

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 3/2016

Kæra Símans á ákvörðun PFS nr. 3/2016

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kærðu, dags. 6. maí 2016, hefur Síminn hf. kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 3/2016, um gildissvið bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, nr. 38/2011.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði ógilt og úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála komist að þeirri niðurstöðu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái einungis til línulegrar myndmiðlunar, þ.e.a.s. sjónvarpsútsendinga en ekki ólínulegrar myndmiðlunar, þ.e. myndmiðlunar eftir pöntun.

PFS og Fjarskipti hf. (Vodafone) krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II. Helstu málsatvik

Upphaf málsins má rekja til kvörtunar Vodafone til PFS þar sem sett var fram sú krafa að PFS fyrirskipaði kæranda að láta af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Kærandi bjóði aðeins upp á ólínulega myndmiðlun á efni Sjónvarps Símans á fjarskiptanetum Símasamstæðunnar. Viðskiptavinir sem áhuga hafa á að horfa á sjónvarp Símans, s.s. Frelsi og Tímaflakk, utan hefðbundinna sjónvarpsútsendinga geti aðeins gert það á fjarskiptanetum Símasamstæðunnar. Séu þeir í viðskiptum við annað fjarskiptafyrirtæki þurfi þeir að færa viðskipti sín yfir til Símans til að horfa. Það var niðurstaða PFS að skera þyrfti úr því álitaefni hvort ólínuleg myndmiðlun heyrði undir umrætt bannákvæði, áður en metið yrði hvort kærandi hefði hugsanlega brotið gegn ákvæðinu. Það var gert með hinni kærðu ákvörðun.

Niðurstaða PFS var að bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga næði bæði til sjónvarpsútsendinga og ólínulegrar myndmiðlunar og PFS myndi taka málið til frekari

skoðunar og leggja í framhaldinu mat á það hvort kærandi hefði með háttsemi sinni brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði ógilt og að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála komist að þeirri niðurstöðu að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái einungis til línulegrar myndmiðlunar, þ.e.a.s. sjónvarpsútsendinga.

Kærandi bendir á að ágreiningur máls þessa snúi að gildissviði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Byggir kærandi á því að gildissviði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái einungis til flutningsréttar og flutningsskyldu sjónvarpsútsendinga en niðurstaða PFS feli í sér að ákvæðið hafi víðtækara gildissvið og nái einnig til myndmiðlunar eftir pöntun. Kærandi telur að ógilda beri hina kærðu ákvörðun þar sem lagaákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga, VII. kafli laganna og viðurlagaákvæði 54. gr. og 56. gr. laganna sýni að umrædd ákvæði fjalli einungis um flutningsrétt á sjónvarpsútsendingum en nái ekki til myndmiðlunar eftir pöntun. Greinargerð með frumvarpi til fjölmiðlalaga taki síðan af allan vafa um að 5. mgr. 45. gr. laganna nái einungis til flutningsréttar á sjónvarpsútsendingum. Ákvörðunin sé því haldin verulegum ógildingarannmörkum. Jafnframt byggir kærandi á því að hin kærða ákvörðun feli í sér brot gegn lögætisreglu stjórnsýsluréttarins og beri að ógilda að þeim sökum.

Þá vísar kærandi að hugtökunum „sjónvarpsútsending“ og „myndmiðlun eftir pöntun“, en kærandi telur það grundvallaratriði í málinu sá munur sem sé á hugtökunum. Vísar kærandi til skilgreininga hugtakanna sem sé að finna annars vegar í 37. tölul. og hins vegar í 30. tölul. 2. gr. fjölmiðlalaga. Með vísan til skilgreininga hugtakanna telur kærandi meginmuninn á sjónvarpsútsendingu og myndmiðlun eftir pöntun vera að í fyrrnefnda tilvikinu sé um að ræða samtímis áhorf allra á grundvelli fyrirfram ákveðinnar dagskrár. Þegar um er að ræða myndmiðlun eftir pöntun ákveði hver og einn áhorfandi hvenær hann horfir á dagskrárliði með því að gera pöntun á efni þegar hann svo kýs.

Kærandi fjallar því næst um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og telur það einungis ná til sjónvarpsútsendinga, líkt og aðrar málsgreinar í 45. gr. Þegar lagaákvæðið sé lesið í samhengi við önnur ákvæði VII. kafa laganna auk viðurlagaákvæða 54. og 56. gr. laganna sé ljóst að túlka beri ákvæðið með þeim hætti. Þegar lögin séu skýrð með hliðsjón af skýringum í greinargerð sé síðan allur vafi tekinn af um gildissvið ákvæðisins. Vísar kærandi til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun þar sem fram komi að PFS telji rétt að tvískipta skýringu á 45. gr. fjölmiðlalaga, annars vegar í umfjöllun um flutningsrétt og hins vegar ákvæði sem fjalla um annað. Þá vísar kærandi til hinnar kærðu ákvörðunar þar sem segi að af hálfu PFS sé augljóst að 5. mgr. 45. gr. hafi að geyma sjálfstæða bannreglu, sem ætlað sé víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér.

Kærandi telur rökstuðning í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar ekki standast og vera rangan í öllum grundvallaratriðum. Þá telur kærandi að lögskýring PFS sæki enga stoð í greinargerð sem fylgi frumvarpi til fjölmiðlalaga.

Tekur kærandi fram að í lagatexta allra fjögurra lagagreina VII. kafla fjölmiðlalaga um flutning myndefnis komi fram að ákvæðin taki til sjónvarpsútsendinga enda hvergi minnst á það í lagatextanum að ákvæðin eigi við um myndmiðlun eftir pöntun. Þá vísar kærandi til upphafsorða skýringa í greinargerð sem fylgt hafi VII. kafla fjölmiðlalaga og telur þau staðfesta framangreint. Í umræddri tilvitnun segi að lagt sé til að lögfest verði ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Þessum ákvæðum sé ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Ákvæðin eigi við um stafræn fjarskiptanet sem flutt geti sjónvarpsútsendingar.

Efni framsöguræðu þáverandi menntamálaráðherra sem lagt hafi lagafrumvarpið fram á Alþingi, telur kærandi hafa verið í samræmi við framangreint. Samkvæmt framangreindri tilvitnun telur kærandi ljóst að vilji löggjafans stóð til þess að lögfesta ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Jafnframt komi fram að ákvæðin eigi einungis við um fjarskiptanet sem flutt geta sjónvarpsútsendingar og sé ætlað að draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Með gagnályktun verði ekki annað ráðið en að löggjafinn hafi ekki ætlað lagaákvæðunum að ná einnig til myndmiðlunar eftir pöntun ella hlyti það að hafa verið tekið fram í lagatextanum sjálfum eða að minnsta kosti í greinargerð með frumvarpi sem varð að fjölmiðlalögum.

Kærandi áréttar að um það sé að ræða að tryggja þurfi flutning sjónvarpsútsendinga ótengdra fyrirtækja, ekkert sé minnst á að tryggja flutningsrétt til myndmiðlunar eftir pöntun. Kærandi vekur einnig athygli á því að í athugasemdum við greinargerðina sé einungis fjallað um sjónvarpsútsendingar en ekki myndmiðlun eftir pöntun. Það sama eigi við þegar einstaka ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga séu skýrð. Vísar kærandi í því sambandi til athugasemda í greinargerð við 44. gr. fjölmiðlalaga og 45. gr. fjölmiðlalaga. Þar segi að með flutningsreglunum sé markmiðið að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu og því sé ljóst að það verði hvati fyrir einstaka fjölmiðlaþjónustuveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Kemur einnig fram að við þessu sé brugðist í 5. mgr. með því að banna fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Með tengdu fjarskiptafyrirtæki sé átt við félög í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félög og/eða aðra aðila með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl í öðrum tilvikum. Í ljósi reynslunnar sé talin hætta á að fjölmiðlaþjónustuveitendur reyni að beina viðskiptavinum sínum að völdum fjarskiptafyrirtækjum og fjarskiptafyrirtæki sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum muni áfram eiga erfitt uppdráttar. Fjarskiptafyrirtækjunum verði heimilt að bjóða alls kyns þjónustu en með ákvæðinu sé þrýst á um aukna samkeppni milli þeirra með því að þau geti boðið hagstætt verð og góða þjónustu. Það geti fyrirtækin einungis gert ef þau hafa aðgang að sambærilegu efni.

Tilvitnanir í skýringar með 45. gr. fjölmiðlalaganna og sér í lagi 5. mgr. telur kærandi sýna í fyrsta lagi að ákvæðið fjalli um flutningsrétt á sjónvarpsútsendingum eingöngu. Í öðru lagi sé sérstaklega gerð grein fyrir hvað felist í flutningsrétti, þ.e.a.s. réttur fjarskiptafyrirtækis til að krefjast dreifingar á sjónvarpsútsendingum, ekki annarri tegund myndmiðlunar, á stafrænu fjarskiptaneti sínu. Í þriðja lagi komi fram með skýrum hætti líkt og í almennum athugasemdum að markmiðið með flutningsreglunum sé að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni og dreifingu til að tryggja aðgang fjarskiptafyrirtækja sem ekki hafi yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum. Að öðrum kosti kunni þau að eiga erfitt uppdráttar. Röksemd PFS um að 5. mgr. 45. gr. fjalli ekki um flutningsrétt standist því ekki eins og framangreindar tilvitnanir sýni með ótvíræðum hætti. Ákvörðun PFS sé því ógildanleg.

Vísar kærandi ennfremur til athugasemda í greinargerð með 6. mgr. og 7. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga. Leggur kærandi áherslu á að þar sé vísað til sjónvarpsútsendinga. Þá fjallar kærandi um viðurlagaákvæði 3. mgr. 54. gr. og o. liðar 1. mgr. 56. gr. fjölmiðlalaga og telur þau staðfesta að 5. mgr. 45. gr. taki einungis til flutningsréttar. Tilvitnuð ákvæði 54. og 56. gr. fjölmiðlalaga séu því að mati kæranda enn ein staðfesting þess að 5. mgr. 45. gr. laganna eigi einungis við vegna mögulegra brota á ákvæðum um flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum. Af því leiði að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar, að ákvæðið hafi að geyma sjálfstæða bannreglu sem ætlað sé víðtækara gildi en ákvæðin um flutningsrétt og flutningsskyldu ein og sér, standist ekki.

