

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 1. febrúar 2024

Mál nr. E-3251/2018:

Síminn hf.

(Hallmundur Albertsson lögmaður)

gegn

Fjarskiptastofu,

(Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður)

Sýn hf.,

(Reimar Snæfells Pétursson lögmaður)

Ljósleiðaranum ehf.

(Hlynur Halldórsson lögmaður)

og

Mílu hf.

(Stefán A. Svensson lögmaður)

Dómur

Mál þetta, sem höfðað var með stefnu, birtri 1. október 2018, var tekið til dóms að lokinni aðalmeðferð, 5. janúar sl. Stefnandi er Síminn hf., Ármúla 25, Reykjavík, en stefndu eru Fjarskiptastofa (áður Póst- og fjarskiptastofnun), Suðurlandsbraut 4, Reykjavík, Sýn hf., Suðurlandsbraut 8, Reykjavík, Ljósleiðarinn ehf. (áður Gagnaveita Reykjavíkur ehf.; GR), Bæjarhálsi 1, Reykjavík, og Míla hf. (áður Míla ehf.), Stórhöfða 22–30, Reykjavík.

Í málinu gerir stefnandi aðallega þá kröfu að ákvörðun stefnda, Fjarskiptastofu (áður Póst- og fjarskiptastofnun), nr. 10/2018, verði felld úr gildi í heild sinni, en til vara að 6. töluliður ákvörðunarinnar verði felldur úr gildi eða sektarfjárhæð lækkuð verulega.

Stefnandi krefst einnig málskostnaðar úr hendi stefndu.

Stefndu, Fjarskiptastofa, Sýn hf. og Ljósleiðarinn ehf., krefjast sýknu, auk málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Stefndi Míla hf. tekur undir kröfu stefnanda, en mótmælir kröfu um málskostnað.

Geta ber þess að 15. maí 2019 var gagnsök sem stefndi Sýn hf. hafði höfðað, 6. nóvember 2018, gegn stefnanda til greiðslu skaðabóta vísað frá dómi. Dómur í máli þessu var upphaflega kveðinn upp 1. júlí 2020. En í dómi Hæstaréttar í máli nr. 50/2022 frá 31. maí 2023 voru sá dómur, sem og dómur Landsréttar í máli nr. 438/2020 frá 24. júní 2022, ómerktir og máli þessu vísað aftur heim í hérað til löglegrar meðferðar, eins og þar segir.

Ágreiningsefni og málsatvik

Í máli þessu er deilt um gildi ákvörðunar stefnda, nú Fjarskiptastofu, frá 3. júlí 2018 í máli nr. 10/2018, þar sem stefnandi, Síminn hf. (Síminn), var talinn hafa brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, frá 1. október 2015 og stæði það brot þá enn yfir. En í ákvæðinu er lagt bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Var stefnanda með 6. tölulið ákvörðunarinnar gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 9.000.000 króna á grunni 4. mgr. 54. gr. laganna. Málsatvik eru í meginatriðum ágreiningislaus og ítarlega rakin í ákvörðuninni.

Helstu málsatvik eru þau að stefndi Sýn hf. (Sýn) gerði þann 25. maí 2011 þjónustusamning við Skjárinn ehf., (Skjárinn) er þá hafði á hendi rekstur sjónvarpsstöðvar undir heitinu „SkjárEinn“, en er nú Sjónvarp Símans, um dreifingu dagskrárefnis. Skjárinn var þá í meirihlutaeigu stefnanda en eignarhaldið sætti þá takmörkunum samkvæmt ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005, m.a. um að félögunum var bannað að sameinast eða tvinnna saman þjónustu sína. Í 4. gr. samningsins kom fram að stefndi Sýn myndi dreifa dagskrárefni Skjásins á dreifikerfum fyrir sjónvarp og á viðkomandi miðlum sínum er nánari grein var gerð fyrir í ákvæðinu og viðauka nr. 1 við samninginn. Var þá tekið fram að dreifing einstakra sjónvarpsrása gæti verið opin, læst, eða blanda af báðu. Þá kom fram í 5. grein samningsins að sjónvarpsefni Skjásins yrði afhent í kjarna „headend“ og það „meðhöndlað og varpað á form og fléttað með öðru efni til dreifingar eftir dreifileiðum“. Í 5. grein samningsins sagði jafnframt að samningsaðilar myndu nýta sér kerfis- og tækniframfarir ef slíkt leiddi til hagræðingar og væri í samræmi við markmið og tilgang samningsins. Ekki er um það deilt að á grundvelli samningsins dreifði stefndi Sýn sjónvarpsefni SkjásEins í bæði línulegri og ólínulegri (þ.e. hliðraðri) dagskrá á IPTV-sjónvarpskerfi sínu (e. internet protocol television).

Haustið 2013 óskuðu stefnandi og Skjárinn eftir niðurfellingu á fyrrgreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 og féllst Samkeppniseftirlitið á þá beiðni með ákvörðun sinni frá 2. júlí 2015 í máli nr. 20/2015, en þó með ýmsum skilyrðum. Í kjölfarið var síðan hafinn undirbúningur að sameiningu stefnanda, Símans, og Skjásins undir nafni stefnanda, ásamt með endurskipulagningu á sjónvarpsrekstrinum.

Hinn 30. júní 2015 tilkynntu stefnandi og Skjárinn stefnda Sýn síðan um uppsögn á þjónustusamningnum frá 25. maí 2011. Samkvæmt tilkynningunni skyldi uppsögnin þegar taka gildi og samningssambandinu ljúka 1. maí 2016. Var jafnframt tekið fram að Skjárinn og stefnandi væru að ljúka samruna á næstu vikum og myndi sú sameining miðast við 1. janúar 2015. Þá var þar einnig óskað eftir að teknar yrðu upp viðræður um nýjan samning milli aðila um dreifingu á sjónvarpsefni um fjarskiptakerfi stefnda Sýnar.

Hinn 15. september 2015 var tilkynnt opinberlega að sjónvarpsstöðin SkjárEinn myndi hætta sem áskriftarstöð og að aðgangur að útsendingum hennar yrði opinn öllum frá 1. október 2015. Samhliða því yrði svo hætt að bjóða upp á ólínulega dreifingu á

sjónvarpsefni stöðvarinnar, t.a.m. tímaflakk, frelsi og myndefni eftir pöntun, en áskriftir yrðu eftirleiðis seldar að þeirri þjónustu á sérstakri efnisveitu hjá stefnanda, nefndri „Skjárinn Premium“, sem síðar fékk svo heitið „Sjónvarp Símans Premium“.

Í kjölfar framangreindrar tilkynningar óskaði stefnandi eftir því við stefnda Sýn að dagskrá sjónvarpsstöðvarinnar SkjásEins yrði opnuð, en loka ætti fyrir ólínulega miðlun eða svokallaða „Timeshift“-þjónustu á efninu frá 1. október 2015. Urðu nokkur samskipti á milli aðila eftir þetta en umræddan dag hafnaði stefndi Sýn því að svo stöddu að verða við beiðni stefnanda um lokun á dreifingu ólínulegs myndefnis af efnisveitu stefnanda yfir á IPTV-kerfi Sýnar. Stefnandi taldi stefnda Sýn óheimilt að miðla sjónvarpsefni efnisveitu sinnar áfram til viðskiptamanna sinna með ólínulegum hætti á grundvelli fyrrgreinds þjónustusamnings og leitaði Síminn þá til Samkeppniseftirlitsins og stefnda Fjarskiptastofu, auk þess að hafa uppi kröfu um lögbann.

Í nóvember 2015 var svo haldinn sáttafundur á milli aðila hjá Fjarskiptastofu, er lauk án árangurs. Stefndi Sýn lagði í kjölfarið fram kvörtun til stefnda Fjarskiptastofu, 2. desember 2015, þar sem stefndi Sýn taldi háttsemi stefnanda brot gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Undir meðferð málsins var öðrum stefndu, sem voru Míla hf. (þá Míla ehf., hér eftir Míla), Ljósleiðarinn ehf. (þá Gagnaveita Reykjavíkur, hér eftir Ljósleiðarinn), veitt aðild að málinu hjá Fjarskiptastofu (þá Póst og fjarskiptastofnun eða PFS).

