

# Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 28. október 2024

Mál nr. E-1846/2021:

**Sýn hf.** (*Reimar Snæfells Pétursson lögmaður*)

gegn

**Fjarskiptastofu** (*Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður*),

**Símanum hf.** (*Hallmundur Albertsson lögmaður*),

**Mílu hf.** (*Stefán A. Svensson lögmaður*),

**Nova hf.** (*Heimir Örn Herbertsson lögmaður*),

**Ljósleiðaranum ehf.** (*Hlynur Halldórsson lögmaður*)

og

**Fjarskiptastofa** (*Unnur Lilja Hermannsdóttir lögmaður*),

gegn

**Sýn hf.** (*Reimar Snæfells Pétursson lögmaður*),

**Símanum hf.** (*Hallmundur Albertsson lögmaður*),

**Mílu hf.** (*Stefán A. Svensson lögmaður*),

**Nova hf.** (*Heimir Örn Herbertsson lögmaður*),

**Ljósleiðaranum ehf.** (*Hlynur Halldórsson lögmaður*)

## Dómur

Mál þetta, sem dómtekið var að lokinni aðalmeðferð þess, þann 30. september sl., var höfðað með stefnu, birtri 25. mars 2021, af stefnanda Sýn hf., Suðurlandsbraut 8, Reykjavík, á hendur stefndu, Fjarskiptastofu, Suðurlandsbraut 4, Reykjavík, Símanum hf., Ármúla 25, Reykjavík, Mílu hf., Stórhöfða 22–30, Reykjavík, Nova hf., Lágmúla 9, Reykjavík, og Ljósleiðaranum ehf., Bæjarhálsi 1, Reykjavík.

Gerir stefnandi, Sýn hf., í máli þessu þær dómkröfur að ógiltur verði með dómi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 6. nóvember 2020 í máli nr. 7/2019, sem felldi ákvörðun stefnda, nú Fjarskiptastofu, nr. 27/2019, úr gildi.

Þá krefst þessi stefnandi málskostnaðar úr hendi þeirra stefndu sem kjósa að halda uppi vörnum í málinu.

Stefndi Fjarskiptastofa vísaði til þess að hafa nýtt heimild sína í 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun til að höfða sjálf mál til ógildingar á sama úrskurði úrskurðarnefndarinnar og að í því ljósi yrði ekki gerð sérstök krafa umfram þær kröfur.

Höfðaði Fjarskiptastofa síðan sjálfstætt dómsmál sitt á hendur öllum öðrum hér framangreindum málsaðilum með birtingu stefnu, þann 29. apríl 2021.

Gerir Fjarskiptastofa þá sem stefnandi sjálfstæða kröfu til þess að ógiltur verði með dómi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 6. nóvember 2020 í máli nr. 7/2019, er felldi ákvörðun stefnanda, nú Fjarskiptastofu, nr. 27/2019, úr gildi.

Þá gerir stefnandi Fjarskiptastofa einnig þá kröfu að þeir stefndu sem taki til varna gagnvart kröfum hans í málinu verði dæmdir til þess að greiða honum málskostnað.

Sýn hf. tekur sem stefndi undir framangreindar kröfur stefnanda Fjarskiptastofu.

Stefndi Síminn hf. krefst sýknu af kröfum stefnanda Sýnar hf. og Fjarskiptastofu og að úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019 verði staðfestur.

Þá krefst stefndi Síminn hf. að stefnendur, Sýn hf. og Fjarskiptastofa, verði dæmdir til þess að greiða honum málskostnað og þá að teknu tilliti til virðisaukaskatts.

Stefndi Míla hf. krefst sýknu af kröfum stefnanda, Sýnar hf. og Fjarskiptastofu, auk málskostnaðar úr hendi þeirra málsaðila.

Stefndi Nova hf. gerir ekki sjálfstæðar dómkröfur í máli þessu, en tekur þó undir dómkröfur og málatilbúnað stefnanda, Sýnar hf. og Fjarskiptastofu.

Stefndi Ljósleiðarinn ehf. krefst þess að ógiltur verði með dómi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019, dags. 6. nóvember 2020, sem felldi ákvörðun stefnda Fjarskiptastofu nr. 27/2019 úr gildi.

Stefndi Ljósleiðarinn ehf. krefst málskostnaðar sér til handa úr hendi stefnanda.

Eins og rakið er að framan höfðaði stefnandi Sýn hf. í fyrstu mál þetta á hendur öðrum aðilum málsins, til að krefjast ógildingar á framangreindum úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019, dags. 6. nóvember 2020, er felldi ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019 úr gildi. En svo neytti stefnandi Fjarskiptastofa heimildar til að höfða mál um sams konar kröfu á hendur öðrum málsaðilum þessa máls, með stefnu birtri 29. apríl 2021. Voru dómsmál þessi svo til hagræðis sameinuð í eitt á dómþingi þann 9. desember 2021 með heimild í 1. mgr. 30. gr. laga nr. 91/1991.

Til hagræðis eru hinar endanlegu dómkröfur málsaðila í máli þessu raktar hér í einu lagi, sbr. framansagt. Þá verður hér eftir enn fremur jafnan vísað til Sýnar hf. og Fjarskiptastofu sem stefnanda í máli þessu, og þá til annarra málsaðila sem stefndu.

Loks ber að geta þess að stefnandi Fjarskiptastofa hét þegar málið hófst Póst- og fjarskiptastofnun og stefndi Ljósleiðarinn ehf. var þá Gagnaveita Reykjavíkur ehf., auk þess sem Míla hf. var áður Míla ehf., og verða núverandi heiti almennt notuð. Stefnandi Sýn hf. hét Fjarskipti hf. áður en kom til kaupa á fjölmiðlahluta 365 miðla, en undir Sýn heyrir einnig Vodafone á Íslandi sem gjarnan er vísað til í málsgögnum.

### *Ágreiningsefni og málsatvik*

Tildrög máls þessa eru þau að í eldri ákvörðun stefnanda Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018, frá 3. júlí 2018, komst stofnunin að því að stefndi Síminn hf. hefði brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlaga nr. 38/2011 frá 1. október 2015 og að brotið

stæði þá enn yfir. Var þá enn fremur lögð stjórnvaldssekt á stefnda Símann hf. að fjárhæð 9.000.000 kr. með vísan í 4. mgr. 54. gr. laganna. Var í ákvörðuninni efnislega vísað til þess að brot stefnda, Símans hf., er í senn teldist vera fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki, hefði falist í því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símans að tengdu fjarskiptafyrirtæki í kjölfar þess að viss ólínuleg myndmiðlun sjónvarpsefnis félagsins hefði í kjölfar skipulagsbreytinga á umræddu tímamarki aðeins verið í boði á IPTV-kerfi Símans sjálfs, þ.e. hjá tengdu fjarskiptafyrirtæki, en ekki á IPTV-kerfi nú Sýnar hf., né í gegnum svokallaða OTT-dreifilausn, sem er tæknilausn óháð fjarskiptanetum og fjarskiptakerfum. Taldi stefnandi Fjarskiptastofa að stefnda Símanum hf. hefðu staðið til boða leiðir til þess að koma í veg fyrir að umrætt brotlegt ástand myndi skapast, þ.e. þá með samningum við stefnanda Sýn hf. um aðgang þess að umræddu ólínulegu myndefni stefnda Símans hf. gegn eðlilegu endurgjaldi, eða þá með því að bjóða upp á OTT-lausn við dreifingu á myndefninu. Enn fremur kom fram að Síminn hf. hefði getað takmarkað skaðleg áhrif brotsins á samkeppnisstöðu stefnda Ljósleiðarans ehf. gagnvart stefnda Mílu hf. með því að semja við Ljósleiðarann um aðgang að undirliggjandi fjarskiptaneti en þessi tvö félög reka svonefnd grunnnet eða burðarlag og var Míla hf. þá dótturfélag stefnda Símans.

Fyrir liggur að dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-3251/2018 frá 1. febrúar 2024 var kröfu Símans hf. um ógildingu framangreindrar ákvörðunar Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018 hafnað að öðru leyti en því að álögð stjórnvaldssekt var felld úr gildi með vísan til þess að sektin styddist ekki við nægilega skýra lagastoð. Er og rétt að geta að áður hafði umrætt mál komið til kasta dómstóla, fyrst í héraði og í Landsrétti áður en þeir dómar voru ómerktir í Hæstarétti í máli nr. 50/2022 frá 31. maí 2023 og málinu vísað aftur heim í hérað til löglegrar meðferðar, eins og þar segir.

Í því máli sem hér um ræðir liggja til grundvallar kvartanir frá stefnanda Sýn hf., og stefnda Ljósleiðaranum ehf. og Nova hf., á árinu 2018, til stefnanda Fjarskiptastofu um að sú brotlega háttsemi Símans hf. sem um getur í ákvörðun nr. 10/2018 stæði enn yfir þrátt fyrir hina fyrri ákvörðun stofnunarinnar og þau tilmæli sem þar gæfi að líta. Leiddi þetta síðan til hér umþrættar ákvörðunar stefnanda Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019 um að stefndi, Síminn hf., teldist á tímabilinu frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019 enn hafa brotið ítrekað gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 og lagði stofnunin því sekt á Símann hf., að fjárhæð 9.000.000 kr., sbr. 4. mgr. 54. gr. laganna.

Kom efnislega fram í umræddri ákvörðun stefnanda Fjarskiptastofu nr. 27/2019 að stefndi Síminn hf. hefði áfram á framangreindu tímabili hagað málum svo fram til 16. ágúst 2018 að viðskiptavinur sem vildi kaupa aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni fjölmiðlaveitu Símans þurfti þá jafnframt að kaupa aðgang að IPTV-kerfi Símans er tilheyrði fjarskiptaþjónustu hans og þannig viðhaldið brotlegu ástandi með að beina þannig viðskiptum að fjarskiptahluta fyrirtækisins er auk þess var þá aðeins í boði á

undirliggjandi fjarskiptaneti stefnda Mílu hf., og nokkrum minni staðbundnum fjarskiptanetum, en ekki á stærsta ljósleiðaraneti landsins hjá stefnda Ljósleiðaranum ehf.

Enn fremur er þá vikið að því að frá og með 16. ágúst 2018 hafi stefndi Síminn hf. gert þá breytingu á þjónustuframboði sínu að bjóða upp á svokallaða OTT-lausn sína til að dreifa Sjónvarpi Símans og þar á meðal ólínulegri dagskrá er nefndist Sjónvarp Símans óháð neti. En sem fyrr segir var OTT-lausn nefnd sem ein tæk úrlausn á téðu broti Símans í ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 10/2018. Í ákvörðun stefnanda Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019 var hins vegar ekki fallist á að þessi OTT-lausn stefnda Símans hf. gæti talist fullnægjandi til að aflétta áframhaldandi broti félagsins á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla m.t.t. þess að þessi útfærsla Símans hf. fæli í sér að viðskiptavinir sjónvarpsveitu félagsins gætu einungis nálgast umrætt myndefni með því að leigja tiltekinn myndlykil hjá Símanum hf. fyrir 2.200 kr. á mánuði auk áskriftar að Sjónvarpi Símans Premium á 6.000 kr. á mánuði. Taldi Fjarskiptastofa að þetta fyrirkomulag, er áskildi viðskipti með tiltekinn slíkan búnað, og í ljósi verðlagningar og framsetningar, fæli í sér að stefndi Síminn hf. væri í reynd enn að brjóta gegn bannákvæðinu með því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitunnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Taldi stefnandi Fjarskiptastofa að umrædd OTT-lausn fæli þannig ekki í sér fullnægjandi lausn fyrir neytendur og væri ekki raunhæfur valkostur til móts við IPTV-kerfi Símans og þær vörur sem stefndi Síminn byði þar upp á, m.a. í gegnum svonefndan Heimilispakka Símans, en tölur stofnunarinnar um litlar viðtökur við umræddri OTT-lausn styddu og við þá ályktun. Stefndi Síminn hefði þannig ekki undið ofan af umræddu broti með OTT-lausn sinni.

Í ákvörðun í máli nr. 27/2019 komst stefnandi Fjarskiptastofa hins vegar að því að stefndi Síminn hf. hefði þó loks náð að binda endi á brot sitt gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla, frá og með 2. október 2019, með því að Fjarskiptastofa mat það svo að félagið hefði þá loks sýnt af sér raunverulegan samningsvilja gagnvart stefnanda Sýn hf. með því að óska eftir því við Sýn að ljúka samningum félaganna um dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium yfir IPTV-kerfi Sýnar. Ber að geta að stefnandi Sýn hf. og stefndi Ljósleiðarinn ehf. hafa ekki viljað fallast á þá niðurstöðu stefnanda Fjarskiptastofu að umræddu broti stefnda Símans hf. hafi lokið með þessum hætti en gera hér þó þá kröfu í þessu máli að hún eigi að standa.