Kærandi telur að framangreindar tilvitnanir í lagaákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga og skýringar í greinargerð með þeim, þ.m.t. 5. mgr. 45. gr. laganna, sýni með mjög afgerandi hætti að við setningu fjölmiðlalaga hafi vilji löggjafans staðið til þess að láta reglur um flutningsskyldu og flutningsrétt einungis ná til sjónvarpsútsendinga. Heiti VII. kafla laganna sé reglur um flutning myndefnis og 44. gr. og 45. gr. beri heitin flutningsskylda og flutningsréttur á myndefni. Í lagatextanum sjálfum og greinargerð sé kveðið á um flutningsrétt og flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum. Þannig sé ekki kveðið á um að til sé eitthvað sem hægt sé að kalla eiginlegar flutningsreglur eða að ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga beri að tvískipta eins og PFS geri. Þá sé hvergi minnst á að 5. mgr. 45. gr. laganna feli í sér víðtækt og afdráttarlaust bannákvæði. Hafi það verið ætlun löggjafans að löggesta sjálfstæða séríslenska bannreglu sem ætlað sé víðtækara gildi en reglurnar um flutningsrétt og flutningsskyldu verði að telja víst að löggjafinn hefði ekki verið þögull um það í greinargerð sem fylgdi með ákvæðinu heldur kveðið á um það með skýrum hætti. Sérstaklega þegar um á að vera að ræða víðtækt bannákvæði líkt og PFS heldur fram. Því síður komi fram í greinargerð að einstök ákvæði hans eða kaflinn í heild sinni sé tvískiptur og fjalli annars vegar um flutningsreglur og hins vegar um aðrar sértækar reglur. Þvert gegn því sem PFS haldi fram komi fram eins og rakið er hér að framan að tilgangur með lögfestingu reglna um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum sé að draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds. Jafnframt komi fram að ákvæðin eigi við um stafræn fjarskiptanet sem flutt geta sjónvarpsútsendingar. Hvergi komi hins vegar fram að kaflinn

eigi við um flutning á öðru myndefni. Í skýringum með 45. gr. komi jafnframt fram að ákvæðið fjalli um flutningsrétt á sjónvarpsútsendingum.

Þá bendir kærandi á að aðeins á einum stað í skýringum með greinargerð með VII. kafla sé minnst á ólínulega myndmiðlun, þ.e.a.s. í skýringum með b. lið 45. gr. laganna þar sem segi m.a. að flutningsréttur nái ekki til ólínulegrar hljóð- og myndmiðlunar, svo sem myndmiðlunar eftir pöntun þar sem myndefnið er ekki sent út samkvæmt dagskráráætlun og flokkist því ekki sem línuleg myndmiðlun.

Að öllu framangreindu virtu telur kærandi það hafið yfir vafa að gildissvið VII. kafla fjarskiptalaga nái einungis til þeirra tilvika þegar ágreiningur aðila snýst um flutningsrétt eða flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum. Það sama eigi við um 5. mgr. 45. gr. laganna. Kærandi telur það fjarstæðukennt að ef löggjafinn hefði ætlað þeirri einu málsgrein að hafa mun víðtækara gildissvið en önnur lagaákvæði í sama kafla.

Víkur kærandi því næst að lögskýringarsjónarmiðum og fjallar í því sambandi um umfjöllun fræðimanna. Telur kærandi niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar í raun fela það í sér að við skýringu á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga skuli málsgreinin lesin einangrað með bókstaflegum lestri án þess að nokkuð sé litið til þess samhengis ákvæðisins eða samræmis við aðrar málsgreinar 45. gr. auk annarra lagagreina VII. kafla fjölmiðlalaga og raunar viðurlagaákvæða 54. og 56. gr. einnig. Felur niðurstaða PSF jafnframt í sér rýmkandi lögskýringu þar sem stofnunin telur að um víðtækt bannákvæði sé að ræða. Sú ályktun PFS sækir ekki stoð í lögum eða greinargerð með þeim.

Vísar kærandi til rits Davíð Þórs Björgvinssonar, Lögskýringar, þar sem fjallað er um grunnforsendur lögskýringar. Í tilvitnun sem kærandi vísar til segir að grunnforsendur við lögskýringar séu í fyrsta lagi sú forsenda að lögum séu án mótsagna eða árekstra. Þá segir í tilvitnuninni að af þessari forsendu leiði að fyrst beri að leitast við að skýra lagaákvæðin svo að samræmi fái.

Telur kærandi að niðurstaða PFS og framsetning feli í sér að rétt sé að leggja til einskonar lögskýringu í tómarúmi auk þess sem hún gangi ekki rökfræðilega upp. Vísar kærandi einnig til frekari umfjöllunar úr riti Róberts R. Spanó, Túlkun lagaákvæða. Telur kærandi að framkvæma verði heildstætt mat á samhengi lagaákvæðis, því hvert lagaákvæði sé hluti af tilteknum lagabálki og verði því að túlka til samræmis við önnur lagaákvæði en ekki sem einangraða eind líkt og PFS geri. Vísar kærandi til umfjöllunar um innri og ytri samræmisskýringu í fyrrnefndu riti.

Lagaákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga geti þess hins vegar hvergi að þau nái til ólínulegrar dagskrár. Rökrétt ályktun af því hljóti að vera sú að lagaákvæðunum hafi ekki verið ætlað að ná til flutningsréttar á ólínulegu myndefni.

Tekur kærandi fram að þegar framangreind umfjöllun er dregin saman og með vísan til viðurkenndra fræðimanna á sviði lögskýringa liggi fyrir að við skýringu á einni málsgrein sé það andstætt viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum að líta á orðalag ákvæðisins sem einangraða eind og túlka það með bókstafstúlkun án þess að horfa til samhengis og samræmis við lagaákvæðið sem það er hluti af og þess kafla sem það tilheyrir. Þegar innri samræmisskýringu sé beitt og litið með heildstæðum hætti á lagaákvæði 45. gr. laganna og VII. kafla í heild sinni verði ekki hjá því komist að velja þann skýringarkost að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga taki ekki til dreifingar á ólínulegri dagskrá. Þegar einnig er horft til þess að lagatexti 3. mgr. 54. gr. og o. liður 1. mgr. 56. gr. heimila einungis viðurlög eða refsingu vegna brota á flutningsrétti leiðir samræmisskýring einnig til þess að útiloka verður þann skýringarkost að gildissvið ákvæðisins geti verið víðtækara.

Kærandi byggir á því að leiki vafi á því hvernig skýra beri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þrátt fyrir framangreind sjónarmið, beri að beita þröngri lögskýringu. Ákvörðun um að túlka ákvæðið með þeim hætti að það nái til myndmiðlunar eftir pöntun hafi það í för með sér að til álita kæmi að beita reglum um flutningsrétt um aðgang að efni til myndmiðlunar eftir pöntun. Efnisréttindi að sjónvarpsefni eru stjórnarskrárvarin eignarréttindi, sbr. 72. gr. stjórnarskrárinnar. Slík ákvörðun víkur einnig frá meginreglunni um samningafrelsi í viðskiptum. Er það viðurkennt sjónarmið í íslenskum rétti að beita beri þrengjandi lögskýringu þegar um er að ræða ákvæði laga sem skerða frelsi og réttindi.

Telur kærandi hina kærðu ákvörðun fela í sér rýmkandi lögskýringu enda telji PFS 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fela í sér víðtækt og almennt bannákvæði þrátt fyrir að sú staðhæfing sæki sér enga stoð í lagatexta eða lögskýringargögn. Veki lögskýring PFS furðu í þessu máli þar sem í öðru nýlegu máli sem einnig hafi fjallað um flutningsreglur VII. kafla fjölmiðlalaga hafi verið lögð áhersla á að skýra bæri ákvæðin þröngt. Vísar kærandi því næst til ákvörðunar PFS í máli nr. 19/2012, þar sem fjallað sé um ákvæði 44. gr. og 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem fram komi að beita verði þröngri lögskýringu við túlkun framangreindra lagaákvæða. Telur kærandi að öll sömu sjónarmið og PFS hafi lagt til grundvallar ákvörðunar nr. 19/2012, eigi við í því máli sem hér er til umfjöllunar. Kærandi áréttar að um bannákvæði sé að ræða, sem beri samkvæmt hefðbundnum lögskýringaraðferðum að túlka þröngt. Útilokað verði að mati kæranda að telja að beiting þröngrar lögskýringar geti leitt til annars en að 5. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga nái einungis til ágreinings vegna flutningsréttar eða flutningsskyldu sjónvarpsútsendinga. Kærandi bendir einnig á að almenn lögskýring feli í sér að 5. mgr. 45. gr. nái ekki til ólínulegs efnis, sérstaklega þegar litið sé til samhengis 45. gr. fjölmiðlalaga og þeirrar skýru afstöðu sem birtist í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga þar sem segi að 5. mgr. 45. gr. fjalli um flutningsrétt. Ef reglan hafi átt að hafa víðtækara gildissvið þá hefði það þurft að koma fram með skýrum hætti í lögunum.

Þá fjallar kærandi um myndmiðlun eftir pöntun og alþjóðlega samkeppni. Kærandi tekur fram að markaður fyrir myndmiðlun eftir pöntun hafi tekið stakkaskiptum á sl. árum. Í stað þess að markaðurinn byggist á línulegri dagskrá þar sem landamæri séu dregin og

samkeppni mjög staðbundin sé þróun á markaði fyrir ólínulega myndmiðlun á þann veg að öll landamæri séu að falla, samkeppnin sé alþjóðleg og færist hratt yfir á internetið. Á markaðnum eigi íslensk fyrirtæki í samkeppni við alþjóðleg stórfyrirtæki, eins og Amazon, Google, Apple, Netflix og Hulu. Á markaði fyrir sölu áskrifta að myndmiðlun eftir pöntun eigi kærandi því í alþjóðlegri samkeppni.

Tekur kærandi einnig fram að það skipti máli að Vodafone, líkt og önnur fjarskiptafyrirtæki á Íslandi hafi sömu tæk og kærandi til að afla sér efnis til dreifingar og geri það raunar undir merkjum Vodafone Play og annarri þjónustu sem Vodafone selji. 365 miðlar ehf. bjóði einnig upp á sambærilega þjónustu.

