Reykjavík, 15. ágúst 2017

Álitsgerð

um frestun Póst- og fjarskiptastofnun á meðferð stjórnsýslumáls
á grundvelli reglna um *litis pendens* áhrif

Viðtakandi: Björn Geirsson forstöðumaður lögfræðideildar

Höfundur: Trausti Fannar Valsson dósent við lagadeild Háskóla Íslands

Afmörkun

(1) Á fundi 16. júní 2017 sem ég átti með Birni Geirssyni, forstöðumanni lögfræðideildar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), og Óskari H. Ragnarssyni lögfræðingi var þess óskað að ég tæki lögfræðilega afstöðu til þess hvort rétt hefði verið af PFS, eða hugsanlega skylt, að fresta meðferð ágreiningsmáls milli Vodafone og Símans. o.fl. út frá reglum stjórnsýsluréttar um *litis pendens* áhrif og hvort þau áhrif, hafi þau verið til staðar, séu enn fyrir hendi að gengnum héraðsdómi nr. E-53/2016 og fram kominni áfrýjun Vodafone á þeim dómi, sbr. mál Hæstaréttar Íslands nr. 329/2017.

(2) Tilefni beiðninnar er að 27. mars 2017 tók PFS ákvörðun um frestun á meðferð stjórnsýslumáls sem varðar athugun á því hvort Síminn hf. hafi brotið gegn bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Upphaf málsins má rekja til kröfu Vodafone um að slík athugun færi fram. Í rökstuðningi PFS kemur fram að ástæða frestunarinnar sé dómsmál sem nú sé rekið í kjölfar lögbanns sem Síminn hf. fékk lagt við því að Vodafone tæki upp og miðlaði sjónarvarpsefni sjónvarpsstöðva á vegum fyrrnefnda aðilans. Í dómsmálinu reyni á „[ágreining] á milli sömu aðila, um sömu háttsemi Símans og á sama lagagrundvelli" og til umfjöllunar sé í stjórnsýslumáli PFS. Í nefndu dómsmáli geti ennfremur reynt á túlkun umræddsbannákvæðis og því ekki rétt af PFS að fjalla frekar um málið á meðan úr þessum ágreiningi sé leyst fyrir dómstólum.

(3) Gögn málsins, þau sem ég fékk afhent á fundinum þann 16. júní og síðar, eru eftirtalin: (a) Afrit af tilkynningu PFS til málsaðila í máli er varðar meint brot Símans á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, dags. 27. mars 2017, (b) afrit af dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 28. apríl 2017 í máli nr. E-53/2016, (c) afrit áfrýjunarstefnu, dags. 26. maí 2017, sem út er gefin að ósk Fjarskipta hf. vegna dóms Héraðsdóms Reykjavíkur í málinu nr. E-53/2016, (d) afrit af greinargerð lögmanns Fjarskipta hf. til PFS, dags. 12. júní 2017 og (e) afrit af greinargerð lögmanns Símans hf. til PFS, dags. 30. júní 2017. Í gögnum málsins er jafnframt vísað til fyrri ákvarðana sem varða eða tengjast því máli sem PFS hefur nú til meðferðar, m.a. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015 og ákvörðunar PFS nr. 30/2015.

(4) Atvik málsins koma fram í framangreindum gögnum. Óþarft er að endursegja þau í álitinu.

(5) Í eftirfarandi áliti leitast ég við að lýsa þeim almennu lagasjónarmiðum sem á reynir við úrlausn þess álitaefnis sem greint er frá í málsgreinum (1) og (2) að framan. Hlutverk mitt er ekki að leysa úr því, fyrir hönd PFS, hvaða ákvörðun stofnuninni beri að taka um meðferð eða afgreiðslu í fyrirliggjandi ágreiningsmáli er varðar Vodafone og Símann. Slíkt hlutverk hefur ekki verið framselt til mín. *Eftirfarandi lagasjónarmið getur stofnunin þó lagt til grundvallar ákvörðun sinni um frekari frestun á meðferð umræddS stjórnsýslumáls telji hún, á grundvelli sjálfstæðrar skoðunar á viðeigandi lagagrundvelli og að teknu tilliti til málsatvika, að þau eigi við.*

Almenn lagasjónarmið sem varða það hvort sama lagalega álitamál geti verið til umfjöllunar hjá dómstólum og stjórnvöldum á sama tíma

(6) Við greiningu á því hvort stjórnvöld geti fjallað um og afgreitt tiltekin lagaleg álitamál á sama tíma og þau eru til umfjöllunar dómstóla reynir m.a. á réttarríkissjónarmið, þ. á m. *fyrirsjáanleika* í lagaframkvæmd, *rétt borgaranna* (og lögaðila) til að bera mál undir dómstóla og *valdmörk* dómstóla og stjórnvalda.