Varð því sem fyrr segir niðurstaða stefnanda Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019 að stefndi, Síminn hf., teldist á tímabilinu frá 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019 hafa brotið ítrekað gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla og lagði stofnunin af því tilefni enn sekt á Símann hf., svo sem hér að framan er rakið.

Stefndi Síminn hf. kærði síðan í framhaldinu framangreinda ákvörðun stefnanda Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019 til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og krafðist fyrir nefndinni að téð ákvörðun Fjarskiptastofu yrði felld úr gildi í heild sinni.

Með úrskurði í máli nr. 7/2019 felldi úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála svo fyrrgreinda ákvörðun stefnanda Fjarskiptastofu nr. 27/2019 úr gildi. Í úrskurðinum er vísað til þess að til grundvallar íþyngjandi ákvörðun Fjarskiptastofu gagnvart stefnda Símanum hf., þar sem gæta hefði borið að meðalhófi, hefði þurft að liggja fyrir mun ítarlegri sem og skýrari rökstuðningur byggður á rannsókn á því af hverju umræddur myndlykill Símans hf. teldist að mati Fjarskiptastofu vera hluti af fjarskiptaþjónustu Símans hf., sem og á því hvernig aðrar svokallaðar OTT-lausnir væru þá frábrugðnar í tæknilegu tilliti. Einnig voru þá gerðar frekari athugasemdir af hálfu nefndarinnar er lutu að meintum brotum Fjarskiptastofu á ætlaðri leiðbeiningarskyldu stofnunarinnar gagnvart stefnda Símanum hf. í ljósi tilmæla í eldri ákvörðun hennar nr. 10/2018, auk þess sem nefndin virðist loks ekki telja nægilega útskýrt af hverju brotlegri háttsemi Símans sé þá talið lokið 2. október 2019 gagnvart öðrum aðilum á markaði en Sýn hf.

Með málshöfðun þessari er hér farið fram á það af hálfu stefnanda, Fjarskiptastofu og Sýnar hf., að framangreindur úrskurður úrskurðarnefndarinnar verði felldur úr gildi með dómi, þar sem téð ákvörðun Fjarskiptastofu hafi í öllum meginráttum verið fullnægjandi og rétt að lögum, og styðja stefndu Ljósleiðarinn ehf. og Nova hf. við þá kröfu. Stefndi Síminn hf., sem ákvörðunin beindist að, sem og stefndi Míla hf. gera hér hins vegar þá kröfu að verða sýknaðir af dómkröfum stefnanda þar sem þeir málsaðilar telja úrskurð úrskurðarnefndarinnar í senn vera forsvaranlegan og réttan.

#### *Málsástæður og lagarök stefnanda Fjarskiptastofu*

Nauðsynlegt sé að höfða mál til ógildingar á úrskurði úrskurðarnefndar í máli nr. 7/2019 enda hafi úrlausnin verulega þýðingu fyrir starfsemi aðila á fjarskiptamarkaði. Þá sé niðurstaða úrskurðarnefndarinnar hvorki í samræmi við rétta túlkun á ákvæðum fjölmiðlalaga né málsmeðferðarreglur stjórnsýslulaga.

Samkvæmt 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé fjölmiðlaveitu óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Stefndi Síminn hf. sé óumdeilt hvort tveggja fjölmiðlaveita, þ.e. fyrirtæki sem starfræki fjölmiðil sem miðli með reglulegum hætti til almennings efni er lúti ritstjórn, og fjarskiptafyrirtæki, þ.e. fyrirtæki sem reki fjarskiptaþjónustu og fjarskiptanet.

Fjölmiðlaveita stefnda Símans hf. samanstandi af Sjónvarpi Símans, sem sendi út sjónvarpsdagskrá (þ.e. línulega myndmiðlun), og efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium (þ.e. ólínuleg myndmiðlun eða myndmiðlun eftir pöntun). Fjarskiptahluti stefnanda hafi m.a. starfrækt IPTV-sjónvarpsdreifikerfi og vissa OTT-lausn sem mál þetta varði, er hafi m.a. boðið upp á framangreinda þjónustubætti Sjónvarps Símans. Þá sé stefndi Síminn hf. lóðrétt samþætt fyrirtæki og sé stefndi Míla hf., er verið hafi dótturfélag Símans, einnig fjarskiptafyrirtæki sem reki undirliggjandi fjarskiptanet.

Tilgangur 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé að sporna við því að efnisframboð ráði hvar neytandi kaupir fjarskiptaþjónustu, hvort sem um sé að ræða fjarskiptaþjónustu á þjónustustigi (t.d. internetþjónustu, IPTV o.fl.) eða á undirliggjandi fjarskiptainnviðum. Lóðréttu samþættu fyrirtæki sé þannig óheimilt að binda framboð á myndefni við það að neytendur komi í viðskipti við fjarskiptahluta þess eða tengds fyrirtækis.

Stefnandi hafi komist að þeirri niðurstöðu að fjölmiðlahluti stefnda Símans hf. væri enn að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna til tengdrar fjarskiptastarfsemi, þ.e. fram til 2. október 2019. Meginforsendur fyrir þeirri niðurstöðu séu eftirfarandi:

Myndlykill sé hluti af fjarskiptaneti og þar með af fjarskiptaþjónustu fjarskiptafyrirtækis. Sá myndlykill sem boðið hafi upp á OTT-lausn stefnda Símans hf. hafi verið í eigu Símans, sem leigt hafi hann út til viðskiptavina sinna sem hluta af vöru- og þjónustuframboði félagsins. Það sé stefndi Síminn hf. sem ákveði innbyggðar og fjarstillanlegar stýringar í búnaðinum. Myndlykill þessi sé þannig afar frábrugðinn eiginlegum OTT-lausnum, svo sem öppum í farsímum, er útheimti ekki slíkan búnað.

Þessi OTT-lausn stefnda Símans hafi þá ekki getað talist vera raunhæfur valkostur fyrir neytendur borið saman við IPTV-lausn Símans. Hafi þar einnig verið litið til hás verðlags á OTT-lausninni, samanborið við hagstæð kjör á vöndli Símans hf., Heimilispakkanum. Staðfesti fremur lág nýting OTT-lausnarinnar það mat stefnanda.

Ef fjölmiðlaveita stefnda Símans hf. væri alls ótengd fjarskiptahlutanum hlyti það að vera hagur hennar að efni hennar væri aðgengilegt sem flestum neytendum óháð undirliggjandi fjarskiptanetum og fjarskiptafyrirtækjum enda hlyti aðalmarkmið fjölmiðlaveitunnar að vera það að ná til og geta boðið efnið til sem flestra áskrifenda.

Til að komast að niðurstöðu sinni hafi stefnandi lagt heildstætt mat á lausnina, þ.e. framsetningu hennar, markaðssetningu og verðlagningu sem og gæði hennar.

Úrskurðarnefndin hafi felld ákvörðun stefnanda úr gildi með þeim röksemdum að stefnandi hefði brotið í bága við rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórnsýslulaga. Úrskurðarnefndin hafi talið að fyrir hefði þurft að liggja „mun ítarlegri rökstuðningur fyrir því af hverju tiltekinn myndlykill sé talinn hluti fjarskiptaþjónustu kæranda og hvernig aðrar OTT lausnir séu frábrugðnar í tæknilegu tilliti“. Það geti stefnandi ekki felld sig við enda sé um að ræða ítarlega og vandaða ákvörðun þar sem rækilega hafi verið farið yfir alla þætti sem þarna séu nefndir. Í úrlausn nefndarinnar sé einnig tekin afstaða til tiltekinn lagaatriða, sem að mati stefnanda séu röng, svo sem rakið verði.

Úrskurðarnefndin álykti í fyrsta lagi svo að í hinna kærðu ákvörðun hafi stefnandi ekki gert nægilegan greinarmun á starfsemi stefnda Símans hf. sem fjölmiðlaveitu annars vegar og sem fjarskiptafyrirtækis hins vegar. Gera hefði þurft grein fyrir af hverju OTT-lausnin væri hluti fjarskiptaþjónustunnar (dreifikerfis), eingöngu sökum þess að um myndlykil væri að ræða en ekki smáforrit (app). Þar sem ekki væri að finna sérstakan rökstuðning fyrir þeirri staðhæfingu hefði úrskurðarnefndin ekki getað

tekið undir mat stefnanda um að myndlykillinn heyrði frekar undir fjarskiptahluta Símans en fjölmiðlahluta og að ekki væri unnt að útiloka það að myndlykillinn væri sjónvarpsbúnaður sem tengist við fjarskiptanet fremur en hluti fjarskiptakerfis.

Þetta geti stefnandi ekki tekið undir. Til skoðunar í þessu máli sé sú OTT-lausn sem stefndi Síminn hf. hafði þróað og aðrir markaðsaðilar kvartað yfir, af margþættum ástæðum. Það sé ekki hlutverk stefnanda að leggja mat á aðrar mögulega tæknilegar lausnir. Niðurstaða stefnanda varðandi OTT-lausn Símans hafi verið sú að hún tengdist Símanum hf. sem dreifingaraðila sjónvarpsefnis (þ.e. fjarskiptahluta hans) sökum þeirrar staðreyndar að stefndi Síminn hf. eigi og stýri myndlyklinum. Sé sú niðurstaða samandregin í 740. mgr. í ákvörðun stefnanda. Sökum þess hafi neytandinn verið nauðbeygður til þess að vera í viðskiptum og þjónustu við fjarskiptahluta stefnda Símans hf. og þurft að greiða fyrir þetta hátt gjald, samanborið við Heimilispakkann. Hafi verið mat stefnanda að OTT-lausnin hafi ekki verið fullnægjandi fyrir neytendur og ekki raunverulegur valkostur gagnvart IPTV-kerfi stefnda Símans hf. og þær vörur er stefndi hafi boðið þar fram, m.a. Heimilispakkann, sbr. 770. mgr. í ákvörðuninni.

Af fjölmiðlalögum sé ljóst að myndlykillinn sé hluti af fjarskiptaneti og þar með fjarskiptaþjónustu Símans. Nægilega sé vikið að þessu í ákvörðun stefnanda. Í köflum 3.1 og 3.2 sé fjallað um fjölmiðlalög, þ.m.t. stafræn fjarskiptanet (í mgr. 616). Í 10. tölul. 2. gr. fjölmiðlalaga og 11. tölul. 3. gr. þágildandi fjarskiptalaga sé „fjarskiptafyrirtæki“ skilgreint sem: Einstaklingur eða lögaðili sem hefur tilkynnt [Póst- og fjarskiptastofnun] um fyrirhugaðan rekstur fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanets.

Í 12. tölul. 2. gr. fjölmiðlalaga og 12. tölul. 3. gr. þágildandi fjarskiptalaga sé „fjarskiptanet“ síðan skilgreint sem: Sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi og háspennulínum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og myndmiðlum. Ljóst sé að þarna sé um að ræða mjög víðtæka og rúma skilgreiningu á því hvað teljist til fjarskiptaneta, enda nauðsynlegt þar sem ríkar skyldur hvíli á þeim sem reki fjarskiptanet, m.a. um samtengingu neta, öryggi og persónuvernd. Hugtakið „fjarskiptaþjónusta“ sé að finna í 14. tölul. 3. gr. þágildandi fjarskiptalaga og þar skilgreint sem: Þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónusta og netaðgangur.

Af sömu ástæðum og varðandi fjarskiptanet sé skilgreining á fjarskiptaþjónustu víðtæk. Sérstaklega sé í tilviki fjarskiptaþjónustu tekið fram að það nægi til að teljast fjarskiptaþjónusta að merkjum sé beint um fjarskiptanet, er einnig séu vítt skilgreind. Þá sé hugtakið „fjarskipti“ skilgreint svo í 15. tölul. þágildandi fjarskiptalaga: Hvers konar sending og móttaka tákna, merkja, skriftar, mynda og hljóða eða hvers konar boðmiðlun eftir leiðslum, með þráðlausri útbreiðslu eða öðrum rafsegulkerfum.

