki á því að PFS bæri að skera úr ágreiningi aðila og álitaefnið snéri að því hvort um línulega eða ólínulega myndmiðlun væri að ræða.

Vodafone héldi því fram að félagið ætti sjálfstæðan rétt til þess að dreifa efni Símans með Tímavél á grundvelli samnings aðila frá 2011. Hvergi í samningi aðila væri kveðið á um að Vodafone ætti rétt til þess að dreifa hliðruðu áhorfi eða Frelsi. Í þessu samhengi vísaði Vodafone í samningsákvæði um að aðilar myndu nýta sér kerfis- og tækniframfarir ef slíkt leiddi til hagræðis og væri í takt við markmið og tilgang samningsins. Dreifing á hinu ólínulega efni ætti ekkert skylt við hagræði eða hagkvæmni dreifingar og væri þarna vísað til samningsákvæðis sem væri óskylt dreifingu á tiltekinni þjónustu. Hið rétta væri að skylda Vodafone samkvæmt samningnum væri að dreifa sjónvarpsútsendingu Símans í samræmi við beiðni kaupanda þjónustunnar hverju sinni, en réttur Vodafone fælist í því að fá greitt fyrir veitta þjónustu. Úr ágreiningi aðila yrði því að skera á grundvelli 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga.

## ***2.6 Bráðabirgðaniðurstaða PFS um að málið heyrir undir stofnunina***

Með tölvupósti PFS til Vodafone, dags. 26. október sl., tilkynnti stofnunin félaginu um þá bráðabirgðaniðurstöðu að málið heyrði undir stofnunina og varðaði túlkun á hugtökum í flutningsreglum fjölmiðlalaga.

## **2.7 Álit fjölmiðlanefndar um skilgreiningu á línulegri og ólínulegri dagskrá**

Með bréfi fjölmiðlanefndar til PFS, dags. 27. október sl., barst álit fjölmiðlanefndar um hvort þjónustuþættirnir Tímavél og Frelsi hjá Vodafone teldust til línulegrar dagskrár eða myndmiðlunar eftir pöntun. PFS hafði á fyrstu stigum málsins óskað eftir umræddu álti fjölmiðlanefndar, þ.e. þann 14. október sl.

Fram kom að Tímavél byðist öllum viðskiptavinum með gagnvirka sjónvarpsþjónustu Vodafone. Með henni gætu notendur flakkað allt að sólarhring aftur í tímann og horft á dagskrárliði sem sýndir hefðu verið á því tímabili. Í Frelsi Vodafone væru áður sýndir sjónvarpsþættir sýndir. Val á frelsisefni færi fram með þeim hætti að notendur sæktu sér myndefni að eigin vali, í gegnum efnisskrá í til þess gerðu sjónvarpsviðmóti, og horfðu á það, í heild eða að hluta, þegar þeir svo kysu.

Það var mat fjölmiðlanefndar að Tímavél Vodafone teldist til hliðraðrar dagskrár (e. catch-up TV) og jafnframt að hliðruð dagskrá teldist til myndmiðlunar eftir pöntun, sbr. skilgreiningu þess hugtaks í 30. tölul. 1. mgr. 2. gr. fjölmiðlalaga. Ennfremur að frelsisefni sjónvarpsstöðvanna, þ.m.t. Frelsi Vodafone, teldist til myndmiðlunar eftir pöntun, með hliðsjón af þeim skilyrðum sem fram koma í skilgreiningu þess hugtaks í framangreindum 30. tölul. umrædds ákvæðis.

## **2.8 Frekari athugasemdir Vodafone**

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 2. nóvember sl., bárust frekari athugasemdir við hið upprunalega erindi Símans til PFS, ásamt athugasemdum við þá frumniðurstöðu PFS að málið heyrði undir PFS. Fram kom að umræddar athugasemdir hefðu fyrst og fremst að geyma afstöðu Vodafone til efnishliðar málsins. Engu að síður mótmælti félagið með almennum hætti sjónarmiðum Símans varðandi efnishlið málsins.

Sú frumniðurstaða að málið heyrði undir PFS og varðaði túlkun á hugtökum í flutningsreglum fjölmiðlalaga hefði ekki verið rökstudd að neinu leyti í ofangreindum tölvupósti PFS. Eina ályktunin sem unnt væri að draga væri að stofnunin tæki sér lögsögu í málinu þar sem það varðaði túlkun á flutningsreglum fjölmiðlalaga.

Í upphaflegu erindi sínu til PFS hefði Síminn gert þá kröfu að PFS bannaði Vodafone að taka efni af SkjáEinum í opinni dagskrá og miðla til allra viðskiptavina sinna með ólínulegum hætti. Í erindi sínu til Samkeppniseftirlitsins hefði Síminn gert þá kröfu að Samkeppniseftirlitið gripi til bráðabirgðaáðgerða og kæmi í veg fyrir ólögmeta notkun Vodafone á réttindum Símans en tryggði Símanum dreifingu á kerfum Vodafone á því línulega efni sem Síminn kysi.

Í báðum tilvikum væri krafist bráðabirgðaákvæðana. Væri augljóst að kröfugerð Símans væri viðbrögð við kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun SE, vegna misnotkunar Símans á markaðsráðandi stöðu, dags. 6. október sl. Þann 7. október hefði SE hafið rannsókn á málinu. Í öllum tilvikum vörðuðu málin sömu efnisatriði, þ.e. þá samkeppnishamlandi aðgerð Símans að koma í veg fyrir að Vodafone gæti uppfært Skjá

Frelsi og boðið viðskiptavinum sínum Tímavél á seinkuðum línulegum útsendingum Skjásins.

Samkvæmt lögætisreglu stjórnsýsluréttar og almennum reglum um valdbærni stjórnvalda skyldi stjórnvald í upphafi ganga úr skugga um hvort það leiddi af lögum að stjórnvaldinu væri falið að fjalla um þá kröfugerð sem höfð væri uppi í málinu. Með sama hætti yrði PFS í upphafi máls að leggja mat á hvort stofnunin hefði heimildir til að grípa til þeirra úrræða sem óskað væri eftir að stofnunin gripi til. Efnislega gengi krafa Símans út á að PFS bannaði Vodafone að halda áfram að bjóða viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps upp á þjónustu fyrir tilstilli Tímavélar, enda hefði Síminn þegar komið í veg fyrir að viðskiptavinir Vodafone gætu notið uppfærðs efnis Skjá Frelsis.

Staðreynd málsins væri sú, að enga lagaheimild væri að finna í fjarskipta- né fjölmiðlalögum fyrir því að unnt væri að verða við kröfugerð Símans um að Vodafone yrði bannað að nýta sér Tímavél við miðlun á efni Skjásins. Þannig hefði PFS engar hliðstæðar heimildir og Samkeppniseftirlitið hefði á grundvelli 16. gr. samkeppnislaga, en samkvæmt því lagaákvæði gætu aðgerðir Samkeppniseftirlitsins falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar væru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum sem kynnu að hafa skaðleg áhrif á samkeppni.

Að sama skapi hefði PFS enga heimild til að verða við kröfugerð Símans á grundvelli 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga, en Síminn reisti kröfu um aðkomu PFS á þeim lagaákvæðum. Af lestri ákvæðanna, sem og lögskýringargagna, væri ljóst að vilji löggjafans stæði til þess að PFS kæmi að málum er vörðuðu ágreining um flutningsreglur fjölmiðlalaga í því skyni að taka ákvarðanir um aðgang að fjarskiptanetum og eftir atvikum endurgjald vegna flutnings myndefnis, en það síðarnefnda væri orðrétt efnisheiti 47. gr. fjölmiðlalaga. Heimild PFS til töku bráðabirgðaákvörðunar á grundvelli 4. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga væri sams konar takmörkunum háð, sbr. svofelldur skýringartexti í frumvarpinu sem var að fjölmiðlalögum:

*„Ákvarðanir um aðgang að fjarskiptanetum geta tekið töluvert langan tíma, einkum ef framkvæma þarf kostnaðargreiningu til þess að ákveða hæfilegt gjald. Þar aðstæður geta verið fyrir hendi að dráttur á ákvörðun valdi aðila umtalsverðu fjártjóni. Því er í 4. mgr. veitt heimild til að taka bráðabirgðaákvörðun í deilumálum. Slík ákvörðun getur lotið að öllum þeim þáttum sem fjallað er um í 46. og 47. gr. Við ákvörðun gjalds til bráðabirgða yrði í flestum tilvikum að byggja á samanburði við gjaldskrár sambærilegrar þjónustu. Með vísan til þess er ljóst að bráðabirgðaákvörðun skal bæði fela í sér ákvörðun um flutningsrétt og/eða skyldu og um gjald fyrir viðkomandi þjónustu eða efni, auk annarra viðeigandi efnisatriða.“*

Hvergi væri í 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga ráðgert að PFS gæti með bráðabirgðaákvörðun orðið við kröfugerð þeirri sem Síminn hefði uppi í málinu. Vilji löggjafans væri skýr: bráðabirgðaákvörðun skyldi bæði fela í sér ákvörðun um flutningsrétt og/eða skyldu og um gjald fyrir viðkomandi þjónustu eða efni, auk annarra viðeigandi efnisatriða sem tengdust slíkri ákvörðun. Samkeppnishindrandi kröfugerð Símans um bann við Tímavél og eftir atvikum Frelsi, félli augljóslega ekki hér undir.



Af þeirri ástæðu einni, að PFS hefði enga lagaheimild til að fallast á kröfugerð Símans, leiddi að stofnuninni bæri að vísa kröfugerð Símans frá. Ætti nýfallinn héraðsdómur að vera víti til varnaðar, sbr. dómur héraðsdóms Reykjavíkur í málinu E-2249/2014, en þar taldist PFS hafa farið út fyrir lögbundnar heimildir sínar við ákvörðunartöku. Vísaðist m.a. til forsendna þess héraðsdóms að breyttu breytanda<sup>5</sup>.