(7) Um fyrsta atriðið má lýsa því svo, með einfölduðum hætti, að líkur standi til þess m.t.t. grundvallarviðmiða um réttaröryggi og fyrirsjáanleika sem nauðsynlegur er við meðferð opinbers valds, að tveir aðskildir aðilar á vegum ríkisins eigi almennt ekki að fjalla um og leysa úr sama ágreiningsefninu, sem varðar sömu málsatvikin og á sama lagagrundvelli, á sama tíma nema lög leiði til annarrar niðurstöðu. Einnig teljast fordæmi Hæstaréttar bindandi réttarheimildir en af því leiðir að stjórnvöldum ber almennt að fylgja þeim við úrlausn sambærilegra mála síðar.

(8) Hvað varðar þátt númer tvö skiptir mestu að hafa í huga að borgararnir eiga rétt á því, sbr. 60. og 70. gr. stjórnarskrárinnar, að bera mál er varða réttindi þeirra og skyldur að lögum undir dómstóla til úrlausnar. Þegar einstakt mál hefur verið til lykta leidd af dómstólum þá eru stjórnvöld bundin af þeirri úrlausn.

(9) Þriðji þátturinn hefur þýðingu að því leyti að stjórnarskráin gerir ráð fyrir valdmörkum milli stjórnvalda og dómstólanna, sbr. 2. gr. stjórnarskrár. Stjórnvöld framkvæma lögin en dómstólar dæma (almennt eftir á) um lögmæti stjórnarathafna og geta ákveðið réttaráhrif mögulegra annmarka á þeim athöfnum, á grundvelli kröfugerðar málsaðila og laga.

(10) Hvað varðar nefnd valdmörk þá verður einnig að hafa hugfast að ef lög Alþingis hafa sérstaklega falið stjórnvöldum það hlutverk að framfylgja tilteknum bannákvæðum laga og taka matskenndar stjórnarvaldsákvarðanir á þeim grundvelli um rétta og viðeigandi lagaframkvæmd, þá leiðir af valdmörkum dómstóla og stjórnvalda að dómstólar taka almennt ekki til umfjöllunar hvort þeim tilteknu lagaákvæðum hafi verið réttilega framfylgt af hálfu einkaaðila nema við endurskoðun viðkomandi stjórnarathafnar – þar sem fyrirmælin koma fram, sbr. m.a. 2. gr. stjórnarskrár og 24. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

(11) Framangreindum þremur grundvallaratriðum til viðbótar skiptir máli fyrir viðfangsefni þessarar álitsgerðar, eins og það er afmarkað hér að framan, að hafa í

huga að í stjórnsýslurétti, líkt og í réttarfari, hefur verið talið að við meðferð mála geti reynt á sjónarmið sem kennd hafa verið við lagareglu um *litis pendens*, eða eru nefnd *litis pendens – áhrif.*

Um *litis pendens* - áhrif

(12) Í réttarfari á reglan um *litis pendens* áhrif stoð í 4. mgr. 94. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, en þar segir svo: „Þegar mál hefur verið þingfest verður dóms ekki krafist um þær kröfur sem eru gerðar í því í öðru máli. Ef dóms er krafist þannig um kröfu í öðru máli skal vísa henni frá dómi." Í réttarfari hefur reglan ekki vítt gildissvið og felur í sér að sama krafa verður ekki lögð fyrir dómstóla, á sama tíma, í tveimur aðskildum málum. Reglan varðar að þessu leyti ekki síst mögulega *niðurstöðu dómsmáls* og tryggir þannig til dæmis að í tveimur dómum sem upp kunna að verða kveðnir á sama eða svipuðum tíma verði ekki komist að tveimur andstæðum niðurstöðum um sömu efniskröfuna. Rík eðlisrök standa til slíkrar reglu, enda eiga dómar að fela í sér endanlega úrlausn að lögum í þeim ágreiningsmálum sem fyrir þá eru lögð. Grundvöllur hennar og rök liggja ekki síst í því sjónarmiði sem rakið var í málsgrein (7).

(13) Í stjórnsýslurétti er regla um *litis pendens* áhrif ekki lögfest. Á það hefur hins vegar verið bent í fræðiritum að lagasjónarmið sem í réttarfari hafa verið felld undir *litis pendens* leiði til þess að sama málið verði ekki borið undir stjórnvald á fyrsta stigi á grundvelli réttar málsaðila til endurupptöku, sbr. 24. gr. stjórnsýslulaga, og undir æðra stjórnvald, á grundvelli kæruréttar, á sama tíma, sbr. Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin, skýringarrit*, Reykjavík 1994, bls. 245.

(14) Mikilvægt er að benda á að þau réttaráhrif sem leiða af reglu um *litis pendens*, eins og henni er lýst í umfjöllun Páls Hreinssonar, leiða í raun einnig af grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins um valdmörk stjórnvalda – nánar tiltekið af þeim valdmörkum milli æðri og lægri stjórnvalda sem felast í stigskiptu stjórnsýslukerfi og þeirri lagalegu stöðu að bæði 24. gr. stjórnsýslulaga um endurupptöku og kæruheimildir veita málsaðila tiltekinn *rétt* að lögum. Ef stjórnsýslukæra er fram komin, og kæruskilyrðum er fullnægt, þá er úrskurðaraðilinn bær til úrlausnar máls en ekki hið lægra setta stjórnvald, sbr. meginreglur stjórnsýslukerfisins um stigskipt valdmörk. Ef endurupptökubeiðni er fram komin þá leiðir af *rétti* málsaðila að hann getur fallið frá henni og lagt þess í stað fram kæru ef hann svo óskar.