Hugtakið „fjarskipti“ sé því einnig skilgreint með afar víðtækum hætti af sömu ástæðum og raktar hafi verið hér að ofan. Gildissvið fjarskiptalaga nái til fjarskipta, fjarskiptaþjónustu og fjarskiptaneta og þar með til OTT-lausnar stefnda Símans hf., með sama hætti og það nái til IPTV-kerfis Símans hf., sem og annarra fjarskiptaneta.

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga leggi bann við því að beina viðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlafyrirtækis að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með því að hafa þurft að leigja myndlykil af fjarskiptafyrirtæki tengdu efnisveitu Sjónvarps Símans, með þeim hætti er kveðið sé á um í ákvörðuninni, hafi verið brotið gegn þessu ákvæði.

Úrskurðarnefndin álykti í öðru lagi svo að jafnvel þó að neytendavernd kunni að felast í því að leggja bann við því að skilyrða OTT-lausn við tiltekinn myndlykil og önnur framsetning á lausninni, t.a.m. með smáforriti (appi), kunni að henta stærri hópi neytenda megi ekki skýra 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga svo þröngt að stefnandi geti skyldað fjölmiðlaveitu til að veita aðgang að ólínulegu sjónvarpsefni sínu með svo afmörkuðum hætti er leiðir af hinni kærðu ákvörðun. Úrskurðarnefndin telji þá að á stefnanda hvíli leiðbeiningarskylda er feli í sér að fjarskiptafyrirtæki er einnig reki fjölmiðlaveitu geti gert sér sem skýrast grein fyrir hvernig megi forðast brot gegn 5. mgr. 45. gr. Síðar álykti nefndin að í þessu felist skortur á rökstuðningi hjá stefnanda.

Hér hafi nefndinni á ný láðst að horfa með heildstæðum hætti á aðstöðu neytenda. Neytandi, sem ekki hafi verið í fjarskiptaþjónustu hjá stefnda Símanum, hafi neyðst til að leigja af Símanum myndlykil og sækja þar þjónustu fyrir hann til að fá aðgang að Sjónvarpi Símans Premium, á verði sem ekki hafi verið í eðlilegu samhengi við þau kjör er þeim viðskiptavinum er kaupi alla þjónustu (fjölmiðla- og fjarskiptaþjónustu) af stefnda Símanum og tengdu fyrirtæki hafi boðist. Slíkt samræmist ekki 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Stefnda Símanum hf. hafi borið að veita neytendum sem kosið hafi að eiga viðskipti við önnur fjarskiptafyrirtæki raunhæfan möguleika á því að nálgast efni Sjónvarps Símans Premium, annað hvort með samningum við önnur fjarskiptafyrirtæki eða með því að bjóða OTT-lausn sem væri óháð fjarskiptakerfum og netum. Það hafði stefndi Síminn hf. ekki gert þar til hann hafi loks auðsýnt vilja til þess að ná samningum við önnur fjarskiptafyrirtæki frá og með 2. október 2019.

Varðandi ætlað brot gegn leiðbeiningarskyldu sé það að sjálfsögðu stefnda Símans hf., og annarra aðila á fjarskiptamarkaði, að gæta þess að starfsemin sé í samræmi við lög á hverjum tíma. Í fyrri ákvörðun stefnanda, í máli nr. 10/2018, hafi raunar falist leiðbeining um hvað gera þyrfti til að komast undan áframhaldandi broti.

Síminn hefði getað boðið upp á OTT-lausn við dreifingu á ólínulegu sjónvarpsefni sem væri óháð fjarskiptakerfum eða fjarskiptanetum. Það hafi Síminn ekki gert, en undir rekstri málsins talað um að slík lausn væri í þróun og síðar tilkynnt að félagið hygðist taka slíka lausn í notkun, m.a. við dreifingu á Sjónvarpi Símans Premium.

Það sé ekki hlutverk stefnanda sem eftirlitsstjórnvalds að útfæra með nákvæmum hætti gagnvart Símanum hf., né öðrum aðilum á fjarskiptamarkaði, hvaða tæknilegu lausnir þurfi að bjóða. Geti því ekki talist réttmæt forsenda fyrir niðurstöðu úrskurðarnefndarinnar að það feli í sér veigamikinn skort á rökstuðningi af hálfu stjórnvaldsins að hafa ekki gert athugasemdir við OTT-lausn Símans hf. eftir 1. október 2019.

Úrskurðarnefndin álykti í þriðja lagi svo að niðurstaða stefnanda hafi falið í sér að stefndi Síminn hf. hafi loks undið ofan af því ólögmeta ástandi sem um ræðir, með því að sýna samningsvilja gagnvart einu fjarskiptafyrirtæki á markaði, þ.e. stefnanda Sýn hf., af nokkrum sem starfa á þeim markaði. Því megi í raun ráða af ákvörðuninni að stefnandi Fjarskiptastofa líti í raun svo á að OTT-lausn stefnda Símans hf. teljist þá hafa verið fullnægjandi gagnvart öðrum fjarskiptafyrirtækjum á markaði en Sýn.

Þetta sé rangt, því í aðdraganda ákvörðunarinnar hafi Símanum hf. verið gefinn kostur á því að lýsa og svara spurningum er vörðuðu samningaviðræður félagsins við Sýn hf., Nova hf. og eftir atvikum Hringdu ehf. (sem var þó ekki aðili máls). Stefnandi lagði mat á samningaviðræðurnar og vitnaði til þeirra í forsendum ákvörðunar sinnar varðandi samningaviðræður við stefnda Nova og Hringdu. Hafi m.a. verið rakið að samningaviðræður Símans hf. og Nova hf. gengju eitthvað betur en samningaviðræður Símans hf. og Sýnar hf. Þannig hafi verið lagt heildarmat á vilja stefnda Símans hf. til samninga við alla aðila á markaði og ályktun úrskurðarnefndar um þetta sé því röng.

Þá verði í fimmta lagi að gera athugasemdir við þá framsetningu nefndarinnar að segja að brot stefnda Símans hf. „beinist að IPTV kerfi [Símans hf.] en ekki grunnneti Mílu eða internetþjónustu [Símans hf.], sem voru andlag í ákvörðun PFS nr. 10/2018“. Brotið hafi hér beinist að neytendum er í raun hafi ekki verið í sjálfsvald sett við hvaða fjarskiptafyrirtæki þeir semdu vildu þeir njóta aðgangs að Sjónvarpi Símans Premium.

Auk framangreinds vilji stefnandi Fjarskiptastofa í ljósi dóms Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. 4251/2018 lýsa því yfir að þeim dómi hafi ekki verið áfrýjað og verði hér fallist á dómkröfu stefnanda muni stefnandi endurupptaka ákvörðun sína í máli nr. 7/2019 og fella niður sektarhluta hennar á grundvelli niðurstöðu dómsins.

Hafi verið um að ræða skýra ítarlega rökstudda matskennda ákvörðun sem byggt hafi á heildarmati m.t.t. háttsemi sem umrætt ákvæði fjarskiptalaga legði bann við.

#### *Málsástæður og lagarök stefnanda Sýnar hf.*

Stefnandi geri kröfu um að úrskurður úrskurðarnefndarinnar verði felldur úr gildi, en verði sú krafa tekin til greina komi í hlut úrskurðarnefndarinnar að fella nýjan úrskurð um kröfur aðila fyrir nefndinni að teknu tilliti til forsendna dóms í málinu.

Rökstuðningur úrskurðarins standist ekki skoðun og samrýmist lítt réttum skilningi á 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Umrætt ákvæði sé bannákvæði og eftir

skýru orðalagi þess sé fjölmiðlaveitu óheimilt að beina fjarskiptaviðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Engu skipti fyrir bannið hvaða aðferð sé beitt í þessu skyni enda þekkt að hugmyndaauðgi fyrirtækja séu lítil takmörk sett þegar leitað sé viðskiptalegra og tæknilegra aðferða til að beina til sín viðskiptum.

Forsendur og útskýringar í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019 hafi verið fullnægjandi. Aðilar máls hafi allir búið yfir ríkri sérþekkingu á fjarskiptamarkaði og ekkert markvert hafi átt að orka tvímælis í ákvörðuninni. Hafi úrskurðarnefndin, sem eigi að heita sérfróð á sviðinu, talið sig þurfa frekari upplýsingar hafi henni verið skylt að afla þeirra, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Með því að láta það hjá líða og ógilda í þess stað ákvörðun nr. 27/2019 hafi nefndin brotið gegn skyldum sínum.

Fjarskiptastofa sé eftirlitsaðili sem fari með tiltekna valdheimildir. Hvað sem líði leiðbeiningarskyldu hennar, sbr. 7. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, geti ekki hvílt á stofnuninni að skipuleggja útgáfu leiðbeininga um kerfislega og viðskiptalega uppbyggingu stefnda Símanum hf. Verði í þeim efnum að hafa í huga, eins og Síminn veki ítrekað máls á, að fjölbreytni tækni og viðskiptaaðferða er stuðst sé við á sviðinu sé mikil. Illa fari því á að Fjarskiptastofa taki frumkvæði við að leiðbeina fyrirtækjum á sviðinu, sem búi öll yfir mikilli þekkingu og reynslu, um slíka uppbyggingu þeirra.

Forsendur úrskurðarnefndarinnar um þetta standist því ekki hvað varði möguleg vanhöld á leiðbeiningarskyldu. Kjarni málsins sé sá að stefnda Símanum hf. sé skylt að haga sinni starfsemi í samræmi við 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Stefndi Síminn geti ekki afsakað brot sín með því að velta ábyrgð á þeim yfir á Fjarskiptastofu með vísan til leiðbeiningarreglu 7. gr. laga nr. 37/1993. Sú regla sé vísiregla og miðist við að stjórnvöld veiti „nauðsynlegar“ upplýsingar. Þær hafi allar legið fyrir, ekki síst með hliðsjón af sérstökum burðum Símanum til að meta gjörðir sínar og afleiðingar af þeim.

Síminn hafi með aðgerðum sínum brotið gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Þær hafi leitt til þess að fjarskiptaviðskiptum viðskiptamanna fjölmiðlaveitu Símanum hafi verið beint til Símanum sjálfs. Aðgerðir hafi verið viðvarandi, markmið þeirra verið augljós og Síminn hafi ekkert gert til að bregðast við ákvörðun nr. 10/2018. Hafi þar ýmislegt komið til greina, t.d. að semja við önnur fjarskiptafyrirtæki um dreifingu efnis, hefja dreifingu efnis um fullnægjandi OTT-lausn, selja frá sér fjölmiðlaveituna eða sjónvarpsdreifingu, eða hvað annað sem til hugar kynni að koma til að hætta að beina fjarskiptaviðskiptum viðskiptavina fjölmiðlaveitunnar þannig til sjálfs sín.

Lausnir sem Síminn hf. hafi valið hafi verið ófullnægjandi til að aflétta því ástandi er til staðar hafi verið og falið í sér brot á 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. OTT-lausn Símanum hafi einkennst af óaðgengilegri kerfisuppbyggingu, með notkun myndlykils og óhagstæðri verðlagningu, og kristallast í slægri upptöku lausnarinnar. Engu varði hvort myndlykillinn teljist til fjarskiptahluta Símanum sem sé þó ljóst að hann hafi gert. Niðurstaðan ráðist ekki af þessu heldur því hvort Síminn hafi reynt að koma því til

leiðar að viðskiptavinir fjölmiðlaveitu hans hafi sótt fjarskiptaþjónustu til Símans. Öll atvik sýni að svo hafi verið óháð því hvort myndlykillinn teljist til fjarskiptahlutans.

Hugbúnaður sem fjarskiptafyrirtæki láti viðskiptavinum í té um vefsíðu til að tengjast dreifikerfi fyrirtækisins yfir internetið teljist til fjarskiptanets þess, sbr. 12. tölul. 2. gr. laga nr. 38/2011 og 12. tölul. 3. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti, en þau svari efnislega til sama hugtaks í tilskipun nr. 2002/21/EB um sameiginlegan reglu- ramma um rafræn fjarskiptanet og þjónustu, sbr. ákvörðun sameiginlegu EES-nefnd- arinnar nr. 11/2004. Megi um þetta vísa til dóms EFTA-dómstólsins í máli nr. E-6/16. Fyrst svona hafi háttað til um hugbúnað á vefsíðu hljóti niðurstaðan enn frekar að vera sú sama þegar fjallað sé um vélbúnað eins og OTT-myndlykil þann er Síminn hf. hafi látið viðskiptavinum í té til að tengjast við sjónvarpsdreifikerfi Símans yfir internetið. Málflutningur stefnda Símans um að myndlykill þessi teljist ekki hluti fjarskiptanets hans standist ekki skoðun og þá raunar enn síður fyrir þá sök að myndlykillinn hafi tilheyrt heildsölu Símans en sú eining teljist vafalaust til fjarskiptahluta fyrirtækisins.