Hinn 16. desember 2015 féllst Sýslumaðurinn á höfuðborgarsvæðinu á kröfu stefnanda, Símans, um að lagt yrði lögbann við því að stefndi Sýn tæki upp og miðlaði efni af efnisveitu stefnanda með ólínulegum hætti. Var lögbannið síðan endanlega staðfest með dómi Hæstaréttar frá 18. október 2018 í máli nr. 329/2017.

Sumarið 2016 og fram á árið 2017 áttu sér svo stað viðræður á milli stefnanda og stefnda, Sýnar, um heimild Sýnar til þess að miðla með ólínulegum hætti myndefni af efnisveitu stefnanda yfir kerfi sitt, en þeim viðræðum lauk án árangurs. Er í málinu uppi ágreiningur um ýmis nánari atriði þessara viðræðna og um ástæður þess að aðilar náðu þá ekki saman. Á sama tíma áttu sér svo stað viðræður á milli stefnanda og stefnda, Ljósleiðarans, um heimild hans til að flytja IPTV-þjónustu stefnanda um ljósleiðarkerfi sitt. Þeirri beiðni hafnaði stefnandi en óskaði þess í stað eftir „óvirkum aðgangi“ að neti félagsins (e. dark fiber web). Lauk viðræðum aðila um þetta álitæfni einnig án árangurs.

Svo sem áður greinir, þá lauk stefndi, Fjarskiptastofa, umfjöllun um fyrrgreinda kvörtun stefnda, Sýnar, frá 2. desember 2015, með hinni hér umstefndu ákvörðun sinni frá 3. júlí 2018, en ákvörðunarorðin voru þar í sjö liðum og eru svohljóðandi:

- 1. PFS staðfestir málsmeðferðarákvörðun stofnunarinnar, dags. 8. nóvember 2017, um að fallast á kröfu Vodafone um að taka málið á ný til efnislegrar meðferðar og úrlausnar.*

2. *PFS hafnar kröfu Símanum um að forstjóri PFS hafi gert sig og undirmenn sína vanhæfa til að annast meðferð málsins vegna ummæla sem birtust í ársskýrslu PFS fyrir árið 2015.*
3. *PFS hafnar að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013, er varðar sátt Símasamstæðunnar og Samkeppniseftirlitsins, hafi fært Símanum tiltekin réttindi sem gangi frammar ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að PFS hafi tekið þátt í ákvörðunartökunni og sé þannig bundin af henni.*
4. *PFS hafnar kröfu Símanum að samruni Vodafone og 365 miðla, sem tók formlega gildi þann 1. desember 2017, skuli leiða til þess að málið verði fellt niður.*
5. *Síminn braut þann 1. október 2015 gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og stendur það brot enn yfir.*
6. *Með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga leggur PFS stjórnvaldssekt á Símann að upphæð 9.000.000 krónur sem greiðist í ríkissjóð.*
7. *Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæra skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málsskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.*

Er nánar vikið að forsendum ákvörðunarinnar í umfjöllun um málsástæður aðila, svo og í niðurstöðukafla dómsins, eftir því sem þýðingu þykir hafa fyrir úrlausn málsins.

Hinn 9. júlí 2018 kvartaði stefndi Sýn að nýju til stefnda Fjarskiptastofu yfir ítrekuðum brotum stefnanda og vísaði þá til þess að enginn vilji væri hjá stefnanda, Símanum, til þess að semja við stefnda Sýn um aðgang fyrirtækisins að efnisveitu stefnanda „Sjónvarpi Símanum Premium“ til endursölu til viðskiptamanna Sýnar. Lauk stefndi Fjarskiptastofa umfjöllun um kvörtun stefnda Sýnar með ákvörðun, 25. nóvember 2019, í máli nr. 27/2019. Voru ákvörðunarorð þau að stefnandi hefði brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019 og var stefnandi enn á ný sektaður um 9.000.000 króna með stoð í 4. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga. Ekki þykir ástæða til að gera frekari grein fyrir þeirri ákvörðun í tengslum við mál þetta.

Málsástæður og lagarök stefnanda Símanum hf. og stefnda Milu hf.

Stefnandi byggir aðalkröfu sína um ógildingu ákvörðunar stefnda Fjarskiptastofu, frá 3. júlí 2018 í máli nr. 10/2018, á því að umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 fjalli einungis um flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum, þ.e. um línulega myndmiðlun, og því falli aðgangur að sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun, þ.e.

ólínuleg myndmiðlun (e. VOD), utan þessa gildissviðs laganna. Stefnandi telji að þar af leiðandi hafi hin umdeilda ákvörðun ekki haft lagastof og beri því að fella hana úr gildi.

Til stuðnings framangreindri túlkun vísar stefnandi hér til 30. og nú 38. töluliðar í 1. mgr. 2. gr. laga nr. 38/2011 þar sem hugtökin myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) og sjónvarpsútsending (línuleg myndmiðlun) séu skilgreind. Komi þar fram að myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) sé þjónusta sem fjölmiðlaveita bjóði án tillits til þess viðtækis sem sé notað til móttöku efnisins og án tillits til þess hvort greiða þurfi fyrir efnið. Þannig geti notandi horft á dagskrárliði í heild eða að hluta þegar hann kjósi og eftir sérstakri beiðni hans á grundvelli efnisskrár fjölmiðlaveitu. Sjónvarpsútsending (línuleg myndmiðlun) sé hins vegar hvers konar miðlun myndefnis án tillits til þess viðtækis sem sé notað til móttöku útsendingarinnar, þar sem fjölmiðlaveita bjóði fram samtímis áhorf á dagskrárliði á grundvelli dagskráráætlunar.

Stefnandi vísar einnig til ákvæða 44.–47. gr. laga nr. 38/2011 til stuðnings því að VII. kafli laganna geti ekki átt við um umrædda ólínulega myndmiðlun. En að mati stefnanda eru ákvæðin skýr um að þau eigi aðeins við um sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun) en ekki myndmiðlun eftir pöntun eða hliðrað áhorf. Stefnandi vísar til þess að hvorki í lögum nr. 38/2011 né í lögskýringargögnum sé gefið til kynna að lögunum sé ætlað það að tryggja fjarskiptafyrirtækjum rétt til aðgangs að sjónvarpsefni eftir pöntun.

Stefnandi telur þá túlkun að 45. gr. laga nr. 38/2011 nái aðeins yfir flutningsrétt á sjónvarpsefni (línulega myndmiðlun) en ekki ólínulega myndmiðlun fá stuðning í lögskýringargögnum og athugasemdum er fylgt hafi frumvarpi til laganna. Í athugasemdum við 45. gr. frumvarpsins segi: „Flutningsréttur nær hins vegar ekki til ólínulegrar hljóð- og myndmiðlunar, svo sem myndmiðlunar eftir pöntun þar sem myndefnið er ekki sent út samkvæmt dagskráráætlun og flokkast því ekki sem línuleg myndmiðlun.“

Þá telur stefnandi með viðlíka rökum að stefnda Fjarskiptastofu hafi skort heimild að lögum til þess að fjalla um ágreining sem varði dreifingu á myndefni með ólínulegum hætti. Lög nr. 38/2011 mæli hvergi fyrir um að sá stefndi hafi heimild að lögum til að skera úr slíkum ágreiningi heldur aðeins ágreiningi sem varði sjónvarpsútsendingar, sbr. 46. gr. laganna. Feli niðurstaða Fjarskiptastofu í reynd í sér að flutningsréttur á myndefni í 45. gr. laganna sé látið ná til sjónvarpsefnis til myndmiðlunar eftir pöntun án þess að það eigi sér nokkra stof í lögunum. Ekki sé að finna rökstuðning í ákvörðuninni fyrir því að Fjarskiptastofa telji sér heimilt að túlka 45. gr. með þeim hætti sem hún þó geri.