Þá byggir kærandi á því að hin kærða ákvörðun brjóti gegn lögmatísreglu stjórnisýsluréttar, þar sem PFS hafi skort valdheimildir til þess að kveða á um að kæranda beri að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila. Í því felist jafnframt að PFS skorti valdheimildir til að kveða á um hvort háttsemi kæranda hafi farið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Telur kærandi að það ráðist fyrst og fremst af því að lagaheimildir PFS til þess að taka mál til stjórnisýslumeðferðar á grundvelli fjölmiðlalaga nái einungis til þess þegar ágreiningur sé um flutningsrétt eða flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum. Ákveði PFS að taka ákvörðun um það hvort 5. mgr. 45. gr. hafi verið brotin í þessu máli sé augljóst að stofnunin muni fara út fyrir valdsvið sitt og þar með brjóta gegn lögmatísreglu stjórnisýsluréttarins.

Bendir kærandi á ákvæði 46. gr. og 47. gr. fjölmiðlalaga. Í ákvæðunum sé ekki getið um aðkomu PFS við aðrar aðstæður en þegar mál snúi að flutningi sjónvarpsútsendinga. Þetta feli í fyrsta lagi í sér að það standist ekki að 5. mgr. 45. gr. gildi um annað en flutning sjónvarpsútsendinga. Í öðru lagi hafi þetta þá þýðingu að stjórnvöld séu hverju sinni bundin af lögmatísreglu stjórnisýsluréttarins. Hafi það tvíþætta merkingu. Varðandi formþátt þá megi ákvarðanir PFS ekki vera andstæðar lögum og varðandi heimildarþátt verði stjórnvöld að hafa heimild í lögum til að taka bindandi ákvarðanir um réttindi og skyldur borgaranna. Ákvörðun um að 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafi víðtækara gildissvið en varði flutning sjónvarpsútsendinga sé andstæð lögum. Ákvörðun PFS verði því að teljast ógildanleg þar sem hún brjóti gegn lögmatísreglu stjórnisýsluréttarins.

Þá vísar kærandi til dóms Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-2249/2014 þar sem úrskurður úrskurðarnefndar nr. 3/2013 hafi verið felldur úr gildi, en dómurinn hafi talið að PFS hafi farið út fyrir lögbundnar valdheimildir sínar og því hafi úrskurðarnefndinni ekki verið rétt að staðfesta hann með úrskurði sínum. Þá vísar kærandi einnig til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 4/2014, máli sínu til stuðnings. Tekur kærandi fram að frávik PFS frá lögmatísreglu stjórnisýsluréttarins sé sambærileg og það sem rakið sé að framan í dómi héraðsdóms og úrskurði úrskurðarnefndar.

Um lagarök vísar kærandi til grundvallarreglna laga um að ekki verði tekin ákvörðun um réttindi eða skyldur einstaklinga eða lögaðila nema fyrir því sé skýr lagastoð í almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum sem leiða megi af þeim. Einnig vísast til almennra meginreglna stjórnarsýsluréttarins og EES-samningsins eftir því sem við á.

Kærandi vekur athygli úrskurðarnefndar á 10. gr. reglugerðar nr. 36/2009, þar sem kveðið er á um heimild til að heimila munnlegan málflutning í þeim kringumstæðum sem uppi í málinu, þar sem málið sé sérlega þýðingarmikið fyrir kæranda og niðurstaðan sé til þess fallin að hafa verulega þýðingu fyrir þróun fjölmiðlamarkaðar á Íslandi.

2.

Í athugasemdum PFS við stjórnarsýslukærana, sem bárust hinn 8. júlí 2016 er þess krafist að úrskurðarnefnd hafni kröfu kæranda og að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

PFS tekur fram að í kærinni sé að finna ítarlega umfjöllun kæranda á hinum ýmsu ákvæðum VII. kafla fjölmiðlalaga, þ.e.a.s. ákvæði 44-47. gr. laganna og ákvæði 3. mgr. 54. gr. laganna sem fjalli um stjórnvaldssektir. Bendir PFS á að umfjöllun kæranda beinist fyrst og fremst að öðrum ákvæðum kaflans en umræddrar 5. mgr. 45. gr., sem deilt sé um í málinu.

PFS ítrekar það sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun að ljóst sé að 1-3. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fjalli um eiginlegan flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á myndefni fjölmiðlaveitu. Önnur ákvæði 45. gr. fjalli um atriði sem ekki tengist hinum eiginlegu flutningsréttarreglum með beinum hætti, þ.e.a.s. umrætt bannákvæði 5. mgr., ákvæði 4. mgr. um kaup á sjónvarpsefni og ákvæði 6. og 7. gr. um stutt myndskreið sem varði samskipti tveggja fjölmiðlaveitna en ekki samskipti fjölmiðlaveitu annars vegar og fjarskiptafyrirtækis hins vegar. Telur PFS það vera einföldun hjá kæranda að halda því fram að öll ákvæði 45. gr. laganna fjalli um eiginlegan flutningsrétt.

PFS tekur fram að það sé meginregla við lögskýringar að skýra beri ákvæði eftir orðanna hljóðan, sé það skýrt orðað. Umrætt ákvæði 5. mgr. 45. gr. sé eins og rökstutt sé í hinni kærðu ákvörðun, afar skýrt og því komi ekki til greina að beita öðrum lögskýringaaðferðum eins og samræmisskýringu.

Þá bendir PFS á að hugtakið „sjónvarpsútsending“ komi ekki fram í umræddu ákvæði. Það sé hins vegar rétt hjá kæranda að það hugtak komi fyrir í ýmsum öðrum ákvæðum VII. kafla laganna. Það sé því að mati PFS unnt að gagnálykta á þann veg að ekki hafi verið ætlunin að takmarka gildissvið 5. mgr. 45. gr. laganna við sjónvarpsútsendingar, eins og raunin sé t.d. varðandi 1. mgr. 45. gr. er fjalli um flutningsrétt. Í umræddri 5. mgr. komi hins vegar orðið „viðskipti“ fyrir. PFS telur ekki mögulegt að leggja annað en víðtækan skilning í það hugtak. Löggjafinn hefði ekki notað svo víðtækt hugtak ef ætlunin hefði verið að einskorða gildissvið ákvæðisins við sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun).

Ennfremur liggja stjórnvaldssektir við broti á 5. mgr. 45. gr. sbr. 3. mgr. 54. gr. laganna en slík sekt liggja t.d. ekki við broti á 1. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Þetta sýni með ótvíræðum hætti að ákvæði 1. mgr. 45. gr., og raunar önnur ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga sem kærandi nefnir til sögunnar og takmarkast við sjónvarpsútsendingar, og umrædd 5. mgr. 45. gr. eru af ólíkum meiði hvað gildissvið varðar. Andlag og verndarhagsmunir 5. mgr. 45. gr. er því annað og víðtækara en réttur eða skylda til að kalla eftir eða dreifa sjónvarpsútsendingum, eins og rökstutt er í hinni kærðu ákvörðun. Tekur PFS fram að fjölmiðlanefnd, sem er sérfræðistjórnvald á sviði fjölmiðla, sé þessu algjörlega sammála. Þá tekur PFS fram að ef vilji löggjafans hefði staðið til að afmarka umrædda bannreglu við sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun) hefði honum verið í lófa lagið að orða ákvæðið einfaldlega þannig. Þess í stað notaði löggjafinn hugtakið „viðskipti“ sem ómögulegt sé að túlka að það nái einungis til línulegrar myndmiðlunar.

PFS tekur fram að í kæru sé lagt upp úr því að ákvæði 3. mgr. 54. gr. fjarskiptalaga um stjórnvaldssektir sé orðað með þeim hætti að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóti gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. PFS telur þetta ekki skipta máli við túlkun á skýru ákvæði 5. mgr. 45. gr. Fjallað sé um eiginlegan flutningsrétt í 1.-3. mgr. 45. gr. Í 4. mgr. sé hins vegar fjallað um samskipti fjölmiðlaveitu og rétthafa við kaup á sjónvarpsefni og 5. mgr. hafi eins og áður segi að geyma víðtækt bannákvæði við því að fjölmiðlaveita beini „viðskiptum“ viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Aðeins brot á 4-5. mgr. varði stjórnvaldssektum og raunar refsingu einnig skv. 56. gr. laganna. Brot gegn eiginlegum flutningsreglum 1.-3. mgr. 45. gr. varði hins vegar ekki slíkum viðurlögum. Í greinargerð með umræddri 3. mgr. 45. gr. er vísað til þess að þetta fyrirkomulag um að PFS legði á stjórnvaldssektir væri til samræmis við þá tilhögun frumvarpsins að sú stofnun færi með stjórnvaldsábyrgð línulega eftirfylgni flutningsreglna skv. VII. kafla þess. Bendir PFS á að VII. kafli ber yfirskriftina „Reglur um flutning myndefnis“ og er það án efa ástæða þess að rætt er um umræddar 4. og 5. mgr. 45. gr. sem flutningsreglur. Umræddur VII. kafli sé allt annars eðlis en önnur ákvæði fjölmiðlalaga sem fjalli almennt aðeins um fjölmiðlaveitur en ekki samskipti fjölmiðla- og fjarskiptafyrirtækja.

PFS tekur fram að það hafi verið niðurstaða stofnunarinnar og fjölmiðlanefndar að markmið löggjafans við setningu VII. kafla fjölmiðlalaga hafi verið tvíþætt. Annars vegar að kveða á um flutningsrétt og flutningsskyldu á línulegu myndefni og hins vegar að koma í veg fyrir að samstæður fyrirtækja, sem bæði hafi yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum noti þá aðstöðu sína til að binda framboð efnis við ákveðið fjarskiptanet. Ágreiningsmál þessa máls varðar síðar nefnt atriðið, sem eins og rökstutt sé í hinni kærðu ákvörðun sé skýrt orðað í 5. mgr. 45. gr. þannig að textaskýring sé nægjanleg til að leysa úr ágreiningsefninu. Tilraunir kæranda til að beina athyglinni að 1. mgr. 45. gr. og öðrum ákvæðum VII. kafla laganna, sem einskorðast við sjónvarpsútsendingar, breyti engu þar um.