Síminn hf. hafi engan vilja sýnt til að dreifa efni fjölmiðlaveitu sinnar um önnur fjarskiptakerfi. Þótt Síminn hafi óskað eftir tilboði, þann 2. október 2019, um dreif- ingu á Sjónvarpi Símans Premium um kerfi stefnanda hafi óskin ekki falið í sér ein- lægan samningsvilja. Stefnda Símanum hafi á þeim tíma verið ljóst að stefnanda Sýn hf. hafi þá verið orðið ókleift að endurnýja tilboð sitt vegna frummats Samkeppnis- eftirlitsins um ólögmæti vöndlunar Enska boltans og Sjónvarps Símans Premium. Loks liggja fyrir að samningur stefnda Símans við stefnanda Sýn hefði þá engu breytt, t.d. gagnvart þeim viðskiptavinum sem hafi viljað stunda fjarskiptaviðskipti við Nova.

Fjarskiptastofa hafi höfðað mál fyrir héraðsdómi með stefnu birtri 25. mars 2021 til ógildingar á umræddum úrskurði. Sýn hf. taki hér einnig undir málátlíbúnað þess stefnanda að svo miklu leyti sem hann fari í málinu saman við málátlíbúnað Sýnar hf.

Stefnandi miði sína ógildingarkröfu við að ógilding úrskurðar nr. 7/2019 leiði til þess að úrskurðarnefnd þurfi þá að kveða upp nýjan úrskurð og taka efnislega afstöðu til krafna aðila máls fyrir nefndinni. Þar hafi stefnandi haldið því fram að ólögmætri háttsemi stefnda Símans hf. hafi ekki lokið 1. október 2019, eins og Fjarskiptastofa virðist þó leggja til grundvallar, heldur hafi hún þá verið áframhaldandi. Þessu muni stefnandi halda til streitu fyrir nefndinni og þá einnig eftir atvikum á öðrum vettvangi.

Auk framangreinds leggur stefnandi Sýn hf. áherslu á það að svokölluð OTT- lausn Símans geti naumast talist lausn af því tagi þar sem notendur geti sótt efni án tillits til internetþjónustu eða endatækis og eigi þannig t.d. fátt sammerkt með Netflix sem ekki beini viðskiptamönnum að tilteknu fjarskiptaneti. Þá fjalli dómur Dómstóls ESB í svonefndu Google.mail-máli um aðra stöðu, þ.e. tölvupóst óháðan fjarskipta- neti þar sem Google bæri ekki ábyrgð á endabúnaði notandans eins og hér. Hér skipti máli að meintur skortur á rökstuðningi hefði haft einhverja efnislega þýðingu sem var

ekki því frekari útskýring í ákvörðuninni á þróuðum stafrænum sjónvarpsbúnaði og fjarskiptaneti í tilskipun ESB skipti ekki máli fyrir úrlausn þar sem brot Símans sneri að bannreglu fjölmiðlalaga og heildarmati á framgöngu hans sem liggi ljóst fyrir, en þar fyrir utan sé ljóst að kassi sem stýrir fjarskiptum tilheyri jafnan fjarskiptaneti.

*Málsástæður og lagarök stefnda Nova hf.*

Undir rekstri stjórnarsýslumálsins fyrir Fjarskiptastofu hafi stefndi gert þá kröfu að ákvarðað yrði að svokölluð OTT-lausn stefnda Símans hf. vegna dreifingar á ólínulegu sjónvarpsefni, þ.m.t. Sjónvarpi Símans Premium, fæli í sér brot á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011. Með ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019 hafi hún komist að því að Síminn hefði brotið gegn því lagaákvæði og hafi stefndi verið sammála því. Síminn hafi kært það til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Fyrir nefndinni hafi stefndi gert þá kröfu að hin kærða ákvörðun yrði staðfest. Niðurstaðan hafi orðið sú að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi og því væri stefndi ósammála.

Stefndi telji að ógilda beri úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og taki að öllu leyti undir málsástæður, lagarök og önnur sjónarmið stefnenda fyrir þeirri niðurstöðu. Stefndi vænti þess því að stefnendur falli frá málskostnaðarkröfu á hendur honum en mótmæli annars því að honum verði gert að greiða nokkurn málskostnað.

Fyrir stefnda og viðskiptavini hans hafi niðurstaða þessa máls verulega þýðingu. Stefndi sé fjarskiptafyrirtæki og stefndi Síminn hf., sem sé bæði fjarskiptafyrirtæki og fjölmiðlaveita, sé einn aðalkeppinaturinn á fjarskiptamarkaði. Aðgengi neytenda fjarskiptaþjónustu að sjónvarpsefni, yfir það net sem neytandi kaupir aðgang að hjá fjarskiptafyrirtæki, leiki stórt hlutverk í samkeppni fjarskiptafyrirtækja á Íslandi í dag. Fyrir stefnda skipti höfuðmáli að öll fyrirtæki á markaðinum fari eftir leikreglum sem þar gildi. Á meðal þeirra sé 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 er leggi bann við því að fjölmiðlaveita beini viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Háttsemi Símans, eins og lýst sé í ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019, gangi gegn því lagaákvæði. Um það hvernig málið horfi annars við stefnda, svo sem varðandi samningaviðræður við Símann um aðgang að sjónvarpsefni, sem frá upphafi hafi gengið illa og stefndi sætt þar afarkostum, og málsatvik að öðru leyti, vísist til kæru stefnda til Fjarskiptastofu og athugasemda sem sendar hafi verið stofnuninni og úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála sem stefndi leggi fram ásamt með greinargerð.

Auk þessa árétti stefndi sérstaklega að Nova hafi lengi notast við OTT-lausn sem væri óháð því hvar nettenging er keypt og heldur ekki háð endaboxi, sem einnig hafi verið Símanum tæknilega aðgengilegt á hér umræddum tíma, hafi vilji staðið til þess. Dómstólar þurfi að standa vörð um hin skýru og augljósu markmið laganna. Hér hafi Síminn alveg ótvírætt verið að beina fjarskiptaþjónustu að skyldu fjarskiptafyrirtæki.

*Málsástæður og lagarök stefnda Ljósleiðarans ehf.*

Stefndi byggi á því að úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019 sé haldinn verulegum annmörkum sem leiði til þess að fella verði hann úr gildi.

Ekki verði fundinn staður í orðalagi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að skýra eigi ákvæðið með þeim hætti að leggja ofurþunga á tæknilausn sem fjölmiðlaveita eða fjarskiptafyrirtæki noti til að veita aðgang að efni fjölmiðlaveitu. Ákvæðið vísi eingöngu til athafna fjölmiðlaveitu er hafi þau áhrif að „beina viðskiptum“ að tengdu fjölmiðlafyrirtæki. Sé andlagið sú aðferð, ein eða fleiri, sem fjölmiðlaveita noti til að beina notanda er vilji komast í efni fjölmiðlaveitunnar að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Það sem skipti máli hér sé hvort áhrif einnar þessarar aðferðar, tveggja eða allra í senn leiði til þess að notandi ákveði að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Tölfræðigögn er fyrir liggja í ákvörðun nr. 27/2019 sanni svo hafið sé yfir allan vafa að áhrif aðferða Símans, uppsetning og tilhögun OTT-lausnar hans, verðlagning á fjölmiðlaveitunni eftir því hvort notandi hafi verið í viðskiptum við Mílu hf. eða ekki og vöndlun fjölmiðlaveitunnar við aðra fjarskiptaþjónustu hafi leitt til þeirra áhrifa að notendur, sem áhuga hafi haft á að fá aðgang að fjölmiðlaveitu Símans, hafi beint viðskiptum til Mílu, óháð því hvaða tækni eða tæknilegur þröskuldur hafi verið fyrir hendi. Hafi verið fleiri atvik er upplýst hafi verið um í ákvörðun nr. 27/2019 sem skipt hafi jafnmiklu máli við mat á skilyrðum 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hafi úrskurðarnefndin tekið með ófullnægjandi hætti afstöðu eða tillit til þessa í úrlausn sinni. Sé þetta alvarlegur ágalli á úrskurði nr. 7/2019 sem leiða eigi til ógildingar hans.

Áhrif aðferða Símans á rétt notenda og fjarskiptafyrirtæki hafi verið víðtæk. Í fyrsta lagi hafi aðgerðir Símans takmarkað rétt notenda til að ráða vali á því við hvaða fjarskiptafyrirtæki þeir vildu eiga viðskipti. Ef notandi hafi viljað hafa aðgang að fjölmiðlaveitu stefnda Símans hafi hann annað hvort orðið að skipta um fjarskiptafyrirtæki eða greiða mun hærra verð fyrir aðgang að fjölmiðlaveitunni hafi hann ekki viljað skipta yfir í viðskipti við Mílu hf. Notandi sem t.d. hafi keypt ljósleiðarasamband af stefnda hafi þurft að greiða mun hærra verð fyrir aðgang að fjölmiðlaveitu Símans í gegnum OTT-lausn hans, auk þess sem sú fjölmiðlaveita sem notandinn hafi fengið aðgang að hafi innihaldið bæði færri stöðvar og mun takmarkaðri þjónustu. Í öðru lagi hafi réttur slíks notanda til aðgangs að fjölmiðlaveitum verið takmarkaðri. Samkvæmt fjölmiðlalögum eigi réttur notanda til aðgangs að fjölmiðlaveitu að vera óháður því við hvaða fjarskiptafyrirtæki notandi kys að eiga viðskipti. Þessi réttur sé því óháður tæknilausn eða því neti sem fjarskiptafyrirtæki noti til að veita fjarskiptaþjónustu. Í þriðja lagi hafi flutningsréttur fjarskiptafyrirtækja á fjölmiðlaveitu Símans orðið lítils virði, þar sem verðlagning, vöruframboð og þjónusta fjölmiðlaveitu Símans í gegnum OTT-lausnina hafi ekki verið sambærileg fjölmiðlaveitu er Síminn hafi boðið í gegnum viðskipti við Mílu, tengt fjarskiptafyrirtæki.

Hafi flutningsrétturinn í raun orðið merkingarlaus, aðgangur notanda að fjölmiðlaveitu Símans í gegnum OTT-lausnina ekki verið samkeppnisfær og notanda því með verðþrýstingi og ólíku þjónustustigi verið beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Stefndi taki undir með stefnendum að sú lausn er falist hafi í OTT-lausn Símans hafi verið ófullnægjandi og ekki aflétt því ástandi sem brotið hafi gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Þess sjái hvergi merki í úrskurðinum að nefndin hafi gengið úr skugga um þetta. Úrskurðarnefndinni hefði verið í lófa lagið að óska eftir gögnum frá aðilum er hefðu sýnt fram á áhrif OTT-lausnarinnar. Hefði OTT-lausnin aflétt hinu ólögmeta ástandi hefði mátt sjá þess merki í aukinni sölu á fjölmiðlaveitu Símans í gegnum OTT-lausn hjá öðrum fjarskiptafyrirtækjum en Símanum og Mílu. Sé þetta ágalli og úrskurðurinn þar með ekki byggður á fyrirliggjandi staðreyndum og upplýsingum.

Í forsendum úrskurðar sé vísað til þess að þjónusta fjölmiðlaveitu Símans sé veitt með þeim hætti að allir endanotendur er komi sér upp nauðsynlegum búnaði geti notið þjónustunnar án tillits til þess á hvaða aðgangneti (internetþjónustu) þeir séu hér-landis. Hafi úrskurðarnefndin talið að OTT-lausn Símans kallaði á skoðun á tæknilegum þáttum og samanburði við þær OTT-lausnir fjölmiðlaveitna er þekktar séu og íslenskir neytendur séu áskrifendur að. Stefndi Ljósleiðarinn byggi á því að almennt felist í því að miðla efni fjölmiðla- eða efnisveitu yfir OTT-lausn að efni sé miðlað beint til notanda yfir internetið og fari OTT-lausn fram hjá öllum sérhæfðum kapal- eða útsendingarkerfum, gervihnatta- eða sjónvarpskerfum, sem fyrirtæki noti venju-lega til að stjórna og dreifa efni. Að mati stefnda felist í þessari afstöðu þversögn af hálfu úrskurðarnefndarinnar sem gangi gegn fyrrgreindum markmiðum fjölmiðlalaga.

Stefndi telji engin rök vera fyrir þeirri nálgun úrskurðarnefndarinnar að leggja nánast alla áherslu á það hvernig aðgangur að efnisveitu stefnda Símans hf. hafi verið leystur tæknilega. Einkenni lagaramma á sviði bæði fjarskipta og fjölmiðlunar sé að lagaákvæði og reglur séu tæknilega hlutlausar. Það þýði að einstök tækni eða útfærsla skipti ekki höfuðmáli við beitingu þeirra. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga beinist að aðferðum sem miði að því að „... beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki“. Þar sé ekki aðeins verið að vísa til tækni eða tæknilegra aðferða. Við úrlausn málsins verði því að leggja mat á allar þær aðferðir sem notaðar séu við að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Horfa verði á heildaráhrif sem leiði til þess að viðskiptum fjölmiðlaveitu sé í raun beint til tengds fjarskiptafyrirtækis. Í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019 liggi fyrir upplýsingar um aðferðir sem notaðar hafi verið í þessum tilgangi. Sé umfjöllun úrskurðarnefndar um þetta ófullnægjandi og láti hjá líða að fjalla um og taka afstöðu til þessara atvika og staðreynda í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019. Sé þetta ágalli sem leiða eigi til ógildingar úrskurðarins.

„OTT-lausn“ Símans sé ekki eiginleg OTT-lausn eins og úrskurðarnefndin virðist gefa sér. OTT-lausnir séu og eigi að vera óháðar öðru en internettengingu, auk t.d.

hugbúnaðar, smáforrits eða vafra, til þess að geta fengið aðgang að efni, t.d. fjölmiðla- og efnisveitu á borð við mynd- og hljóðefni, leikjaveitu og samfélagsmiðil. Sú staðreynd ein og sér að leigja hafi þurft sérstakan OTT-myndlykil af Símanum, hvort sem hafi verið hjá fjölmiðlaveituhluta eða fjarskiptahluta Símans, leiði sjálfkrafa til þess að ekki sé um OTT-lausn að ræða. Til að tengjast öðrum fjölmiðla- og efnisveitum á íslenskum fjölmiðla- og fjarskiptamarkaði, t.d. RÚV, Sýn, Netflix o.fl., þurfi eingöngu smáforrit, sem oftast sé frítt, auk nettengingar. Hafi það orðið raunin þar sem Síminn bjóði nú aðgang að fjölmiðlaveitum sínum yfir smáforrit án myndlykils. Umfjöllun um þetta atriði af hálfu úrskurðarnefndarinnar sé því að mati stefnda haldið verulegum annmörkum sem einnig hafi svo leitt til efnislega rangrar niðurstöðu með ófyrirséðum afleiðingum fyrir fjölmiðlaveitur og fjarskiptafyrirtæki líkt og stefnda.

Í úrskurðinum sé að mestu litið fram hjá öðrum aðferðum sem fjallað hafi verið ítarlega um í ákvörðun nr. 27/2019 án haldbærra skýringa, en hver og ein og þær til samans hafi haft þau áhrif að notanda, sem hafi viljað fá aðgang að efnisveitu Símans, hafi verið beint í viðskipti við Mílu, fjarskiptafyrirtæki tengt stefnda Símanum. Líkt og fram komi í ákvörðun nr. 27/2019 hafi þetta m.a. verið gert með því að verðleggja OTT-lausnina svo að hún hafi orðið dýr lausn og verri valkostur en að eiga viðskipti við efnisveitu Símans og Mílu. Þá hafi gæði OTT-þjónustunnar verið minni, m.a. færri stöðvar í boði og tímaflakk mun takmarkaðra. Þá hafi IPTV-þjónustu Símans verið vöndlað saman við aðra fjarskiptaþjónustu er m.a. hafi leitt til þess að OTT-þjónustan hafi aldrei orðið samkeppnishæfur valkostur. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé sett í þeim tilgangi að hægt sé að bregðast við þeim fjölmörgu og síbreytilegu aðferðum og tilhögun viðskipta er leiði til þess að fjölmiðlaveita geti beint viðskiptum notanda að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ef úrskurður úrskurðarnefndarinnar standi óhaggaður telji stefndi að gildissvið 5. mgr. 45. gr. hafi verið þrengt um of og ein-skorðað að mestu við eina aðferð, þ.e. tæknilegar hindranir, sem hægt sé að nota til að beina viðskiptum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ekkert í orðalagi 5. mgr. 45. gr., lögskýringargögnum eða skilgreiningu hugtaka í fjölmiðlalögum renni stöðum undir þessa takmörkuðu og þröngu skýringu á efni og tilgangi ákvæðisins. Slíkt myndi hafa ófyrirséðar og alvarlegar afleiðingar fyrir fjölmiðla- og fjarskiptamarkað og takmarka valfrelsi notanda sem fjölmiðlalög eigi að standa vörð um, sbr. tilgang í 1. gr. laganna.

Stefndi sé ósammála úrskurðarnefndinni um að hin kærða ákvörðun hverfist um það hvort Fjarskiptastofa hafi „...veitt þær leiðbeiningar að kærandi gæti komið fram með OTT-lausn til dreifingar ólínulegs sjónvarpsefnis og að slík lausn mundi leiða til þess að hann yrði ekki talinn brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga“. Hvergi í lögum sé að finna fyrir mæli um að Fjarskiptastofa hafi það verkefni að gefa bein fyrir-mæli um, ráðleggja eða hafa áhrif á hvaða tæknilegu lausnir fjarskiptafyrirtæki og

efnisveitur noti eða eigi að nota í starfsemi sinni, en ummæli úrskurðarnefndarinnar verði ekki skilin öðruvísi en svo að hún telji þá lagaskyldu hvíla á stofnuninni.

Ekki sé hlutverk stjórnvalds að stýra eða gefa leiðsögn til aðila á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði um hvaða tækni eigi að nota við veitingu fjarskipta- og fjölmiðlaþjónustu. Framþróun tækni og þjónustu á mörkuðum ráðist af tækniframförum sem markaðsaðilar fjárfesti í og þrói til að geta boðið betri þjónustu. Sé það hvorki hlutverk eftirlitsstjórnvalda að gefa markaðsaðilum fyrirmæli né ráðleggingar um hvaða tækni þeir eigi að nota eða æskilegt sé að þeir noti. Sú tækni sem þeir velji þurfi hins vegar að uppfylla hlutlæg markmið laga og reglna á þessu sviði, en það sé allt annar hlutur.

Enn fremur árétti stefndi að á hér umræddum tíma hafi verið nóg af tækum OTT-lausunum án endabúnaðar og einungis notaðar með appi sem hala mátti niður. Áhersla á tækni sé raunar ekki aðalatriðið hér heldur á heildarhátteymi Símans. Bannákvæði fjölmiðlalaga snúist ekki um tækni heldur að „beina“ viðskiptum til tengds fyrirtækis, þar sem tækni sé einn þáttur, ásamt verðlagningu, vöndlun o.s.frv. Verið sé að ógilda ákvörðun sem var efnislega rétt og sé það vont fyrir fjarskiptamarkað og neytendur. Úrskurðarnefndin hafi í raun brotið rannsóknarreglu og ekki sinnt sínu verkefni sem hafi leitt hér til efnislega rangrar niðurstöðu. Málið snúist um miklu meira en tækni. Bannákvæðið sé kjarni máls í ákvörðun Fjarskiptastofu en nefndin sé föst í tækninni.

#### *Málsástæður og lagarök stefnda Símans hf.*

Stefndi mótmæli öllum kröfum stefnenda og krefjist þess að úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019 verði staðfestur og hann sýknaður af öllum kröfum stefnenda. Í meginatriðum hafi verið tvær ástæður fyrir ógildingu ákvörðunar Fjarskiptastofu nr. 27/2019. Það sé í fyrsta lagi að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gildi ekki um ólínulega myndmiðlun, í öðru lagi síðan að ekki hvíli samningsskylda á fjölmiðlaveitum um dreifingu á ólínulegu myndefni.

Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga gildi ekki um miðlun á ólínulegu myndefni en þegar horft sé til lögskýringargagna, tilgangs ákvæðisins og höfð hliðsjón af samanburðar- og samræmisskýringu verði að leggja til grundvallar að gildissvið ákvæðisins nái ekki til ólínulegrar myndmiðlunar heldur taki einungis til sjónvarpsútsendinga. Verði í því sambandi að horfa til hins ótvíræða texta 45. gr. laganna auk annarrar umfjöllunar um flutningsrétt og flutningsskyldu í VII. kafla laganna og skýringa í greinargerð. Samningaviðræður eða samskipti milli fjarskiptafyrirtækis og fjölmiðlaveitu um meðferð, miðlun og dreifingu á ólínulegu myndefni falli ekki undir fjölmiðlalög og ákvörðun Fjarskiptastofu því ógildanleg þegar af þeirri ástæðu.

Hvergi í íslenskum lögum sé að finna heimildir fjarskiptafyrirtækis til að gera kröfu um að fjölmiðlaveita afhendi sjónvarpsefni til ólínulegrar myndmiðlunar. Þá heimild sé ekki að finna í 44. eða 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 er kveði á um

flutningsskyldu og flutningsrétt á sjónvarpsútsendingum. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna veiti fjarskiptafyrirtækjum ekki slíka heimild. Byggi stefnandi raunar á því að ólínuleg myndmiðlun falli alfarið utan gildissviðs 45. gr. fjölmiðlalaga. Hafi Fjarskiptastofa sjálf fullyrt að ákvæði fjölmiðlalaga um flutningsrétt feli ekki í sér skyldu gagnvart fjölmiðlaveitu til þess að tryggja dreifingu á myndefni sínu yfir dreifikerfi þriðja aðila, sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 19/2012. Í ákvörðun nr. 27/2019 hafi Fjarskiptastofa komist að þeirri niðurstöðu að á tímabilinu 4. júlí 2018 til og með 1. október 2019 hafi stefndi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með því að hafa ekki sýnt nægilegan samningsvilja í viðræðum við stefnanda Sýn hf. Stefndi hafi ávallt hafnað því sem röngu að skort hafi á samningsvilja hjá honum. Sé ástæða þess að aðilar hafi ekki náð saman sú að Sýn hf. hafi ekki haft raunverulegan vilja til að fá sjónvarpsefni stefnda á sín kerfi vegna þess að Sýn hf. hafi viljað verja eigin samkeppnishagsmuni á smásölustigi enda selji Sýn hf. aðgang að ólínulegu myndefni í samkeppni við Sjónvarp Símans Premium hjá stefnda.

Í úrskurði þeim er ágreiningur þessa máls snúi að hafi úrskurðarnefnd komist að því að ekki hafi hvílt samningsskylda á fjölmiðlaveitu um flutning á ólínulegu myndefni samkvæmt fjölmiðlalögum. Sú niðurstaða samræmist dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017. Hafið sé yfir vafa og slegið föstu af dómstólum að sú regla gildi.

Í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019 hafi niðurstaðan orðið sú að stefndi hefði brotið gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 með því að skort hafi á samningsvilja af hans hálfu í samningaviðræðum við Sýn hf. Þegar fyrir liggir að samningsskylda hvíli ekki á fjölmiðlaveitu samkvæmt íslenskum lögum sé augljóst að útilokað sé að það geti falið í sér brot gegn hinu tilvitnaða ákvæði að skort hafi á samningsvilja. Þegar af þeirri ástæðu sé ákvörðun Fjarskiptastofu haldin slíkum ógildingarannmörkum að hún geti ekki staðið. Verði því ekki hjá því komist að hafna kröfum stefnanda í málinu og staðfesta úrskurð úrskurðarnefndar nr. 7/2019 og ógildingu ákvörðunar nr. 27/2019. En teljist það hafa þýðingu í málinu byggi stefndi jafnframt á því að ekki hafi skort á samningsvilja af hans hálfu í samningaviðræðum við stefnanda Sýn hf.