Það leiddi af almennri meginreglu stjórnisýsluréttarins að sama málið ætti ekki að vera til meðferðar á sama tíma hjá tveimur stjórnvöldum. Málið gegn Símanum væri nú þegar til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu. Þá hefði Samkeppniseftirlitið óskað eftir og fengið umsögn Vodafone vegna kröfu Símans um bráðabirgðaákvörðun gegn Vodafone. Leiddi af skilvirknissjónarmiðum að Vodafone ætti ekki að þurfa að verjast sömu kröfugerð fyrir tveimur stjórnvöldum á sama tíma og félagið væri að fylgja eftir kröfugerð sinni gagnvart Samkeppniseftirlitinu í málinu gegn Símanum sem þegar væri til rannsóknar. Slík kröfugerð fæli auk þess eins og á stæði í sér misbeitingu á réttarfarsúrræðum, sem væri sjálfstætt brot á samkeppnislögum. Hins vegar væri ekki unnt að heimfæra slíkt brot undir fjarskiptalöggjöfina og yrði sú málsástæða því ekki reifuð frekar hér.

Jafnframt væri vakin athygli á leiðbeinandi reglum PFS og Samkeppniseftirlitsins, um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála, nr. 265/2001. Þar segði í 5. gr. að Samkeppniseftirlitið skyldi að jafnaði meðhöndla mál sem vörðuðu misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Bæði Síminn og Vodafone byggðu erindi sín til Samkeppniseftirlitsins á að málin vörðuðu misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þá væri tilraun Símans til að heimfæra málið á þessu stigi undir 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga einungis til þess fallin að drepa málinu á dreif og tefja framgang kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Teldi PFS að um markatilvik væri að ræða, bæri stofnuninni að styðjast við 7. gr. hinna leiðbeinandi reglna en í slíkum tilvikum skyldi hafa til hliðsjónar hvor stofnunin hefði skýrari lagaheimildir til að taka á málinu, virkari úrræði og meiri þekkingu á því sviði sem um ræddi. Að mati Vodafone væri það Samkeppniseftirlitið í öllum tilvikum. Málatalibúnaður Símans lyti alls ekki að því að PFS úrskurði um aðgang að fjarskiptanetum og verðlagningu fyrir slíkan aðgang, heldur að hún grípi til samkeppnishamlandi aðgerða og bannaði Vodafone að veita viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps sjálfsagða þjónustu sem væri í órofa tengslum við seinkaðar línulegar sjónvarpsútsendingar.

Þá hefði það ekkert sjálfstætt gildi ef PFS myndi leita til fjölmiðlanefndar og óska umsagnar hennar vegna þeirra ákvæða fjölmiðlalaga sem Síminn hefði vísað til, enda hefði Samkeppniseftirlitið þegar verið í óformlegum samskiptum við fjölmiðlanefnd. Vodafone hefði ekkert við það að athuga að Samkeppniseftirlitið leitaði umsagnar fjölmiðlanefndar og teldi það raunar eðlilegt með hliðsjón af því að fjölmiðlalögin væru samkeppnislögum

---

<sup>5</sup> Með umræddum héraðsdómi, sem féll þann 26. október sl., var felldur úr gildi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2013, þar sem nefndin staðfesti ákvörðun PFS nr. 14/2013, þar sem fjallað var um svonefndan viðbótarafslátt til söfnunaraðila. Taldi héraðsdómur að 16. gr. laga um pósthjónustu veitti PFS ekki heimild til að taka ákvörðun um hvert skyldi vera efni gjaldskrár Íslandspósts ohf. heldur aðeins að hafna þeirri gjaldskrá sem félagið leggur fyrir stofnunina til samþykktar, telji stofnunin að hún uppfylli ekki þær kröfur sem af lögum og reglum leiða. Hefði PFS því farið út fyrir lögbundnar heimildir sínar við umrædda ákvörðun.

til skýringar og fyllingar í máli þessu. Það væri hins vegar óþarfur tvíverknaður að PFS tæki málið einnig til rannsóknar og leitaði annarrar umsagnar.

Það væri staðreynd að þjónustusamningurinn, sem ágreiningur málsins snérist um hefði ekki verið gerður á grundvelli reglna fjölmiðlalaga um flutningsrétt. Orðalag 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga þess efnis að ef ekki tækist samkomulag um flutning eða *ef til ágreinings kæmi um flutning á síðari stigum* byggði augljóslega á þeirri grunnforsendu að ágreiningur um flutning á síðari stigum varðaði samning sem byggðist á flutningsréttarreglum fjölmiðlalaga.

Þá væri það staðreynd, að Vodafone hefði, að svo stöddu, ekki kallað eftir flutningsrétti á grundvelli 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þess vegna hefði félagið aldrei „óskað eftir samningum“ í skilningi 1. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, en slíkt væri grundvallarforsenda fyrir afskiptum PFS af málinu.

Bæri PFS í þessu sambandi að byggja á sömu lögskýringarsjónarmiðum og fram hefðu komið í ákvörðun PFS nr. 19/2012, en þar segði m.a. í forsendum PFS:

*„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 skýrar 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 af hálfu þess sem óskar aðgangs, að dreifikerfi eða efni ...“.* (leturbr. Vodafone)

Með vísan til framangreinds væri fráleitt að PFS tæki sér lögsögu í málinu, enda væri slík niðurstaða í hróplegri mótsögn við fyrri ákvörðun stofnunarinnar.

Vodafone teldi að gildandi samningur aðila hefði ekki verið efndur með réttum hætti. Af þessum sökum hefði Símanum verið send vanefndatilkynning. Tilkynningin hefði eðli málsins samkvæmt varðað vanefnd á samningi sem hefði falist í hinni einhliða aðgerð Símans að hætta innsetningu á Frelsifni. Sú viðbótarröksemd í vanefndabréfinu, að Vodafone ætti auk þess lögbundinn rétt á grundvelli 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, færði málið fráleitt undir lögsögu PFS.

Þá væri engin þversögn í að Vodafone byggði m.a. á 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fyrir Samkeppniseftirlitinu, enda væri sérstaklega tilgreint í 5. gr. sáttar Símans við Samkeppniseftirlitið<sup>6</sup> að heimildin til að breyta Skjánum í opna sjónvarpsstöð byggði á þeirri forsendu að aðrar dreifiveitur gætu aflað dreifingarréttar á grundvelli fjölmiðlalaga. Fjölmiðlalögin yrði því óhjákvæmilega til skýringar og fyllingar við túlkun á þessu ákvæði sáttarinnar.

---

<sup>6</sup> Sjá ákvörðun SE nr. 20/2015.

Að ofangreindu virtu hefði verið rökstutt með ítarlegum hætti að mál þetta heyrði ekki undir PFS á meðan Vodafone hefði ekki kallað eftir flutningsrétti á SkjáEinum á grundvelli flutningsreglna fjölmiðlalaga. Þá hefði verið rökstutt að PFS hefði ekki lagaheimild til að verða við kröfu Símans í málinu og að kröfugerðin væri í reynd sú sama og höfð væri uppi fyrir samkeppnisyfirvöldum. Einnig hefði verið bent á að það færi gegn meginreglum stjórnisýsluréttar að sama mál væri rekið samtímis fyrir tveimur stjórnvöldum. Með vísan til alls framangreinds væri þess krafist að PFS tæki sjálfstæða og kæránlega ákvörðun um formhlið málsins, áður en möguleg efnismeðferð þess hæfist.

## **2.9 Afstaða Símans til athugasemda Vodafone**

Með bréfi Símans til PFS, dags. 10. nóvember sl., bárust stofnuninni athugasemdir Símans við framangreint bréf Vodafone frá 2. nóvember sl. Fram kom að kjarni þessa máls snérist um að leysa úr ágreiningi aðila um það hvort hliðrað áhorf, sem Vodafone kallaði Tímavél og Frelsi, teldist vera seinkuð sjónvarpsútsending og félli þar með undir flutningsreglur 44. og 45. gr. fjölmiðlalaga. Væri það staðfest í kvörtun Vodafone til Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. október sl., þar sem m.a. segði að miðað við málátilbúnað Símans væri fullkominn ágreiningur um hvort Tímavél og Frelsi félli undir ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt.

Löggjafinn hefði mælt fyrir um hvernig skorið skyldi úr ágreiningi um flutningsrétt og/eða flutningsskyldu á myndefni í sjónvarpi. Í 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga segði að ef ekki tækist samkomulag um flutning eða ef til ágreinings kæmi um flutning á síðari stigum gæti aðili beint málinu til PFS. PFS væri hið valdbæra stjórnvald í málinu og því hið rétta stjórnvald að lögum til að fjalla um ágreining í málinu. Samræmdist það einnig lögmætisreglu stjórnisýsluréttarins. Gengi annað stjórnvald inn á valdsvið þess væri um að ræða valdþurrð sem almennt hefði þær afleiðingar að stjórnvaldsákvörðun teldist ógildanleg.

Málátilbúnaður Vodafone væri þversagnarkenndur. Í erindi félagsins til PFS væri talin sérstök ástæða til þess að taka það fram að ekki fælist þversögn í því að byggja á 2. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gagnvart Samkeppniseftirlitinu á sama tíma og því væri haldið fram að málið heyrði ekki undir PFS. Í kvörtun Vodafone til Samkeppniseftirlitsins væri byggt á því að Síminn hefði brotið gegn 5. gr. ákvörðunar SE nr. 20/2015 en þar segði að Símanum væri heimilt að bjóða línulegt innlent dagskrárefni í opinni dagskrá, þ.e. án sérstaks endurgjalds fyrir endanotanda, enda gætu aðrar dreifiveitur aflað dreifingaréttar á dagskránni á grundvelli fjölmiðlalaga. Að mati Vodafone væri það óhjákvæmileg forsenda fyrir því að 5. gr. ákvörðunarinnar kæmi til skoðunar að það lægi fyrir beiðni um flutningsrétt á grundvelli fjölmiðlalaga. Hvað sem liði fullyrðingum Vodafone um að félagið hefði ekki óskað eftir flutningi á grundvelli fjölmiðlalaga, þá yrði ekki hjá því litið að félagið dreifði myndefninu og héldi því fram að sú dreifing væri heimil á grundvelli fjölmiðlalaga.