Þá tekur PFS fram að í greinargerð með VII. kafla og 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ítrekað fjallað um „efni“ þegar verndarhagsmunum ákvæðisins sé lýst. Samkvæmt greinargerðinni sé ákvæðinu ætlað að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem hafi bæði yfir að ráða sjónvarpsefni og fjarskiptanetum nýti þá aðstöðu sína með því að binda framboð á „efni“ við ákveðin fjarskiptanet. Ennfremur að markmiðið sé að brjóta upp lóðrétt eignarhald á „efni“ og dreifingu þar sem hvati geti verið fyrir einstaka fjölmiðlaveitendur að reyna að beina viðskiptavinum sínum að tengdu fjarskiptafyrirtæki og að gera notendum kleift að velja bæði myndmiðlunarefni og fjarskiptafyrirtæki án þess að binda sig í viðskiptum við eitt tiltekið fjarskiptafyrirtæki. Þarna sé augljóslega átt við sjónvarpsefni en ekki aðeins sjónvarpsútsendingar. Sjónvarpsefni geti bæði verið í formi rauntíma sjónvarpsútsendingar og myndmiðlunar eftir pöntun.

Tekur PFS fram að í greinargerð með 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ekki getið um sjónvarpsútsendingar nema í því samhengi að verndarhagsmunir ákvæðisins snúi að fjarskiptafyrirtækjum sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum. Þetta orðalag snúi að þólandanum en ekki fyrirtæki á borð við kæranda. Þetta orðalag auki því ekki svigrúm lóðréttis samþætts fyrirtækis á borð við kæranda til að beina tiltekinni tegund myndmiðlunar að eigin fjarskiptafyrirtæki, sérstaklega þegar orðalag umrædds ákvæðis er eins skýrt og raun ber vitni.

PFS ítrekar að beita beri almennri lögskýringu (textaskýringu) þegar um svo skýrt orðalag sé að ræða sem raun ber vitni í umræddri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. PFS beitir því ekki rýmkaði skýringu. Þá beri heldur ekki að beita þrengjandi lögskýringu eða samræmisskýringu þegar svo hátti til. Markmiðsskýring, sem þó þarf ekki að grípa til við skýringu svo skýrs lagaákvæðis, myndi einnig leiða til þeirrar niðurstöðu sem PFS komst að.

Þá vísar PFS til úrskurðar úrskurðarnefndar í máli nr. 4/2015, þar sem deilt var um túlkun hugtaksins „áskrifandi“ í 39. gr. fjarskiptalaga. Fram hafi komið í úrskurðinum að hugtakið kæmi víða fyrir í lögunum og úrskurðarnefnd hafi fallist á það með PFS að túlka þyrfti og skýra beitingu hvers ákvæðis fyrir sig.

Hvað varði umfjöllun fræðimanna sem sé að finna í kærnu, telur PFS að kærandi dragi aðeins fram stuttan, afmarkaðan og samhengislausan texta sem falli að málatilbúnaði hans.

Að mati PFS sé ljóst að ekkert í málinu réttlæti þá undantekningarreglu að vikið sé frá textaskýringu. Að áliti PFS myndi slíkt ganga gegn markmiði ákvæðisins.

Tekur PFS fram að í kærnu segi að ákvörðun um að túlka ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með þeim hætti að það næði til myndmiðlunar eftir pöntun hefði það í för með sér að til álita kæmi að beita reglum um flutningsrétt um aðgang að efni til myndmiðlunar eftir pöntun. Kveður PFS þetta vera rangt. Í hinni kærði ákvörðun komi sérstaklega fram að

ekki sé verið að beita ákvæðum 1. mgr. 45. gr. um flutningsrétt við umrædda túlkun á 5. mgr.

Þá vísar PFS til þess að í stjórnslukæru sé fjallað um meint brot PFS á lögmætisreglu stjórnsluréttar. Kveður PFS vera um að ræða misskilning af hálfu kæranda. Með túlkun á 5. mgr. 45. gr. sé PFS ekki að fyrirskipa kæranda að afhenda dagskrárefni fyrir ólínulega myndmiðlun til annarra aðila heldur að skera úr um hvort kærandi sé með umræddri háttsemi að beina viðskiptamönnum Sjónvarps Símans að eigin fjarskiptafyrirtæki. Komist PFS að þeirri niðurstöðu verði kærandi að láta af þeirri háttsemi og búa svo um hnútana að slíkt verði ekki raunin. Kærandi hafi ýmsar leiðir til þess.

Varðandi umfjöllun kæranda um alþjóðlega samkeppni í myndmiðlun eftir pöntun bendir PFS á að þau erlendu félög sem kærandi vísi til eins og Netflix o.fl., reki ekki fjarskiptanet hér á landi og geti því ekki gerst brotleg við bannákvæði 5. mgr. 45. gr. Kærandi virðist hins vegar vilja fá undanþágu frá umræddu bannákvæði til að geta brugðist við samkeppni þessara aðila. Í því samhengi sé mikilvægt að hafa í huga að slíkir aðilar einskorða ekki efnisframboð sitt (hvorki línulegt né ólínulegt) við fjarskiptanet í þeirra eigu. PFS getur ekki tekið tillit til slíkra sjónarmiða við túlkun á skýru lagaákvæði eins og raunin er varðandi umrædda 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

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

PFS tekur fram að mikilvægt sé að úrskurður úrskurðarnefndar verði kveðinn upp eins fljótt og kostur er í ljósi aðstæðna. Þá telur PFS ekki þörf á munnlegum málflutningi í málinu. Slík málsmeðferð hafi verið algjör undantekning hjá úrskurðarnefnd í gegnum tíðina og hafi a.m.k. ekki átt sér stað síðustu 6-7 árin. Ítarleg sjónarmið allra aðila liggja fyrir í málinu og sé vandséð hvað munnlegur málflutningur myndi þar við bæta. PFS muni þó ekki skorast undan þátttöku í munnlegum málflutningi, verði það niðurstaðan. PFS vekur einnig athygli á því að slíkt myndi tefta fyrir lyktum málsins. Að lokum áskilur PFS sér rétt til að reifa málið frekar og leggja fram frekari gögn síðar ef tilefni gefst til.

3.

Vodafone krefst þess að hin kærða ákvörðun PFS verði staðfest. Bendir Vodafone á að kæran feli í sér endurtekningu á þeim sjónarmiðum sem kærandi heft fram undir rekstri málsins hjá PFS. Þá mótmælir Vodafone þessum sjónarmiðum í heild sinni.

Vodafone telur að beita beri almennri lögskýringu, réttarheimildaleg staða lagaákvæða leiði til þess að leggja verði þá merkingu til grundvallar, sem vafalaust leiði af texta þess, nema veigamikil lögskýringarsjónarmið leiði til annars. Þetta sé grundvallarsjónarmið við

alla lögskýringu og til þess hafi ítrekað verið vísað til í dómum Hæstaréttar. Þá bendir Vodafone á að PFS hafi einnig stuðst við slíkar skýringar og vísar í því sambandi til ákvörðunar PFS í máli nr. 19/2012.

Þá tekur Vodafone fram að í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að skýra beri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga skv. almennri lögskýringu. Lýsir PFS sig í hinni kærðu ákvörðun sammála sjónarmiðum Vodafone og fjölmiðlanefndar að þessu leyti og telur ákvæðið eiga við um ólínulega myndmiðlun auk sjónvarpsútsendinga. Þá vísar Vodafone orðrétt til þess sem fram komi í niðurstöðu fjölmiðlanefndar.

Vodafone byggir á því að það sé í besta falli mikil einföldun að halda því fram að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nái eingöngu til sjónvarpsútsendinga, eins og það sé skilgreint í lögnum. Bendir Vodafone á að hugtakið „sjónvarpsútsending“ sé ekki að finna í 5. mgr. 45. gr. og byggir á því að sú málsgrein hafi sjálfstætt gildi óháð hvort um línulega, seinkaða eða hliðraða útsendingu er að ræða.

Þá fjallar Vodafone um úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 4/2015. Bendir Vodafone á að úrskurðarnefnd hafi í úrskurðinum komist að þeirri niðurstöðu að hugtakið „áskrifandi“ gæti vísað til mismunandi réttarstöðu í hinum ýmsu ákvæðum fjarskiptalaga.

Víkur Vodafone einnig að því sem fram komi í kæru um umfjöllun fræðimanna. Vodafone bendir á að sjónarmið fræðimannsins Davíðs Þórs Björgvinssonar falli einkar vel að niðurstöðu fjölmiðlanefndar og PFS þess efnis að beita skuli almennri lögskýringu í málinu. Í umfjöllun Davíðs Þórs Björgvinssonar sé fjallað um almenna lögskýringu og segi þar m.a. að unnt sé að slá því föstu að algengast sé að almenn lögskýring sé valin. Vodafone vekur einnig athygli á því að fjölmiðlanefnd segi í niðurstöðu sinni að orðalag ákvæðisins, tilgangur og forsaga sé algjörlega skýr. Sama gildi um forsendur PFS í hinni kærðu ákvörðun. Þar komi fram að ákvæðið sé orðað með skýrum hætti og um sé að ræða víðtækt bannákvæði. Telur Vodafone samhljóm vera milli hinnar kærðu ákvörðunar og fjölmargra dóma Hæstaréttar.

Þá víkur Vodafone einnig að umfjöllun fræðimannsins Róberts Spanó í ritinu „Túlkun lagaákvæða“. Í umfjöllun hans segi m.a. að ekki sé unnt að útiloka að réttlæt看legt sé eftir atvikum að hafna því að beita almennri lögskýringu þótt merking ákvæðis virðist vafalaus að lokinni textaskýringu. Þá segir einnig í umfjöllun hans að ganga verði út frá því að slíkt eigi við í undantekningartilvikum þegar sérstök og knýjandi rök réttlæta að sú leið sé farin. Bendir Vodafone á í því sambandi að ekkert komi fram í málartilbúnaði kæranda sem styðji að vegna atvika málsins sé til staðar slíkt undantekningartilvik að sérstök og knýjandi rök réttlæti að vikið sé frá vafalausri merkingu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að lokinni textaskýringu. Telur Vodafone óljósa tilvísun kæranda til alþjóðlegrar samkeppni á markaði fyrir myndmiðlun eftir pöntun ekki réttlæta að skýru lagaákvæði sé vikið til

hliðar með þeim afleiðingum að samkeppni á innlendum fjölmiðla- og fjarskiptamarkaði sé raskað.

Vodafone bendir á að hin kærða ákvörðun feli í sér skýringu ákvæðisins eftir orðanna hljóðan, en ekki sé beitt rýmkandi lögskýringu. Þá telur Vodafone jafnframt að skilyrði þess að beita þrengjandi lögskýringu séu ekki uppfyllt. Bendir Vodafone á að þótt ekki sé sérstök þörf á að byggja á markmiðsskýringu, sökum þess að einföld textaskýring nægi, skal tekið fram að markmiðsskýring leiði til sömu niðurstöðu. Vísar kærandi til markmiða fjarskiptalaga sem fram komi í 2. mgr. 1. gr. laganna og hlutverks PFS sem skilgreint sé í 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun í þessu sambandi.