(15) Í stjórnsýslurétti geta sjónarmið sem fella má undir *litis pendens* áhrif einnig haft þýðingu ef málsaðili leggur fyrir tiltekið stjórnvald sömu kröfu (mál) til úrlausnar og hann hefur þegar gert, og er þar til meðferðar. Í slíku tilviki myndu sjónarmið um *litis pendens* almennt leiða til þess að rétt væri að vísa frá síðara erindinu, líkt og við á í réttarfari, sé það öldungis sambærilegt fyrra erindi. Sé hins vegar að hluta til um ný efnisatriði er að ræða myndu þau renna inn í það mál sem nú þegar er til meðferðar enda gildir útilokunarreglan almennt ekki í stjórnsýslurétti með sama hætti og í almennu einkamálaréttarfari. Ef sama mál væri hins vegar lagt fyrir tvö aðskilin stjórnvöld myndi það leiða af greiningu *valdmarka* eins og þau leiða af lögum hvort þeirra ætti að taka málið til umfjöllunar, líkt og t.d. ef mál er varðar samkeppni á fjarskiptamarkaði væri bæði lagt fyrir Samkeppniseftirlitið og PFS til úrlausnar á sama tíma.

(16) Þegar kemur að greiningu þess álitaefnis hvort sama málið geti bæði verið til úrlausnar á stjórnsýslustigi og hjá dómsóli á sama tíma reynir á margan hátt á sambærileg lagasjónarmið og búa að baki svonefndum *litis pendens* áhrifum. Það verður hins vegar ekki séð að almennt sé rætt um *litis pendens* í þessu sambandi, hvorki í lögum né fræðilegri umfjöllun á sviði réttarfars eða stjórnsýsluréttar. Fyrir þessu kunna að vera ýmsar ástæður en sú nærtækasta er að líkindum sú að mun gleggra er að leysa úr álitamálum af þessum toga á grundvelli þeirra grundvallarreglna sem gilda um valdmörk dómstóla og stjórnvalda, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar.

(17) Rétt er að taka fram með skýrum hætti að í íslenskum rétti hefur lagaregla um *litis pendens,* að því er varðar mál sem er til umfjöllunar bæði hjá stjórnvöldum og dómstólum á sama tíma, ekki skýrt inntak eða grundvöll. Það kann því að vera háð nokkrum vafa hvað í henni felst og verður því ekki fullyrt hér að slík regla geti ekki átt við um þau tilvik þegar aðili máls sem er til umfjöllunar dómstóla leitast einnig við að fá umfjöllun stjórnvalds um sama mál, á sama tíma.

(18) Eins og leiðir af því sem rakið verður hér að aftan er það afstaða mín að nánari greining á reglu eða sérstökum lagasjónarmiðum um *litis pendens áhrif* að þessu leyti, þ.e. varðandi meðferð PFS á fyrirliggjandi stjórnsýslumáli, hafi ekki sérstaka þýðingu fyrir viðfangsefni þessarar álitsgerðar. Það lagalega úrlausnarefni sem PFS hefur til umfjöllunar er hvort stofnunin hafi heimild til, eða sé rétt, að fresta meðferð tiltekins stjórnsýslumáls á þeim grundvelli að úrlausn þess kunni að skarast við dómsmál sem er til meðferðar á sama tíma. Ég tel nægjanlegt og gleggra að fjalla um þetta álitamál, sem óskað var að ég léti í té álit á, út frá sjónarmiðum um valdmörk dómstóla og stjórnvalda, með þau viðmið í huga sem dregin voru fram í málsgreinum (7), (8) og (9) hér að framan. Hvort þau viðmið verði að einhverju leyti nefnd *litis pendens* áhrif eða eitthvað annað hefur enga lagalega þýðingu í sjálfu sér fyrir PFS.

Er stjórnvöldum heimilt að fresta meðferð mála á þeim grundvelli að sama málefni sé til umfjöllunar í dómsmáli?

(19) Þrátt fyrir að um það liggi ekki fyrir skýr fordæmi dómstóla þá er það afstaða undirritaðs að í íslenskum rétti hafi verið lagt til grundvallar, og styðjist við réttarvenju og/eða eðli máls, að þegar ákveðið og afmarkað sakarefni er til úrlausnar bærs stjórnvalds og alveg, eða nokkurn veginn alveg, sama sakarefnið er síðan jafnframt lagt til úrlausnar hjá dómstólum eftir reglum réttarfars þá kunni stjórnvaldinu að vera heimilt að fresta meðferð málsins þar til endanleg niðurstaða dómstóla um það liggur fyrir. Nátengt þessu þarf stjórnvald að gæta þess að raska ekki þeirri valdgreiningu sem mælt er fyrir um í 2. gr. stjórnarskrár. Af valdgreiningarreglunni leiðir að takmarkanir eru á því að stjórnvald geti raskað grundvelli dómsmáls eða gripið inn í það með þeim hætti að réttur til aðgangs að dómstólum sé takmarkaður, sbr. einnig 60. og 70. gr. stjórnarskrár.