Síminn hafnaði því að valdmörk í málinu væru óskýr þar sem 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga væri mjög skýr um hver valdmörk í málinu væru. Því yrði að líta svo á að ef PFS fæli öðru stjórnvaldi að skera úr um flutningsrétt eða flutningsskyldu gæti verið um valdframsal að ræða sem almennt væri óheimilt samkvæmt stjórnisýslurétti. Þá væri valdframsal til

hliðsetts stjórnvalds óheimilt nema heimild stæði til þess í lögum. PFS hefði verið falið hið lögbundna hlutverk að skera úr ágreiningi um flutningsrétt og flutningsskyldu. Engu öðru stjórnvaldi væri heimilt að skera úr slíkum ágreiningi og væri PFS því eitt bært að lögum að leysa úr ágreiningi aðila.

Vodafone vísaði máli sínu til stuðnings til leiðbeinandi reglna PFS og Samkeppnisstofnunar nr. 265/2001 um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála. Mál það sem hér væri til úrlausnar varðaði ekki úrlausn fjarskiptamála heldur félli undir gildissvið fjölmiðlalaga. PFS hefði síðan verið falið að leysa úr ágreiningi aðila um flutningsrétt, sbr. 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga. Sú ákvörðun löggjafans hefði fyrst og fremst ráðist af reynslu og þekkingu PFS við að kveða á um aðgang að fjarskiptakerfum. Með skyldu til að leita álits fjölmiðlanefndar væri síðan tryggt að sérþekking á fjölmiðlum og tegund myndmiðlunar væri tryggð. Þess utan að umræddar reglur gildi ekki um ágreiningsefnið, yrði þó að telja að PFS hefði skýrari lagaheimildir til að taka á málinu, hefði virkari úrræði og meiri þekkingu á því sviði sem um ræddi.

Vodafone héldi því fram að þar sem þjónustusamningur milli Vodafone og Símans hefði ekki verið gerður á grundvelli fjölmiðlalaga um flutningsrétt þá yrði ekki leyst úr ágreiningi aðila á grundvelli fjölmiðlalaga. Þegar þjónustusamningur aðilar hefði verið gerður höfðu fjölmiðlalög ekki tekið gildi. Með fjölmiðlalögum væri sérstaklega kveðið á um það að þeim væri ætlað að leysa úr ágreiningi um flutning sem kæmi til á síðari stigum. Ágreiningur aðila lyti að því hvort hliðrað áhorf teldist til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar og því félli málið undir fjölmiðlalög. Aðili gæti á grundvelli fjölmiðlalaga óskað eftir því að PFS tæki ágreining aðila til meðferðar, sem Síminn hefði og gert. Það væri fráleitt að gagnaðilinn gæti mótmælt því að PFS tæki ágreining aðila til meðferðar líkt og Vodafone reyndi af einhverjum óskiljanlegum ástæðum að gera.

Með vísan til 15. gr. stjórnsýslulaga væri þess að lokum farið á leit við PFS að Síminn fengi nú þegar aðgang að umsögn fjölmiðlanefndar, sem félagið hefði spurnir að að hefði borist PFS. Ekki yrði séð að undanþágur frá upplýsingarétti aðila ættu við hvað þetta gagn varðaði.

## **2.10 Bréf Samkeppniseftirlitsins til Vodafone**

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til málsaðila, dags. 13. nóvember sl., tilkynnti stofnunin að ekki væri málefnalegt og réttlætanalegt að taka ákvörðun til bráðabirgða í kvörtunarmáli Vodafone gagnvart Símanum, sem beint hefði verið til stofnunarinnar þann 6. október sl.<sup>7</sup> Í umræddu bréfi rakti Samkeppniseftirlitið ennfremur álit fjölmiðlanefndar um muninn á línulegri og ólínulegri sjónvarpsþjónustu, sem Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir. Álit fjölmiðlanefndar er samhljóða því áliti sem fjölmiðlanefnd afhenti PFS þann 27. október

---

<sup>7</sup> Í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu gert heimilt að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál við sérstakar aðstæður. Heimildin felur í sér undantekningu sem uppfylla verður tvö skilyrði. Annars vegar þarf að þykja afar sennilegt að sú háttsemi eða þær aðstæður sem til athugunar séu fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra. Hins vegar þarf að vera líklegt að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiði til alvarlegrar röskunar á samkeppni sem verði afstýrt með endanlegri ákvörðun eða málið að öðru leyti þoli ekki bið.

sl. og grein er gerð fyrir hér að framan. Nánar tiltekið að útsendingarform eins og Tímavél Vodafone og Frelsi teljist vera hliðruð dagskrá sem teljist ekki vera línuleg útsending.

Fram kom að í málinu væri m.a. til skoðunar hvort háttsemi Símans færi gegn ákvæði 5. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar SE nr. 20/2015. Í því ákvæði segði að Símanum væri heimilt að bjóða línulegt innlent dagskrárefni í opinni dagskrá enda gætu aðrar dreifiveitur aflað dreifingarréttar á dagskránni á grundvelli fjölmiðlalaga. Ákvæðið tæki til línulegs innlends dagskrárefnis sem félli undir dreifingarrétt í skilningi fjölmiðlalaga. Samkeppniseftirlitið hafði hliðsjón af framangreindu álit fjölmiðlanefndar og komst að þeirri niðurstöðu að ekki yrði séð, með nægilega óyggjandi hætti, að háttsemi Símans, eins og henni hefði verið lýst, færi gegn umræddu ákvæði.

Þá kom fram að í máli Vodafone hefði komið fram að félagið teldi sig geta kallað eftir bæði Tímavél og Frelsi á grundvelli fjölmiðlalaga. Félagið hefði hins vegar enn ekki gert það, þar sem það teldi sig hafa skýlausan samningsbundinn rétt til efnisins. Samkeppniseftirlitið tók ekki afstöðu til þess hvort samningur sá sem Vodafone vísaði til hefði mögulega verið brotinn. Eðlilegt væri að afstaða til slíks væri tekinn á öðrum vettvangi. Hins vegar yrði ekki annað ráðið en að Vodafone hefði ekki beitt því úrræði, sem félagið teldi sig hafa, að leita eftir flutningsrétti á umræddu útsendingarformi á grundvelli fjölmiðlalaga.

Hvað varðaði málflutning Vodafone um brot Símans á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 og á 11. gr. samkeppnislaga um misnotkun á markaðsráðandi stöðu í tengslum við markaðssetningu á „Heimilispakkanum“ og „SkjáEinum hjá Símanum“, væri það mat Samkeppniseftirlitsins að af gögnum sem þegar lögju fyrir í málinu yrði ekki séð, með nægilega afgerandi hætti, að fyrirmæli í umræddri ákvörðun eða ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hefðu verið brotin með þeim hætti að forsendur og þörf væri á töku bráðabirgðaákvörðunar.

Að lokum kom fram að í bréfinu fælist ekki afstaða til ætlaðra brota Símans heldur aðeins afstaða til þess hvort skilyrði fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar væri fyrir hendi.

### ***2.11 Álit fjölmiðlanefndar afhent málsaðilum***

Með tölvupósti PFS til málsaðila, dags. 13. nóvember sl., afhenti PFS málsaðilum álit fjölmiðlanefndar sem barst stofnuninni þann 27. október sl. Þar sem Síminn hafði formlega óskað eftir að fá umrætt álit afhent með stoð í 15. gr. stjórnslulaga og að um gagn í málinu var að ræða taldi PFS sér ekki stætt á öðru en að afhenda málsaðilum umrætt álit.

### ***2.12 Sáttafundur PFS með málsaðilum***

Þann 23. nóvember sl. hélt PFS sáttafund með aðilum málsins. Rætt var um hugsanlegar lausnir á ágreiningnum, m.a. um að Vodafone keypti í heildsölu rétt af Símanum til að fá að selja viðskiptavinum á neti Vodafone umrædda ólínulegu þjónustupætti. Sáttir náðust ekki en þeim tilmælum var beint til deiluaðila að vera í sambandi sín á milli á næstu dögum varðandi mögulegan sáttagrundvöll. Þegar þetta er ritað hafa sáttir ekki nást.

### 2.13 Loka athugasemdir Vodafone

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 2. desember sl., bárust stofnuninni loka athugasemdir félagsins í málinu. Vísaði Vodafone til fyrri krafna og sjónarmiða sinna sem fram hefðu komið undir rekstri málsins og áréttaði þau.

Fram kom að sáttafundur hefði farið fram í húsakynnum PFS þann 23. nóvember sl., að frumkvæði PFS. Á umræddum sáttafundi hefði komið fram sú sáttatillaga af hálfu PFS að Vodafone myndi kaupa vörurnar Tímavél og Frelsi Skjásins í heildsölu í þeim tilgangi að leiða ágreining í málinu til lykta. Samdægurs hefði Vodafone sent sérstaka beiðni til Símans í samræmi við sáttatillögu PFS. Vodafone teldi sig hins vegar eftir sem áður hafa samningsbundinn rétt til að veita viðskiptavinum Vodafone Sjónvarps umrædda þjónustu þar til þjónustusamningur um dagskrárefni rynni sitt skeið á enda þann 1. maí 2016. Með tölvupósti Símans, dags. 25. nóvember sl., hefði Síminn sett fram ýmsar kröfur og skilyrði fyrir áframhaldandi sáttaviðræðum. Af þessari ástæðu hefði Vodafone talið rétt að fresta að svo stöddu frekari sáttaviðræðum þar til PFS hefði tekið afstöðu til forms, og eftir atvikum, efnisatriða ágreinings aðila. Með tölvupósti, dags. 30. nóvember sl., hefði stofnunin tekið undir að ekki væri grundvöllur til sáttu, a.m.k. ekki að svo stöddu.

Fyrri afstaða Vodafone til valdmarka væri áréttuð. Gerði Vodafone því enn fyrirvara um valdheimildir PFS í málinu, bæði á grundvelli sjónarmiða um valdmörk og lagaheimildir til ákvarðana. Ljóst væri að vilji löggjafans stæði til þess að PFS kæmi að málum er vörðuðu ágreining um flutningsreglur fjölmiðlalaga þegar kallað hefði verið eftir flutningsrétti eða flutningsskyldu í því skyni að taka ákvarðanir um aðgang að fjarskiptanetum, og eftir atvikum endurgjald vegna flutnings myndefnis. Vodafone hefði hins vegar ekki enn gert slíkt tilkall á grundvelli laganna á meðan samningsbundinn réttur félagsins væri jafn skýr og raun bæri vitni.