Stefnandi vísi til þess að í lögum nr. 38/2011 sé ákvæði sem skyldi fjölmiðlaveitu til þess að afhenda fjarskiptafyrirtæki sjónvarpsútsendingar, þ.e. línulegt efni, sbr. 45. gr. laganna, og ákvæði sem skyldi fjarskiptafyrirtæki til að veita fjölmiðlafyrirtæki aðgang að fjarskiptakerfi sínu til að flytja sjónvarpsútsendingar, sbr. 44. gr. laganna. Hins vegar sé hvergi að finna ákvæði í lögunum sem skyldi fyrirtæki, hvort sem það sé fjölmiðla- eða fjarskiptafyrirtæki, eða hvort tveggja í senn, til þess að afhenda viðskiptavinum

sínum sjónvarpsefni til myndmiðlunar eftir pöntun (ólínulegrar myndmiðlunar), svo sem slegið hafi verið föstu í öðrum ákvörðunum stefnda Fjarskiptastofu.

Með vísan til alls hér framangreinds telji stefnandi, Síminn hf., að ekki verði hjá því komist að ógilda hina umdeilda ákvörðun stefnda, Fjarskiptastofu, nr. 10/2018, þar sem hana skorti lagastoð og brjóti hún því gegn lögmætisreglunni.

Stefnandi byggir þá á því að hin umdeilda ákvörðun Fjarskiptastofu stríði gegn jafnræðisreglu stjórnisýsluréttar. Því til stuðnings vísist til ákvörðunar Fjarskiptastofu í máli nr. 19/2012, þar sem fram hafi komið að ákvæði laganna um flutningsrétt (45. gr.) fæli ekki í sér kröfu um að fjölmiðlaveita tryggi að efni hennar sé flutt eftir öðrum dreifikerfum en hennar eigin eða tengdra aðila. Stefnda Fjarskiptastofu beri sem stjórnvaldi að gæta jafnræðis við úrlausn sambærilegra mála enda séu ekki málefnalegar ástæður sem réttlæti það að sá stefndi hafi túlkað sama lagaákvæði og deilt sé hér um með ólíkum hætti í öðru máli. Stefnandi hafi þá haft réttmætar væntingar til þess að stefndi myndi gæta samræmis við fyrri ákvarðanir sínar. Þar sem það hafi ekki verið gert beri að ógilda téða ákvörðun Fjarskiptastofu, sbr. 11. gr. stjórnisýslulaga.

Stefnandi reisir málatilbúnað sinn þá enn fremur á því að ógilda beri ákvörðun stefnda Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018 þar sem brotið hafi verið gegn sérstökum hæfisskilyrðum 1. mgr. 3. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, sér í lagi 6. tölulið ákvæðisins. En forstjóri stefnda hafi gert sig og undirmenn sína vanhæfa til að annast meðferð málsins vegna eftirfarandi ummæla sem hafi birst í ársskýrslu stofnunarinnar fyrir árið 2015:

Ávinningur af stafrænum kerfum eru bætt gæði og fjölbreyttari gagnvirk þjónusta. Neytendur hafa aðgang að efni þegar þeim hentar, fara vinsældir ólínulegs áhorfs vaxandi og eru IPTV kerfi afar vinsæl hérlendis. Hafa verður þó í huga að IPTV kerfi eru í raun lokuð dreifikerfi, þ.e. þau eru einungis aðgengileg þeim sem sérstaklega kaupa aðgang að þeim. Því eru í fjölmiðlalögum ákvæði um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Er tilgangur ákvæðisins m.a. sá að tryggja neytendum frelsi til að velja t.d. aðgangsnét án þess að skerða þar með valkosti þeirra við aðgang að tilteknu línulegu eða ólínulegu efni.

Ummæli forstjórans verði ekki skilin öðruvísi en svo að afstaða hans til háttsemi stefnanda hafi legið fyrir á árinu 2016 þá ársskýrsla stofnunarinnar hafi verið gefin út. Megi því fullyrða að ákvörðun stefnda hafi legið fyrir á þeim tímapunkti og áður en meðferð stjórnisýslumálsins hafi verið lokið í samræmi við meginreglur stjórnisýsluréttar, þ.á m. andmæla-reglu og rannsóknarreglu. Hafi það sætt strangri túlkun dómstóla að þessum meginreglum sé fylgt og varði vanhöld á því ógildi stjórnisýsluákvörðunar. Því verði hér ekki hjá því komist að ógilda ákvörðunina.

Þá sé byggt á því að ákvarðanir stefnda Fjarskiptastofu og Samkeppniseftirlitsins í málum nr. 6/2013 og 6/2015 hafi gefið stefnanda réttmætar væntingar um það að

háttsemi hans væri lögum samkvæm. En í framangreindum sáttum hafi það fyrirkomulag á sjónvarpsþjónustu stefnanda sem deilt sé um í máli þessu verið samþykkt og þar í raun fallist á þann skilning sem stefnandi hafi haft á lögum nr. 38/2011. Í því sambandi vísi stefnandi til fyrrgreindrar ákvörðunar stefnda Fjarskiptastofu í máli hennar nr. 19/2012.

Verði ekki fallist á málsástæður stefnanda hér að framan byggir stefnandi á því að hann hafi allt að einu ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. laganna. Sé vísað til þess að samkvæmt hinni umdeildu ákvörðun sé meginástæðan fyrir broti stefnanda gegn 5. mgr. 45. gr. sú að hann hafi ekki samið við stefnda Sýn um aðgang fyrirtækisins að sjónvarps-efni stefnanda til ólínulegrar miðlunar og jafnframt að ekki hafi náðst að semja um aðganginn af ástæðum sem séu á ábyrgð hans. Stefnandi mótmælir þessu og vísi til þess að hann hafi sýnt raunverulegan vilja til þess að veita stefnda Sýn aðgang að sjónvarps-efni til ólínulegrar myndmiðlunar og það megi sjá í gögnum málsins. Aðilar hafi deilt um það hvaða aðferð ætti að leggja þar til grundvallar, en stefnandi hafi lagt þar til tiltekna lágmarksgreiðslu (e. minimum guarantee) sem almennt viðgangist í viðskiptum um slík kaup á sjónvarpsefni hérlendis sem erlendis. Stefndi Sýn hafi hins vegar gert það að ófrávíkjanlegri kröfu að notuð yrði „smásölumínus aðferð“, sem sé afar óvenjuleg aðferð í slíkum samningum um kaup á sjónvarpsefni. Byggi stefnandi þess vegna á því að nálgun hans á samningaviðræður við stefnda Sýn hafi verið eðlileg og málefnaleg og sé því hafnað að stefnandi hafi þar ekki sýnt raunverulegan samningsvilja.

Stefnandi byggir í þessu sambandi þá enn fremur á því að sé 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 skýrð með einfaldri textaskýringu geti stefnandi ekki talist hafa brotið gegn ákvæðinu. Stefndi Fjarskiptastofa hafi talið brot stefnanda felast í því að fjölmiðlaveita hans hafi beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að fjarskiptafyrirtæki tengdu stefnanda. Stefnandi telji að þessi aðstaða sé ekki fyrir hendi þar sem um sé að ræða eitt og sama fyrirtækið en ekki tengd fyrirtæki. Sú túlkun stefnanda fái stoð í skýringum í greinargerð með ákvæðinu þar sem segi að með tengdu fyrirtæki sé átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga nr. 2/1995 eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl í öðrum tilvikum. Samkvæmt þessu þurfi að vera um a.m.k. tvo sjálfstæða aðila að ræða svo að umrætt ákvæði geti átt við.

Verði kröfu stefnanda um ógildingu ákvörðunar nr. 10/2018 hafnað og stefnandi talinn hafa brotið gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 sé gerð krafa um að 6. töluliður í ákvörðunarorðum um álagningu stjórnvaldssektar á stefnanda verði felldur úr gildi eða fjárhæð hans a.m.k. lækkuð verulega. Byggir stefnandi hér á því að 4. mgr. 54. gr. laganna veiti einungis heimild til álagningar stjórnvaldssektar hafi fjölmiðlaveita brotið gegn flutningsrétti. Þar sem flutningsréttur taki einungis til sjónvarpsútsendinga, en ekki til myndmiðlunar eftir pöntun (e. VOD), þá sé ekki um að ræða brot gegn flutningsrétti í skilningi laganna. Skorti því lagaheimild til þess að leggja slíka stjórnvaldssekt á stefnanda fyrir þá háttsemi að hafa synjað aðgangi að myndefni til myndmiðlunar eftir pöntun.

Stefnandi vísi til þess að gerðar séu strangar kröfur til þess að refsikennd viðurlög eigi sér skýra og ótvíræða lagastoð og beri að skýra allan vafa um slíkt stefnanda í hag.

Verði ekki fallist á að fella beri 6. tölulið ákvörðunarorða ákvörðunar nr. 10/2018 úr gildi af framangreindum ástæðum krefjist stefnandi þess að sá 6. töluliður verði felldur úr gildi með vísan til þess að umrætt brot sé óverulegt og því ekki þörf á beitingu sektar. Í málinu hafi verið deilt um mikla hagsmuni á grunni lagaákvæðis sem hafi verið og sé enn mjög óljóst og því sé rétt að fella niður sektarákvörðun PFS eða lækka hana verulega.

Stefndi Míla tekur undir málsástæður og lagarök stefnanda. Félagið vísi þá einnig til þess að viðskiptavinir stefnanda Símans eigi engin bein viðskipti við Mílu né kaupi af félaginu fjarskiptaþjónustu. Hins vegar eigi Míla viðskipti við stefnanda Símann á heildsölumarkaði fjarskipta. Telji stefndi Míla þar af leiðandi að félagið geti ekki talist vera „tengt fjarskiptafyrirtæki“ Símanum í skilningi 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011, eins og skýra beri ákvæðið með hliðsjón af tilgangi sínum og út frá lögskýringargögnum.

Málsástæður og lagarök stefndu Fjarskiptastofu, Sýnar hf. og Ljósleiðarans ehf.

Þessir stefndu hafna málatilbúnaði stefnanda Símans og stefnda Mílu og telja hina umdeildu ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018 hafa skýra lagastoð sem birtist í 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 og viðurlagaákvæði 4. mgr. 54. gr. þeirra. Sé í öllum atriðum vísað til málsástæðna og lagaraka er fram komi í forsendum hinnar umdeildu ákvörðunar.

Stefndu mótmæla þeirri túlkun stefnanda, Símans, að bannregla 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 eigi aðeins við um línulega myndmiðlun (sjónvarpsútsendingar) en ekki ólínulega myndmiðlun eftir pöntun. Lagaákvæðið sé skýrt og taki augljóslega til háttsemi stefnanda. Í ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna sé kveðið á um bann „fjölmiðlaveitu“ sem stefnandi Síminn sé, sbr. nú 14. tölulið 2. gr. laganna, við því að beina „viðskiptum viðskiptamanna“ að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Stefndu vísa þá til þess að stefnandi sé fjölmiðill, sbr. 13. tölulið 1. mgr. 2. gr. laganna, og veiti þjónustu sem fjölmiðlaveita. Stefndu telja ljóst að stefnandi hafi með háttsemi sinni verið að beina „viðskiptum viðskiptamanna“ fjölmiðlaveitu sinnar, þeirra sem kaupi sjónvarpsefni af stefnanda, í þann farveg sem bannað sé að gera með lagaákvæðinu, þ.e. að beina viðskiptunum að fjarskiptahluta sínum, þ.e. IPTV-sjónvarpsdreifikerfi sínu, og að dótturfélagi stefnanda, stefnda Mílu, sem reki undirliggjandi fjarskiptanet sem stefnandi noti.

Stefndu vísa einnig til þess að aðalatriðið í máli þessu sé sú lögskýringarregla að skýra beri lög samkvæmt orðum sínum. Enginn vafi leiki á því að það teljist til viðskipta að kaupa sér aðgang að bæði línulegum og ólínulegum sjónvarpsútsendingum hjá fjölmiðlaveitu. Ef ætlunin hefði verið að láta 5. mgr. 45. gr. laganna einungis taka til línulegra sjónvarpsútsendinga hefði annað orð verið notað. Ákvæðinu sé ætlað að tryggja það að fjölmiðlaveita reyni ekki að binda efni sitt við tiltekið fjarskiptanet eða fjarskiptafyrirtæki, þ.e. hér stefnanda sjálfan og/eða stefnda Mílu, með þeim afleiðingum að

viðskiptavinir standi frammi fyrir því við val á sjónvarpsefni að aðgangur þeirra að efninu takmarkist við tiltekið fjarskiptanet. Stefndu vísa til þess að ákvæðinu sé ætlað að tryggja það að samkeppnisaðilar á fjarskiptamarkaði hafi möguleika á því að flytja sambærilegt efni og ýta þannig undir samkeppni á þeim markaði þannig að samkeppnisaðilar keppi um verð og góða þjónustu.

Að mati stefndu sé ljóst að stefnandi hafi brotið gegn ákvæðinu með því að koma í veg fyrir að viðskiptavinir stefndu Sýnar, Ljósleiðarans og fleiri fjarskiptafyrirtækja gætu nálgast efni af efnisveitu stefnanda með ólínulegum eða hliðruðum hætti nema með því að færa viðskipti yfir til stefnanda eða til stefnda Mílu. Frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg miðlun á myndefni stefnanda einungis verið í boði á IPTV-sjónvarpsdreifikerfi stefnanda og á undirliggjandi fjarskiptaneti í eigu stefnda Mílu, þ.e. fjarskiptafyrirtæki tengdu stefnanda. Efnið hafi hvorki verið aðgengilegt á IPTV-kerfi stefnda Sýnar né á undirliggjandi fjarskiptaneti stefnda Ljósleiðarans. Þannig hafi háttsemi stefnanda orðið til þess að viðskiptavinir þessara félaga og fleiri fjarskiptafyrirtækja hafi ekki getað nálgast hliðrað og ólínulegt efni stefnanda með sama hætti og viðskiptavinir stefnanda. Hafi það verið niðurstaða stefnda Fjarskiptastofu að þessi umrædda háttsemi stefnanda Símans hefði haft í för með sér alvarlegan aðstöðumun á milli þessara aðila.

Fyrir 1. október 2015 hafi aðgangur notenda að efni fjölmiðlaveitu stefnanda, bæði línulegu og ólínulegu efni, verið óháður því hjá hvaða fjarskiptafyrirtæki notandi væri í viðskiptum. Hinu breytta ástandi hafi stefnandi getað komið á í skjóli lóðréttis eignarhalds síns sem fjölmiðlaveitu að fjarskiptafyrirtæki. Sú ákvörðun stefnanda að loka efnisveitu sinni 1. október 2015 og binda hana þá eftirleiðis við eigið fjarskiptakerfi eða fjarskiptanet í eigu tengds fyrirtækis hafi leitt til mikils aðstöðumunar félaga á markaði sem hafi haft neikvæð áhrif á samkeppnisstöðu stefndu Sýnar og Ljósleiðarans.

Stefndu mótmæla þeirri málsástæðu stefnanda að framangreind háttsemi hafi allt að einu ekki brotið gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 með vísan til þess að stefnandi hafi verið reiðubúinn til þess að semja um aðgang stefnda Sýnar að efnisveitu sinni. Stefndu vísi m.a. til þess að stefnandi hafi stöðvað miðlun stefnda Sýnar á ólínulegu efni stefnanda með nokkurra daga fyrirvara og án allra tilrauna til þess að semja um verð fyrir flutning á efninu á haustmánuðum 2015. Stefnandi hafi fengið lögbann lagt við því að efni stefnanda yrði flutt með ólínulegum hætti á kerfum stefnda Sýnar eða undirliggjandi neti Ljósleiðarans. Að mati stefndu hafi í þessu kristallast sá vilji stefnanda að efnið yrði ekki flutt á IPTV-kerfi stefnda Sýnar eða óháð fjarskiptakerfi stefnanda sjálfs. Auk þess bendi stefndu á það að stefnandi hafi ávallt verið fær sú leið að bjóða upp á fullnægjandi OTT-lausn (e. over the top) við dreifingu á myndefninu, en slík lausn sé óháð fjarskiptanetum og dreifikerfum með sambærilegum hætti og t.d. Netflix. Sú leið hafi verið óháð samningum við stefnda Sýn, en þetta hafi síðan ekki verið gert fyrr en löngu síðar.

Stefndi Ljósleiðarinn vísi sérstaklega til þess að krafa stefnanda um óvirkan aðgang (e. dark fiber web) að fjarskiptaneti þess hafi hvorki verið sanngjörn né eðlileg aðgangsbeiðni stefnanda í ljósi aðstæðna og atvika sem hafi verið fyrir hendi. Stefnandi hafi staðfastlega neitað beiðnum Ljósleiðarans um að gera notendum ljósleiðarakerfis hans kleift að fá aðgang að efnisveitu stefnanda. Byggi stefndi Ljósleiðarinn hér á því að með þessum aðgerðum hafi stefnandi, frá því að hann hafi fullframið brot gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011, einnig viðhaldið ólögmetu ástandi sem hafi leitt til þess að stefndi hafi misst tugþúsundir viðskiptavina úr viðskiptum yfir til dótturfélags stefnanda, stefnda Mílu. Þetta hafi leitt til verulegs aðstöðumunar á markaði fyrir hin undirliggjandi fjarskiptanet og valdið stefnda Ljósleiðaranum miklu fjárhagslegu tjóni.

Stefndu hafni því að hin umdeilda ákvörðun PFS hafi falið í sér brot gegn jafnræðisreglu, rannsóknarreglu eða hæfisreglum stjórnisýsluréttar og vísa til forsendna ákvörðunarinnar. Stefnu mótmæli því að téð ákvörðun sé borin saman við ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 19/2012. En þar hafi í grunninn reynt á það hvort flutningsskylda hafi verið fyrir hendi í skilningi 44. gr. laga nr. 38/2011, þ.e. hvort RÚV hafi getað fyrirskipað Vodafone að flytja sjónvarpsefni sitt um fjarskiptanet í eigu Vodafone. Ekki hafi þá reynt á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna, hvort fjölmiðlaveita hafi verið að beina viðskiptum til tengds fjarskiptafyrirtækis. Því hafi ágreiningsefnin verið allt önnur í máli nr. 19/2012 en í því máli hér sem hafi lokið með ákvörðun nr. 10/2018. Stefnu hafni því fullyrðingu stefnanda um að stefndi Fjarskiptastofa hafi afgreitt sambærileg mál með mismunandi hætti. Því sé ljóst að sá stefndi hafi ekki brotið gegn jafnræðisreglu stjórnisýsluréttar.

Stefndu hafni því þá alfarið að forstjóra stefnda Fjarskiptastofu hafi brostið sérstakt hæfi til meðferðar málsins. Engin rök standi til þess að forstjórinn hafi vegna tilvitnaðra ummæla í stefnu öðlast einstaklega eða persónulega hagsmuni af málinu, eins og sé skilyrði vanhæfis samkvæmt 6. tölulið 1. mgr. 3. gr. laga nr. 37/1993. Eðlilegt sé að forstjóri tjái sig um þau lög sem undir stofnunina heyri en um almenna umfjöllun hafi verið að ræða um mögulega þróun á fjarskiptamarkaði. Leiði sú umfjöllun ekki til vanhæfis forstjóra og enn síður til vanhæfis undirmanna hans.

Stefndu mótmæli því þá að stefnandi hafi haft réttmætar væntingar til að halda að háttsemi sín væri lögum samkvæm á grunni sátta stefnanda og samkeppnisyfirvalda. Mál þetta varði kvaðir og skyldur samkvæmt fjölmiðlalögum og geti sátt við Samkeppniseftirlitið því ekki haft neina þýðingu í því samhengi eða slíkt leitt til þess að stefnandi hafi mátt vænta þess að í sáttinni fælist blessun á umræddri ólögmetri háttsemi hans. Stefnandi færi ekki fram lagalegan grundvöll fyrir því að hann hafi mátt vænta þess að starfa án afskipta stefnda Fjarskiptastofu og án tillits til 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011.

Stefndu mótmæla þá enn fremur varakröfu stefnanda um ógildingu á 6. tölulið ákvörðunarinnar um álagningu stjórnvaldssektar. Stefnu Fjarskiptastofa hafi verið bær til að leggja stjórnvaldssekt á stefnanda, sbr. 4. mgr. 54. gr. laga nr. 38/2011. Stefnu vísi

til þess að brot stefnanda hafi verið stórfellt, það hafi staðið yfir í þrjú ár og verið framið af ásetningi og séu því engin efni til þess að lækka hér umrædda sekt gagnvart stefnanda.

Niðurstaða

Málsatvik liggja í meginráttum óumdeild fyrir. Í máli þessu er sem fyrr segir deilt um gildi ákvörðunar stefnda, nú Fjarskiptastofu, frá 3. júlí 2018 í máli nr. 10/2018, þar sem stefnandi, Síminn hf., var talinn hafa brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 þann 1. október 2015 og stæði umrætt brot þá enn yfir. En í téðu lagaákvæði er lagt bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Í ákvörðuninni er það nánar rakið að brot stefnanda hafi staðið yfir frá 1. október 2015 þegar ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu hans varð einungis möguleg með því að tengjast IPTV-kerfi hans sjálfs og jafnframt aðeins yfir fjarskiptanet stefnda Mílu hf. Var stefnanda samkvæmt 6. tölulið ákvörðunarinnar gert að greiða 9.000.000 króna í stjórnvaldssekt á grundvelli 4. mgr. 54. gr. laga nr. 38/2011.

Eins og hér hefur verið rakið þá rekur stefnandi Síminn bæði fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi. Fjölmiðlaveitan samanstendur af Sjónvarpi Símans (áður SkjárEinn) sem annars vegar sendir út sjónvarpsdagskrá eða línulega myndmiðlun og hins vegar efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium eða ólínulegri myndmiðlun eða myndmiðlun eftir pöntun. Þá stundar stefnandi fjarskiptastarfsemi bæði á smásölu- og heildsölustigi og starfrækir sitt eigið IPTV-sjónvarpsdreifikerfi sem býður m.a. upp á framangreinda þjónustuþætti Sjónvarps Símans. Stefnandi var einnig á hér umræddum tíma móðurfélag stefnda Mílu er starfrækir umfangsmestu fjarskiptanetin á heildsölumarkaði hér á landi.

Á þeim tíma er hér um ræðir rak stefndi Sýn hf. (þá Fjarskipti hf.) fjölmiðlaveitu og fjarskiptastarfsemi (þá undir heitinu Vodafone), auk þess sem félagið rak ólínulegu efnisveituna Vodafone Play. Árið 2017 keypti félagið svo tiltekna eignir og rekstur 365 miðla ehf., þ.m.t. sjónvarpsstöðvarnar Stöð2 og Stöð2 Sport, og ólínulegu efnisveituna Stöð2 Marabon Now, en auk þess starfrækir félagið einnig IPTV-sjónvarpsdreifikerfi.

Stefndi Ljósleiðarinn ehf., áður GR, á og rekur stærsta ljósleiðarakerfið (FTTH) á höfuðborgarsvæðinu og á í samkeppni við stefnda Mílu á sviði grunnneta fjarskipta.

Í hér umdeildri ákvörðun Fjarskiptastofnunar nr. 10/2018 kemur fram að frá og með 1. október 2015 hafi ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis fjölmiðlaveitu stefnanda Símans einungis verið í boði á IPTV-kerfi Símans vegna ákvörðunar Símans þar um, en ekki á IPTV-kerfi nú stefnda Sýnar eins og verið hafði fyrir greindan tíma varðandi ólínulega myndmiðlun á borð við Tímavél og Frelsi, og það efni því ekki verið tiltækt eftir öðrum flutningsleiðum, þ.m.t. með OTT-lausn er sé óháð fjarskiptakerfum og fjarskiptanetum. Sama megi segja um efnisveitu Símans, Sjónvarp Símans Premium. Hafi þetta leitt til þess að tugþúsundir viðskiptavina Sýnar, Hringdu, Nova, o.fl. er notuðu ljósleiðaranet Ljósleiðarans hafi ekki átt þess kost að nálgast myndefnið nema með því

að færa sig yfir á fjarskiptanet Mílu, þá dótturfélags Símans, og kaupa þá heimtaugar af bæði Mílu og Ljósleiðaranum. Er álit Fjarskiptastofu að þetta hafi skapað alvarlegan aðstöðumun á milli IPTV-sjónvarpsdreifikerfa Símans og Sýnar og takmarkað valkosti þeirra er keyptu þjónustu af Sýn og öðrum þjónustuveitendum. Einnig hafi þetta skapað aðstöðumun á milli Mílu og Ljósleiðarans á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet.

Komst Fjarskiptastofa því að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði 1. október 2015 fullframið brot gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 sem leggur bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. En með því að ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis Símans hefði aðeins staðið til boða á IPTV-kerfi Símans, þ.e. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki, en ekki á IPTV-kerfi nú Sýnar eða í gegnum OTT-sjónvarpsdreifilausn, var talið ljóst að Síminn hefði brotið gegn fyrrnefndu lagaákvæði og skapað aðstæður sem bannaákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 hafi verið ætlað að koma í veg fyrir. Í ákvörðun Fjarskiptastofu segir þá að stefnandi Síminn hafi haustið 2015 tekið ákvarðanir sem orðið hafi þess valdandi að fyrrgreint ástand hafi verið uppi á sjónvarps- og fjölmiðlamarkaði í hátt í þrjú ár. Við breytinguna hafi félaginu þó staðið til boða leiðir til að koma í veg fyrir að umrætt ástand skapaðist, þ.e. annars vegar með því að semja við Sýn um aðgang félagsins að ólínulegu myndefni gegn eðlilegu endurgjaldi, ef Síminn hefði kosið að gera slíkan samning og félögin hefðu náð saman á viðskiptalegum forsendum, en hins vegar hefði Síminn getað boðið upp á OTT-lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sínu sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Stefnandi Síminn hafi hins vegar gert hvorugt af þessu tvennu.

Í niðurstöðu Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018 er einnig rakið að stefnandi Síminn hafi ekki sýnt raunverulegan samningsvilja gagnvart stefnda Sýn á því tímabili sem leið frá því að breytingar á sjónvarpsþjónustu Símans voru kynntar eða frá 1. október 2015 og þar til umrædd ákvörðun lá fyrir. Með samningi við Sýn hefði Síminn getað losnað undan broti á 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 sem Fjarskiptastofu komst að í ákvörðun sinni að Síminn hefði fullframið á fyrrgreindum degi. Einnig er þar rakið að Síminn hefði a.m.k. getað lágmarkað skaðleg áhrif þessa fyrir stefnda Ljósleiðarann í samkeppni hans við stefnda Mílu á markaði fyrir undirliggjandi fjarskiptanet með því að ná samningi um aðgang að ljósleiðaraneti Ljósleiðarans áður en Síminn réðst í umræddar breytingar. Sú leið hefði að mati Fjarskiptastofu þó ekki ein og sér komið í veg fyrir brot stefnanda, þar sem fjarskiptahluti Símans hefði eftir sem áður verið eina sjónvarpsdreifikerfið sem hið ólínulega myndefni stæði til boða á, þ.e. í ljósi þess að efninu yrði þá þó aðeins dreift yfir IPTV-kerfi stefnanda Símans þótt því yrði síðan veitt yfir net stefnda Ljósleiðarans.

Ágreiningur í máli þessu snýr öðru fremur að túlkun og beitingu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, en markmið laganna er samkvæmt 1. gr. þeirra það að stuðla að tjáningarfrelsi, rétti til upplýsinga, fjölmiðlalæsi, fjölbreytni og fjölræði í fjölmiðlun og að efla vernd neytenda á þeim vettvangi, en jafnframt að koma á samræmdri löggjöf

á vettvangi fjölmiðlunar óháð því miðlunarformi er notað er. Í 2. gr. laganna er svo fjallað um skilgreiningar hugtaka. Þar segir í 29. tölulið 2. gr. að myndmiðlun sé þjónusta sem fjölmiðlaveita bjóði og sé annars vegar sjónvarpsútsending og hins vegar myndmiðlun eftir pöntun. Í 38. tölulið 2. gr. segir að sjónvarpsútsending (línuleg myndmiðlun) sé hvers konar miðlun myndefnis án tillits til þess viðtækis sem notað er til móttöku útsendingarinnar þar sem fjölmiðlaveita býður fram samtímis áhorf á dagskrárliði á grunni dagskráráætlunar. Myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) er samkvæmt 30. tölulið 2. gr. þjónusta sem fjölmiðlaveita býður án tillits til þess viðtækis sem er notað til móttöku efnisins og án tillits til þess hvort greiða þarf fyrir þannig að notandi getur horft á dagskrárliði í heild eða að hluta þegar hann kýs svo og að sérstakri beiðni hans á grundvelli efnisskrár fjölmiðlaveitu. Í 19. tölulið 2. gr. laganna segir síðan að hugtakið flutningur samkvæmt reglum um flutningsrétt og flutningsskyldu taki til flutnings og dreifingar á myndefni frá tengipunkti sjónvarpsstöðvar til aðgangskassa notenda. Í 17. tölulið 2. gr. segir að flutningsréttur feli í sér að fjölmiðlaveitu er skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjarskiptafyrirtækis um dreifingu á efni.

Sé litið til málsástæðna stefnanda byggir hann ógildingarkröfu sína einkum á því að umrædd ákvörðun stefnda Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018, sem óumdeilt byggir á 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011, geti einungis náð til flutningsréttar að sjónvarpsútsendingum, en álitafnið hér snúi einungis að ólínulegri myndmiðlun, sbr. fyrrgreindar skilgreiningar í 30. og 38. tölulið 2. gr. laganna. Vísar stefnandi þá til þess að túlka beri ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna til samræmis við önnur ákvæði í VII. kafla þeirra, þ.e. í 44.–47. gr., sem öll taki bersýnilega einungis til sjónvarpsútsendinga, sbr. og frumvarp til laganna. Af hálfu stefnda Mílu er lýst yfir stuðningi við þessar málsástæður stefnanda.

Af hálfu annarra stefndu, þ.e. Fjarskiptastofu, Sýnar og Ljósleiðarans, er hér hins vegar vísað til þess að túlka beri umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 eftir orðalagi þess, sem bersýnilega vísi til þess að fjölmiðlaveitu, líkt og stefnanda Símanum, sé almennt óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þ.e. í þessu tilviki að Símanum sjálfum, þá hvað varðar fjarskiptahluta hans, eða þá að þáverandi dótturfélagi stefnanda Mílu, líkt og Síminn hafi gert með téðum ráðstöfunum. Vísa stefndu þá til þess að það teljist ótvírætt til viðskipta í skilningi ákvæðisins að kaupa sér aðgengi að hvers lags myndmiðlun fjölmiðlaveitu en umrætt bannákvæði takmarkist ekki við sjónvarpsútsendingar og flutningsrétt líkt og önnur ákvæði í umræddri 45. gr. Vísa stefndu þá til markmiða laganna um það að tryggja beri að fjölmiðlaveita líkt og stefnandi reyni ekki að binda efni sitt við tiltekið fjarskiptanet eða fjarskiptafyrirtæki, en ákvæðum í VII. kafla laganna sé ætlað það að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlun og dreifikerfi.