Þá vísar Vodafone einnig til skýringa við frumvarpið er varð að fjölmiðlalögum og tekur upp beina tilvitnun til umfjöllunar úr frumvarpinu er varðar markmið flutningsreglna. Einnig er vísað til almennra athugasemda við VI. kafla laganna. Samkvæmt skýringum frumvarpsins sé markmið reglunnar að brjóta upp lóðrétt eignarhald á efni. Markmiðið sé jafnframt að koma í veg fyrir að þau fjarskiptafyrirtæki sem ekki hafa yfir að ráða eigin sjónvarpsútsendingum muni áfram eiga erfitt uppdráttar. Þar sem einkum þrjú fyrirtæki hér á landi hafi yfir að ráða „eigin sjónvarpsútsendingum“, þ.e.a.s. RÚV, Skjárinn og 365, en þau tvö síðarnefndu reki jafnframt fjarskiptastarfsemi.

Í reynd hafi 5. mgr. 45. gr. þá þýðingu að kærandi verði að gæta jafnræðis milli fjarskiptaneta óháð því hvort um línulegar, seinkaðar eða hliðraðar útsendingar er að ræða. Ástæðan sé sú að annars væri samkeppni raskað.

Vísað er einnig til álits fjölmiðlanefndar. Telur Vodafone að í hnotskurn megi segja að aðgerðir kæranda fari gegn þeim markmiðum sem lýst sé í greinargerð með fjölmiðlalögum. Bendir Vodafone á að afleiðingar aðgerða kæranda yrðu þær að neytendur væru þvingaðir til að færa sig yfir á Ljósnet eða önnur fjarskiptakerfi kæranda í stað hraðari ljósleiðaratenginga, sem Vodafone og fleiri fjarskiptafyrirtæki bjóði upp á. Þar með sé ekki verið að vernda neytendur í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki. Samtímis sé samkeppni á fjarskiptamarkaði raskað.

Vodafone bendir á að fullyrðingar kæranda um að lagaheimildir PFS á grundvelli fjölmiðlalaga nái einungis til þess að taka mál til stjórnarsýslumeðferðar þegar ágreiningur sé um flutningsrétt eða flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum séu rangar. Þá áréttar Vodafone að samkvæmt 2. mgr. 47. gr. fjölmiðlalaga hafi PFS ákveðið gjald fyrir ýmsa þjónustubætti sem tengist flutningi sjónvarpsútsendinga og skuli við slíka ákvörðun miða við sömu sjónarmið og gildi um flutninginn sjálfan eftir því sem eigi við.

Vodafone áréttar að lokum að ákvæði 5. mgr. 45. gr. sé óvenju skýrt, ótvírætt og víðtækt bannákvæði, skýring samkvæmt orðanna hljóðan leiði málið einfaldlega til lykta. Við þetta bætist að tilgangur og forsaga ákvæðisins sé skýr og markmiðsskýring styðji sömu niðurstöðu. Þá bendir Vodafone á að það hafi verið afdráttarlaus niðurstaða þeirra

sérfræðistofnana sem þekkja til málsins, er vakin sérstök athygli á álitum fjölmiðlanefndar í því sambandi.

Vodafone gerir ekki kröfu um munnlegan málflutning í ljósi þess að málið snýst einvörðungu um lögskýringar, en ekki sé ágreiningur um málsatvik.

4.

Athugasemdir PFS og Vodafone voru sendar kæranda til upplýsinga og eftir atvikum til frekari athugasemda. Frekari athugasemdir bárust frá kæranda hinn 11. ágúst 2016. Áréttar kærandi fyrri sjónarmið sem komu fram í stjórnslukæru. Kærandi bendir á að í greinargerð sem fylgdi fjölmiðlalögum sé tekið skýrt fram að flutningsreglurnar gildi ekki um myndmiðlun eftir pöntun. Þrátt fyrir að hvergi í lögum né greinargerð sem fylgdi með þeim sé tekið fram að flutningsreglurnar eigi við um annað en sjónvarpsútsendingar komist PFS að þeirri niðurstöðu að 5. mgr. 45. gr. hafi víðtækara gildissvið og nái einnig yfir myndmiðlun eftir pöntun. Þessari niðurstöðu komist PFS að þó svo að viðurlagaákvæði laganna heimili einungis beitingu sekta eða refsingu vegna brota á 5. mgr. 45. gr. ef brotið hefur verið gegn flutningsrétti að sjónvarpsútsendingum. Telur kærandi niðurstöðu PFS ekki standast að lögum.

Kærandi telur að sú leið sem PFS og fjölmiðlanefnd velji til að komast að niðurstöðu hafi í för með sér að slíta 5. mgr. 45. gr. úr samhengi við önnur ákvæði 45. gr., önnur ákvæði VII. kafla fjölmiðlalaga og viðurlagaákvæði laganna. Slík lögskýringaraðferð fáist ekki staðist og sé m.a. vísað til ákvörðunar úrskurðarnefndar í máli nr. 6/2015 því til stuðnings. Í því máli hafi úrskurðarnefnd rökstutt m.a. niðurstöðu sína með því að 5. mgr. 46. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 yrði ekki slitin úr samhengi við önnur efnisákvæði greinarinnar. Nákvæmlega það sama eigi við í þessu máli sem leiði til þeirrar niðurstöðu að fallast verði á kröfu kæranda um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar.

Að því er varðar máltilbúnað PFS og Vodafone um að ef ekki verði mælt fyrir um afhendingu á efni til myndmiðlunar eftir pöntun muni það raska samkeppni, tekur kærandi fram að nú sé að nálgast ár frá því Vodafone upphaflega hafði upp kröfu vegna málsins og enn hafi ekki komið fram vísbendingar um slíka röskun. Þar sem þetta sé réttlæting fyrir ákvörðun PFS, sé hún byggð á ófullnægjandi forsendum, þar sem hún uppfylli ekki grunnskyldu stjórnslulaga um rannsókn. Er það ógildingarannmarki á hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi bendir á að PFS tvískipti ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga og eigi það sér ekki stoð í lögum sjálfum eða greinargerð. Virðist PFS láta að því liggja að í raun sé um tvö aðskilin atriði að ræða og ekki sé nein tenging þar á milli. Einnig bendir kærandi á að í almennum skýringum með VII. kafla fjölmiðlalaga sé ekki að finna skiptingu í eiginlegar flutningsreglur og reglur sem fjalli um önnur atriði. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. sé sannarlega tengt sjónvarpsútsendingum og augljóst hvaða hagsmunum því er ætlað að vernda.

Ákvæði 45. gr. fjölmiðlalaga fjalli um flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum. Lögskýringaraðferð PFS um tvískiptingu ákvæðisins í eiginlegar flutningsreglur og aðrar reglur standist ekki enda sæki hún ekki stoð í lagaákvæðið sjálft né skýringar í greinargerð. Verði því að hafna málatilbúnaði PFS.

Fyrir liggir að í greinargerð með fjölmiðlalögum er sérstaklega tekið fram að markmiðið með ákvæðinu sé að vernda fjarskiptafyrirtæki sem ekki hafi yfir sjónvarpsútsendingum að ráða. Telur kærandi að þegar 4. mgr. og 5. mgr. 45. gr. eru túlkaðar með sektar- og refsíákvæðum laganna fjalli 4. og 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga um flutningsrétt á sjónvarpsútsendingum sem geti varðað sektum og jafnvel refsingu sé brotið gegn þeim.

Bendir kærandi á að það sé viðurkennd lögskýringarregla að viðurlagaákvæði sæti þröngri lögskýringu. Þá bendir kærandi einnig á að málatilbúnaður PFS í þá veru að það skipti sköpum að orðið sjónvarpsútsending komi ekki fyrir í 5. mgr. 45. gr. standist ekki. Þegar horft sé til heildarsamhengis 45. gr. og annarra ákvæða VII. kafla laganna liggir fyrir að ákvæðinu sé einungis ætlað að ná til sjónvarpsútsendinga.

Orðalag 5. mgr. 45. gr. er að mati kæranda ófullkomið. Í ákvæðinu segi að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ekki sé hins vegar skilgreint hvaða viðskipti sé um að ræða. Viðskipti sé það víðtækt hugtak að það fáist ekki staðist að það næði yfir öll möguleg og ómöguleg viðskipti sem fjölmiðlaveita á eða kunni að eiga. Brot gegn ákvæðinu geti jafnframt falið í sér stjórnvaldssekt eða verið refsiverð. Horfa verði til samhengis 5. mgr. 45. gr. við aðrar málsgreinar 45. gr. og VII. kafla fjölmiðlalaga í heild sinni. Ákvæði 45. gr. fjallar um flutningsrétt að sjónvarpsútsendingum eins og ráða megi af skýru orðalagi ákvæðisins og skýringum í greinargerð. Sérstaklega sé tekið fram í skýringum í greinargerð að ákvæðið fjalli ekki um myndmiðlun eftir pöntun. Þá bendir kærandi á að einungis sé ein tegund af flutningsrétti til skv. 45. gr. fjölmiðlalaga. Það sé flutningsréttur að sjónvarpsútsendingum. Af því leiði að það gangi ekki upp rökfræðilega að 5. mgr. 45. gr. hafi jafnvíðtækt gildissvið og PFS haldi fram. Meginmarkmið með lögfestingu flutningsreglna fjölmiðlalaga sé að tryggja aðgengi að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum.

Að mati kæranda sé merkingarleysa hjá PFS að segja að annað af markmiðum með setningu VII. kafla fjölmiðlalaga hafi verið að kveða á um flutningsrétt og flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum. Rétt sé að þær reglur hafi beinlínis verið settar til að ná markmiðum um aðgang að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum. Lagareglurnar séu því ekki markmiðið heldur sú aðferð sem sé notuð til að ná settu markmiði. Bendir kærandi á að horfa skuli til lögskýringargagna við mat á markmiði VII. kafla fjölmiðlalaga og vísar í því sambandi orðrétt til þess sem þar komi fram. Telur kærandi að ráðið verði af tilvitnunum í greinargerðina um að lögfest hafi verið ákvæði um flutningsrétt og flutningsskyldu á sjónvarpsútsendingum og markmið

þeirra hafi verið að tryggja að notendum stæði til boða fjölbreytt úrval sjónvarpsefnis án þess að þurfa að tengjast mörgum fjarskiptanetum.