Eftir stæði að sá samningur sem ágreiningur málsins stæði um hefði ekki verið gerður á grundvelli flutningsréttarreglna fjölmiðlalaga. Þegar af þeirri ástæðu gæti ágreiningur um framkvæmd samningsins ekki átt undir lögsögu PFS. Þessu til staðfestingar væri sérstakt ákvæði í grein 15.3 í samningnum um hvernig fara skyldi með ágreining um framkvæmd hans. Þar segði að ef ágreiningur yrði milli aðila um gildi, túlkun eða framkvæmd samningsins skyldu þeir semja um lausn hans sín á milli og að mál út af samningnum skyldi reka fyrir héraðsdómi Reykjavíkur. Einsýnt væri að PFS hefði engar heimildir til að hlutast til um ágreining um framkvæmd samnings, sem ekki hefði verið gerður á grundvelli flutningsréttarreglnanna og aðilar hefðu sérstaklega samið um að heyrði undir dómstóla.

Við rekstur málsins hefði kröfugerð Símans tekið nokkrum breytingum. Upphaflega krafa Símans hefði verið sú að PFS *bannaði* Vodafone að taka efni af SkjáEinum í opinni dagskrá og miðla til allra viðskiptavina sinna með ólínulegum hætti. Í erindi sínu frá 10. nóvember sl. hefði krafa Símans hins vegar verið sú „að PFS *skerir* úr því með vísan til 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu óhorfi og Frelsi telst vera línuleg myndmiðlun.“

Það væri viðurkennd meginregla í stjórnsýslurétti, sem og einkamálaréttarfari, að ekki væri unnt að beina lögspurningu að stjórnvöldum eða dómstólum. Ekki yrði séð að Síminn hefði

neina sérstaka lögvarða hagsmuni af því að fá einungis þeirri spurningu svarað hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu áhorfi og Frelsi teldist vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun. Þvert á móti væri hlutverk PFS víðtækara, að því gefnu að stofnunin hefði valdheimildir í málinu. Þannig segði í 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, sem Síminn byggði kröfugerð sína á, að ef ekki tækist samkomulag um flutning eða ef til ágreinings kæmi um flutning á síðari stigum gæti aðili beint málinu til PFS og myndi stofnunin þá leita sátta með aðilum. Tækist ekki að ná áttum *skyldi skorið úr ágreiningi* með ákvörðun eins fljótt og við yrði komið.

Það væri mikil einföldun hjá Símanum að telja eina hlutverk PFS vera að svara fyrrgreindri lögspurningu. Hefði stofnunin yfirhöfuð valdheimildir, m.a. með tilliti til þess að ágreiningur væri um samning sem ekki hefði verið gerður á grundvelli flutningsréttarreglnanna, bæri henni að *skera úr ágreiningi með ákvörðun*. Í slíkri ákvörðun þyrfti að líta til mun fleiri þátta en einungis til þess hvort um væri að ræða línulega eða hliðraða dagskrá.

Teldi PFS sig bært stjórnvald til að leysa úr ágreiningnum, bæri stofnuninni augljóslega að leggja til grundvallar markmið og tilgang fjarskipta- og fjölmiðlalaga, sem og laga um stofnunina. Þannig væri það markmið fjarskiptalaga að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði. Þá væri hlutverk stofnunarinnar skv. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun að koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti, vinna gegn röskun eða takmörkun á samkeppni, stuðla að nýbreytni, taka þátt í þróun markaðar fyrir fjarskipti og upplýsingatækni, vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum- og þjónustu, hvetja til uppsetningar og þróunar fjarskiptaneta og gagnvirkar þjónustu, gæta jafnræðis við meðhöndlun fjarskiptafyrirtækja og stuðla að vernd neytenda í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki. Þá væri eitt af markmiðum fjölmiðlalaga að stuðla að neytendavernd og jafnframt að koma á samræmdri löggjöf á vettvangi fjölmiðlunar óháð því miðlunarformi sem notað væri.

Í hnotskurn mætti segja að aðgerðir Símans færu gegn öllum þeim markmiðum sem lýst væri hér að ofan. Afleiðingar aðgerðanna, ef þær næðu fram að ganga, væru í stuttu máli þær, að verið væri að þvinga neytendur til að færa sig yfir á Ljósnet eða önnur fjarskiptakerfi Símans í stað hraðari ljósleiðaratenginga, sem Vodafone og fleiri fjarskiptafyrirtæki byðu upp á. Þar með væri ljóslega ekki verið að vernda neytendur í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki. Samtímis yrði samkeppni á fjarskiptamarkaði raskað. Þar með væri ekki gætt jafnræðis við meðhöndlun fjarskiptafyrirtækja og þess í stað komið upp hindrunum á framboði á fjarskiptanetum og þjónustu. Jafnframt myndi afnám Tímavélar ekki stuðla að skilvirkum fjárfestingum í innviðum fjarskipta eða nýbreytni. Einnig myndu aðgerðir Símans, næðu þær fram að ganga, leiða til þess að dregið yrði úr þróun fjarskiptaneta og gagnvirkni þjónustu. Allt væri þetta í andstöðu við markmið og tilgang tilvísaðra lagaákvæða.

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga kvæði á um að fjölmiðlaþjónustuveitendum væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í almennum athugasemdum við VII. kafla fjölmiðlalaga kæmi fram að ákvæðunum um flutning myndefnis væri m.a. ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hefðu bæði yfirráð yfir sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýttu þá aðstöðu sína með því að binda framboð á efni

við ákveðin fjarskiptanet (lóðrétt eignarhald). Fengi Vodafone ekki betur séð en að með háttsemi sinni hefði Síminn með alvarlegum hætti brotið gegn umræddu ákvæði.

Samkvæmt skýringum frumvarpsins væri markmið reglunnar að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni. Markmiðið væri jafnframt að koma í veg fyrir að þau fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar. Þar sem einkum þrjú fyrirtæki hér á landi hefðu yfir að ráða „eigin sjónvarpsútsendingum“, þ.e. RÚV, Skjárinn og 365, en þau tvö síðarnefndu starfræktu jafnframt fjarskiptastarfsemi, væri ákvæðinu greinilega ætla að vernda þá hagsmuni sem undir væru í máli þessu.

Með vísan til þess teldi Vodafone einsýnt að PFS bæri að leggja fyrrgreint lagaákvæði til grundvallar hygðist stofnunin skera úr ágreiningi félaganna með ákvörðun. Í þessu sambandi skyldi bent á, að Síminn hefði lagt á það áherslu að stofnunin væri bær til að túlka ákvæði fjölmiðlalaga. Ef sú væri raunin hlyti slíkt einnig að taka til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Vodafone teldi hins vegar allt að einu nauðsynlegt að PFS leitaði umsagnar fjölmiðlanefndar um rétta túlkun tilvísaðs lagaákvæðis áður en PFS tæki efnislega ákvörðun.

Í reynd hefði umrætt lagaákvæði þá þýðingu að Síminn yrði að gæta jafnræðis milli fjarskiptaneta óháð því hvort um línulegar, seinkaðar eða hliðraðar útsendingar væri að ræða. Ástæðan væri augljóslega sú að annars væri samkeppni raskað. Í þessu samhengi skyldi til hliðsjónar bent á ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.7194 (Liberty málið), frá febrúar 2015, en þar hefði verið gert að skilyrði fyrir samruna að svokölluð „catch-up“ réttindi yrðu í boði á öðrum fjarskiptanetum en netum samrunaaðila málsins.

Það leiddi af lögmætisreglunni að allar ákvarðanir stjórnvalda yrðu að byggja á viðhlítandi lagaheimild og einnig að vera í samræmi við lög. Af þessu leiddi að efnisleg ákvörðun PFS í málinu gæti aldrei leitt til niðurstöðu sem væri í andstöðu við meginreglu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Af þessari ástæðu gæti stofnunin ekki í ákvörðun sinni eingöngu svarað þeirri lögspurningu sem Síminn beindi að henni heldur þyrfti möguleg stjórnvaldsákvörðun að taka mið af heildarsamhengi málsins, markmiðsákvæðum þeirra laga sem um málefnið giltu, sem og títtnefndri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Undir rekstri málsins hefði Vodafone fengið aðgang að umsögn PFS, dags. 17. mars 2015, um beiðni Símans um niðurfellingu á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Þar benti PFS m.a. á að aðstæður á mikilvægum samkeppnismörkuðum, eins og á heildsölumarkaði fyrir bitastraumsaðgang (markaður 5), hefði lítið breyst. Símasamstæðan hefði enn um 65% hlutdeild á þeim markaði og rúmlega 50% markaðshlutdeild á tengdum smásölumarkaði fyrir internettengingar. Að mati PFS hefði IPTV þjónusta Símans stuðlað að því að viðhalda sterkri stöðu Símans á umræddum mörkuðum. M.a. af þessari ástæðu hefði PFS lagst gegn afnámi helstu kvaða á grundvelli framangreindrar ákvörðunar nr. 10/2005.

Vodafone benti á að það væri einmitt á þessum mörkuðum sem Síminn reyndi nú að styrkja stöðu sína enn frekar með því að gera að skilyrði fyrir Frelsis þjónustu og Tímavél Skjásins að viðskiptavinir notuðust við fjarskiptakerfi Símans. Þannig reyndi Síminn að styrkja



stöðu sína enn frekar, m.a. á markaði fyrir internettengingar, á kostnað Vodafone og annarra fjarskiptafyrirtækja sem væru á þeim markaði. Það væri ekki síst vegna þessara varnaðarorða PFS, sem nú væru orðin að áhrínisorðum, sem mikilvægt væri að tekin yrði afstaða til þess hvort aðgerðirnar í heild samræmdust 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Til viðbótar við það sem að framan greindi, mætti benda á skýrslu nefndar menntamálaráðherra allar götur síðan frá apríl 2005, en þar væri einmitt varað við þeirri lokuðu strategíu sem Síminn virtist nú feta. Í umræddri skýrslu kom fram að nefndin teldi það ekki samrýmast hagsmunum neytenda að val þeirra á dreifiveitu gæti mögulega ráðið kostum þeirra á efnisveitum. Nauðsynlegt væri að neytendur gætu valið þá efnisveitu sem þeir helst kysu, sem og dreifiveitu óháð efninu. Sama gilti um fjarskiptaáætlanir stjórnvalda. Þar væri einnig eindregið varað við þessari þróun, sbr. til að mynda fjarskiptaáætlun þá sem gilti á árunum 2005-2010, en þar segði m.a. að mikilvægt væri að aðgengi neytenda að sjónvarpsefni væri ekki bundið við háhraðatengingar eða dreifinet frá tilteknum aðila<sup>8</sup>.