Í athugasemdum við 5. mgr. 45. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 38/2011 er vísað til fyrrgreinds markmiðs flutningsreglna laganna um að brjóta upp lóðrétt eignarhald á myndefni og dreifingu þess og að í þessu ljósi verði það hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptamönnum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Við þessu sé brugðist í 5. mgr. 45. gr. með því að banna veitanda fjölmiðlaþjónustu að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt framangreindu þykir því vera ljóst að téðri 5. mgr. 45. gr. laganna sé þá ekki síst ætlað að taka til athafna er fyrrgreind önnur ákvæði í umræddum kafla laganna um flutningsskyldu og flutningsrétt taka ekki til, svo sem réttilega er byggt á í ákvörðun Fjarskiptastofu. Verður því að hafna þeirri málsástæðu stefnanda og stefnda Mílu að skýra beri ákvæði þetta svo þröngt að það taki einungis til ákvarðana fjölmiðlaveitu vegna línulegrar miðlunar efnis.

Að mati dómsins verður því að fallast hér á það með stefndu, Fjarskiptastofu, Sýn og Ljósleiðaranum, að tæk sé sú lögskýring í ákvörðun í máli nr. 10/2018 að hér umrætt ákvæði í 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 geti samkvæmt orðalagi sínu staðið sem almennt bannákvæði gagnvart fjölmiðlaveitu varðandi þá þar lýstu háttsemi stefnanda að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, óháð öðrum ákvæðum í 45. gr. laganna sem vísa sérstaklega til svonefnds flutningsréttar og sjónvarpsútsendinga. Auk þess verður að fallast á með þeim stefndu að ákvæði 46. gr. laganna um málsmeðferð og framkvæmd geti í þessu tilliti tekið til flutnings óháð myndmiðlun, sbr. skilgreiningu á flutningi í 19. tölulið 1. mgr. 2. gr. laganna, en 2. mgr. 46. gr. vísar almennt til flutnings. Þá telur dómurinn það ótvírætt að rétt sé sú nálgun stefnda Fjarskiptastofu að aðgreindir hlutar fyrirtækja er starfrækja í senn fjölmiðlaveitu og fjarskiptafyrirtæki líkt og Síminn og Sýn ótvírætt gerðu og gera teljist ígildi tengdra aðila samkvæmt 5. mgr. 45. gr. Sem og að Míla hafi á umræddum tíma einnig talist hafa verið þannig tengdur aðili stefnanda.

Verður því með hliðsjón af framangreindu að fallast á með stefndu Fjarskiptastofu, Sýn og Ljósleiðaranum að sú lögskýring sem téð ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018 byggir á sé reist á tækum lagagrundvelli og að hafna beri því málsástæðum stefnanda Símans og stefndu Mílu í þá veru að ákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 fjalli einungis um flutningsrétt á sjónvarpsútsendingum, sem og einnig þeirri málsástæðu stefnanda að Fjarskiptastofu hafi skort heimild að lögum til að fjalla um ágreininginn.

Hvað varðar þá stjórnarsýslulega meðferð umrædds ágreinings, þá fellst dómurinn jafnframt á með stefndu Fjarskiptastofu, Sýn og Ljósleiðaranum að það stjórnarsýslumál sem stefnandi vísar til m.t.t. ætlaðra brota á jafnræðisreglu, sbr. ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 19/2012, geti ekki talist vera sambærilegt álitaefni. Þá verður ekki annað ráðið af gögnum málsins sem og af hinni umdeildu ákvörðun sem er ítarlega rökstudd en að viðhlítandi málsmeðferð og fullnægjandi rannsókn hafi átt sér stað við meðferð málsins hjá stefnda Fjarskiptastofu. Þá hafnar dómurinn enn fremur því að stjórnvaldsákvarðanir þær sem stefnandi vísar til, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6 og 20/2015, hafi

verið til þess fallnar að skapa réttmætar væntingar hjá stefnanda um það að hér umrædd háttsemi hans væri lögum samkvæm. Er þá bæði litið til efnis sáttanna og þess að þær gátu aldrei skapað stefnanda réttmætar væntingar um það að honum væri þar með heimilt að brjóta gegn bannreglu 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Loks hafnar dómurinn því að hér tilvísuð ummæli af hálfu forstjóra stefnda Fjarskiptastofu í ársskýrslu stofnunarinnar fyrir árið 2015, er lutu að því er virðist einkum að almennri stefnumörkun stofnunarinnar, sbr. þágildandi 3. tölulið 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003, geti talist vera þess eðlis að teljist hafa haft áhrif á sérstakt hæfi hans og starfsmanna hans í hér umræddu máli nr. 10/2018.

Verður hér því næst vikið að þeirri málsástæðu stefnanda Símans fyrir ógildingu úrskurðarins að stefnandi hafi í umræddu máli allt að einu ekki gerst brotlegur við 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 þar sem sú ályktun stefnda Fjarskiptastofu að stefnandi hafi ekki leitast við það að semja við stefndu Sýn og Ljósleiðarann um aðgengi þeirra að ólínulegu myndefni stefnanda sé ekki rétt m.t.t. þess sem liggja fyrir og fjallað er um í því sem hefur verið nefnt Vodafone-þáttur málsins annars vegar og GR-þáttur málsins hins vegar.

Hvað varðar Vodafone-þátt málsins þá snýr hann að hér framangreindri ákvörðun Símans, þá sem fjölmiðlaveitu, um að hafa haft hér umrædda ólínulega myndmiðlun af hálfu Símans aðeins í boði á IPTV-kerfi Símans, þá sem tengdu fjarskiptafyrirtæki fjölmiðlaveitunni Símanum, en ekki í boði á IPTV-kerfi Vodafone eða í gegnum svonefnda OTT-sjónvarpsdreifilausn. Notendur sem hefðu því kosið það að kaupa aðgang að slíkri þjónustu hafi því þurft að vera í beinum viðskiptum við Símann til að fá aðgang að henni.

Hvað varðar rannsókn stefnda Fjarskiptastofu á Vodafone-þætti málsins, er snýr þá að þar lýstri aðgangsbeiðni nú stefnda Sýnar gagnvart stefnanda á ólínulegu myndefni og viðræðum stefnanda og Sýnar um lausnir á því máli, þá fellst dómurinn á þær ályktanir af hálfu stefndu, sem lýst er nánar í ákvörðun stefnda Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018, að fyrirliggjandi gögn gefi til kynna bæði áform og framgöngu af hálfu stefnanda Símans sem forsvaranlegt hafi verið að meta í heild sinni sem svo af hálfu Fjarskiptastofu að fælu í sér háttsemi Símans í þá veru að ekki væri verið að leita samkomulags í góðri trú. Liggur þannig nægilega fyrir að í upphafi hafi stefnandi ekki haft áform um að bjóða umrætt efni nema í gegnum sitt eigið IPTV-kerfi og svo sýnt lítinn vilja í samningum um annað. Er það þá ályktun dómsins að í því sambandi hafi ekki haft afgerandi þýðingu að stefnanda og stefnda Sýn greindi á síðari stigum á um aðferð til útreiknings á greiðslum eða hvenær Síminn hefði getað haft aðgengileg skilyrði til að bjóða OTT-lausn. Má segja að báðar framangreindar aðferðir, smásöllumínus og lágmarksgreiðsla, geti komið til álita í slíkum viðskiptum. En ætla verður það að mat stefnda Fjarskiptastofu hafi hér fyrst og fremst verið heildarmat á framgöngu aðila í þessu sambandi, byggt á ítarlegri rannsókn, og hefur því mati Fjarskiptastofu ekki verið hnekkt af stefnanda Símanum. Telur dómurinn því ekki hafa verið sýnt fram á að mat Fjarskiptastofu hafi ekki verið forsvaranlegt.

Hvað varðar þá svonefndan GR-þátt málsins, þá telur dómurinn rétt að geta þess að einungis er í stefnu vikið mjög almennt og ógreinilega að þeim þáttum úrskurðarins í máli nr. 10/2018 er falla sérstaklega undir þann þátt málsins. En með tilliti til þeirra varna sem stefndu hafa uppi í málinu sem og með hliðsjón af málflutningi verður samhengis vegna talið að þau andmæli sem stefnandi hefur uppi um þetta geti komist að í málinu.

Í GR-þætti málsins fólst ætlað brot stefnanda Símans í því að Síminn hafi ekki boðið upp á ólínulega myndmiðlun í gegnum kerfi stefnda Ljósleiðarans, heldur aðeins í gegnum kerfi þáverandi dótturfélags Símans, stefnda Mílu, sem og á nokkrum öðrum staðbundnum fjarskiptanetum á landsbyggðinni. Þeir notendur er hefðu kosið að nýta sér ljósleiðaranet Ljósleiðarans á höfuðborgarsvæðinu og annars staðar á starfssvæði hans hafi því ekki átt þess kost að nálgast umrædda ólínulega myndmiðlun stefnanda nema þá með því að kaupa einnig aðgang að VDSL- eða ljósleiðaratengingum stefnda Mílu.

Varðandi umræddan GR-þátt málsins, sem snýr þá sérstaklega að beiðni stefnda Ljósleiðarans um aðgengi til þess að geta flutt ólínulegt myndefni stefnanda, þá fellst dómurinn, sem m.a. er skipaður sérfróðum meðdómanda, á það með stefndu Fjarskiptastofu, Sýn og Ljósleiðaranum, að þá kröfu stefnanda Símans að hafa sett skilyrði um „óvirkan aðgang“ að ljósleiðarakerfi stefnda Ljósleiðarans verði að telja hafa verið ósanngjarna og er fallist á það með þeim stefndu að slík krafa jafngildi þá í reynd því að stefnandi hefði þannig tekið yfir hluta af rekstri ljósleiðaranets Ljósleiðarans og verður ekki séð að Síminn hefði þurft svo djúpan aðgang til þess að leysa málið. Var slíkt a.m.k. ekki nauðsynlegt þar sem Ljósleiðarinn hafði boðið virkan aðgang til að flytja ólínulega efnið til viðskiptamanna sem myndu kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni Símans. Benda atvik málsins þá einnig til þess að stefnandi hafi gert ráð fyrir því að þáverandi dótturfélag hans, Míla, myndi síðan virkja umræddan óvirkan aðgang að ljósleiðaranum og stýra fjarskiptaflutningum f.h. Símans yfir ljósleiðaranet samkeppnisaðilans, stefnda Ljósleiðarans, sem væri þá mögulega með heimtaug alla leið inn á heimili notenda. Að mati dómsins var þessi krafa stefnanda um óvirkan aðgang ósamrýmanleg þeirri skyldu hans sem fjölmiðlaveitu að beina ekki þannig viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki, í þessu tilviki stefnda Mílu, og einnig skýru markmiði laga nr. 38/2011 um að aðgangur viðskiptamanna að sjónvarpsefni eigi að vera óháður undirliggjandi fjarskiptanetum. Fellst dómurinn því á það að mat stefnda Fjarskiptastofu hafi hér talist vera forsvaranlegt.

Í ljósi alls framangreinds verður því að hafna þeirri málsástæðu stefnanda Símans að mat stefnda Fjarskiptastofu á umræddum brotum stefnanda Símans hafi við svo búið verið óforsvaranlegt í framangreindu tilliti, þá bæði hvað varðar svonefndan Vodafone-þátt og GR-þátt málsins, eða þá hvað varðar þá ályktun í ákvörðuninni sem af því leiðir, að stefnandi hafi þann 1. október 2015 brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og að það brot hafi enn staðið yfir þegar téð ákvörðun nr. 10/2018 lá fyrir 3. júlí 2018.

Hvað varðar loks þá sekt sem stefnanda var gerð í ákvörðun nr. 10/2018 og hann krefst hér niðurfellingar á, eða þá til vara lækkunar á, þá verður dómurinn að fallast á það með stefnanda að umræddar lagaheimildir til stjórnvaldssektar í 54. gr. laga nr. 38/2011, sem byggt er á af hálfu stefnda Fjarskiptastofu í téðri ákvörðun, séu ekki svo ótvíræðar sem ætlast verði til um lagaákvæði af þessu tagi í því tilviki sem hér um ræðir. En fyrir liggur að 4. mgr. 54. gr. laganna, sem byggt er hér á, hlýtur óhjákvæmilega að skírskota hér til 3. mgr. sama lagaákvæðis, þar sem segir að nú Fjarskiptastofa leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt.

Með vísan til hér framangreindrar lögskýringaraðferðar um að líta beri til orðanna hljóðan, þá telur dómurinn að afmörkun hér umræddrar sektarheimildar við flutningsrétt hljóti að leiða til þeirrar ályktunar, eins og stefnandi hefur hér vísað til, að sektarheimildin verði þá við svo búið að takmarkast við þau brot á reglum 5. mgr. 45. gr. sem lúta að flutningsrétti, en geti þá við svo búið ekki náð til annars konar brota gegn því ákvæði laganna. En telja verður að ekki hafi hér verið sýnt fram á að hér umrædd brot stefnanda falli undir þau efnisákvæði laganna um myndefni sem umræddur flutningsréttur nær sérstaklega til. Eins og rakið er í athugasemdum í greinargerð með lögum nr. 38/2011 nær flutningsréttur í lögnum ekki til ólínulegrar myndmiðlunar, svo sem myndmiðlunar eftir pöntun, og ekki verður annað séð en að stefndi Fjarskiptastofa hafi fallist á þá túlkun.

Verður því að líta svo á að skýra verði umræddan annmarka á skýrleika laganna í þessu tilliti stefnanda í hag og verður því hér fallist á varakröfu stefnanda um að fella beri úr gildi 6. tölulið í ákvörðun stefnda Fjarskiptastofu nr. 10/2018 um stjórnvaldssekt á hendur stefnanda Símanum að upphæð 9.000.000 króna sem greiða bar í ríkissjóð.

Með hliðsjón af öllu hér framangreindu verður að mati dómsins ekki talið að aðrar fram komnar röksemdir eða málsástæður hafi við svo búið sérstaka þýðingu í málinu eða að þær geti leitt til annarrar niðurstöðu í því, sbr. e-lið 1. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991.

Með hliðsjón af hér framangreindri niðurstöðu sem lýst er í dómsorði og atvikum öllum þykir rétt við svo búið að málskostnaður á milli aðila verði látinn niður falla.

Af hálfu stefnanda, Símans hf., flutti málið Hallmundur Albertsson lögmaður og af hálfu stefnda Mílu hf. flutti málið Stefán A. Svensson lögmaður. Af hálfu stefnda Fjarskiptastofu flutti málið Unnur Lilja Hermansdóttir lögmaður, af hálfu stefnda Sýnar ehf. flutti málið Reimar Snæfells Pétursson lögmaður og af hálfu stefnda Ljósleiðarans ehf. flutti málið Hlynur Halldórsson lögmaður.

Pétur Dam Leifsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan, sem dómsformaður, ásamt Ingiríði Lúðvíksdóttur héraðsdómara og Guðjóni Kárasyni rafmagnsverkfræðingi.

Dómsorð:

Dómkröfum stefnanda Símans í máli þessu er hafnað að öðru leyti en því að felldur er úr gildi 6. töluliður í ákvörðun stefnda, nú Fjarskiptastofu, nr. 10/2018 um stjórnvaldssekt á hendur stefnanda Símanum að upphæð 9.000.000 króna sem greiða bar í ríkissjóð.

Málskostnaður fellur niður.

Pétur Dam Leifsson
Ingiríður Lúðvíksdóttir
Guðjón Kárason