Kærandi bendir á að PFS og fjölmiðlanefnd hafi ekki við málsmeðferðina svarað því með fullnægjandi hætti hvernig standi á því að í greinargerð með lögunum sé sérstaklega tekið fram að lagaákvæðin nái ekki til myndmiðlunar eftir pöntun. Vísar kærandi í því sem komi fram í greinargerð með b-lið 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, þar sem kemur m.a. fram að flutningsréttur nái ekki til ólínulegrar hljóð- og myndmiðlunar, svo sem myndmiðlunar eftir pöntun. Þar segir einnig að fáheyrt sé að einkaréttarsamningar fylgi slíku efni, enda sé það rétt höfum í hag að það sé aðgengilegt neytendum á sem flestum dreifikerfum. Þarna kveður kærandi einnig komna fram eina skýringu þess að ekki var talin ástæða til að láta VII. kafla laganna ná einnig til myndmiðlunar eftir pöntun. Ástæðan sé sú að sjaldnast fylgi einkaréttur á dreifingu á efni sem dreift sé með myndmiðlun eftir pöntun þar sem sama efnið megi oft finna á fleiri en einu dreifikerfi. Samandregið sýni framangreind umfjöllun að markmið með setningu reglna um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum hafi verið að draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds.

Kærandi tekur fram að hann byggir í raun á því að ekki eigi að leika vafi um merkingu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga að loknu heildarmati á innra og ytra samhengi ákvæðisins. Telji úrskurðarnefnd hins vegar einhvern vafa leika á því hvort gildissvið ákvæðisins nái einungis til flutningsréttar að sjónvarpsútsendingum eða sé víðtækara, sé nærtækast að velja þrengjandi lögskýringu, m.a. með vísan til þess að heildarmat á innra og ytra samhengi ákvæðisins leiði til þeirrar niðurstöðu að myndmiðlun eftir pöntun falli utan gildissviðs ákvæðisins.

Það sé einnig almennt viðurkennt lögskýringarsjónarmið að þegar stjórnvöld taki ákvarðanir sem hafi í för með sér íþyngjandi ráðstafanir fyrir aðila máls þá sæti lög þrengjandi lögskýringu. Verði fallist á niðurstöðu PFS um að 5. mgr. 45. gr. feli í sér víðtækt og almennt bannákvæði með því að ná einnig til myndmiðlunar eftir pöntun auk sjónvarpsútsendinga feli það í sér íþyngjandi ráðstöfun í garð kæranda og beri því að beita þrengjandi lögskýringu. Tekur kærandi einnig fram að það sé viðurkennt lögskýringarsjónarmið að rýmkaði lögskýring eigi ekki við þegar hún geti leitt til meira íþyngjandi stöðu fyrir aðila máls.

Þá ítrekar kærandi sjónarmið sín um að PFS hafi brotið gegn lögmætisreglu stjórnsýsluréttar þar sem lagaheimild PFS nái einungis til ágreinings um rétt eða skyldu til flutnings sjónvarpsútsendinga, sbr. 46. gr. og 47. gr. fjölmiðlalaga. Athugasemdir PFS hvað þetta varði séu ekki veigamiklar en PFS beri helst við misskilning kæranda. Í athugasemdum Vodafone sé byggt á því að myndmiðlun eftir pöntun sé það nátengdur þjónustubáttur sjónvarpsútsendingum og því skorti PFS ekki heimildir að lögum til að fjalla um ágreining aðila. Bendir kærandi á að í skýringum með greinargerð sé fjallað um að það dugi ekki að um sé að ræða tengda þjónustu heldur þurfi að vera um að ræða nátengda þjónustu og að nefnt sé í dæmaskyni, tenging við fjarskiptanetið, meðhöndlun

útværsmarkis og aðgangsstyring. Augljóslega verði að telja að í öllum tilvikum sé þarna um að ræða þjónustubætti sem tengist því að fjarskiptafyrirtæki geti flutt sjónvarpsútsendingu yfir sitt kerfi. Myndmiðlun eftir pöntun sé hins vegar allt önnur þjónusta og ekki tengd því að sjónvarpsútsendingu verði komið til skila. Eftir standi að ákvæði 46. gr. og 47. gr. staðfesti í raun fyrri umfjöllun um að gildissvið VII. kafla fjölmiðlalaga nái einungis til sjónvarpsútsendinga og þeirrar nátengdu þjónustu sem þarf til að koma henni til skila. Einungis sé heimilt að skjóta máli til PSF ef til ágreinings kemur á milli aðila um flutning sjónvarpsútsendinga, sbr. 2. mgr. 46. gr. fjölmiðlalaga.

Víkur kærandi þá að umfjöllun um EES-samninginn. Byggir kærandi á því að ef fallist yrði á ákvörðun PFS um hið víðtæka gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé ljóst að í því felist að íslensk löggjöf sé mun strangari en annars staðar á EES-svæðinu. Kærandi telur ákvörðun PFS í andstöðu við 3. gr. laga nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið. Þar segi að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við eigi, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Hvergi í EES-samningnum, reglugerðum, tilskipunum eða öðrum gerðum sem settar eru með stoð í samningnum sé kveði á um flutningsskyldu eða flutningsrétt að efni með myndmiðlun eftir pöntun. Íslensk lagasetning sem færi strangar í sakirnar en gert sé annars staðar á EES-svæðinu færi því gegn framangreindri lagareglu og feli í sér að brotið sé gegn samningnum. Slíka ákvörðun telur kærandi þrengja að samkeppnisstöðu íslenskra fyrirtækja í samkeppninni við önnur fyrirtæki á EES-svæðinu og víðar, enda gildi engin landamæri þegar um sé að ræða myndmiðlun eftir pöntun. Ógilda verði hina kærðu ákvörðun af þessum sökum.

Við framangreint bætist að ef það hafi verið ætlun löggjafans að setja séríslenska reglu sem færi mun strangar í sakirnar en annars staðar á EES-svæðinu hefði verið rökstutt hvað það væri sem réttlætti slíkt frávik vegna séríslenskra aðstæðna.

5.

Viðbótarathugasemdir kæranda voru sendar PFS og Vodafone til upplýsinga og eftir atvikum til frekari athugasemda.

Frá PFS bárust úrskurðarnefnd athugasemdir þar sem tekið var fram að fátt nýtt kæmi fram í athugasemdum kæranda. Vísaði PFS til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun og greinargerðar PFS.

PFS gerði þó sérstakar athugasemdir við tvennt sem fram kom í viðbótarathugasemdum kæranda. Annars vegar vísun kæranda til úrskurðar úrskurðarnefndar nr. 6/2015. Hafnar PFS því að hægt sé að draga almennar ályktanir af öðru og óskyldu máli úrskurðarnefndar, án þess að gera tilraun til þess að benda á líkindi milli málanna.

Hins vegar gerir PFS athugasemd við að kærandi telji hina kærðu ákvörðun brjóta gegn EES-samningnum. Bendir PFS á að þetta atriði hafi ekki komið fram í kæru innan

kærufrests og telur að úrskurðarnefnd beri vegna þess að horfa fram hjá þeirri málsástæðu. Í þessu sambandi bendir PFS einnig á að þetta atriði sé lítt rökstutt. Hafnar PFS málatilbúnaði kæranda sem lúti að framangreindu. Eins og skýrt hafi komið fram í hinni kærðu ákvörðun og skriflegum athugasemdum PFS sé einmitt ekki kveðið á um flutningsskyldu eða flutningsrétt að myndmiðlun eftir pöntun í 1. mgr. 44. gr. og 1. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hins vegar hafi vegna séríslenskra aðstæðna verið ákveðið að setja umrætt bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga til að koma í veg fyrir skaðleg samkeppnisleg áhrif af lóðrétt samþættum fyrirtækjum hér á landi sem starfræktu bæði fjarskiptastarfsemi og efnisveitu. Í 31. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/22/EB (alþjónustutilskipun í fjarskiptum) sé að finna ákvæði um flutningsskyldu en ekki flutningsrétt. Evrópusambandið hafi ákveðið að samræma reglur um flutningsskyldu upp að vissu marki en ekki reglur um flutningsrétt. Aðildarríkin hafi því vald til að setja reglur um flutningsrétt að svo miklu leyti sem þær skerði ekki fjórfrelsis- eða samkeppnisreglur stofnsáttmála ESB eða afleiddar reglur sambandsins. Vísar PFS einnig til Liberty Goal málsins þar sem framkvæmdastjórn ESB fyrirskipaði umræddu fyrirtæki að veita keppinautum sínum aðgang að ólínulegu dagskrárefni sínu til að koma í veg fyrir skerðingu á samkeppni. Bendi þetta til þess að sérhvert ríki geti hagað löggjöf sinni m.t.t. innanlandsaðstæðna til að tryggja samkeppni, svo fremi sem hún standist stofnsáttmála ESB um fjórfrelsi og samkeppnisreglur og afleidda ESB löggjöf. Að lokum tekur PFS fram að það sé í verkahring dómstóla að taka afstöðu til þess hvort lagaákvæði standist EES-samninginn, almennt að undangengnu ráðgefandi áliti EFTA dómstólsins. Slíkt mat sé ekki í höndum úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Úrskurðarnefnd bárust einnig frekari athugasemdir frá Vodafone. Kom fram sú almenna athugasemd að í athugasemdum kæranda væri að finna endurtekningar á því sem fram hafi komið í stjórnýslukæru. Þá gerði Vodafone athugasemd við að kærandi héldi því fram að skýringarkostur PFS í málinu stæðist ekki þar sem vanhöld væru á skýrleika refsheimilda, sbr. 3. mgr. 54. gr. og o-liður 1. mgr. 56. g. fjölmiðlalaga. Mótmælir Vodafone þessum málatilbúnaði, enda sé í refsíákvæðunum einungis verið að vísa til þess að samkvæmt fyrirsögn 45. gr. fjölmiðlalaga fjalli ákvæðið m.a. um flutningsrétt á myndefni. Einboðið sé að lögskýring á 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga ráðist ekki af titli í fyrirsögn lagagreinarinnar, heldur af skýru og afdráttarlausu orðalagi umrædds ákvæðis 5. mgr. 45. gr. laganna. Ber af þessum sökum að hafna þessari málsástæðu.