Féllist PFS á, að ágreiningur málsins varðaði á þessu stigi framkvæmd á einkaréttarlegum samningi og heyrði að svo stöddu ekki undir PFS, teldi Vodafone allt að einu mikilvægt að fá efnislega afstöðu til samþýðanleika hinna samkeppnishindrandi aðgerða Símans við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, eftir atvikum í sérstöku máli þar um. Það álitaefni varðaði alls ekki framkvæmd títtnefnds þjónustusamnings um dagskrárefni heldur einfaldlega túlkun á skýrt orðuðu lagaákvæði sem bannaði þá aðgerð að beina viðskiptamönnum Skjásins eingöngu inn á fjarskiptakerfi Símans. Yrði fjallað um þetta álitaefni í sérstöku máli væri brynt að hraða slíkri málsmeðferð og leita þegar í stað umsagnar fjölmiðlanefndar um álitaefnið.

Með vísan til framangreinds krefðist Vodafone þess að PFS tæki bindandi stjórnvaldsákvörðun og beindi þeim fyrirmælum til Símans, að félagið léti nú þegar af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda væri háttsemin í andstöðu við tilgreint lagaákvæði. Þess í stað yrði Símanum gert að ganga til samninga, sem tryggði til frambúðar (þ.e. eftir að gildandi þjónustusamningur félli úr gildi) aðgengi viðskiptavina Vodafone Sjónvarps að þessum heildsölubáttum. Einungis með aðgerðum af þessum toga yrði komið í veg fyrir að fjarskiptafyrirtæki sem ekki hefðu yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum myndu áfram eiga erfitt uppdráttar.

Krafa um atbeina PFS við túlkun á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga styddist m.a. við að samkvæmt 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga legði PFS stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn umræddri 5. mgr. Væri því einsýnt að stofnunin væri bær til að taka íþyngjandi og bindandi stjórnvaldsákvörðun um þetta atriði, að fenginni lögbundinni umsögn fjölmiðlanefndar. Með vísan til 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga krefðist Vodafone þess jafnframt að á Símann yrðu lagðar hæstu lögleyfðu stjórnvaldssektir vegna hinna ólögmatu og samkeppnishindrandi aðgerða, að beina viðskiptamönnum eingöngu að fjarskiptaneti Símans.

---

<sup>8</sup> Sjá bls. 55 í umræddri fjarskiptaáætlun.

Athygli PFS væri vakin á mögulegu fordæmisgildi þeirrar ákvörðunar sem til skoðunar væri. Skyldi á það bent að um þessar mundir færi fram útboð á rétti til sýninga á enska boltanum. Rétturinn væri sem stæði í höndum 365 miðla ehf., sem einnig starfræktu fjarskiptastarfsemi. Leiða mætti líkum að því að Síminn tæki þátt í útboðinu. Í öllu falli væri líklegt að þetta eftirsóknarverða efni félli í skaut aðila sem jafnframt starfrækti fjarskiptastarfsemi. Þá væri einnig framundan Evrópukeppni landsliða í knattspyrnu, en þar hefði Síminn tryggt sér sýningarrétt. Gjalda yrði sérstakan varhug við því að Síminn héldu uppteknum hætti og reyndi á ný að beina viðskiptamönnum að fjarskiptaneti sínu við útsendingar á því eftirsóknarverða efni.

Ef Síminn fengi sínu framgengt í máli því sem hér væri til umfjöllunar væri þetta einungis upphafið að lóðrétti samþættingu, sem fæli í sér að eftirsóknarvert efni yrði einungis í boði á tilteknum fjarskiptanetum, samkeppninni og neytendum til skaða. Yrði það afturhvarf til ástands á fjarskiptamarkaði sem ákvörðunum Samkeppniseftirlits nr. 10 og 12/2005 hefði verið ætlað að girða fyrir. Slík niðurstaða væri ekki boðleg, enda í hróplegri andstöðu við markmið, tilgang og einstöku ákvæði fjarskipta-, samkeppnis- og fjölmiðlalaga, sem og markmið stjórnvalda á grundvelli fjarskiptaáætlana.

#### **2.14 Loka athugasemdir Símans**

Með bréfi Símans til PFS, dags. 2. desember sl., bárust stofnuninni loka athugasemdir félagsins í málinu. Ítrekaði Síminn kröfu sína um að PFS skæri úr því með vísan til 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu áhorfi og Frelsi í sjónvarpi teldist vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun. Gerð væri krafa um að PFS staðfesti álit fjölmiðlanefndar.

Upphaf þessa máls mætti rekja til þess að Síminn hefði óskað eftir því að Vodafone myndi opna fyrir sjónvarpsútsendingar á SkjáEinum og að tímahliðrun yrði ekki í boði með SkjáEinum í opinni dagskrá. Vodafone hefði opnað fyrir SkjáEinn en ákveðið einhliða að taka upp allt efni á SkjáEinum í opinni dagskrá og miðla því til allra notenda á IPTV kerfi sínu. Hefði Vodafone haldið því fram að félagið hefði samningsbundinn rétt til þess verknaðar. Síminn hefði óskað eftir íhlutun á þeim grundvelli að þar sem Vodafone tæki upp efni SkjásEins og hefði borið fyrir sig fjölmiðlalög, þá yrði PFS að skera úr um ágreining félaganna. Málaltilbúnaður Vodafone hefði verið þversagnarkenndur þar sem félagið hefði breytt málsástæðum sínum eftir hentugleika. Vodafone hefði ekki heimild til þess að taka upp efni á SkjáEinum og miðla því. Reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldur væru skýrar um að þær næðu eingöngu til línulegrar myndmiðlunar. Tilraunir Vodafone í þá veru að byggja á samningsbundnum rétti væru haldlausar og augljós tilraun til þess að reyna að fela þá staðreynd að verknaður Vodafone væri ólöglegur.

Niðurstaða álits fjölmiðlanefndar um þetta atriði væri ótvíræð. Það væri mat nefndarinnar að hliðrað áhorf væri myndmiðlun eftir pöntun en ekki sjónvarpsútsending. Væri þetta í samræmi við þau sjónarmið sem Síminn hefði haldið fram í málinu. Álit fjölmiðlanefndar væri einnig í samræmi við niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um sama álitaeefni, sbr. ákvörðun þeirrar stofnunar frá 13. nóvember sl. um að hafna kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun.

Ljóst væri því að niðurstaða lægi fyrir um ágreiningsefnið í málinu. Af fengnu samhljóða álitu fjölmiðlanefndar og ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins væri ekkert því til fyrirstöðu að PFS tæki ákvörðun sem kvæði á um það að hliðrað áhorf væri myndmiðlun eftir pöntun. Í slíkri ákvörðun fælist jafnframt að dreifing Vodafone á ólínulegu sjónvarpsefni Símans væri gerð í heimildarleysi. Telja yrði að slík ákvörðun PFS fæli jafnframt í sér að málinu væri lokið á stjórnarsýslustigi þar sem flutningsreglur fjölmiðlalaga næðu ekki yfir dreifingu á ólínulegu myndefni. Slík niðurstaða fæli í sér að Vodafone gæti ekki byggt á því að félagið ætti flutningsrétt að efninu á grundvelli 44. og 45. gr. fjölmiðlalaga. Í tilvitnuðum ákvæðum væri fjallað um skyldu fjarskiptafyrirtækja til að verða við beiðnum fjölmiðlaveitu um flutning á *sjónvarpsútsendingum* (línuleg myndmiðlun) og skyldu fjölmiðlaveitu um að verða við beiðnum fjarskiptafyrirtækja um flutning á *sjónvarpsútsendingum*.

Í samræmi við 46. gr. fjölmiðlalaga hefði PFS boðað til sáttafundar með aðilum sem haldinn hefði verið þann 23. nóvember sl. Í beiðni Vodafone um viðræður um kaup á sjónvarpsefni Símans í kjölfar fundarins hefði félagið m.a. vísað til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þar kæmi fram að fjölmiðlaveitu væri óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Tilvísun Vodafone til þess ákvæðis væri óskiljanleg þegar litið væri til þess að niðurstaða lægi fyrir um hvað teldist til sjónvarpsútsendinga. Af lögunum sjálfum og með skýringum sem fylgdu í greinargerð með lögunum væri tekinn af allur vafi hvað þetta varðaði. Reglur VII. kafla fjölmiðlalaga um flutning myndefnis ætti einungis við um flutning sjónvarpsútsendinga (línuleg myndmiðlun), sbr. 37. tölul. 1. mgr. 2. gr. fjölmiðlalaga. Yrði því að telja hafið yfir allan vafa að VII. kafli fjölmiðlalaga ætti að sama skapi ekki við þegar um myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) væri að ræða, sbr. 30. tölul. sömu greinar.

Af þessu leiddi jafnframt að ákvæði fjölmiðlalaga veittu fjarskiptafyrirtæki ekki rétt til þess að dreifa og miðla ólínulegu myndefni og gæti það því ekki gert kröfu um aðgang að ólínulegu myndefni á grundvelli fjölmiðlalaga. Réttur til aðgangs að ólínulegri myndmiðlun gæti því einungis ráðist af einkaréttarlegum samningi.