(20) Heimildin byggist á ólögfestum grunni og styðst við framangreinda valdgreiningarreglu sem og þær almennu heimildir sem stjórnvöld hafa til að stjórna meðferð eigin mála innan ramma laga, þ.á.m. að teknu tilliti til stjórnarskrár og málshraðareglna. Rök hennar og skilyrði virðast þau að (a) stjórnvöld eru bundin af dómum, sbr. þau sjónarmið sem rakin eru í málsgr. (7), (8) og (9) að framan, (b) einkaaðilar eiga almennt rétt á úrlausn dómstóla um réttindi sín og skyldur að lögum eftir grunnreglum stjórnarskrár, og (c) með frestun, á meðan beðið er niðurstöðu

dómstóls, sé ekki gengið gegn rétti aðila að viðkomandi máli til að fá úrlausn stjórnvaldsins um hið lagalega álitaefni komi til þess að málið fái í reynd ekki úrlausn á dómsstigi – s.s. vegna réttarfarsskilyrða.

(21) Þar sem ofangreind heimild er ólögfest verður, við nánari beitingu hennar í einstökum og afmörkuðum tilvikum, að horfa sérstaklega til þess hvernig sett almenn lög, almannahagsmunir og réttaröryggi og hagsmunir þeirra einkaaðila sem í hlut eiga spila saman og kunna að hafa áhrif um það hvernig rétt sé að beita henni.

(22) Taki sett lög ekki með skýrum hætti af skarið um álitaefnið er matið um beitingu heimildarinnar heildstætt og getur verið margþætt. Oft má ætla að í þessu sambandi hafi sérstaka þýðingu að horfa til þeirra lögbundnu *réttinda* sem borgurunum eru fengin til úrlausna um mál sín annars vegar og lögbundinna *skyldna* sem stjórnvöldum eru eftir atvikum búnar um framkvæmd laga og eftirlit með framkvæmd laga hins vegar.

(23) Hvað varðar fyrri þáttinn þá má almennt leggja það til grundvallar að ef einkaaðili á fleiri en einn möguleika um það hvernig hann lætur að lögum reyna á réttindi sín og skyldur þá hafi hann *sjálfur* forræði á því hvaða möguleika hann nýtir. Þetta sjónarmið hefur – í samhengi við þá heimild til að fresta stjórnsýslumálum sem hér er um rætt – oft þá þýðingu að stjórnvaldi myndi vera rétt að byggja frestun á því að hún samræmist *vilja aðila málsins* sem sjálfur hafi valið að leggja málið fyrir dómstóla til úrlausnar þótt stjórnsýslumálinu væri ekki lokið að því gefnu að sjónarmið tengd opinberum verndarhagsmunum leiði ekki til annarrar niðurstöðu.[1] Þegar tveir eða fleiri einkaaðilar eru að því stjórnsýslumáli sem um ræðir og aðeins annar eða einn þeirra velur að færa málið fyrir dómstóla á meðan hinir vilja að málið sé fyrst klárað á stjórnsýslustigi[2] verður matið flóknara og þá fá önnur og atviksbundnari sjónarmið eftir atvikum meira vægi, og geta jafnvel leitt til þess að stjórnvaldi sé ekki rétt að fresta meðferð máls. Sérstaka þýðingu hefur svo ef það er að frumkvæði stjórnvalda sem mál eru lögð fyrir dómstóla, þrátt fyrir að sama sakarefni eða ágreiningur sé enn til meðferðar á stjórnsýslustigi. Ekki er útilokað að stjórnvöld geti viðhaft slíka meðferð máls – en það er væntanlega háð umtalsverðum takmörkunum og fellur alfarið utan viðfangsefnis þessa álits.

(24) Hvað varðar síðari þáttinn þá er staðan í vissum tilvikum sú að stjórnvaldi hefur verið falið að hafa eftirlit með því að einkaaðilar framfylgi lögum, s.s. tilteknum hátternisreglum (um boð eða bann). Þótt staðan sé að þessu leyti vitaskuld mismunandi frá einum lagabálki til annars þá leiða slíkar lagareglur iðulega til þess að brot á þeim, ekki síst ef beiting reglnanna er matskennd, verða ekki borin undir dómstóla beint – heldur verður viðkomandi eftirlitsstjórnvald fyrst að taka afstöðu um ætluð brot og afleiðingar þess að lögum, en sú afstaða verður síðan borin undir dómstóla til endurskoðunar. Grundvöllur þessa sjónarmiðs, sem byggist á valdmörkun dómstóla og stjórnvalda sbr. 2. gr. stjórnarskrár, sbr. einnig málsgrein (7)

---

[1] Þótt fyrir því liggi ekki fordæmi eða fræðaskrif í íslenskum rétti má færa rök fyrir því, að mati undirritaðs, að þegar þetta á við – þ.e. ef aðili máls er aðeins einn og það er hann sem hefur frumkvæði að því að nýta rétt sinn til þess að bera mál undir dómstóla – þá ættu stjórnvöld að geta þá þegar vísað frá stjórnsýslumáli sem berst síðar og sem lýtur að sama sakarefni. Það er þó vart án undantekninga enda byggist heimildin sem hér er til umfjöllunar á heildarmati.

[2] Því má að nokkru marki líkja við stöðuna í því stjórnsýslumáli PFS sem er tilefni þessa álits, enda telur Vodafone (Fjarskipti hf.) rétt að halda áfram meðferð stjórnsýslumálsins á meðan Síminn hf. telur mikilvægt að meðferð þess sé frestað meðan dómsmálið er rekið.

að framan, hefur komið fram í dómum Hæstaréttar, en þó almennt í tengslum við það að aðilar dómsmáls hafa krafist athafna eða viðurkenningar á athafnaskyldu af hálfu stjórnvalda, breytinga á ákvörðun stjórnvalds eða þess að dómstóll taki nýja ákvörðun í stað ákvörðunar stjórnvalds.

(25) Í *Hrd. 436/2010 (Aðalskipulag Flóahrepps)* er þetta orðað á svofelldan hátt: „Enda þótt dómstólar skeri samkvæmt 60. gr. stjórnarskrárinnar úr öllum ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda og geti þannig ógilt ákvarðanir framkvæmdavaldshafa ef þeim er áfátt að formi eða efni leiðir af þrískiptingu ríkisvaldsins, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar, að almennt er ekki á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum eru falin með lögum í stað stjórnvaldsákvarðana sem ógiltar kunna að verða með dómi.“ Sjá einnig *Hrd. 187/2011 (HOB-vín)* og *327/2012 (Drómi)*.

(26) Í *Hrd. 595/2015 (réttur til fjárhagsaðstoðar vegna fatlaðs barns)* er valdmörkun stjórnvalda og dómstóla að þessu leyti lýst svo: „Þótt dómstólar séu almennt til þess bærir á grundvelli 60. gr. og 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar að taka afstöðu til kröfu um ógildingu stjórnvaldsákvörðunar er að jafnaði ekki á valdi þeirra að taka ákvörðun, sem undir stjórnvald heyrir samkvæmt lögum, svo sem ráðið verður af fyrirmælum 2. gr. stjórnarskrárinnar. Þó eru þau fyrirmæli því ekki til fyrirstöðu að dómstólar geti kveðið á um athafnaskyldu stjórnvalds, svo sem skyldu til að inna af hendi greiðslu, að því tilskildu að stjórnvaldinu hafi verið falið að taka slíka ákvörðun á grundvelli laga þar sem ýmist er ekki svigrúm til mats eða óumdeilt er að ákvæði þeirra hafi verið skýrð á tiltekinn hátt í framkvæmd.“ Sjónarmið um að svigrúm stjórnvalds til mats hafi þýðingu í þessu sambandi verður einnig ráðið m.a. af *Hrd. 499/2005 (réttarstaða sem flóttamaður)*, sbr. og *Hrd. 436/2015 (fjárhagsstyrkur vegna ökutækjakaupa)*.

(27) Þýðing ofangreinds, þ.e. ofangreindra valdmarka dómstóla og stjórnvalda, fyrir viðfangsefnið hér (heimild stjórnvalds til að fresta meðferð stjórnsýslmáls) er sú að þrátt fyrir að einkaaðili hafi gert tilraun til að koma ágreiningi fyrir dómstóla þar sem málatilbúnaður eða hluti hans er sá sami og á reynir í stjórnsýslumáli, þá verður ekki talið réttmætt af hálfu stjórnvaldsins að fresta meðferð stjórnsýslumálsins ef fyrirséð er – vegna reglna um valdmörk – að dómstóll muni ekki taka afstöðu til málsins á þeim grundvelli sem er fyrir hendi í stjórnsýslumálinu. Ef sú er aðstaðan verður ekki talið að skörun geti verið á efni viðkomandi dómsmáls og stjórnsýslumáls og stjórnvaldi því vart heimilt að fresta meðferð málsins. Þetta á sérstaklega við ef ekki aðeins reynir í málinu á réttindi eða skyldur *eins* tiltekins aðila og það er hann sem velur dómstólaleiðina.

(28) Umrædd heimild til frestunar á meðferð stjórnsýslumáls byggist, eins og lýst hefur verið, á mati um samspil vissra grunnþátta stjórnsýsluréttar og réttarfars. Frumskilyrði þess að henni verði beitt er almennt að það sakarefni sem til úrlausnar er sé að öllu, eða nær öllu leyti, hið sama. Ef svo er ekki þá getur stjórnvald ekki beitt heimildinni. Það er með öðrum orðum aðeins í fremur þröngt afmörkuðum tilvikum sem stjórnvöldum er heimilt að fresta lögbundinni málsmeðferð á grundvelli hennar og almennt aðeins ef um *sama efnislega viðfangsefnið* er að ræða. Ef ekki er um *sama efnislega viðfangsefnið* að ræða kynni það að ganga í berhögg við málshraðareglu stjórnsýsluréttar, sbr. 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, að slá máli á frest meðan beðið er dómsniðurstöðu.

(29) Þá felst í framangreindu að viðkomandi stjórnvaldi ber ekki aðeins að kanna hvort málatilbúnaður aðila að dómsmáli sé sambærilegur og sami aðili byggir á í máli sem það hefur til meðferðar. Stjórnvaldið verður jafnframt að leggja á það sjálfstætt mat hvort við blasi eða verulegar líkur séu til að sá málatilbúnaður muni, að gættum réttarfarsreglum og viðmiðum um valdmörk dómstóla og stjórnvalda, koma til umfjöllunar í dómsmálinu.

Er efnislega sama málið til úrlausnar í fyrirliggjandi dómsmáli, þar sem reynir á gildi lögbanns á tilteknar athafnir Vodafone annars vegar, og stjórnsýslumáli PFS hins vegar?

Afmörkun á stjórnsýslumáli PFS

(30) Í þeim gögnum sem ég hef undir höndum er því lýst að með bréfi Vodafone til PFS, dags. 2. desember 2015, hafi Vodafone gert þá kröfu að PFS tæki bindandi stjórnvaldsákvörðun og beindi þeim tilmælum til Símans, að félagið léti þá þegar af þeirri háttsemi að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki í skilningi 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Verður að skilja málsgögnin svo að það sé þetta álitaefni sem sé til umfjöllunar PFS í því máli sem hér er til umfjöllunar.

(31) Samkvæmt því er það í grundvallaratriðum sú háttsemi af hálfu Símans frá og með 1. október 2015 að bjóða einungis ólínulega miðlun á efni sjónvarpsstöðva fyrirtækisins á eigin fjarskiptanetum en ekki á öðrum fjarskiptanetum sem er til umfjöllunar PFS á grundvelli skoðunar á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(32) Samkvæmt 3. mgr. 54. gr. fjölmiðlagalaga leggur PFS stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn ákvæði 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt, séu skilyrði fyrir hendi. Ábyrgðarmaður, starfsmenn fjölmiðlaveitu eða stjórnarmenn sem framkvæma eða láta framkvæma brot gegn 4. og/eða 5. mgr. 45. gr. um flutningsrétt geta einnig mögulega sætt refsingu, sbr. 56. gr. laganna. Ef á slíkt reynir sætir brot aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kæru PFS, eins og leiðir af 1. mgr. 57. gr. Af orðalagi og samhengi 45., 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga kann bannákvæði 5. mgr. 45. gr. laganna jafnframt að hafa þýðingu í tengslum við þá samninga sem fjölmiðlaveita og fjarskiptafyrirtæki kunna að gera, eða leitast við að gera og/eða þær ákvarðanir sem PFS er bær til að taka á grundvelli 46. og 47. gr. fjölmiðlalaga.

(33) Fyrir liggur að PFS hefur ekki lokið athugun sinni á hinu fyrirliggjandi stjórnsýslumáli. Af þeim sökum liggur eðli málsins samkvæmt ekki fyrir með endanlegum hætti á hvaða lagagrundvelli niðurstaða PFS um mögulegt brot Símans hf. á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalag muni byggjast.. Ekki liggur heldur endanlega fyrir, skv. þeim gögnum sem ég hef undir höndum, hvort athugun PFS beinist sérstaklega að háttsemi Símans á grundvelli eldri samninga við Vodafone, hvort hún muni sérstaklega beinast að því að tryggja að samningar Vodafone og Símans muni til framtíðar standist túlkun stofnunarinnar á ákvæðinu, eða hvort hún muni almennt beinast að framkvæmd Símans m.t.t. 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga. Gögn málsins, og sá lagagrundvöllur sem á reynir, bendir þó til þess að athugunin muni beinast að hinu síðastnefnda.

Afmörkun á dómsmálinu

(34) Í dómsmáli, sbr. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-53/2016, sem nú hefur verið áfrýjað til Hæstaréttar, sbr. mál nr. 329/2017, reynir á lögbann sem sett var á Vodafone (Fjarskipti hf.) vegna ólínulegrar (hliðraðar) dreifingar á sjónvarpsefni frá sjónvarpsstöðvum Símans, andstætt vilja hins síðarnefnda. Lúta ágreiningsefni lögbannsmálsins einvörðungu að því hvort Vodafone hafi mátt taka upp sjónvarpsútsendingu Símans og senda út hliðrað í tíma miðað við línulega útsendingu sama efnis. Í dómsmálinu reynir á það hvort fyrir hendi hafi verið samningur, löggjöf eða ákvarðanir af hálfu stjórnvalda sem hafi staðið því í vegi. Af bindandi réttaráhrifum dóms, sbr. m.a. 116. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 leiðir að dómur í umræddu máli er aðeins bindandi um lögskipti þeirra aðila sem eru aðilar að dómsmálinu.

(35) Ein meginröksemda Vodafone í umræddu dómsmáli, til varnar því að lögbannið og sú viðurkenningarkrafa Símans sem henni fylgir nái fram að ganga, er að fyrir hendi hafi verið samningur milli aðila sem beri að túlka svo að Vodafone hafi haft rétt til að dreifa myndefni frá sjónvarpsstöðvum Símans í ólínulegri dagskrá. Í málsástæðum og lagarökum Vodafone, eins og þeim er lýst í nefndum héraðsdómi, kemur einnig fram að „fari svo að dómurinn komist að þeirri niðurstöðu að stefnanda hafi verið heimilt að banna stefnda að veita áhorfendum afnot „frelsis“ og „tímavélar“ byggi stefndi engu að síður á því að stefnanda hafi verið óheimilt að misbeita slíkum samningsrétti.“ Er þessi málsástæða svo rökstudd nánar, m.a. með vísan til bannákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(36) Í umræddum héraðsdómi er komist að þeirri niðurstöðu að Vodafone hafi ekki, á grundvelli þágildandi samnings, haft rétt til þess að taka upp umrætt myndefni og dreifa með þeim hætti sem gert var. Var því lögbannið staðfest og fallist á viðurkenningarkröfu Símans um að Vodafone væri þessi háttsemi ekki heimil.

(37) Kjarninn í niðurstöðu dómstólsins hvað varðar rök Vodafone um þýðingu 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga er eftirfarandi: „Svo sem fram er komið ráðast heimildir stefnda til að dreifa efni sjónvarpsstöðva í eigu stefnanda af samningi þeirra á milli um þá þjónustu sem stefnandi kaupir af stefnda. Jafnvel þótt niðurstaða stjórnvalda sem fara með eftirlit á markaði um fyrrgreind álitaefni yrði stefnanda óhagfelld, myndi það eitt ekki þegar leiða til þess að stefnda væri heimilt, án atbeina stefnanda, að dreifa efni sjónvarpsstöðva í hans eigu með þeim hætti sem lögbann var lagt við.“

Samanburður málanna

(38) Hver svo sem sá lagagrundvöllur nánar verður sem PFS mun að lokinni athugun stjórnsýslumálsins nýta til að leiða til lykta fyrirliggjandi stjórnsýslumál, verði niðurstaðan sú að Síminn hafi með háttsemi sinni brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga þá virðist mega draga samanburð dómsmálsins og stjórnsýslumálsins saman með eftirfarandi hætti:

(39) Í dómsmálinu, eins og málsaðilar hafa lagt það upp, reynir á það hvort fyrir hendi var samningur sem heimilaði Vodafone eða veitti Vodafone rétt til þess að taka upp og miðla sjónvarpsefni tiltekinna sjónvarpsstöðva Símans með ólínulegum hætti. Þar er þó einnig undir sú röksemd Vodafone að jafnvel þótt Símanum hafi verið heimilt, samkvæmt samningnum, að banna Vodafone slíkt, þá hafi beiting Símans á

samningnum að því leyti engu að síður brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og því verið óheimil.

(40) Í stjórnsýslumálinu reynir á það hvort sú háttsemi Símans að bjóða einungis ólínulega miðlun á efni sjónvarpsstöðva fyrirtækisins á eigin fjarskiptanetum en ekki á öðrum fjarskiptanetum brjóti í bága við bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

(41) Þótt málin virðist að þessu leyti sambærileg, við fyrstu sýn, kemur þó í ljós við nánari könnun að í þessum tveimur málum er ekki til meðferðar sama sakarefnið. Annars vegar reynir á gildi samnings og inntak hans (dómsmálið). Þá hefur niðurstaða dómsmálsins einvörðungu þýðingu um lögskipti aðila þess. Hins vegar reynir með almennari hætti á það hvort háttsemi Símans hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga (stjórnsýslumálið). Þar sem rannsókn stjórnsýslumálsins er ekki að fullu lokið er heldur ekki fyllilega ljóst, í ljósi hins matskennda ákvæðis 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, að hve miklu leyti sakarefnin kunni að skarast, þrátt fyrir að stjórnsýslumálið sé – eins og fyrr segir – afmarkað með mun almennari hætti en dómsmálið.

(42) Við samanburð málanna skiptir jafnframt miklu að PFS taki til sjálfstæðrar skoðunar, í ljósi þess hlutverks sem stofnunin hefur um framkvæmd fjölmiðlalaga, hvort nægar líkur verði taldar til þess að lögum að í dómsmálinu reyni eða geti reynt á málsástæðu Vodafone um 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga með þeim hætti að það virki heimild PFS til að fresta meðferð málsins á grundvelli ólögfestrar heimildar, sbr. málsgrein (19), (20) og (21) hér að framan. Áherslu verður að leggja á það að PFS ber að taka sjálfstæða afstöðu um þetta atriði. Við það mat reynir einnig á það hvort fyrirhuguð ákvörðun PFS gæti raskað grundvelli fyrirliggjandi dómsmáls eða leitt til þess að aðgangi aðila að dómstólum í málinu væri raskað, sbr. málsgrein (19).

(43) Eins og áður var vikið að, sbr. málsgrein (32), er eftirlit með framkvæmd flutningsréttarákvæða 45. – 47. gr. fjölmiðlalaga á hendi PFS. Bannreglan í 5. mgr. 45. gr. laganna getur haft þýðingu um ákvörðun stjórnvaldssekta, sbr. 54. gr. laganna, um refsingu, sbr. 56. gr., og um þá samninga sem ber að gera eftir 46. og 47. gr. laganna. Ef á þessi lagaákvæði reynir í tengslum við opinbert eftirlit eða í tengslum við ágreining einkaaðila á markaði um flutningsrétt myndefnis verður ekki betur séð en fjölmiðlalögin geri ráð fyrir því að mat um það *hvort* brotið hafi verið gegn 5. mgr. 45. gr. og *að hvaða leyti* sé fyrsta kastið hjá PFS. Það ákvörðunarvald er matskennt um þau sjónarmið sem leggja ber til grundvallar við beitingu þess, það gerir ráð fyrir sérfræðilegu mati og jafnframt gerir það ráð fyrir því að fyrir liggi allvíðtæk þekking á þeim markaði sem um ræðir. Allt þetta bendir til þess, með vísan til þeirra dómafordæma sem rakin voru í málsgr. (25) og (26), að það falli ekki undir dómstóla fyrsta kastið að taka afstöðu til þess hvort bannreglan hafi verið brotin, sbr. 2. gr. stjórnarskrárinnar, heldur einvörðungu að taka afstöðu til þess hvort PFS, og eftir atvikum úrskurðarnefnd, hafi byggt sína afstöðu þar um á lögum eða við meðferð sakamáls.

Niðurstaða

(44) Eins og fyrr greinir var þess óskað að ég tæki lögfræðilega afstöðu til þess hvort rétt hefði verið af PFS, eða hugsanlega skylt, að fresta meðferð ágreiningsmáls milli Vodafone og Símans. o.fl. út frá reglum stjórnsýsluréttar um litis pendens áhrif og

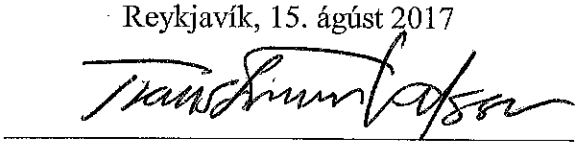
hvort þau áhrif, hafi þau verið til staðar, séu enn fyrir hendi að gengnum héraðsdómi nr. E-53/2016 og fram kominni áfrýjun Vodafone á þeim dómi, sbr. mál Hæstaréttar Íslands nr. 329/2017. Vísast hér einnig til afmörkunar málsins í málsgr. (2) fremst í álitsgerðinni.

(45) Ég hef hér að framan leitast við að lýsa þeim almennu lagasjónarmiðum sem á reynir við úrlausn fyrirliggjandi álitaefnis. Hlutverk mitt er ekki að leysa úr því, fyrir hönd PFS, hvaða ákvörðun stofnuninni beri að taka um meðferð eða afgreiðslu í fyrirliggjandi ágreiningsmáli er varðar Vodafone og Símann. Slíkt hlutverk hefur ekki verið framselt til mín. Þau lagasjónarmið sem ég hef rakið getur stofnunin þó lagt til grundvallar ákvörðun sinni um frekari frestun á meðferð umræddss stjórnsýslumáls telji hún, á grundvelli sjálfstæðrar skoðunar á viðeigandi lagagrundvelli og að teknu tilliti til málsatvika, að þau eigi við. Sérstaklega bendi ég á þá sjálfstæðu skoðun sem ég tel að stofnuninni beri að framkvæma um þann þátt sem lýst er í málsgreinum (29) og (42).

(46) Að öllu framansögðu gættu benda gögn málsins til þess að sakarefni hins fyrirliggjandi dómsmáls annars vegar og stjórnsýslumálsins hins vegar séu *ekki* hin sömu, enda má ætla að viðfangsefni stjórnsýslumálsins sé mun víðar afmarkað. Leggja verður til grundvallar að heimild stjórnvalds, sbr. málsgrein (19), til þess að fresta meðferð stjórnsýslumáls þegar sama, eða nokkurn veginn alveg sama, sakarefni og þar er til úrlausnar er lagt fyrir dómstóla hafi ekki vítt gildissvið. Sakarefnið sem um ræðir verður að afmarkast með nokkurn veginn sama hætti svo hún eigi við, enda reyni í málinu ekki einvörðungu á hagsmuni einstaks aðila sem hann hefur sjálfur forræði á, sbr. málsgrein (28) og (41).

(47) Að framansögðu gættu benda gögn málsins og sá lagagrundvöllur sem PFS er markaður við umfjöllun um flutningsrétt myndefnis samkvæmt fjölmiðlalögum til þess, sbr. þau dómafordæmi sem rakin voru í málsgr. (25) og (26), að það sé fremur ólíklegt, með hliðsjón af 2. gr. stjórnarskrár, að dómstóll teldi það falla að hlutverki sínu að taka beina afstöðu til þess hvort bannreglan í 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga hafi verið brotin í máli einkaaðila, án þess að það verði byggt á endurskoðun á ákvörðun PFS þar að lútandi, og eftir atvikum úrskurðarnefndar eða sakamáls.

Reykjavík, 15. ágúst 2017



Trausti Fannar Valsson dósent