Í öðru lagi bendir Vodafone á að málsástæður kæranda er lúta að því að PFS hafi ekki gætt að rannsóknarreglu séu ótímabærar á þessu stigi, þar sem eingöngu liggi fyrir að úrskurðarnefnd taki afstöðu til þess hvort staðfesta beri hina kærðu ákvörðun um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Rannsókn á efnisþætti málsins sé samhliða í gangi.

Vodafone mótmælir fullyrðingu kæranda um að Vodafone sé markaðsráðandi fyrir sjónvarpsdreifingu, þegar af þeirri ástæðu að félagið hafi ekki verið skilgreint sem ráðandi á umræddum markaði beri að hafna þessari málsástæðu kæranda.

Að lokum bendir Vodafone á að málsástæða kæranda um að hin kærða ákvörðun sé andstæð EES-samningnum sé reist á veikum grunni, enda alkunna að tilskipanir sem innleiddar hafa verið í EES- samninginn geymi lágmarkskröfur og aðildarríkjum því í lófa lagið að innleiða strangari reglur á einstökum réttarsviðum.

6.

Úrskurðarnefnd bærust athugasemdir frá kæranda við framangreindum röksemdum PFS og Vodafone. Bendir kærandi á að tilvísun til úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 6/2015 eigi við í málinu, þar sem forsendur þess úrskurðar séu í samræmi við það að ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, verði ekki túlkað með bókstafstúlkun þar sem orð eru túlkuð einangruð og án samhengis við önnur ákvæði 45. gr. laganna og VII. kafla fjölmiðlalaga í heild sinni.

Að því er varðar umfjöllun um brot gegn EES-samningnum tekur kærandi fram að umfjöllun PFS og Vodafone staðfesti að hin kærða ákvörðun feli í sér að fyrirtæki með staðfestu á Íslandi búi við strangari löggjöf en fyrirtæki annars staðar á EES-svæðinu. Um sé að ræða svo verulegt frávik frá því sem gildi annars staðar á EES-svæðinu að telja verði niðurstöðuna andstæða 3. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993 og markmiða samningsins.

Að því er varðar umfjöllun PFS um Liberty Global málið bendir kærandi á að málið hafi ekki byggt á reglum um flutningsrétt eða flutningsskyldu heldur samkeppnisreglum ESB sem séu af allt öðrum toga. Nærtækara sé að líta svo á að Liberty Global málið sýni að það sé hlutverk samkeppnisyfirvalda að kveða á um aðgang að myndmiðlun eftir pöntun. Málið geti því vart haft fordæmisgildi í máli þessu nema þá aðeins til stuðnings því að ekki séu lagaforsendur fyrir því að PFS taki málið til meðferðar.

Víkur kærandi því næst að mótmælum Vodafone á því að teljast fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Bendir kærandi í því sambandi á að Vodafone líti sjálft á sig í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sjónvarpsdreifingu og vísar í því sambandi til fjárfestakynningar sem birt hafi verið af hálfu Vodafone við skráningu félagsins á markað. Þá hafi Samkeppniseftirlitið fjallað um markaðsráðandi stöðu Vodafone í ákvörðun sinni nr. 6/2013.

Að lokum áréttar kærandi að hann telji sjónvarpsútsendingar ekki vera þjónustu sem sé nátengd myndmiðlun eftir pöntun, sú staðhæfing Vodafone standist ekki. Um sé að ræða ólíkar og aðskildar þjónustur þar sem grundvallarmunur sé á því hvernig þjónustan sé veitt. Í öðru tilvikinu sé um að ræða sjónvarpsútsendingu þar sem um er að ræða samtímis áhorf á dagskrárliði á grundvelli dagskráráætlunar en í hinu tilvikinu geti notandi horft á dagskrárliði þegar hann svo kys. Orðalag 2. mgr. 47. gr. fjölmiðlalaga styðji einnig framangreint, þar sem segir að PFS geti ákveðið gjald fyrir ýmsa þjónustuþætti sem

tengist flutningi sjónvarpsútsendinga. Myndmiðlun eftir pöntun sé ekki þjónustubáttur sem tengist flutningi sjónvarpsútsendinga.

IV. Niðurstöður

1.

Gagnaöflun í máli þessu lauk hinn 21. september 2016. Úrskurðarnefndin telur rétt að gera athugasemdir við endurtekningar í málatilbúnaði aðila sem valdið hefur töfum á úrlausn þess.

Mál þetta sætti forgangi hjá úrskurðarnefndinni í ljósi þess að hin kærða ákvörðun tekur til gildissviðs 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, en fyrir PFS liggur að taka efnisákvörðun vegna kvörtunar Vodafone vegna meints brots kæranda á þessu ákvæði.

Í máli þessu er deilt um gildissviðs 5. mgr. 45. gr. laga um fjölmiðla, nr. 38/2011. Í ákvæðinu kemur fram að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ágreiningur máls þessa lýtur að því hvort ákvæðið taki bæði til ólínulegrar myndmiðlunar (myndmiðlunar eftir pöntun) og línulegrar myndmiðlunar (sjónvarpsútsendinga) eða einungis til línulegrar myndmiðlunar.

Niðurstaða PFS í hinni kærðu ákvörðun var að 5. mgr. 45. gr. hefði sjálfstætt gildi og næði bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar.

Kærandi telur að ógilda skuli hina kærðu ákvörðun þar sem 5. mgr. 45. gr. nái einungis til línulegrar myndmiðlunar. Kærandi byggir á því að túlkun PFS á ákvæðinu í hinni kærðu ákvörðun feli í sér að málgreinin sé túlkuð án samhengis við önnur ákvæði laganna. Lesa skuli ákvæðið í samhengi við aðrar málgreinar 45. gr., í samhengi við önnur ákvæði VII. kafla laganna, auk viðurlagaákvæða 54. gr. og 56. gr. laganna. Sé það gert verði ljóst að túlka beri 5. mgr. 45. gr. með þeim hætti að ákvæðið nái einungis til línulegrar myndmiðlunar. Vísar kærandi einnig til athugasemda við greinargerð með frumvarpi sem varð að fjölmiðlalögum, máli sínu til stuðnings. Telur kærandi að hvergi í lagatextanum né í greinargerð sé að finna nokkuð það sem styðji þá túlkun sem kemur fram í hinni kærðu ákvörðun. Vísar kærandi einnig til umfjöllunar ýmissa fræðimanna um túlkun lagaákvæða, máli sínu til stuðnings. Þá byggir kærandi einnig á því að ef vafi leiki á hvernig skýra beri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, beri að beita þröngri lögskýringu, þar sem um íþyngjandi ákvæði sé að ræða. Byggir kærandi einnig á því að hin kærða ákvörðun brjóti gegn lögætisreglu stjórnisýsluréttar, þar sem PFS hafi skort valdheimildir til þess að kveða á um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

PFS krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Það sé meginregla við lögskýringar að skýra beri ákvæði eftir orðanna hljóðan, sé það skýrt orðað. Ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga sé skýrt og því komi ekki til greina að beita öðrum lögskýringaaðferðum eins

og samræmisskýringu. Bendir PFS á að markmiðsskýring myndi einnig leiða til þeirrar niðurstöðu sem PFS komst að í hinni kærðu ákvörðun. Þá telur PFS að 1.-3. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga fjalli um eiginlegan flutningsrétt fjarskiptafyrirtækja á myndefni fjölmiðlaveitu, önnur ákvæði 45. gr. fjalli um atriði sem ekki tengist hinum eiginlegu flutningsréttarreglum með beinum hætti. Vísar PFS einnig til þess að ekki sé unnt að leggja annað en víðtækan skilning í hugtakið „viðskipti“ í ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Hefði það verið vilji löggjafans að takmarka bannreglu 5. mgr. 45. gr. laganna við línulega myndmiðlun hefði honum verið í lófa lagið að orða ákvæðið með þeim hætti. Að því er varðar umfjöllun kæranda um meint brot PFS á lögmætisreglu, þá hafnar PFS slíkum sjónarmiðum kæranda.

Vodafone krefst þess einnig að hin kærða ákvörðun verði staðfest og byggir á sambærilegum sjónarmiðum og PFS. Kemur fram í málatilbúnaði Vodafone að í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að skýra beri 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga skv. almennri lögskýringu. Vodafone telur einnig að PFS hafi valdheimildir til þess að taka hinu kærðu ákvörðun.

2.

Líkt og að framan greinir þá reynir í máli þessu á lög um fjölmiðla, nr. 38/2011, einkum 5. mgr. 45. gr. laganna. Þar segir að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Í 2. gr. fjölmiðlalaga eru hin ýmsu hugtök laganna skilgreind og hafa eftirfarandi töluliðir þýðingu við úrlausn þessa máls. Í 10. tölul. 2. gr. segir að fjarskiptafyrirtæki sé einstaklingur eða lögaðili sem hefur tilkynnt Póst- og fjarskiptastofnun um fyrirhugaðan rekstur fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanets. Í 15. tölul. 2. gr. segir að fjölmiðlaveita sé einstaklingur eða lögaðili sem starfrækir fjölmiðil. Í 16. tölul. 2. gr. segir að flutningur samkvæmt reglum um flutningsrétt og flutningsskyldu taki til flutnings og dreifingar á myndefni frá tengipunkti sjónvarpsstöðvar til aðgangskassanotenda og í 17. tölul. segir að flutningsreglur séu reglur um flutningsrétt og flutningsskyldu. Í 18. tölul. 2. gr. segir að flutningsréttur feli í sér að fjölmiðlaveitu sé skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjarskiptafyrirtækis um dreifingu á efni. Í 19. tölul. 2. gr. segir að flutningsskylda feli í sér að fjarskiptafyrirtækjum sé skylt, að nánar gættum skilyrðum uppfylltum, að verða við beiðni fjölmiðlaveitu um dreifingu efnis. Í 29. tölul. 2. gr. kemur fram að myndmiðlun er þjónusta sem fjölmiðlaveita býður og er annars vegar sjónvarpsútsending og hins vegar myndmiðlun eftir pöntun. Þá segir í 30. tölul. 2. gr. að myndmiðlun eftir pöntun (ólínuleg myndmiðlun) sé þjónusta sem fjölmiðlaveita býður, án tillits til þess víðtækis sem er notað til móttöku efnisins og án tillits til þess hvort greiða þarf fyrir efnið þannig að notandi getur horft á dagskrárliði í heild eða að hluta þegar hann svo kys og að sérstakri beiðni hans á grundvelli efnisskrár fjölmiðlaveitu. Í 37. tölul. 2. gr. segir að sjónvarpsútsending (línuleg myndmiðlun) sé hvers konar miðlun myndefnis án

tillits til þess viðtækis sem er notað til móttöku útsendingarinnar þar sem fjölmiðlaveita býður fram samtímis áhorf á dagskrárliði á grundvelli dagskráráætlunar.