Byggi stefndi þá á því að verulega hafi skort á að meginreglur stjórnarsýslulaga hafi verið virtar af hálfu Fjarskiptastofu. Líkt og greini í úrskurði úrskurðarnefndar standist málsmeðferð stofnunarinnar og niðurstaða ekki kröfur stjórnarsýslulaga um rannsókn, meðalhóf og rökstuðning, sbr. 10., 12. og 22. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Stefndi byggi á því að OTT-lausn félagsins, Sjónvarp Símans óháð neti, sem sett hafi verið á markað í ágúst 2018, uppfylli allar kröfur sem hægt sé að gera til slíkrar þjónustu. Vísist þá m.a. til þess er fram komi í hinum umþrætta úrskurði um að OTT-lausn er stefndi hafi kynnt sé sannarlega óháð fjarskiptanetum í samræmi við áskilnað Fjarskiptastofu. Niðurstaða Fjarskiptastofu um að lausnin hafi verið ófullnægjandi sé óskiljanleg, órannsókuð og órökstudd. Ákvörðun stofnunarinnar hafi ekki staðist

meginreglur stjórnisýsluréttar. Ekki verði því hjá því komist að staðfesta niðurstöðu úrskurðarnefndar um ógildingu hennar með vísan til forsendna úrskurðarins. Stefndi hafi með markaðsfærslu þjónustunnar komið til móts við þær kröfur Fjarskiptastofu sem „leysa hann undan broti“ á ákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna. Þjónustan Sjóntvarp Símans óháð neti sé óháð fjarskiptanetum og uppfylli allar þær tæknilegu kröfur sem gerðar séu til að svo geti verið. Verði því að staðfesta úrskurð úrskurðarnefndarinnar.

Niðurstaða ákvörðunar Fjarskiptastofu um að OTT-þjónusta stefnda hafi ekki verið fullnægjandi standist ekki. OTT-þjónusta stefnda sé ekki fjarskiptaþjónusta. Þar sem ekki sé þar um fjarskiptaþjónustu að ræða geti ekki verið um það að ræða að fjölmiðlaveita stefnda hafi beint viðskiptum viðskiptavina sinna í viðskipti við fjarskiptafyrirtæki stefnda. Þar sem OTT-lausn félagsins sé ekki fjarskiptaþjónusta sé viðskiptavinum fjölmiðlaveitu stefnda því ekki beint að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ekki geti því verið um brot að ræða á 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Staðhæfing Fjarskiptastofu um litla upptöku þjónustunnar sé líka með ólíkindum. Upptaka þjónustunnar hafi gengið vel og vonum frammar og hér ekki tekist sönnun um annað.

Fjarskiptastofa hafi lagt til grundvallar að myndlykill væri hluti af fjarskiptaneti stefnda og sé fjarskiptaþjónusta. Vísi stofnunin til skilgreininga í fjarskiptalögum og fjölmiðlalögum máli sínu til stuðnings. Þetta fái ekki staðist. Myndlykill sé ekki fjarskiptaþjónusta eða fjarskiptastarfsemi og geti ekki talist hluti af fjarskiptaneti. Fjarskiptastofa skauti raunar fram hjá skilgreiningu fjarskiptalaga á myndlykli sem hafi verið að finna í þág. 46. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga. Þar segi: „Þróaður stafrænn sjónvarpsbúnaður: Aðgangskassi sem tengist sjónvarpstæki eða stafrænt sjónvarpstæki sem getur tekið á móti stafrænni gagnvirkri sjónvarpsþjónustu.“

Hugtakið þróaður stafrænn sjónvarpsbúnaður sé fengið úr rammatilskipun ESB nr. 2002/21/EB og sé þar skilgreint eftirfarandi í o-lið 2. gr. tilskipunarinnar í íslenskri þýðingu: „„þróaður, stafrænn sjónvarpsbúnaður“: aðgangseining sem ætluð er til að tengja í sjónvarpstæki eða samþætt, stafræn sjónvarpstæki sem geta tekið á móti stafrænum, gagnvirkum sjónvarpssendingum.“ Orðið aðgangskassi í fjarskiptalögum og aðgangseining í þýðingu tilskipunarinnar sé þýðing á enska hugtakinu „set top box“ eins og sjá megi á enskri útgáfu tilskipunarinnar. Vart verði um það deilt að með „set top box“ sé átt við myndlykil. Líkt og lesið verði úr skilgreiningum að framan geti myndlykill ýmist verið stakur og tengst við sjónvarp eða verið hluti af sjónvarpstæki og þá sem smáforrit (app). Líkt og einnig verði lesið út úr skilgreiningunni sé eina hlutverk myndlykils, eða aðgangskassans, svo vísað sé til skilgreiningar í lögum, að taka á móti sjónvarpssendingum svo hægt sé að horfa á þær í sjónvarpi. Ekki sé um það að ræða að myndlykill sendi boð frá einum stað til annars enda verði ekki séð hvernig það eigi að eiga sér stað þegar myndlykill geti verið hluti af sjónvarpstækinu.

Stefndi byggi einnig á því að röng þýðing á hugtakinu fjarskiptaþjónusta hafi verið ranglega innleidd í þágildandi 14. tölul. 3. gr. fjarskiptalaga, sé horft til upprunaútgáfu í enskum texta rammatilskipunar ESB, en þar sé fjarskiptaþjónusta sögð þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felist í því að beina merkjum um fjarskiptanet. Í upprunaútgáfu tilskipunarinnar á ensku séu hins vegar notuð orðin „wholly or mainly“. Í íslenskri þýðingu tilskipunarinnar hafi enski textinn skilað sér betur og fjarskiptaþjónusta skilgreind eftirfarandi: „rafræn fjarskiptaþjónusta: þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun og felst að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum, þ.m.t. fjarskiptaþjónusta og sendiþjónusta á netum sem notuð eru til að útvarpa, en undanskilin er þjónusta þar sem efni, sem sent er með rafrænum fjarskiptanetum eða -þjónustu, er boðið fram eða því ritstýrt. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet.“

Hefur þetta talsverða þýðingu við athugun á því hvort um fjarskiptaþjónustu og þar með fjarskipti sé að ræða, að um sé að ræða flutning á merkjum að öllu eða mestu leyti. Augljóst sé að virkni myndlykils felist ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á fjarskiptanetum og geti því ekki talist vera fjarskiptaþjónusta. Af því leiðir að myndlykill sé ekki hluti af fjarskiptaneti stefnda og skýring Fjarskiptastofu því röng.

Þegar viðskiptavinur stefnda kaupir þjónustuna Sjónvarp Símans óháð neti hafi stefndi ekkert um það að segja hvar sá kaupir fjarskiptaþjónustu, þ.e. internettengingu, til þess að honum sé kleift að nýta sér þjónustuna með því að sækja sér það efni sem þjónustan bjóði upp á. Hafi viðskiptavinur aðgang að interneti, hvort sem sé um sé að ræða fastanet (t.d. ljósleiðara) eða farsímanet (t.d. 4G), geti hann nýtt sér þjónustuna án þess að styðjast við fjarskiptaþjónustu stefnda. Viðskiptavinir geti notað þjónustuna hvar sem er innan EES-svæðisins. Það sé því fyrirtækið er selji áskrifanda internettengingu sem veiti honum fjarskiptaþjónustu en þjónusta stefnda felist í því að veita honum aðgang að efnisveitunni/fjölmíðlaþjónustunni sem boðið sé upp á í Sjónvarpi Símans. Þjónustan Sjónvarp Símans óháð neti sé því með engu móti frábrugðin þjónustum á borð við Netflix, Amazon Prime, Hulu eða Apple TV. Þær þjónustuveitur séu ýmist með myndlykil utanáliggjandi eða í smáforriti í sjónvarpstækjum. Eigi þær það allar sameiginlegt að viðskiptavinur geti keypt aðgang að þjónustuveitunum en hafi sjálfur val um það hvar hann kaupir internettengingu til að nýta sér þjónustuna.

Við mat á því hvort um sé að ræða fjarskiptaþjónustu og þar með fjarskiptastarfsemi telji stefndi að líta verði til dóms Dómstóls ESB í máli Google Inc. vegna Gmail-þjónustu nr. C-193/18. Þar hafi dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu að Gmail-þjónusta Google teldist ekki fjarskiptaþjónusta. Hafi dómurinn tekið fram að þar með félli þjónustan ekki undir reglur um fjarskiptaeftirlit á innri markaði EES. Dómurinn hafi fordæmisgildi á Íslandi í samræmi við reglur EES og markmið um

sameiginlegan innri markað, m.a. fyrir fjarskiptaþjónustu. Sama eigi við um að þjónusta stefnda, Síminn Sjónvarp óháð neti sé veitt yfir netið án þess að kaupandinn þurfi að kaupa internettengingu af seljanda þjónustunnar. Niðurstaða Dómstóls ESB hafi verið sú að OTT-þjónusta sem geri internetaðgang ekki mögulegan og felist ekki að mestu eða öllu leyti í því að beina merkjum yfir fjarskiptanet teljist ekki fjarskiptaþjónusta. Gildi sama um OTT-þjónustu stefnda. Þótt stefndi hafi byggt upp aðgangskerfi fyrir sjónvarpsþjónustu og reki netþjóna sem geri viðskiptavinum kleift að nota þjónustuna yfir nettengingu sem þeir hafi keypt sér geti ekki verið um fjarskiptaþjónustu að ræða. Það sé fjarskiptafyrirtækið sem selji viðskiptavinum nettengingu sem sé ábyrgt fyrir að beina merkjum yfir fjarskiptanetið og veiti því fjarskiptaþjónustuna.

Staðhæfing Fjarskiptastofu um að með OTT-þjónustu beini fjölmiðlaveita stefnda viðskiptavinum að fjarskiptastarfsemi hans fái því ekki staðist. Þar sem OTT-þjónusta sé ekki fjarskiptaþjónusta geti ekki verið um að ræða að viðskiptavinum fjölmiðlaveitu sé beint til fjarskiptafyrirtækis í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Með því að OTT-þjónusta stefnda sé ekki fjarskiptaþjónusta sé ekki um fjarskiptastarfsemi að ræða. Því geti ekki verið um að ræða að viðskiptum fjölmiðlaveitu sé beint að fjarskiptafyrirtæki. Ef stefndi byði einungis upp á OTT-þjónustuna Sjónvarp Símans óháð neti þyrfti hann ekki að fá almenna heimild til að stunda fjarskiptastarfsemi á Íslandi frekar en Apple, Netflix og Google. OTT-lausn stefnda eigi sammerkt með öðrum efnisveitum er veiti aðgang að þjónustu yfir hið opna internet, og þ.m.t. Gmail-Google, að þjónustan felist ekki að mestu eða öllu leyti í að beina merkjum um fjarskiptanet. Þjónustan uppfylli því ekki lagaáskilnað um að teljast fjarskiptaþjónusta, sbr. skilgreiningu í 2. gr. c tilskipunar nr. 2002/21/EB sem innleidd hafi verið í landsrétt með 14. tölul. 3. gr. þágildandi fjarskiptalaga nr. 81/2003.

Byggir stefndi þá á því að sé þjónustan Sjónvarp Símans óháð neti fullnægjandi OTT-þjónusta verði það engu að síður metið svo að um fjarskiptaþjónustu sé að ræða þvert á málatilbúnað stefnda. Aukinheldur byggir stefndi á því að niðurstaða Fjarskiptastofu á annan veg fái ekki staðist þar sem hún sé haldin verulegum ógildingarannmörkum, líkt og rakið sé í forsendum úrskurðarnefndarinnar.

Hvað sem líði framangreindri umfjöllun um meint brot vegna þess að ekki sé um að ræða fullnægjandi OTT-þjónustu byggir stefndi á því að ekki geti verið um að ræða brot á 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga þar sem OTT-þjónustan sé ekki fjarskiptaþjónusta. Ekki geti því verið um það að ræða að stefndi hafi beint viðskiptum fjölmiðlaveitu sinnar til fjarskiptastarfsemi félagsins umfram aðra sem veiti fjarskiptaþjónustu. Bendir stefndi á að árin 2016–2018 hafi verið einhver mesta fjölgun viðskiptavina á kerfi stefnda Ljósleiðarans ehf. er hafi átt sér stað frá því félagið hafi hafið starfsemi. Heildarfjöldi viðskiptavina á kerfi félagsins hafi í lok árs 2020 verið 57 þúsund, en árin 2016–2018 hafi viðskiptavinum fjölgað um nærri 20 þúsund, þ.e. tæp 7 þúsund á

hverju ári, eða að 35% af heildarfjölda viðskiptamanna félagsins hafi þannig komið til stefnda Ljósleiðarans ehf. árin 2016–2018. Háttsemi stefnda hafi því bersýnilega engin neikvæð áhrif haft á stefnda Ljósleiðarann. Sé þannig augljóst að Fjarskiptastofa hafi aldrei haft fyrir því að rannsaka þennan þátt en þó iðulega mótmælt því að þetta væri rétt. Fjarskiptastofa safni ítarlegum tölfræðigögnum tvisvar á ári og ætti því að vera fullkomlega meðvituð um jákvæða þróun í fjölda tenginga hjá Ljósleiðaranum.

Ákvörðun Fjarskiptastofu hafi verið verulega íþyngjandi fyrir stefnda Símann. Verði því að gera ríkar kröfur til þess að málsmeðferð standist þær ströngu kröfur sem gerðar séu til stjórnvalda við álagningu refsikenndra viðurlaga á fyrirtæki og einstaklinga, auk þess sem túlka verði allan vafa þeim í hag sem hin íþyngjandi ákvörðun beinist gegn. Verulega skorti á að stefnandi hafi gætt að því að rannsaka málið nægilega. Rökstuðningur sé ófullnægjandi og ekki hafi verið gætt meðalhófs, auk þess sem allur vafi hafi verið túlkaður stefnda í óhag. Þessir alvarlegu og verulegu annmarkar á ákvörðun stefnanda hljóti að leiða til þess að ákvörðunin geti ekki staðið og því verði að staðfesta niðurstöðu úrskurðarnefndar um ógildingunni.

Í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála sé réttilega bent á þá rökvillu sem sé að finna í ákvörðun stefnanda nr. 27/2019 og lúti að því að ákvörðunina verði að skilja svo að Fjarskiptastofa hafi litið svo á að OTT-lausn stefnda hafi talist fullnægjandi gagnvart öðrum fjarskiptafyrirtækjum á markaði en Sýn hf. Stefndi vísar til umfjöllunar í úrskurðinum enda sé þar dreginn fram ógildingarannmarki ákvörðunar.

Fjarskiptastofa hafi haldið fram að neytendum sé ekki í sjálfsveld sett við hvaða fjarskiptafyrirtæki þeir semji vilji þeir njóta aðgangs að Sjónvarpi Símans Premium. Það sé rangt því notendur Sjónvarps Símans óháð neti séu alveg óháðir undirliggjandi fjarskiptaneti við val á þjónustuveitanda og geti nýtt sér þjónustuna hvar sem er innan EES-svæðisins kaupi þeir aðgang að internettengingu. Viðskiptavinir með Sjónvarp Símans óháð neti hafi líka getað keypt fjarskiptaþjónustuna hjá stefnda Sýn hf. eða stefnda Nova hf. Sýni það hvort tveggja í senn að ekki sé um fjarskiptaþjónustu að ræða og að þjónustuna sé hægt að nálgast án þess að nota fjarskiptanet stefnda Símans. Starfsmenn Fjarskiptastofu hafi fullyrt á fundum með stefnda, eftir að hafa prófað lausnina og áður en hin umdeilda ákvörðunin hafi verið tekin, að lausnin virkaði vel yfir kerfi stefnda Ljósleiðarans. Sé því jafnframt vegna þessa rétt að staðfesta niðurstöðu úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og sýkna stefnda Símann hf.

Fái það umfjöllun að stefndi hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. með því að hafa ekki samið um dreifingu á þjónustu sinni yfir fjarskiptanet Ljósleiðarans ehf. byggi stefndi á því að það feli ekki í sér brot á 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011. Í því sambandi verði þá og að horfa til þess að sá hluti málsins hafi ekki verið sérstaklega til umfjöllunar í forsendum niðurstöðu úrskurðarnefndar. Atferli Símans hafi ekki haft neikvæð áhrif á starfsemi stefnda Ljósleiðarans sem náð hafi metfjölgun viðskiptavina árin 2016–

2018. Árin 2013–2015 hafi fjölgun viðskiptavina stefnda Ljósleiðarans verið tæp 10 þúsund en 2016–2018 hafi fjölgunin verið 100% hærri, þ.e. rétt tæplega 20 þúsund.

Þá vill stefndi áréttta að hér sé í raun til umfjöllunar hvort ákvörðun Fjarskiptastofu hafi verið svo áfátt að borið hafi að ógilda hana. Meginumfjöllunin snúi að því hvort OTT-lausn Sjónvarps Símans óháð neti teljist vera fjarskiptaþjónusta en sé svo ekki sé lagalega útilokað að stefndi geti talist hafa brotið gegn bannákvæðinu. Fyrir liggi einnig að stefnandi Fjarskiptastofa hafi sjálf metið OTT-lausn stefnda Símans fullnægjandi að gæðum í samskiptum þeirra sem hafi verið umtalsverð. Staðfesta beri úrskurðinn þar sem Fjarskiptastofa hafi í ákvörðun sinni farið gegn meginreglum stjórnáskilgættu um rannsóknarskyldu, leiðbeiningarskyldu og rökstuðning íþyngjandi stjórnvaldsákvörðunar og meðalhóf, eins og þar komi fram. En ljóst sé að OTT-lausn Símans hafi verið efnisveita algerlega sambærileg og t.d. Netflix o.fl. (óháð neti) og annars konar tæknilausn á þeim tíma hafi verið óaðgengileg. Búnaðurinn hafi talist þróaður stafrænn sjónvarpsbúnaður en ekki fjarskiptabúnaður. Hafi því verið lögvilla af hálfu Fjarskiptastofu að telja myndlykilinn fjarskiptabúnað. Fjarskiptastofa hafi ekki gert nauðsynlegan samanburð á mismunandi OTT-lausnum.

Fráleitt sé að viðskiptum hafi þannig verið beint að Mílu eða fjarskiptahluta Símans, auk þess sem ekki séu sjáanleg áhrif á samkeppnisstöðu fyrirtækja vegna þessa þar sem Síminn og Sýn voru að tapa hlutdeild á fjarskiptamarkaði en Nova að stækka. Hefði Síminn haft mestan hag af því að ná sem mestri útbreiðslu á efni sínu.

Með vísan til alls framangreinds og gagna málsins geri stefndi því þá kröfu að niðurstaða úrskurðarnefndar um ógildingu ákvörðunar nr. 27/2019 verði staðfest.

#### *Málsástæður og lagarök stefnda Mílu hf.*

Stefndi Míla hf. mótmæli öllum málsástæðum stefnenda. Eðli máls samkvæmt sé það þó Símans hf. að svara fyrir OTT-lausn sína, eðli hennar, samningaviðræður við önnur fjarskiptafyrirtæki o.fl., enda slíkt að öllu leyti án aðkomu og vitneskju Mílu. Að því sögðu telji Míla þó engin efni standa til þess að ógilda hinn umþrætta úrskurð.

Míla telji hins vegar rétt að halda til haga, öndvert við túlkun fjarskiptayfirvalda, þ.á m. úrskurðarnefndar, að hvað sem öðru líði taki ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlala, rétt skýrt, þ.m.t. að virtri samanburðar- og samræmisskýringu, tilgangi og lögskýringargögnum, ekki til ólínulegrar myndmiðlunar (myndmiðlunar eftir pöntun), heldur sé ákvæðið takmarkað við sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun); ella væri, í reynd, fyrir hendi flutningsréttur annarra fjarskiptafyrirtækja á ólínulegu myndefni, þ.e. rétturinn væri ekki takmarkaður við sjónvarpsútsendingar, sem væri þvert á efni og meginreglu 1. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011.

Verði 5. mgr. 45. gr. ekki talin bundin við línulega myndmiðlun sé fjölmiðlaveitu samkvæmt 5. mgr. 45. gr. óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu

fjarskiptafyrirtæki. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi til laganna segi að 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 sé „brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki“ þar sem í „ljósi reynslunnar er talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyni að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum muni áfram eiga erfitt uppdráttar“. Nánar tiltekið að þar sem fjarskiptafyrirtæki (í smásölustarfsemi) selja oft í einu lagi fjarskipta- (t.d. net og farsíma) og fjölmiðlaþjónustu (aðgang að efnisveitu í gegnum net) sé mikilvægt að þau sem hafi ekki yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum, þ.e. eigin fjölmiðlaveitu, eigi þess kost að kaupa efnið af fjölmiðlaþjónustuveitendum og endurselja um leið til neytenda samfara annarri hefðbundinni fjarskiptaþjónustu á borð við net og farsíma.

Með „fjarskiptafyrirtæki“ í skilningi ákvæðisins sé þannig átt við fjarskiptafyrirtækið Símann, en ekki Mílu; fjölmiðlaveitan Síminn megí m.ö.o. ekki beina viðskiptum að fjarskiptafyrirtækinu Símanum, í skilningi ákvæðisins. Ákvæðið, rétt lögskýrt, þ.m.t. að virtum hinum undirliggjandi verndarhagsmunum, taki þannig ekki til Mílu, ekki frekar en Ljósleiðarans, er starfi á öðrum markaði. Símanum hafi þannig, gagnvart ákvæði 5. mgr. 45. fjölmiðlalaga, verið í sjálfsvald sett, kjósi hann á annað borð svo, að beina flutningi sínum um undirliggjandi fjarskiptanet í gegnum net Mílu, fyrrum dótturfélags síns, án þess að um brot gegn fjölmiðlalögum teljist vera að ræða.

Að öðru leyti vísi Míla til forsendna hins umstefnda úrskurðar eftir því sem við eigi, þ.á m. um að OTT-laun sý sem um ræðir nýti internetþjónustu og geti hvaða fjarskiptafyrirtæki sem bjóði fram slíka þjónustu tengt notanda við OTT-laun Símans og því „ekki um IPTV þjónustu á smásölumarkaði fjarskipta að ræða er tengist beint grunnflutningskerfi heildsala, s.s. Gagnaveitunnar eða Mílu“. Meint brot varði þannig, hvað sem öðru líði, ekki aðgangsnét Mílu. Enn fremur fari því fjarri, raunar sem fyrr, að gerður sé viðhlítandi greinarmunur af hálfu Fjarskiptastofu á því hvaða starfsemi teljist til fjölmiðlunar annars vegar og til fjarskipta hins vegar í skilningi 45. gr. fjölmiðlalaga og laga og regluverks á sviði fjarskipta, þ.m.t. í tengslum við OTT-launina, ásamt því að túlka verði ákvæði 45. gr. þröngt. Verði m.a. ekki ráðið að OTT-laun teljist að réttu lagi til fjarskiptahluta, fremur en fjölmiðlahluta, í skilningi laga, líkt og stefnendur reyni að halda fram. Jafnframt sé tekið undir þá kröfu um leiðbeiningarskyldu sem gera megí til Fjarskiptastofu sem eftirlitsstjórnvalds á fjarskiptamarkaði. Sé öllum málsástæðum stefnenda um leið hér mótmælt.

Loks vekur stefndi máls á því að mál þetta snúist einkum um það hvort myndlykill Símans hafi talist til fjarskiptaþjónustu og úrskurðarnefndin metið það svo að það væri

órökstutt af hálfu Fjarskiptastofu að svo hafi verið þótt hún hafi slegið því föstu. Ekki sé nú hægt að stoppa upp í slíkan annmarka eftir á þar sem dómstólar séu ekki þriðja stjórnáslustig heldur endurskoða slíka ákvörðun á þeim grunni sem hún var tekin á, þ.e. hvort ákvörðunin hafi verið forsvaranleg m.v. það sem legið hafi þá fyrir. Það sé því naumast hlutverk dómsins að fara að finna út úr því hvort um fjarskiptaþjónustu hafi hér verið að ræða eða ekki því það hafi verið hlutverk Fjarskiptastofu að rökstyðja og þeim rökstuðningi einfaldlega verið verulega áfátt að mati úrskurðarnefndarinnar.

#### *Niðurstaða*

Ágreiningur málsaðila afmarkast hér við þá dómkröfu stefnanda, Fjarskiptastofu og Sýnar hf., um að ógiltur verði með dómi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 6. nóvember 2020 í máli nr. 7/2019, sem felldi ákvörðun stefnanda, nú Fjarskiptastofu, nr. 27/2019, úr gildi. Fyrir liggur að tveir hinna stefndu, Nova hf. og Ljósleiðarinn ehf., taka hér undir þá kröfu stefnanda. Aðrir stefndu, það eru Síminn hf. og Míla hf., taka hins vegar til varna og gera kröfu til þess að sá úrskurður verði staðfestur með sýknu þeirra af þeirri dómkröfu stefnanda sem fyrir liggur í málinu.

Við mat á kröfum málsaðila og þeim málsástæðum og röksemdum sem þeir tefla fram í málinu hlýtur dómurinn, líkt og stefndi Míla hf. benti á, að verða að horfa til þess hvernig mál þetta lá fyrir annars vegar stefnanda Fjarskiptastofu, þegar hún tók ákvörðun sína í máli nr. 27/2019, og hins vegar úrskurðarnefndinni, sem felldi umrædda ákvörðun úr gildi á grundvelli ætlaðra formgalla, er þá einkum lutu að hennar mati að ófullnægjandi rannsókn og rökstuðningi, sem og skorti á leiðbeiningu af hálfu stefnanda Fjarskiptastofu, auk þess sem borið hafi að gæta meðalhófs við töku hinnar íþyngjandi ákvörðunar um meint brot stefnda Símans hf. gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, en umrætt lagaákvæði er annars svohljóðandi:

„Fjölmiðlaveitu er óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.“

Að mati dómsins liggur nægilega ljóst fyrir að umrætt bannákvæði tekur jafnt til viðskipta sem varða línulega og ólínulega myndmiðlun og er ekki takmarkað við hið fyrrgreinda vegna reglna um flutningsrétt og flutningsskyldu sem eru í sama VII. kafla laganna, sbr. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-3251/2018 frá 1. febrúar 2024, sbr. enn fremur úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 3/2016. Er þessi nálgun einnig lögð til grundvallar í úrskurði úrskurðarnefndarinnar nr. 7/2019.

Verður því málsástæðum stefndu Símans og Mílu á þessum grunni afdráttarlaust hafnað og byggði úrskurðarnefndin aukinheldur niðurstöðu sína ekki á þeim rökum.

Sé litið til hér umrædds úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019 liggur fyrir að úrskurðarnefndin horfir þar réttilega til þess að forsendur fyrir ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019 hafi einkum verið tvíþættar: Annars vegar hafi

verið lagt mat á hvort OTT-lausrn stefnda Síman, er kom á markað 16. ágúst 2018, teldist vera fullnægjandi til að aflétta því er hafði talist vera yfirstandandi brot Síman gegn framangreindu bannákvæði fjölmiðlaga, sbr. eldri ákvörðun nr. 10/2018. Hins vegar hvort Síminn hefði aflétt brotinu með því að sýna viðleitni til samninga við Sýn og eftir atvikum Nova þannig að Síminn teldist þá ekki lengur fara á svig við regluna. Er þá til þess að líta að í fyrri ákvörðun nr. 10/2018 hafði Fjarskiptastofa beint því til Síman að þessar tvær leiðir væru til þess fallnar að binda endi á hið brotlega ástand og eins og rakið er einnig í úrskurði úrskurðarnefndar í máli nr. 7/2019.

Hvað varðar fyrri þáttinn, þá OTT-lausrn sem Síminn kynnti til leiks í ágúst 2018, og er þungamiðja þessa máls, lagði stefnandi Fjarskiptastofa heilðrænt mat sitt á at-hafnir Síman í þessu tilliti, leit til framsetningar, markaðssetningar, verðlagningar sem og gæða OTT-lausrnarinnar m.t.t. þess hvort hún dygði til að aflétta hinu brotlega ástandi sem er ítarlega lýst í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018. Varð niðurstaða Fjarskiptastofu í ákvörðun nr. 27/2019 efnislega sú að OTT-lausrn Síman hefði ekki dugað til þess að létta umræddu ástandi þar sem hún hafi verið skilyrt við það að viðskiptavinur hafi þurft að leigja myndlykil af Símanum, auk þess sem framsetningu, markaðssetningu og verðlagningu lausrnarinnar hafi að öðru leyti verið svo háttað að hún gæti ekki talist raunhæfur valkostur gagnvart IPTV-kerfi Síman og Síminn teldist sem fjölmiðlaveita því enn vera að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þ.e. fjarskiptahluta Síman og þáverandi dótturfélagi Mílu.

Hvað varðar síðari þáttinn taldi Fjarskiptastofa í ákvörðun nr. 27/2019 að Síminn hefði loks aflétt umræddu ástandi með því að auðsýna nægilegan vilja þess að ná samningum við Sýn hf. um dreifingu umrædds myndefnis Síman um IPTV-kerfi Sýnar, og þá eftir atvikum gagnvart Nova hf., frá og með 2. október 2019, og byggði það jafnframt á heilðrænu mati Fjarskiptastofu á þessum samskiptum félaganna. Var það afstaða Fjarskiptastofu að hinu brotlega ástandi hafi þá þannig loks verið aflétt.

Hvað varðar umrædda OTT-lausrn Síman er óumdeilt að hún gat, þrátt fyrir að hafa verið háð sérstökum myndlykli sem leigja þurfti hjá Símanum, nýst með því að tengja myndlykilinn við internetið, óháð því hvaða aðili veitti fjarskiptaþjónustu. Aðilar deila hins vegar um hvort umræddur myndlykill hafi talist hluti fjarskiptakerfis Síman. Fjarskiptastofa taldi svo vera í ákvörðun sinni, því hefur verið andmælt af hálfu Síman hf., sem hefur lagt mikið upp úr þessum þætti, á meðan úrskurðarnefndin tekur ekki sérstaka afstöðu til þessa álitaefnis en telur þetta þó vera lykilatriði í málinu. Af hálfu stefnenda er tekið undir mat Fjarskiptastofu en þetta ekki talið úrslitaatriði.

Í úrskurði sínum í máli nr. 7/2019 leggur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála ríka áherslu á það að Fjarskiptastofa hefði þurft að rannsaka mun betur tæknilega þætti í tengslum við OTT-lausrn Síman og gera samanburð við OTT-lausrnir sem önnur,

oftast erlend, félög byðu upp á hérlendis, þótt þau standi hins vegar ekki að fjarskipta-félögum, auk þess sem vísað er til þess að hér hafi Fjarskiptastofa eins og á stóð þurft að útskýra tæka kosti á OTT-lausn nánar m.t.t. leiðbeiningarskyldu gagnvart Símanum. Virðist úrskurðarnefndin draga þá ályktun að það sé veigamikill þáttur í ákvörðun Fjarskiptastofu að umræddur OTT-myndlykill Símans tilheyri fjarskiptahluta félagsins frekar en að hann teljist sjónvarpsbúnaður án þess þó að það sé nægilega rökstutt í ákvörðun nr. 27/2019. Enn fremur virðist úrskurðarnefndin leggja áherslu á að þar sé ekki heldur vikið nægilega að því að bera slíkan myndlykil saman við smáforrit.

Sé litið til málsástæðna stefnenda Fjarskiptastofu og Sýnar hf., sem og stefndu Ljósleiðarans ehf. og Nova hf., þá vísa þeir til þess að þarna hafi úrskurðarnefndin farið nokkuð út af sporinu, ef svo má segja, með því að leggja ofuráherslu á tæknilegar skilgreiningar, að áeggjan stefndu Símans hf. og Mílu hf., en líti fram hjá því að mat Fjarskiptastofu á grunni bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ekki háð úrlausn á því hvort þessi tilhögun Símans hafi falið í sér að myndlykillinn væri hluti af fjarskiptakerfi, sem Fjarskiptastofa hefði þó tekið afstöðu til, heldur væri þetta heildarmat á því hvort úrræði Símans hafi í reynd falið í sér tækan valkost fyrir neytendur á pari við það sem OTT-lausn myndi alla jafnan gera. En með því ráðslagi að leigja út umræddan myndlykil, sem aðeins hafi verið til reiðu hjá Símanum, með hliðsjón af óhagstæðri verðlagningu þjónustunnar og samsetningu efnisframboðs, sem og framboði af öðrum og mun betri kostum hjá Símanum, t.d. tengt Heimilispakk-anum, hafi neytendur, eftir sem áður, verið leiddir að þeim kosti af Símanum sjálfum að IPTV-kerfi Símans væri þegar á allt væri litið langbesti kostur til að nálgast efnið og í því fælist mat í þá veru að ekki hafi verið bundinn endir á umrætt brotlegt ástand.

Dómurinn tekur undir með úrskurðarnefndinni að það sé vissulega nokkur ágalli á ákvörðun Fjarskiptastofu í máli nr. 27/2019 að þar hafi ekki verið rökstutt öllu nánar hvernig stofnunin kemst að þeirri niðurstöðu að umræddur OTT-myndlykill Símans teljist hluti af fjarskiptahluta félagsins eða hvaða þýðingu það þá hafi í heildarmatinu. Fyrir liggur að úrskurðarnefndin fór ekki þá leið að taka efnislega afstöðu til þessa.

Að mati dómsins verður hins vegar fallist á framangreindar röksemdir stefnenda og stefndu Nova og Ljósleiðarans, um að það hafi, þegar öllu er á botninn hvolft, í öllu falli ekki haft afgerandi þýðingu í ákvörðun stefnanda Fjarskiptastofu nr. 27/2019 hvort umræddur myndlykill teldist tæknilega séð til fjarskiptabúnaðar eða ekki, heldur virðist mat Fjarskiptastofu á því hvort háttsemi Símans hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fremur hafa verið heildarmat á framsetningu, markaðssetningu og verðlagningu á dreifingu umrædds myndefnis af hálfu Símans, m.t.t. aðstæðna eftir að OTT-lausn Símans kom til, og er að mati dómsins nægilega rækilega útskýrt í ákvörðuninni hvers vegna úrræðið hafi ekki létt brotinu.

Þá fellst dómurinn heldur ekki á svo víðtæka leiðbeiningarskyldu Fjarskiptastofu gagnvart sérhæfðum aðilum á fjölmiðla- og fjarskiptamarkaði á borð við Símann hf. og úrskurðarnefndin virðist telja eiga við varðandi OTT-lausn félagsins. Liggur heldur ekki fyrir í málinu að Síminn hafi leitað þess háttar leiðbeininga hjá Fjarskiptastofu við útfærslu á OTT-lausn sinni nema hvað varðar tæknileg gæði sem þóttu ásættanleg.

Að framangreindu virtu telur dómurinn jafnframt að ákvörðun Fjarskiptastofu sé nægilega skýr hvað varðar mat hennar á þýðingu samningaviðræðna aðila er að lokum leiddi til þess að umræddu broti Símans þótti vera aflétt 2. október 2019.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat dómsins að þrátt fyrir að finna hafi mátt að framsetningu á vissum atriðum í ákvörðun Fjarskiptastofu, svo sem úrskurðarnefndin gerði, hafi nefndin einblínt um of á vissa tæknilega þætti, sem ekki virðast þó hafa verið til þess fallnir að hafa haft áhrif á heildarmat Fjarskiptastofu sem lá til grundvallar ákvörðun nr. 27/2019. Hafi því ekki verið forsvaranleg nálgun hjá úrskurðarnefndinni að fella þá umræddu ákvörðun úr gildi. Leiðir framangreint til þess að dómurinn telur því rétt að fallast beri við svo búið á dómkröfur stefnanda um það að fella úr gildi úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 7/2019.

Geta ber þess að í ljósi málflutningsyfirlýsingar stefnanda Fjarskiptastofu um það að hún hyggist þá við svo búið taka upp og fella úr gildi sektarákvæði í ákvörðun nr. 27/2019 í ljósi dóms Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-3251/2018 frá 1. febrúar 2024 telur dómurinn engin efni standa til þess að víkja frekar að þeim þætti málsins.

Eins og mál þetta liggur þá fyrir þykir rétt að málskostnaður milli aðila falli niður.

Mál þetta fluttu eftirtaldir lögmenn, fyrir Fjarskiptastofu Unnur Lilja Hermannsdóttir, fyrir Sýn hf. Reimar Snæfells Pétursson, fyrir Nova hf. Heimir Örn Herbertsson, fyrir Ljósleiðarann ehf. Hlynur Halldórsson, fyrir Símann hf. Hallmundur Albertsson og fyrir Mílu hf. Stefán A. Svensson.

Pétur Dam Leifsson héraðsdómari kvað upp dóminn, sem dómsformaður, ásamt með þeim Ingiríði Lúðvíksdóttur héraðsdómara og Guðjóni Kárasyni verkfræðingi.

### **Dómsorð:**

Felldur er úr gildi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála frá 6. nóvember 2020 í máli nr. 7/2019, sem felldi úr gildi ákvörðun, nú Fjarskiptastofu, nr. 27/2019.

Málskostnaður fellur niður.

Pétur Dam Leifsson  
Ingiríður Lúðvíksdóttir  
Guðjón Kárasyn