Tilvísun Vodafone til 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gæfi ennfremur tilefni til að áréttta að ekki væri gert að skilyrði fyrir aðgangi að Sjónvarpi Símans að jafnframt væri keypt önnur fjarskiptaþjónusta. Viðskiptavinir Sjónvarps Símans gætu því keypt internetþjónustu, internet tengingar, farsímaþjónustu, talsímaþjónustu og VoIP þjónustu frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum, þ.m.t. Vodafone. Tilvísun Vodafone til umræddrar greinar í samhengi þessa máls ætti því ekki við rök að styðjast. Sjónvarpsútsending Símans, *SkjárEinn í opinni dagskrá*, væri aðgengileg á öllum dreifikerfum og því yrði ekki séð hvernig tilvísun Vodafone til 5. mgr. 45. gr. ætti við.

Hér að framan hefði verið lögð áhersla á að PFS tæki ákvörðun í málinu eins fljótt og kostur væri. Gæti sú ákvörðun vart orðið önnur en að staðfesta álit fjölmiðlanefndar. Sú niðurstaða fæli jafnframt í sér staðfestingu á því að háttsemi Vodafone fæli í sér heimildarlausan flutning á sjónvarpsefni sem Síminn væri rétthafi að, ásamt því að fela í sér endanlega ákvörðun stjórnvalda um ágreininginn. Myndu aðilar í framhaldinu þurfa að leysa úr mögulegum flutningi á ólínulegri myndmiðlun með einkaréttarlegum aðferðum.

## ***2.15 Lögbann við því að Vodafone taki upp og miðli sjónvarpsefni Símans með ólínulegum hætti***

Þann 16. desember sl. samþykkti sýslumaðurinn á höfuðborgarsvæðinu kröfu Símans um að leggja lögbann við því að Vodafone taki upp og miðli sjónvarpsefni sjónvarpsstöðvanna SkjásEins og SkjásEins HD, með ólínulegum hætti. Eins og gengur í lögbannsmálum mun Síminn nú þurfa að höfða staðfestingarmál innan viku frá uppkvaðningu lögbannsins fyrir héraðsdómi Reykjavíkur.

### **III Lagaumhverfi**

#### ***3.1 Ákvæði VII. kafla 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 lögunum 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.

Með lögunum er 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. t.a.m. 46. og 47. gr.

#### ***3.2 Ákvæði um flutningsskyldu og flutningsrétt***

##### **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. Ákvæðið byggir á 31. gr. alþjónustutillskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/22/EB. Í greininni er kveðið á um heimild aðildarríkja til að leggja á sanngjarnar sendingarskyldur 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. 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.

Evrópudómstóllinn hefur 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 frávik frá einni grundvallarreglu Evrópuréttar um frelsi til að veita þjónustu.<sup>9</sup>

Á ákvæðið rætur sínar að rekja til þess markmiðs að tryggja að efni ríkisfjölmiðla nái til allra landsmanna og án auka kostnaðar fyrir fjölmiðilinn.<sup>10</sup> 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 almannathjónustuhlutverki 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.

Þannig getur fjölmiðlaveita, með íþyngjandi hætti, kafið 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 sé sett þak á þær sjónvarpsútsendingar sem fjölmiðlaveita getur óskað flutnings á. Mega þær ekki vera meira en sem nemur þriðjungi 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.<sup>11</sup> 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.

## **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.

Í ákvæðinu er að finna speglun á ákvæði um flutningsskyldu. Samanber almennar athugasemdir frumvarpsins er flutningsréttarákvæðinu ætlað að gera notendum kleift að velja bæði hljóð- og myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í

<sup>9</sup> Dómur Evrópudómstólsins í máli nr. C-134/10. *Framkvæmdastjórnin gegn Belgíu*. Málsgreinar 43 og 51.

<sup>10</sup> Roukens, Thomas. (2005) *What Are We Carrying Across the EU these Days?* European Audiovisual Observatory, Strassburg, Frakklandi. Bls. 18.

<sup>11</sup> Valcke, Peggy. (2005). *The future of Must-Carry*. European Audiovisual Observatory, Strassburg, Frakklandi. Bls. 34-35.

viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki, ásamt því að tryggja aðkomu nýrra aðila á markað. Þannig er fjarskiptafyrirtækjum sem eru samkeppnishæf um verð og þjónustu, veitt tækifæri til að fá aðgang að efni og komast inn á markaðinn án þess að þurfa að leggja í miklar fjárfestingar á, oft á tíðum, dýru efni. Er fjarskiptafyrirtækjunum því veittur réttur til að óska eftir aðgangi að efni fjölmiðlaveitunnar til að flytja á dreifikerfi sínu, að uppfylltum nánar tilteknum skilyrðum.

Í 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, 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. ... 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. 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.“*

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.<sup>12</sup>

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

<sup>12</sup> Valcke, Peggy. (2005). *The future of Must-Carry*. European Audiovisual Observatory, Strassburg, Frakklandi. Bls. 34.

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.

### 3.3 Ákvæði um málsmeðferð, framkvæmd og ákvörðun endurgjalds

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

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

Ákvæði 2. mgr. sömu greinar hljóðar svo:

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

Þarna er sett fram sú meginregla að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skulu sjálf semja, svo fljótt sem verða má, um þann flutning sem fellur undir 44. og 45. gr. laganna. 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 samstarfsaðilum. 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 sínum á milli fyrir slíkan flutning. Sigli samningaviðræður um flutning í strand hefur hvor aðili rétt til að óska atbeina PFS til að leita sátta með aðilum eða ákvarða í málinu.

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

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

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

#### IV

#### **Þjónustusamningur Vodafone og Símans um dreifingu dagskrárefnis**

Þann 25. maí 2011 gerðu Vodafone og Skjárinn (nú Síminn) með sér þjónustusamning um dreifingu dagskrárefnis. Samningurinn tók við að samningum félaganna frá 2009 og 2010. Samkvæmt 16. gr. samningsins skyldi gildistími hans vera til 1. maí 2016 og framlengjast um eitt ár í senn nema honum yrði sagt upp. Uppsögn skyldi berast með skriflegum hætti með a.m.k. 6 mánaða fyrirvara.

Samkvæmt 2. gr. samningsins tryggir samningurinn Skjánum (nú Símanum) dreifingu á eigin dagskrárefni um fjarskiptakerfi Vodafone á landsvísu. Í 5. gr. segir svo að samningsaðilar muni nýta sér kerfis- og tækniframfarir ef slíkt leiðir til hagræðis og er í takt við markmið og tilgang þessa samnings. Samkvæmt 6. gr. greiðir Skjárinn Vodafone tiltekna mánaðarlega fjárhæð fyrir dreifingu dagskrárefnis Skjásins. Í 15. gr. segir svo að ef ágreiningur verður á milli aðila um gildi, túlkun eða framkvæmd samningsins skuli þeir semja um lausn hans sín á milli. Mál út af samningnum skal reka fyrir héraðsdómi Reykjavíkur.



## V Ákvörðun PFS nr. 19/2012

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.

Í ákvörðuninni komst PFS enn fremur 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. Ákvæðin væru sjálfstæð í beitingu en ekki svo samofin að til greina kæmi að aðili gæti krafist endurgjalds án þess að fyrir lægi ósk um slíkt frá gagnaðila líkt og málalíbúnaður Vodafone byggði m.a. á.

Þá komst PFS að þeirri niðurstöðu að krafa 46. gr. fjölmiðlalaga um jafnræði við gerð og framkvæmd samninga fyrir flutning sjónvarpsútsendinga, skv. flutningskyldu- og flutningsréttarákvæði 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.

## VI Niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar

### 6.1 Almenn

Forsaga þessa máls er sú að þann 25. maí 2011 undirrituðu Skjárinn (nú Síminn) og Vodafone samning um dreifingu Vodafone á dagskrárefni Skjásins á sjónvarpsdreifikerfum Vodafone. Samkvæmt samningnum greiðir Síminn Vodafone tiltekna mánaðarlega fjárhæð fyrir dreifinguna. Umræddur samningur tók við af eldri samningum milli félaganna um sama efni frá 2009 og 2010. Samkvæmt efni sínu skyldi samningurinn gilda til 1. maí 2016 og endurnýjast árlega eftir það nema honum yrði sagt upp fyrr. Síminn sagði umræddum samningi upp þann 30. júní sl. frá og með 1. maí 2016 og bauð Vodafone til viðræðna um nýjan samning á grundvelli flutningsreglna VII. kafla fjölmiðlalaga.

Í umræddum samningi er gert ráð fyrir að sjónvarpsdagskrá SkjásEins geti verið send út í opinni eða lokaðri dagskrá. Frá upphafi samningstímans og til loka september 2015 var umrædd sjónvarpsdagskrá send út í lokaðri dagskrá. Frá og með 1. október sl. var umrædd sjónvarpsdagskrá send út í opinni dagskrá að beiðni Símans. Fram til þess tíma hafði Vodafone, athugasemdalaust af hálfu Símans, boðið upp á dagskrárliði af SkjáEinum á sjónvarpsdreifikerfi sínu í Tímavél til áskrifenda Skjásins, þar sem unnt er að flakka allt að

sólarhring aftur í tímann og horfa á dagskrárliði sem sýndir hafa verið á því tímabili, og Frelsi, þar sem notendur sækja sér myndefni að eigin vali og horfa á það í heild eða að hluta þegar þeir svo kjósa.

Þegar Síminn tók ákvörðun um að bjóða upp á dagskrá SkjásEins í opinni dagskrá tilkynnti félagið Vodafone um að hliðraðar útsendingar á efni SkjásEins yrðu ekki í boði á sjónvarpsdreifikerfum Vodafone frá og með 1. október sl. heldur aðeins á sjónvarpsdreifikerfum Símans. Til hliðraða útsendinga teldust framangreindir þjónustubættir Vodafone, þ.e. Tímavél og Frelsi, að mati Símans. Að sögn Símans væri þetta fyrirkomulag nauðsynlegt þar sem hugsunin hafi verið sú að auknar auglýsingatekjur ættu að fjármagna niðurfellingu áskriftargjalda. Slíkt myndi missa marks ef allir viðskiptavinir IPTV sjónvarps Vodafone gætu horft á dagskrárliði SkjásEins í hliðruðu áhorfi og sleppt auglýsingum.

Vodafone hefur eftir umrætt tímamark áfram boðið upp á Tímavél þrátt fyrir kröfu Símans um hið gagnstæða en Vodafone hefur ekki getað boðið upp á dagskrárliði SkjásEins í Frelsi eftir umrætt tímamark þar sem Síminn hefur lokað fyrir þann möguleika með því að senda Vodafone ekki það efni sem til þarf til veitingar slíkrar þjónustu. Mun fleiri viðskiptavinir Vodafone geta nú náð umræddu hliðruðu áhorfi en áður var, þar sem dagskrá SkjásEins er nú í opinni dagskrá. Þann 16. desember sl. fékk Síminn svo samþykkt lögbann hjá sýslumanninum á höfuðborgarsvæðinu við því að Vodafone tæki upp og miðlaði sjónvarpsefni sjónvarpsstöðvanna SkjásEins og SkjásEins HD með ólínulegum hætti.

Ágreiningur málsins snýst um gildissvið ákvæða fjölmiðlalaga nr. 38/2011 að því er varðar flutning myndefnis. Nánar tiltekið um það hvort PFS sé bært stjórnvald til að skera úr um ágreining Símans og Vodafone um flutning Vodafone á myndefni Símans á fjarskiptakerfum Vodafone.

Síminn telur að uppi sé ágreiningur milli félaganna um dreifingu á sjónvarpsefni Símans á kerfum Vodafone í skilningi 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, sem ekki hafi tekist að ná samkomulagi um. Vodafone hafi frá og með 1. október 2015, þegar hafið var að senda út dagskrá SkjásEins í opinni dagskrá, aðeins haft heimild til að dreifa sjónvarpsútsendingum SkjásEins (línulegri dagskrá) á kerfum sínum en ekki verið heimilt að halda áfram að bjóða upp á dagskrárliði SkjásEins í formi Tímavélar eða Frelsis, sem væri myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg dagskrá). Það er krafa Símans að PFS skeri úr því, með vísan til umræddrar lagagreinar, hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu áhorfi og Frelsi teljist vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun. Bæri PFS að staðfesta álit fjölmiðlanefndar þess efnis að um ólínulega myndmiðlun sé að ræða.

Umrætt ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga kveður á um að aðili geti beint máli til PFS ef ekki takist samkomulag um flutning myndefnis samkvæmt 44. eða 45. gr. laganna eða ef til ágreinings komi um flutning á síðari stigum. Stofnunin skal þá leita sátta með aðilum en náist þær ekki skal skorið úr ágreiningi með ákvörðun PFS. Áður en ákvörðun er tekin skal PFS leita álit fjölmiðlanefndar.

Vodafone er ósammála því að slíkur ágreiningur sé uppi á grundvelli flutningsréttarreglna fjölmiðlalaga, enda ætti ekki að vera neinn ágreiningur um rétt Vodafone til flutnings á SkjáEinum á grundvelli gildandi þjónustusamnings aðila sem gildir til 1. maí 2016. Samkvæmt þeim samningi ætti Vodafone samningsbundinn rétt til að veita viðskiptavinum sínum aðgang að efni SkjásEins með Tímavél og Frelsi út samningstímann. Umræddur þjónustusamningur hefði ekki verið byggður á flutningsréttarákvæðum fjölmiðlalaga heldur á frjálsum samningum á milli aðila. Vodafone hefði því ekki óskað eftir flutningi á grundvelli 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga byggði hins vegar á þeirri forsendu að slík ósk lægi fyrir. Þegar af þeirri ástæðu ætti málið alls ekki undir PFS á þessu stigi.

## **6.2 Afmörkun ágreiningsefnis**

Í hinu upprunalega erindi Símans frá 13. október sl. gerði félagið þá kröfu að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun til að stöðva án tafar meinta óheimila og ólöglega dreifingu Vodafone á sjónvarpsefni Símans. Þann sama dag tjáði PFS félaginu í tölvupósti að stofnunin hefði efasemdir um að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar væru uppfyllt. Í öllu falli þyrfti félagið að rökstyðja umrædda kröfu sína um bráðabirgðaákvörðun mun betur. Með tölvupósti Símans til PFS þennan sama dag féll félagið frá kröfu sinni um að PFS tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu en lagði áherslu á að meðferð málsins yrði samt sem áður hraðað eins og kostur væri. Ágreiningsmál það sem hér er til úrlausnar var því tekið til hefðbundinnar málsmeðferðar hjá PFS.

Í loka athugasemdum sínum til PFS, dags. 2. desember sl., gerði Vodafone þá kröfu, sem ekki hafði áður komið fram í málinu, að PFS tæki bindandi stjórnvaldsákvörðun og beindi þeim fyrirmælum til Símans, að félagið léti nú þegar af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda væri háttsemin í andstöðu við tilgreint lagaákvæði.

Í ljósi markmiðs flutningsreglna, þ.m.t. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, um að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu, telur PFS vera tilefni til að fjalla um síðastgreinda kröfu Vodafone í sérstöku máli sem stofnað hefur verið. Ljóst er að ákvörðun um þetta álitamál þarf að taka að vel athuguðu máli og í kjölfar ítarlegrar rannsóknar, auk þess sem veita þarf aðilum færi á að tjá sig og koma sjónarmiðum sínum að áður en slík ákvörðun yrði tekin. Áður en slík ákvörðun yrði tekin þyrfti að mati PFS ennfremur að vera fullreynt hvort samningar geti tekist á milli félaganna um hina hliðruðu (ólínulegu) dagskrá. Ljóst er að meðferð þess máls getur tekið nokkurn tíma, nái aðilar ekki sáttum.

Í því máli sem hér er til umfjöllunar mun PFS því einungis taka ákvörðun um það hvort stofnunin sé bær til að skera úr um ágreining aðila um línulega og ólínulega dagskrá SkjáEins eins og hann liggur fyrir stofnunni í þessu máli.

## **6.3 Sjónarmið Símans**

Eins og fram hefur komið telur Síminn að uppi sé ágreiningur milli félaganna um dreifingu á sjónvarpsefni Símans á kerfum Vodafone í skilningi 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, sem ekki hafi tekist að ná samkomulagi um. Vodafone hafi frá og með 1. október 2015 aðeins

haft heimild til að dreifa sjónvarpsútsendingum SkjásEins (línulegri dagskrá) á sjónvarpsdreifikerfum sínum en ekki verið heimilt að halda áfram að bjóða upp á dagskrárliði SkjásEins í formi Tímavélar eða Frelsis, sem væri myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg dagskrá). Að mati Símans væri Vodafone að taka efni af SkjáEinum í opinni dagskrá og miðla til viðskiptavina sinna með ólínulegum hætti í óþökk Símans.

Síminn teldi tilgang Vodafone með ofangreindri háttsemi vera að komast frítt yfir ólínulegt efni sem Síminn hefði greitt fyrir, auk þess að gera kröfu um að Síminn greiddi Vodafone fyrir umrædda dreifingu. Að mati Símans fæli háttsemi Vodafone í sér að félagið gerði það að skilyrði fyrir flutningi á *sjónvarpsútsendingum* SkjásEins að önnur ósambærileg þjónusta fylgdi með. Óeðlilegt væri að fjölmiðlaveitu væri gert *skýlt* að afhenda fjarskiptafyrirtæki ólínuleg réttindi sem gerðu fjarskiptafyrirtækinu kleift að bjóða viðskiptavinum sínum upp á að horfa á myndefni eftir pöntun. Til viðbótar framangreindu teldi Síminn að sú aðgerð Vodafone að birta umrætt hliðrænt áhorf án heimildar Símans bryti gegn höfundarlögum nr. 73/1972.

Það er krafa Símans að PFS skeri úr því, með vísan til 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu áhorfi og Frelsi teljist vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun. Reglur fjölmiðlalaga um flutningsrétt og flutningsskyldur væru að mati Símans skýrar um að þær næðu aðeins til línulegrar myndmiðlunar. Bæri PFS því að staðfesta álit fjölmiðlanefndar þess efnis að um ólínulega myndmiðlun væri að ræða. Í slíkri ákvörðun PFS fælist jafnframt að dreifing Vodafone á ólínulegu sjónvarpsefni Símans væri gerð í heimildarleysi. Ennfremur yrði að telja að slík ákvörðun PFS fæli í sér að málinu væri lokið á stjórnarsýslustigi þar sem umræddar flutningsreglur næðu ekki yfir dreifingu á ólínulegu myndefni. Gæti Vodafone þá ekki byggt á því að félagið ætti flutningsrétt að efninu á grundvelli flutningsreglnanna.

Þá kom fram í máli Símans að samkvæmt umræddri 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga gæti aðili beint máli til PFS ef ekki tækist samkomulag um flutning eða *ef til ágreinings kæmi um flutning á síðari stigum*. Síminn teldi ljóst að uppi væri ágreiningur milli félaganna um dreifingu á sjónvarpsefni Símans í skilningi umrædds ákvæðis, sem ekki hefði tekist að ná samkomulagi um. Óumdeilt væri að Síminn greiddi fyrir flutning á efninu og væri því sá aðili sem óskað hefði eftir flutningi á sjónvarpsefni. Í samræmi við lögmætisreglu stjórnarsýsluréttarins væri PFS hið valdbæra stjórnvald til að skera úr ágreiningnum að undangenginni álitsumleitan til fjölmiðlanefndar, en ekki Samkeppniseftirlitið eins og Vodafone héldi fram.

Þá hafnaði Síminn þeim málsástæðum Vodafone að málið heyrði ekki undir umrædda 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga og að félagið hefði samningsbundinn rétt til umræddra athafna samkvæmt framangreindum sjónvarpsdreifisamningi. Ágreiningurinn varðaði því að mati Símans ekki túlkun á umræddum samningi. Þegar umræddur samningur hefði verið gerður hefðu fjölmiðlalög auk þess ekki tekið gildi. Þar að auki kæmi hvergi fram í samningnum að Vodafone ætti rétt til þess að dreifa hliðruðu efni. Hið rétta væri að skylda Vodafone samkvæmt samningnum fælist í að dreifa sjónvarpsútsendingum Símans í samræmi við beiðni Símans sem kaupanda þjónustunnar hverju sinni, en réttur Vodafone fælist í því að fá greitt fyrir veitta þjónustu. Auk þess væri augljós þversögn í málalítilbúnaði Vodafone

þar sem félagið hefði haldið því fram gagnvart Símanum og í máli sem væri til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu að félagið hefði lögbundinn rétt á að bjóða upp á umræddar þjónustutegundir samkvæmt 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt.

### 6.3 Sjónarmið Vodafone

Eins og fram hefur komið er Vodafone ósammála því að ágreiningur sé uppi á grundvelli flutningsréttarreglna fjölmiðlalaga, enda ætti ekki að vera neinn ágreiningur um rétt Vodafone til flutnings á SkjáEinum á grundvelli gildandi þjónustusamnings aðila sem gildi til 1. maí 2016. Samkvæmt þeim samningi ætti Vodafone samningsbundinn rétt til að veita viðskiptavinum sínum aðgang að efni SkjáEins með Tímavél og Frelsi út samningstímann.

Umræddur þjónustusamningur hefði ekki verið byggður á flutningsréttarákvæðum 45. gr. fjölmiðlalaga heldur á frjálsum samningum á milli aðila. Ljóst væri að vilji löggjafans stæði til þess að PFS kæmi að málum er vörðuðu ágreiningur um flutningsreglur fjölmiðlalaga þegar kallað hefði verið eftir flutningsrétti eða flutningsskyldu í því skyni að taka ákvarðanir um aðgang að fjarskiptanetum, og eftir atvikum endurgjald vegna flutnings myndefnis. Vodafone hefði hins vegar ekki enn gert slíkt tilkall á grundvelli laganna á meðan samningsbundinn réttur félagsins væri jafn skýr og raun bæri vitni. Vodafone hefði því ekki óskað eftir flutningi á grundvelli umræddrar 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvæði 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga byggði hins vegar á þeirri forsendu að slík ósk lægi fyrir. Þegar af þeirri ástæðu ætti málið alls ekki undir PFS á þessu stigi.

Þessu til staðfestingar væri sérstakt ákvæði í samningnum um hvernig fara skyldi með ágreiningur um framkvæmd hans. Þar segði að ef ágreiningur yrði milli aðila um gildi, túlkun eða framkvæmd samningsins skyldu þeir semja um lausn hans sín á milli og að mál út af samningnum skyldi reka fyrir héraðsdómi Reykjavíkur. Einsýnt væri að PFS hefði engar heimildir til að hlutast til um ágreiningur um framkvæmd samnings, sem ekki hefði verið gerður á grundvelli flutningsréttarreglnanna og aðilar hefðu sérstaklega samið um að heyrði undir dómstóla.

Vodafone ítrekaði að af lestri 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga, sem og lögskýringargagna, væri ljóst að vilji löggjafans stæði til þess að PFS kæmi að málum er vörðuðu ágreiningur um flutningsreglur fjölmiðlalaga í því skyni að taka ákvarðanir um aðgang að fjarskiptanetum og eftir atvikum endurgjald vegna flutnings myndefnis. Vilji löggjafans væri skýr. Ákvörðun PFS skyldi bæði fela í sér ákvörðun um flutningsrétt og/eða flutningsskyldu og um gjald fyrir viðkomandi þjónustu eða efni, auk annarra efnisatriða sem tengdust slíkri ákvörðun. Kröfugerð Símans félli augljóslega ekki hér undir.

Krafa Símans væri sú að PFS skæri úr því með vísan til 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu óhorfi og Frelsi teldist vera línuleg myndmiðlun. Það væri viðurkennd meginregla í stjórnslurétti, sem og einkamálaréttarfari, að ekki væri unnt að beina lögspurningu að stjórnvöldum eða dómstólum. Ekki yrði séð að Síminn hefði neina sérstaka lögvarða hagsmuni af því að fá einungis þeirri spurningu svarað hvort dreifing Vodafone á efni Símans með hliðruðu áhorfi og Frelsi teldist vera línuleg eða ólínuleg myndmiðlun. Þvert á móti væri hlutverk PFS víðtækara samkvæmt ofangreindu lagaákvæði, að því gefnu að stofnunin hefði

valdheimildir í málinu. Í slíkri ákvörðun þyrfti að líta til mun fleiri þátta en einungis til þess hvort um væri að ræða línulega eða hliðraða dagskrá.

Að ofangreindu virtu hefði PFS því ekki lagaheimild til að fallast á kröfugerð Símans og væri m.a. vísað til nýlegs dóms héraðsdóms Reykjavíkur í málinu E-2249/2014, en þar hefði PFS farið út fyrir lögbundnar valdheimildir sínar við ákvörðunartöku. PFS hefði ekki verið heimilt að taka ákvörðun um hvert skyldi vera efni gjaldskrár Íslandspósts heldur aðeins að samþykkja eða hafna slíkri gjaldskrá. Ennfremur bæri PFS að hafa til hliðsjónar ákvörðun sína nr. 19/2012 í máli Vodafone gegn RÚV. Þar kæmi m.a. fram að umrædd flutningsréttarákvæði bæri að túlka þröngt og að beiðni aðila þyrfti að koma til um flutning svo unnt væri að beita ákvæðum 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga.

### **6.5 Niðurstaða PFS**

Þann 15. apríl 2011 samþykkti Alþingi lög um fjölmiðla, nr. 38/2011, og tóku þau þegar gildi við birtingu. Það er því ekki rétt hjá Símanum að framangreindur samningur Skjásins (nú Símans) og Vodafone um dreifingu dagskrárefnis Skjásins á sjónvarpsdreifikerfum Vodafone frá 25. maí 2011 hafi verið gerður áður en framangreind fjölmiðlalög voru sett. Þar að auki tók umræddur samningur við af sambærilegum samningum á milli aðila frá 2009 og 2010.

Um var að ræða nýja heildarlöggjöf um starfsemi fjölmiðla hér á landi. Í lögnum 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.

Með lögnum er 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. t.a.m. 46. og 47. gr.

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.

Í 1. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga, sem Síminn byggir kröfu sína um íhlutun PFS á, segir að sé óskað eftir samningum um flutning á sjónvarpsútsendingu sem falli undir 44. gr. eða 45. gr. skulu þá fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki semja um það svo fljótt sem verða má. Í 2. mgr. ákvæðisins segir svo að ef ekki takist samkomulag um flutning eða ef til

ágreinings komi um flutning á síðari stigum geti aðili beint málinu til PFS, sem skal þá leita sátta með aðilum. Takist ekki að ná sáttum skal PFS skera úr ágreiningi með ákvörðun, að fengnu álitu fjölmiðlanefndar.

Ákvæðið á við um samkomulag um flutninginn sjálfan og hvaða sjónarmiða aðilar verði að gæta í samningum sín á milli varðandi slíkan flutning. Sigli samningaviðræður um flutning í strand hefur hvor aðili rétt til að óska atbeina PFS til að leita sátta með aðilum eða ákvarða í málinu. Í almennum athugasemdum við VII. kafla frumvarps þess er varð að fjölmiðlalögum segir m.a.:

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

Þarna er sett fram sú meginregla að fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki skuli sjálf semja, svo fljótt sem verða má, um þann flutning sem fellur undir 44. og 45. gr. laganna. Takist aðilum að komast að samkomulagi er ekki gert ráð fyrir að PFS hafi afskipti af málum. Eins og Vodafone hefur bent á var samið um umræddan flutning á árinu 2011 og gildir sá samningur til 1. maí 2016, en Síminn hefur sagt samningnum upp frá þeim tíma. Ekki verður séð af umræddum samningi að samið hafi verið um umræddan flutning með stoð í nýsettum fjölmiðlalögum og kom PFS hvergi nærri umræddri samningsgerð.

Að ofangreindu virtu telur PFS að ágreiningur sá sem Síminn hefur óskað eftir að PFS skeri úr um, þ.e. að fá úr því skorið hvort þjónustuþættir þeir hjá Vodafone sem nefnast Tímavél og Frelsi teljist til línulegra eða ólínulegra réttinda samkvæmt 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt, heyri ekki undir valdsvið PFS að svo komnu máli, þar sem engin beiðni hefur borist frá Vodafone um að stofnunin skeri úr um flutningsrétt. Þar að auki er í gildi samningur á milli aðila um umræddra dreifingu sem gildir til 1. maí 2016. Í þeim samningi er sérstaklega tekið fram að ef ágreiningur rís á milli aðila um gildi, túlkun eða framkvæmd samningsins skuli þeir semja um lausn hans sín á milli, ella skuli slíkur á ágreiningur rekinn fyrir héraðsdómi Reykjavíkur.

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

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða PFS að sá ágreiningur sem hér er uppi lúti alfarið að túlkun á umræddum samningi milli málsaðila. PFS er ekki bær aðili til að skera úr slíkum ágreiningi, en slíkt er í höndum dómstóla. Því er ekkert efnislegt mat lagt á réttastöðu aðila samkvæmt umræddum samningi og kröfu Símans vísað frá.

Ljóst er að nú stýttist í lok umrædds samningstíma og að líklegt sé að aðilar málsins þurfi að hefja samningaviðræður um hvað taki við er umræddur samningur líður undir lok. Takist ekki samkomulag um það á milli aðila geta aðilar beint því ágreiningsmáli til PFS til úrlausnar, á grundvelli umræddra flutningsreglna VII. kafla fjölmiðlalaga.

#### *Ákvörðunarorð*

**Kröfu Símans hf., um að PFS skeri úr því hvort þjónustubættir þeir hjá Fjarskiptum hf. (Vodafone) sem nefnast Tímavél og Frelsi teljist til línulegrar eða ólínulegrar myndmiðlunar samkvæmt flutningsreglum VII. kafla fjölmiðlalaga nr. 38/2011, er vísað frá.**

**Leyst verður úr kröfu Fjarskipta hf. þess efnis að Síminn hf. hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, með því að beina viðskiptum fjölmiðlaveitu Símans að fjarskiptahluta þess félags, í sérstöku máli sem nú hefur verið stofnað.**

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

*Reykjavík, 18. desember 2015*

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Óskar H. Ragnarsson