Í 3. gr. fjölmiðlalaga er fjallað um gildissvið laganna. Gilda lögin um allt hljóð- og myndefni í læstri eða ólæstri dagskrá, línulegri dagskrá eða eftir pöntun. Verður sú ályktun dregin af ákvæðinu að skýrt þurfi að koma fram ef einstökum ákvæðum laganna er einvörðungu ætlað að fjalla um takmarkaða þætti gildissviðsins.

Í 54. gr. og 56. gr. fjölmiðlalaga er að finna viðurlagaákvæði vegna brota á ákvæðum laganna. Segir í 3. mgr. 54. gr. að PFS leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt. Í o. lið 1. mgr. 56. gr. laganna segir að ábyrgðarmaður, starfsmenn fjölmiðlaveitu eða stjórnarmenn sem framkvæma eða láta framkvæma brot gegn 4. og 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt skuli sæta sektum eða fangelsi allt að sex mánuðum ef sakir eru miklar.

Þá er einnig horft til stjórnslulaga, nr. 37/1993, og almennra reglna stjórnsluréttarins við úrlausn máls þessa. Einkum til lögmætisreglu stjórnsluréttar og rannsóknarreglunnar, sbr. 10. gr. stjórnslulaga.

3.

Í máli þessu reynir annars vegar á gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og hins vegar á valdheimildir PFS til að taka hina kærðu ákvörðun. Úrskurðarnefnd mun í máli þessu aðeins fjalla um hina kærðu ákvörðun, þ.e.a.s. gildissvið ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Málsástæður og röksemdir aðila og PFS sem lúta að mögulegu broti kæranda á 5. mgr. 45. gr. koma því ekki til skoðunar í máli þessu.

Lögmætisregla stjórnsluréttar

Kærandi telur að PFS hafi farið út fyrir valdsvið sitt við töku hinnar kærðu ákvörðunar og hin kærða ákvörðun brjóti því gegn lögmætisreglu stjórnsluréttar. Telur kærandi að af þessum sökum skuli ógilda hina kærðu ákvörðun.

Í hinni kærðu ákvörðun er kveðið á um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Ákvæðið kveður á um að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þá segir í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga að Póst- og fjarskiptastofnun leggi stjórnvaldssektir á þá sem brjóti gegn ákvæðinu. Það er mat úrskurðarnefndar að með framangreindu ákvæði 3. mgr. 54. gr. sé PFS falið það lögbundna hlutverk að leggja mat á það hvort fjölmiðlaveita hafi brotið gegn ákvæðinu. Í því felist jafnframt að PFS hafi heimild til þess að taka ákvörðun um gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, enda er það nauðsynlegur undanfari ákvörðunar um það hvort brotið hafi verið gegn ákvæðinu og eftir atvikum hvort stofnunin telji skilyrði til þess að beita stjórnsluviðurlögum þeim sem kveðið er á um í 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlalaga. Er það því niðurstaða úrskurðarnefndar að PFS hafi ekki farið út fyrir valdsvið sitt við töku hinnar kærðu ákvörðunar og hin kærða

ákvörðun eigi sér því stöð í fjölmiðlalögum, sbr. ákvæði 5. mgr. 45. gr. og 3. mgr. 54. gr. laganna. Hlutverk úrskurðarnefndar er að leysa úr kærur sem nefndinni berast vegna ákvarðana PFS, sbr. 1. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003, sbr. og 1. mgr. 2. gr. reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Gildissvið ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga

Líkt og áður greinir er deilt um túlkun ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga í máli þessu. Í ákvæðinu segir að fjölmiðlaveitu sé óheimilt að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Ágreiningur aðila snýr að því hvað falli undir hugtakið viðskipti. Kærandi rekur fjölmiðlaveitu.

Að því er varðar sjónarmið kæranda um samhengi ákvæðisins við aðrar málsgreinar 45. gr. laganna og önnur ákvæði VII. kafla laganna (Reglur um flutning myndefnis), tekur úrskurðarnefnd fram að ákvæði 44. gr. og 1.-3. mgr. 45. gr. fjalla annars vegar um flutningsskyldu fjarskiptafyrirtækja og hins vegar rétt þeirra til flutnings á sjónvarpsútsendingum, en sá réttur felur í sér samsvarandi skyldu þeirrar fjölmiðlaveitu sem beiðni um flutning sjónvarpsútsendingar snýr að. Ekki er þörf á sérstöku bannákvæði í lögnum þegar fjallað er um slíkar skyldur eða réttindi, enda er ákvæðum 46. og 47. gr. laganna ætlað leysa úr ágreiningi sem upp kann að rísa í samskiptum fjarskiptafyrirtækis og fjölmiðlaveitu vegna þessa. Af því leiðir eðli málsins samkvæmt að ekki verða lagðar á stjórnvaldssektir vegna brota á þessum ákvæðum laganna.

Öðru máli gegnir um 4. og 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, sem báðar beinast einvörðungu að fjölmiðlaveitum. Með lögum nr. 38/2011 var þessum ákvæðum skipað í niðurlag 45. gr. laganna. Með lögum nr. 54/2013, var tveimur málsgreinum bætt við 45. gr. sem báðar lúta einvörðungu að skyldum fjölmiðlaveitna í samskiptum sín á milli, þ.e.a.s. 6. og 7. mgr. Póst- og fjarskiptastofnun hefur heimild til að leggja stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæðum 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna, sbr. 3. mgr. 54. gr. laganna. Þar sem ákvæði 4. og 5. mgr. 45. gr. laganna fjalla um skyldur fjölmiðlaveitna beinist viðurlagaábyrgð að þeim, en ekki fjarskiptafyrirtækjum.

Því er ekki unnt að fallast á það með kæranda að þótt á ýmsum stöðum í VII. kafla laganna og í 1.-3. mgr. 45. gr. sé fjallað um sjónvarpsútsendingar (línulega myndmiðlun), beri að skýra 5. mgr. 45. gr. með hliðsjón af því. Löggjafinn hefur valið að skipa í eina grein, sem skipt er í málsgreinar, mismunandi efnisákvæðum um þær skyldur sem hvíla á fjölmiðlaveitum.

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

styðji einnig þá niðurstöðu að gildissvið 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga skuli ekki takmarkað við línulega myndmiðlun. Samkvæmt framangreindu er það niðurstaða úrskurðarnefndar að gildissvið ákvæðis 5. mgr. 45. gr. nái bæði til línulegrar og ólínulegrar myndmiðlunar.

Almenn lögskýring er lögskýring samkvæmt orðanna hljóðan. Ljóst er að beita skal almennri lögskýringu við túlkun lagaákvæða þegar unnt er að komast að niðurstöðu um merkingu þess með þeirri aðferð. Þá verður ekki annað ráðið af málatilbúnaði aðila málsins að þeir séu jafnframt sammála um að það sé meginregla að beita skuli almennri lögskýringu, nema gild rök leiði til annars. Forsenda þess að unnt sé að beita almennri lögskýringu er að ákvæði það sem er til skoðunar sé nægilega skýrt.

Það er mat úrskurðarnefndar, þegar horft er til orðalags þess ákvæðis sem um er deilt í málinu, að það sé nægilega skýrt svo að beita megi almennri lögskýringu við skýringu þess. Í ákvæðinu segir að óheimilt sé að beina *viðskiptum* viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki.

Þá er það mat úrskurðarnefndar að ekki hafi komið fram í máli þessu nein haldbær rök sem styðja þá fullyrðingu kæranda að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar gangi gegn 3. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993.

Með vísan til alls framangreinds telur úrskurðarnefnd ljóst að orðalag 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga verður ekki túlkað með þeim hætti að hugtakið *viðskipti* nái einungis til línulegrar myndmiðlunar.

Munnlegur málflutningur

Í málatilbúnaði kæranda er vakin athygli úrskurðarnefndar á 10. gr. reglugerðar nr. 36/2009, þar sem kveðið er á um heimild til munnlegs málflutnings. Bendir kærandi í því sambandi á að málið sé sérlega þýðingarmikið fyrir kæranda og niðurstaðan sé til þess fallin að hafa verulega þýðingu fyrir þróun fjölmiðlamarkaðar á Íslandi. Telur PFS hins vegar ekki þörf á munnlegum málflutningi. Ítarleg sjónarmið allra aðila liggi fyrir í málinu og sé vandséð hverju munnlegur málflutningur myndi þar við bæta. Vodafone gerir ekki kröfu um munnlegan málflutning í ljósi þess að málið snýst einvörðungu um lögskýringar, en ekki sé ágreiningur um málsatvik.

Í 13. gr. laga um Póst-og fjarskiptastofnun er fjallað um úrskurðarnefnd og er vísað til reglugerðar nr. 36/2009, um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Í 9. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um málsmeðferð fyrir úrskurðarnefnd en þar kemur m.a. fram að meginreglan sé skriflegur málflutningur. Um munnlegan málflutning er fjallað í 10. gr. reglugerðarinnar. Þar kemur fram að formaður nefndarinnar ákveði hvort að munnlegur málflutningur fari fram í máli. Munnlegur málflutningur komi einkum til álita ef mál er flókið, það hafi að geyma vandasöm úrlausnarefni, sé sérstaklega þýðingarmikið eða varði ágreiningur um grundvallaratriði í fjarskiptarétti.

Úrskurðarnefnd telur mál þetta ekki uppfylla framangreind skilyrði um frávik frá meginreglunni um skriflegan máflutning, enda fjallar málið einkum um túlkun lagaákvæðis auk þess sem ítarleg sjónarmið allra aðila málsins liggja fyrir. Er það því niðurstaða úrskurðarnefndar að málið skuli flutt skriflega í samræmi við meginreglu þar um.

4.

Í ljósi alls framangreinds er niðurstaða og forsendur ákvörðunar PFS nr. 3/2016 staðfest.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2003.

V. Úrskurðarorð

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 3/2016 er staðfest.

Málskostnaður að fjárhæð 1.860.000 kr. greiðist af kæranda, að frádregnu málskotsgjaldi að fjárhæð 150.000 kr.

Reykjavík, 21. nóvember 2016

Þórður Bogason formaður

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring