

Alþingi
Erindi nr. P/36/2416
komudagur 10.5.2004



NORÐURLJÓSA

LYNSHAFS
PÓSTHOLMUR 10110
100 REYKJAVÍK
SÍMA 515 0000
WWW.NL.IS

SKRIFVARE
ÚTVARE
TÖNDR
KVÍKMYNDIR
VERSLUN

Efnahags- og viðskiptanefnd Alþingis
Alþingi við Austurvöll
150 Reykjavík.

Reykjavík, 10. maí 2004

Meðfylgjandi er álitserð Ragnars Aðalsteinssonar og Sigríðar Rutar Júlíusdóttur um hvort fjölmiðlafrumvarpið samræmist reglum EES-samningsins. Einnig er meðfylgjandi bréf Norðurljósa sem lagt var fyrir allsherjarnefnd Alþingis í morgun ásamt álitserð Lögmanna Mörkinni ehf. um frumvarpið.

Virðingarfyllst,
f.h. Sigurðar G. Guðjónsson, forstjóra

Una Árnadóttir

Una Árnadóttir,
ritari yfirstjórnar.



Samræmist fjölmiðlafrumvarpið reglum EES-samningsins?

Norðurljós h.f. hefur með beiðni hinn 5. maí 2004 óskað eftir því að skrifstofa okkar fari yfir ákvæði frumvarps til laga um breytingu á útvarpslögum og samkeppnislögum, einkum með það í huga að kanna hvort ákvæði þess kunna að fara í bága við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

Hinn 1. janúar 1994 gengu í gildi á Íslandi lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Í 2. gr. laganna segir að meginmál EES-samningsins skuli hafa lagagildi hér á landi. Í 3. gr. segir að skýra skuli lög og reglur að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

Meginefni frumvarps

Samkvæmt frumvarpinu er óheimilt að veita fyrirtækjum í eftirtaldri stöðu leyfi til útvarpsreksturs:

- fyrirtæki sem hefur að meginmarkmiði rekstur sem er óskyldur fjölmiðlun;
- fyrirtæki sem er að hluta eða öllu leyti í eigu fyrirtækis eða fyrirtækjasamsteypu í markaðsráðandi stöðu á einhverju sviði viðskipta;
- fyrirtæki, ef annað fyrirtæki á meira en 25% eignarhlut í því;
- fyrirtæki, ef fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu eiga samanlagt meira en 25% eignarhlut í því;
- fyrirtæki, ef það eða fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu eiga hlut í útgefanda dagblaðs;
- fyrirtæki, ef það eða fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu er að hluta eða öllu leyti í eigu fyrirtækis eða fyrirtækjasamstæðu, sem á hlut í útgefanda dagblaðs, og
- önnur nán tengsl en samstæðutengsl jafngilda eignatengslum.

Samkvæmt greinargerð með frumvarpinu er tilgangurinn með því sá að „sporna við því að eignarhald á fjölmiðlafyrirtækjum og samþjöppun á fjölmiðlamarkaði hamli gegn æskilegri fjölbreytni í fjölmiðlum á Íslandi“. Hugtakið fjölbreytni er ekki skilgreint í frumvarpstextanum eða í greinargerð með frumvarpinu, né heldur er gerð grein fyrir því hvað felst í markmiðinu um æskilega fjölbreytni. Þar er heldur ekki að finna rökstuðning fyrir því, að fyrirhugaðar takmarkanir á eignatengslum muni leiða til þess að markmiðum með frumvarpinu verði náð, né heldur hverjar afleiðingar ákvæða frumvarpsins kunni að verða á fjölmiðlamarkað á Íslandi, ef af lögum verður.

Takmarkanir á staðfesturétti

Hinar fyrirhuguðu takmarkanir munu allverulega draga úr möguleikum fyrirtækja frá öðrum EEA ríkjum til að öðlast staðfestu á Íslandi í því skyni að starfa þar á fjölmiðlamarkaði. Á sama hátt munu hin fyrirhuguðu ákvæði að verulegu leyti koma í veg fyrir fjálsa fjármagnsflutninga.



Í 31. gr. EES samningsins er fjallað um staðfesturétt og þar segir að engin höft skuli vera á rétti ríkisborgara aðildarríkis EB eða EFTA ríkis til að öðlast staðfestu á yfirráðasvæði einhvers annars þessara ríkja. Það sama eigi við þegar ríkisborgarar aðildarríkis sömu ríkja, sem hafa staðfestu á yfirráðasvæði einhvers þeirra, setji á stofn umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki. Þá segir að staðfesturéttur feli í sér rétt til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki með þeim skilyrðum sem gilda að landslögum um ríkisborgara þess ríkis þar sem staðfestan er fengin, þó með fyrirvara um ákvæði 4. kafla samningsins. Í 4. kafla samningsins er fjallað um bann við höftum á flutningi fjármagns milli samningsaðila. Í fyrirhuguðum breytingum á útvarpslögum felast verulegar takmarkanir á fyrirtæki sem falla undir fyrrgreindar skilgreiningar í frumvarpinu til þess að fjárfesta í útvarpsfyrirtækjum á Íslandi eða til að öðlast staðfestu þar í því skyni að reka útvarpsstöðvar. Framangreint teljast takmarkanir á staðfesturétti í skilningi 31. gr. EES-samningsins.

Takmarkanir á fjórfrelsi

Ákvæði EES-samningsins um svokallað fjórfrelsi, þ.e. frelsi til vöruflutninga, frelsi til þjónustustarfsemi, frelsi launþega til flutnings og staðfestu og frjálsa fjármagnsflutninga eru kjarni ákvæðanna um „innri markaðinn“ sem stefnt var að með EES-samningnum. Upphaflega voru greind ákvæði um fjórfrelsi talin byggð á reglunum um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis en fljótlega kom þó í ljós að bann við mismunun á grundvelli þjóðernis var ekki nægjanlegt til að ná þeim markmiðum um markaðssamruna sem að var stefnt með Rómarsamningnum og EES-samningnum. Í kjölfar nokkurra dóma Evrópudómstólsins varð afstaðan sú að í stað þess að meta hvort um mismunun væri að ræða, sem réttlætt væri með tilvísun til hlutlægra mælikvarða, byggist mat Evrópudómsins nú á því hvort löggjöf aðildarríkis sé til þess fallin að hindra eða takmarka á einhvern hátt framkvæmd grundvallarfrelsisréttinda eða ákvæðanna um fjórfrelsi Rómarsamningsins og EES-samningsins. Til þess að uppfylla ákvæðin um fjórfrelsið verður slík löggjöf að uppfylla fjögur skilyrði:

- a. löggjöfinni sé beitt án mismununar;
- b. löggjöfin réttlætist af lögmætum sjónarmiðum í þágu almannahagsmuna;
- c. löggjöfin sé til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt; og
- d. að hún gangi ekki lengra en nauðsynlegt er að til að ná fram því markmiði sem að er stefnt (meðalhófsreglan).

Dómar Evrópudómstólsins og EFTA dómstólsins.

Evrópudómstóllinn beitir þessari túlkunaraðferð nú m.a. í málum sem lúta að staðfesturétti. Um framangreint fráhrarf frá því að túlka samningsákvæðin svo að þau banni einungis mismunun á grundvelli þjóðernis og skýra þau í staðinn þannig að þau taki til allra hindrana og framkvæmd grundvallarfrelsisréttindanna, hversu óverulegar sem þær kunna að vera, geta ákvæðin hins vegar tekið til flestrar löggjafar og allra löggjafarsviða innan aðildarríkis, sem þá koma til endurskoðunar Evrópudómstólsins eða EFTA-dómstólsins.

Framangreind rúm túlkun hefur sætt gagnrýni og því hefur verið haldið fram að þrengja megi túlkun ákvæðanna með vísan til meginreglu um óhindraðan markaðsaðgang. Í því fælist þá að eingöngu þau ákvæði og þær aðgerðir sem takmarka verulega aðgang að markaði annarra aðildarríkja brjóti gegn

fjórfrélsisákvæðunum. Á hinn bóginn eru uppi sjónarmið um að takmörkun á hinni víðtæku túlkun velti á beitingu dómstóla á viðmiðinu um lögmat sjónarmið og einkum beitingu meðalhófsreglunnar. Þetta felur í sér mat á hagsmunum aðildarríkjanna af markaðssamruna sem vega verður á móti hagsmunum aðildarríkjanna af lagasetningu innan hvers ríkis.

EFTA-dómstóllinn hefur í dómum sínum mjög sterklega litið til fordæma Evrópudómstólsins. Engin ástæða er til að ætla annað en EFTA-dómstóllinn og dómstólar aðildarríkja EFTA muni líta til fordæma Evrópudómstólsins um fjórfrélsisákvæðin nú sem fyrr.¹

Heimilarréttlættingar

Í 33. gr. EES-samningsins segir að ákvæði um staðfesturétt útiloki ekki að beitt verði ákvæðum í lögum um sérstaka meðferð á erlendum ríkisborgurum sem grundvallast á sjónarmiðum um allsherjarreglu, almannaöryggi eða almannaheilbrigði. Ákvæði þessi kynnu að vera undirstaða réttlættingar ríkisstjórnarinnar á hinum fyrirhuguðu breytingum þar sem breytingarnar ná jafnt til fyrirtækja og einstaklinga sem hafa íslenskt ríkisfang og ríkisfang annars staðar. Dómar Evrópustólsins og EFTA-dómstólsins setja skýrar takmarkanir við því hversu langt löggjafinn getur réttlætt löggjöf sem takmarkar frelsi til staðfestu og slíkar takmarkanir eru háðar kröfunum um meðalhóf og nauðsyn. Í reglunum mega ekki felast meiri takmarkanir en nauðsynlegt er til að ná settum markmiðum. Í ákvæðum í landslögum sem ekki felst í mismunum vegna þjóðernis en felur í sér hindranir eða gerir það síður eftirsóknarvert að notfæra sér grundvallarfrélsisákvæði EES-samningsins verða því aðeins réttlætt að

- ákvæði séu réttlættingar vegna óvæfengjanlegra raka sem byggjast á almannahagsmunum;
- þau séu til þess fallin að tryggja að settum markmiðum verði náð; og
- þau gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til þess að ná markmiðum laganna.

Takmarkanir sem falla undir menningarstefnu ríkis og er ætlað að tryggja tjáningarfrelsi brjóta gegn ákvæðum um staðfesturétt ef þær ganga lengra en þörf er á vegna þess markmiðs sem að er stefnt. Einkum má draga í efa að skilyrði varðandi eignarhald á fyrirtækjum sem starfa á sviði útvarpsrekstrar verði talin nauðsynleg á hlutlægan hátt til þess að tryggja almannahagsmuni sem felast í því að viðhalda þess háttar skipan á fyrirkomulagi útvarpsreksturs sem tryggja fjölhyggu.

Unnt er að sýna fram á að aðrar valkvæðar lausnir sem minni takmarkanir felast í eru fyrir hendi. Sem dæmi má nefna reglur sem tryggja sjálfstæði ritstjórnar og óhlutdrægni í fréttáflutningi eða skyldar ráðstafanir. Þessar leiðir virðast vera heppilegri ekki síst að teknu tilliti til eðlis fjölmiðlamarkaðarins á Íslandi þar sem eigendur fjölmiðla hafa hvað eftir annað lent í fjárhagslegum erfiðleikum. Að þessu leyti yrði það ekki heppileg lausn að setja lög í því skyni að leysa upp og sundra aðila á fjölmiðlamarkaði.

¹ Sjá nánar um þetta Dóra Guðmundsdóttir: *Jafnræðisreglan og áhrif hennar á lagareglur um frjálsa för innan Evrópska efnahagssvæðisins* í Lögberg, rit Lagastofnunar Háskóla Íslands. Reykjavík 2003. Bls. 187-228, en einkum bls. 192-200.

Frjáls flutningur fjármagns, 40. gr. EES samningsins

40. gr. EES-samningsins mælir fyrir um að „innan ramma ákvæða samnings þessa skuli engin höft vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum EB eða EFTA-ríkjum ...“ Í viðauka I við tilskipun 88/361/EEC frá 24. júní 1988 er skýrlega mælt fyrir um að „þátttaka í nýjum fyrirtækjum eða fyrirtækjum sem þegar hafa verið stofnuð í því skyni að stofnsetja eða viðhalda varanlegum efnahagslegum tengslum sé „fjármagnsflutningur“ í skilningi 40. gr. EES-samningsins. Í fyrirhuguðum breytingum á útvarpslögum felast í takmarkanir í skilningi 40. gr. í EES-samningnum.

Aðrir annmarkar frumvarps

Þá verður að telja líklegt, að við mat Eftirlitsstofnunar EFTA á því hvort hinar fyrirhuguðu lagabreytingar standist ákvæði EES-samningsins muni aðrir annmarkar á frumvarpinu einnig hafa áhrif. Einkum má þar til nefna þær takmarkanir á tjáningarfrelsi, sem felast í frumvarpinu; mismunun eftir tegundum fjölmiðla; brot á meðalhófsreglu; bótalausar eignaskerðingar og sögulegur aðdragandi að gerð frumvarpsins.

Lokaorð

Niðurstaða okkar er sú að Eftirlitsstofnun EFTA muni að yfirgnæfandi líkindum komast að þeirri niðurstöðu að lagafrumvarpið í óbreyttri mynd standist ekki ákvæði EES-samningsins. Telja má víst að ESA muni líta til brota gegn reglu EES-samningsins um staðfesturétt og frjálsa flutninga fjármagns og þá meðal annars hafa í huga sjónarmið um jafnræði og meðalhóf.

Reykjavík 7. maí 2004.



Ragnar Aðalsteinsson lögmaður



Sigríður Rut Júlíusdóttir lögmaður

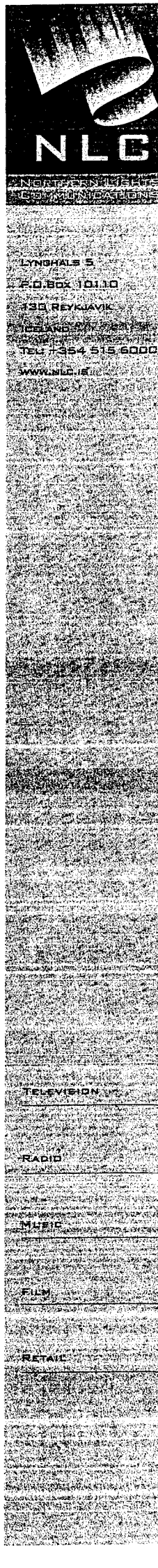
Allsherjarnefnd Alþingis
Alþingi við Austurvöll
150 Reykjavík.

Reykjavík 10. maí 2004.

Umsögn um frumvarp til laga um breyting á útvarpslögum og samkeppnislögum.

Með bréfi allsherjarnefndar Alþingis var Norðurljósum og dótturfélögum þess gefinn kostur á að koma að umsögn sinni um fyrirbyggjandi frumvarp um breyting á útvarpslögum og samkeppnislögum. Með bréfi Norðurljósa dags. 5 þ.m. var leitað eftir framlengingu á fresti til 17. maí en á það hefur ekki verið fallist af nefndinni en þess í stað var með tölvupósti þeim eindregnu tilmælum beint til umsagnaraðila að þeir skiluðu 10. maí, fimm dögum eftir að óskað var umsagnar.

Ljóst er að efni fyrirbyggjandi frumvarps beinist að rekstri Norðurljósa og dótturfélaga þess, þó svo að það sé klætt í búning hins almenna. Félagið hefur ítrekað leitað eftir að koma sjónarmiðum sínum á framfæri við stjórnvöld vegna umfjöllunar um lagasetningu á fjölmiðla. Stjórnvöld hafa hins vegar ekki leitað eftir því fyrr en með bréfi dag. 4. þ.m. og þá með afar þröngum tímamörkum. Félagið harnar þetta og telur að með þessari málsmeðferð sé hugsanlega brotinn réttur á því og öllum þeim sem hagsmuni hafa af rekstrinum. Þrátt fyrir þessa annmarka á málsmeðferð stjórnvalda og Alþingis hefur félagið tekið saman umsögn um málið. Mikilvægt er hins vegar að geta þess að með rýmri tíma hefði verið hægt að skoða og meta alla þætti málsins og þá sérstaklega fjárhagsleg áhrif og afleiðingar sem samþykkt frumvarpsins kynni að hafa á rekstur Norðurljósa og dótturfélaga þess.



Norðurljós fólu Lögmonnum Mörkinni að taka saman álitserð varðandi frumvarpið. Fjallar álitserðin fyrst og fremst um lögfræðileg álitaefti. Fylgir hún með bréfi þessu og er hluti umsagnar Norðurljósa. Norðurljós hafa líka áður sent öllum alþingismönnum umsögn lögmannanna Ragnars Aðalsteinssonar og Sigríðar Rutar Júlíusdóttur.

Í bréfi þessu verður hins vegar fyrst og fremst fjallað um rekstrarleg atriði eftir því sem kostur er á svo stuttum tíma sem gefinn er til umsagnar. Þá verður nokkuð fjallað almennt um afstöðu til lagasetningar á fjölmiðla.

I.

Rekstrarumhverfi fjölmiðla á Íslandi hefur mótast af sterkri stöðu Ríkisútvarpsins. Á það sérstaklega við eftir að einkaréttur ríkisins á rekstri ljósvakamiðla var afnuminn. Allur almennigur er þvingaður til að greiða Ríkisútvarpinu útvarpsgjald að viðlögðum viðtækjamissi, auk þess er stofnunin fyrirferðarmikil á auglýsinga- og kostunarmarkaði. Með ábyrgð ríkissjóðs hefur Ríkisútvarpið getað mætt samkeppni einkarekinna fjölmiðla. Á þetta hefur ítrekað verið bent en án aðgerða stjórnvalda. Á sama tíma og Ríkisútvarpið undirbýður keppinauta sína á auglýsingamarkaði fær það heimild til að hækka útvarpsgjaldið. Þegar ríkisvaldið hefur synjað Ríkisútvarpinu um hækkingu útvarpsgjalds eins og gerðist á árinu 2002 þegar ríkisvaldið var að reyna að ná markmiðum sínum varðandi hjöðnun verðbólgu bætti það Ríkisútvarpinu upp tekjutapið með 150 milljóna króna eingreiðslu. Einkareknir fjölmiðlar sem ekki töldu sig geta hækkað áskriftir sínar á sama tíma fengu engar bætur frá hinu opinbera. Var þó innlegg þeirra til hjöðnunar verðbólgu ekki minna. Á þessu ári hefur útvarpsgjaldið verið hækkað tvisvar og afleiðingin er líklega helst sú að það veðri til að dragi úr kaupum almennings á áskriftum að öðrum ljósvakafjölmiðlum.

Flestir fjölmiðlar sem hafa verið settir á stofn undanfarin ár hafa verið veikburða í rekstri sínum og oftast en ekki orðið gjaldþrota. Þetta er þó varla lögmál enda má sjá af rekstri Árvakurs útgáfufélags Morgunblaðsins, að ef traustir hluthafar eru bakhjarlar rekstursins getur hann gengið svo áratugum skiptir. Það var í ljósi þess sem núverandi eigendur Norðurljósa komu að rekstri Fréttar ehf. fyrir um einu og hálfu ári síðan og að rekstri Íslenska útvarpsfélagsins fyrir um hálfu ári síðan. Viðskiptahugmyndin var sú að forða félögunum frá gjaldþroti, endurfjármagna rekstur þeirra og koma rekstrinum svo í hendur nýrra eigenda með skráningu í Kauphöll Íslands. Með samstarfi við lánadrottna Norðurljósa var þessum hugmyndum komið í framkvæmd. Allir lögðu sitt af mörkum. Nýir hluthafar í Norðurljósum

lögðu fram einn milljarð króna í reiðufé, sem nýtt hlutafé, og fjármálastofnanir endursömdu um lán félagsins sem öll voru í vanskilum frá miðju ári 2003. Gert var ráð fyrir að skrá félagið í Kauphöll Íslands á næsta ári og að núverandi hluthafar myndu þá minnka hlutaeign sína eða hverfa alveg úr hluthafahópi félagsins.

Norðurljós eru móðurfélag þriggja dótturfélaga. Stærsti hluti skulda er í móðurfélaginu en á móti er eignarhlutur í dótturfélögunum þar sem reksturinn er sem skilar móðurfélaginu arði til greiðslu lána og arðs til hluthafa. Ástæða þess að félagið er skipulagt með þessum hætti er margþætt. Í fjölmiðlafyrirtæki er brýnt að varðveita sjálfstæði ritstjórna og tekuflokkar með sölu áskrifta eða auglýsinga. Var það skoðun nýrra eigenda Norðurljósa að það væri best gert með því að hver hluti væri sjálfstæður en ætti viðskipti sín á milli með hefðbundnum hætti eins og um óskyld fyrirtæki væri að ræða. Þannig voru ritstjórnir blaðanna og fréttastofa ljósvaka ekki sameinaðar né heldur auglýsingasöludeildir. Sameiginlegt hagræði er annars vegar að finna í ýmsum nýjungum sem eru að verða á sviði fjölmiðlunar um netið og vegna annarra tækniframfara og hins vegar í því að geta með kerfisbundnum hætti náð að skapa fjölbreyttara vinnuumhverfi fyrir starfsmenn samstæðunnar með því t.d. að gefa þeim tækifæri á að færast til í starfi. Stærsta hagræðið af uppbyggingu félagsins var hins vegar að hafa breiddina og stærðina til að gera félagið skráningarhæft í kauphöll. Það er öllum ljóst að til að hægt sé að skrá fyrirtæki í kauphöll þarf það að vera yfir ákveðnum stærðarmörkum að rekstrraumfangi og hafa stöðugleika. Þannig væri fyrirtæki sem eingöngu væri í ljósvakarekstri eða eingöngu í dagblaðaútgáfu ekki skráningarhæft sökum einhæfni og smæðar. Saman gæti það hins vegar gengið og með Skífunni sem þriðju stoð væri markmiðinu náð þó það síðast nefnda ætti að öðru leyti lítið skylt við fjölmiðla.

Með samþykki frumvarpsins verður ekkert af þeim áformum að skrá fjölmiðlafyrirtæki í kauphöll hér á landi. Starfsmenn og tryggir viðskiptavinir félaga Norðurljósa, s.s. M-12 félagar Íslenska útvarpsfélagsins geta því ekki eignast hlut í félagi sem þeir hafa staðið dyggilega að baki. Þá verður að telja að Íslenska útvarpsfélagið muni búa við svo mikla réttaróvissu varðandi leyfisveitingar að ekki komi til þess að fjárfestar og lánadrottnar muni við það una. Frumvarpið, ef að lögum verður, kemur í veg fyrir dreifða eignaraðild að alvöru fjölmiðlafyrirtæki hér á landi.

II.

Heildar vaxtaberandi skuldir Norðurljósa nema um 5.700 m.kr. Eins og fyrr segir er stærstur hluta þeirra í móðurfélaginu en rekstur og eignir í

dótturfélögum. Til að skipta félaginu upp þarf því að skipta skuldum móðurfélagsins á milli dótturfélaganna með einhverjum hætti. Látið hefur verið að því liggja að í opinberri umræðu að undanförmu að það sé hægðarleikur. Slíkar fullyrðingar eru rangar og settar fram af þekkingarleysi. Skuldirnar eru við nokkra lánadrottna og þyrftu þeira að koma sér saman um hvernig skuldirnar myndu skiptast mill dótturfélaganna og taka þá tillit til núverandi forgangsraðar skuldanna og svo hversu álitleg þeir sjái einstök dótturfélög sem lántaka til framtíðar litið. Má í þessu sambandi nefna að í lok síðasta árs var álitnið að Íslenska útvarpsfélagið væri mjög góður og traustur lántakandi, þar sem félagið hefði yfir að ráða tíðnum sem nota mætti til útvarps (sjón- og hljóðvarps) og engar takmarkanir væru eða hefðu verið á útgáfu útvarpsleyfa hér á landi frá því er einkarekin ljósvakamiðlun var gefin frjáls árið 1985. Með fyrirliggjandi frumvarpi er hins vegar ljóst að stjórnvöld eru reiðubúin til að breyta þessari mikilvægu forsendu rekstrarins með afgerandi hætti sem leiðir til þess að lánveitendur munu breyta mati sínu á útvarpsrekstri til tjóns fyrir lántaka.

Þá er þess jafnframt að geta að í flestum lánasamningum er gjaldfellingarákvæði sem snúa m.a. að því að heimilt er að gjaldfella lán ef meiri háttar breyting verður á rekstrarumhverfi, breyting verður á eignarhaldi eða til sölu eigna kemur. Frumvarpið gerir ráð fyrir að breyting verði á öllum þessum þáttum og munu eigendur félagsins og starfsmenn þá eiga allt sitt undir lánveitendum um hvernig megi vinna sig út úr þeirri stöðu.

III.

Frumvarpið gerir ráð fyrir að því verði settar umtalsverðar takmarkanir hverjir megi eiga fjölmiðlafyrirtæki. Þá er afturvirkni í frumvarpinu sem kveður á um að núverandi eigendur Norðurljósa skuli sumir hverjir selja sig út úr félaginu innan tveggja ára. Með þessu er vegið að hagsmunum núverandi hluthafa því þeim er gert skylt að selja en jafnframt takmarkað hverjir eru til þess hæfir að kaupa hlutaféð.

IV.

Umræða um hvort nú þurfi að setja eigi lög um starfsemi fjölmiðla hér á landi hefur ekki farið fram með þeim hætti sem sæmir lýðræðisríkjum. Slík umræða er hins vegar nauðsynleg, þar sem stjórnarskrá lýðveldisins Íslands tryggir fjölmiðlum grundvallarréttindi, sem almenni löggjafinn getur ekki skert nema aðrir og meiri almannahagsmunir, almenningsþörf eða almannaheill kalli á. Ekkert slíkt er í húfi. Fjölmiðlum er ætlað að veita

aðhald eins og marg oft hefur verið bent á, hvort sem það er atvinnulíf eða stjórnámálamenn.

Að undanfögnu hafa einstakir stjórnámálamenn rökstutt þá afstöðu sína að setja þurfi lög sem takmarka athafnafrelsi fjölmiðla með því að vitna í skrif einstakra dagblaða um ráðherra í ríkisstjórn. Fjölmiðlar eru bundnir af marg háttuðum reglum um það hversu langt megi ganga í umfjöllun í fjölmiðlum um einstaklinga og lögaðila. Þeir sem telja umfjöllun fjölmiðla ranga eða meiðandi hafa ekki gert neitt til að leita réttar síns að þessu leyti t.d. með málskoti til siðanefndar Blaðamannafélags Íslands eða dómstóla, sem stjórnvöld hafa ítrekað sagt á undanföngum vikum að einstaklingar og lögaðilar verði að leita til vilji þeir ekki una gerðum eða ákvörðunum ríkisvaldsins. Umfjöllun í fjölmiðlum um stjórnámálamenn, einstaklinga og atvinnufyrirtæki sem kann að vera óþægileg er hluti tjáningarfrelsisins sem ekki má takmarka með leyfisveitingum. Atvinnufyrirtækjum, stjórnámálamönnum og einstaklingum er tryggður réttur að koma sjónarmiðum sínum á framfæri í þeim fjölmiðli sem þeir telja ganga á hlut sinn. Hins vegar vill svo undarlega til að nokkrir héraendur stjórnámálamenn kjósa að setja þá fjölmiðla sem þá gagnrýna í talbann eða gera lítið úr þeim með uppnefnum og reyna með því og árásum á blaðamenn viðkomandi miðla að gera þá ótrúverðuga. Bush forseta Bandaríkjanna og félögum hans í Íraksstríðinu liði örugglega mun betur í dag, ef hinir frjálsum fjölmiðlar heimalanda þeirra birtu ekki myndir af hrottaskap herliðs þeirra í Írak gagnvart föngum þar í landi.

Fjölmiðlar eiga tilvist sína undir þeim trúverðugleika sem þeir hafa að mati lesenda eða áhorfenda. Reglur settar af ríkisvaldinu eiga þar ekki að koma nærri. Ekkert opinbert eftirlit getur komið að notum þar. Fjölmiðlar sjálfir kunna hins vegar að setja sér reglur sem er til þess fallin að auka á traust neytenda sinna. Möguleiki er á að koma á samskiptareglum ritstjórna við lesendur með því t.d. að gera þeim sem telja á sig hallað í umfjöllun fjölmiðils auðveldara að fara fram á leiðréttingu eða annarri úrlausn sinna mála. Í fjölmiðlasögu Íslendinga eru fjölmörg dæmi um að fjölmiðlar sem hafa miðlað upplýsingum með hlutlausum og yfirveguðum hætti og gætt að því að öll helstu sjónarmið komist að, hafa haldið trausti lesenda og áhorfenda. Ekki er þörf á opinberri ritskoðun.

Með alveg sama hætti og afskipti stjórnámálamanna eða ríkisvaldsins eiga ekki að vera á frjálsum fjölmiðlum, má færa fyrir því rök að fyrirtæki séu í erfiðri stöðu þegar kemur að trúverðugleika fjölmiðla sem þau eiga aðild að. Grundvallarmunur er þó þar á og leiðir hann af þeirri staðreynd að ef úr trúverðugleika fjölmiðla í eigu einkaaðila dregur þá bitnar það á fjárhagslegri afkomu eigendanna. Opinber afskipti lúta ekki þessum sömu lögmálum. Einkaaðilar sem standa í fjölmiðlarekstri verða því að gæta þess

að viðhalda trúverðugleika, að öðrum kosti minnkar eða hverfur eftirspurn eftir þeim. Opinber rekstur hefur sjaldnast áhyggjur af slíku.

Á meðal þess sem hefur verið til skoðunar hjá forsvarsmönnum Norðurljósa er að setja í samþykktir félagsins ákvæði um hámarkseign einstakra hluthafa. Þá hefur verið til skoðunar að koma á fót starfi umboðsmanns lesenda og áhorfenda með öðrum fjölmiðlum. Þannig setji fjölmiðlar sér sjálfir gegnsæjar reglur sem öllum séu ljósar. Að setja slíkt hins vegar undir væng ríkisvaldsins er eingöngu til að draga úr trúverðugleika og hlutleysi fjölmiðla. Aðeins þeir sem dásama opinber afskipti geta haldið öðru fram. Það er afstaða stjórnar félagsins að atriði sem þessi eigi að setja inn í eigin reglur félagsins áður en það er sett á markað og allir upplýstir um það. Breytingar eru einnig á valdi félagsins sjálfs en þá með þeim möguleika að það hafi áhrif á trúverðugleika og þar með traust þeirra sem nota viðkomandi fjölmiðla sér til upplýsingar.

V.

Frumvarpið hefur þegar sett í uppnám öll áform Norðurljósa um stafræna uppbyggingu sjónvarps- og hljóðvarps. Stafrænar útsendingar átti að hefja á Faxaflóasvæðinu þann 9. október næstkomandi á 18 ára afmæli Íslenska útvarpsfélagsins. Með stafrænni tækni er hægt að nýta hverja rás til útsendinga á 4 til 8 dagskrám. Væru allar 16 MMDS rásir Íslenska útvarpsfélagsins gerðar stafrænar samtímis þýddi það að íbúum frá Akranesi til Grindvíkur og jafnvel á stærstum hluta Suðurlands gæfist kostur á að velja milli allt að 130 dagskrárrása. Að stórum hluta byggir stafrænt sjónvarp á endurvarpi erlendra sjónvarpsstöðva; sjónvarpsstöðva, þar sem eignarhaldið er allt annað en á Norðurljósum, enda leyfa aðstæður hér á landi ekki íslenskum fjölmiðlafyrirtækjum að standa í mikilli innlendra dagskrárgerð. Endurvarp erlendra sjónvarpsstöðva hlýtur að tryggja fjölbreytni, enda bjóða Norðurljósa þá upp á sjónvarpsefni fyrir allan almenning, sem framleitt er af ólíkum aðilum í eigu fjölbreytts hóps fjölmiðla- og framleiðslufyrirtækja um víða veröld; sjónvarpsefni, sem þeir einir njóta nú, sem hafa komið sér upp móttökubúnaði fyrir erlent gervihnattasjónvarp, sem því miður felur oft en ekki í sér margháttuð lögbrot af hálfu seljenda og notenda búnaðar og áskriftar að gervihattastöðvum, einkum að því er varðar sölu á aðgangi að dagskrám Sky og annarra evrópskra greiðslustjónvarpsstöðva.

Menntamálaráðherra, ráðherra útvarpsmála, hefur ekki látið skoða samkeppnisumhverfi íslenskra ljósvakamiðla. Fjölmiðlaskýrslan fjallar ekkert um sjónvarpsstarfsemi Landssímans eða Landsvirkjunar í gegnum fyrirtæki sín Fjarska og Íslandsmiðil. Landssíminn dreifir nú þegar dagskrám um 40 erlendra sjónvarpsstöðva um ljósleiðarakerfið sitt í

Reykjavík, Hafnarfirði, Kópavogi og Húsavík undir heitinu Breiðvarp. Landssíminn þarf ekki útvarpsleyfi til þessarar starfsemi og honum eru engar takmarkanir settar um fjölgun rása eða dagskrá sem í boði geta verið, nema þá fjárhagslegar. Þær gætu þess vegna verið um þrjúþúsund, sem er sá fjöldi sjónvarpsdagskráa sem ná má frá gervihattastöðvum með tilheyrandi búnaði hér á landi. Starfsemi Landssímans á þessu sviði hefur hins vegar leitt til árekstra við sjónvarpsstarfsemi Íslenska útvarpsfélagsins t.d. í Hafnarfirði, þar sem Landssíminn neitar að flytja Fjölvarp Íslenska útvarpsfélagsins á breiðbandi sínu í Hafnarfirði og útilokar þar með alla samkeppni varðandi dreifingu erlendra gervihnattarása, þar sem íbúum þeirra hverfa er breiðband Landssímans nær til er óheimilt að setja loftnet á hús sín af skipulagsástæðum.

Landssíminn hyggst á næstu árum nýta sér ADSL-tækni til að dreifa sjónvarpi um koparlagnir sínar sem ná til 99,9% heimila í landinu. Landssímanum er jafnframt skylt að veita öðrum aðgang að þessu kerfi til fjarskipta. Til flutnings gagna, sem flytja hjóð og mynd, þarf ekki útvarpsleyfi því ekki er verið að dreifa útvarpi, hljóðvarpi eða sjónvarpi, með rafsegulöldum. Hér er og verður á ferðinni gagnaflutningur í skilningi fjarskiptalaga. Sams konar starfsemi getur hitt fjarskiptafyrirtækið Og Vodafone tekið upp. Í reynd er það svo að þessi tvö fjarskiptafyrirtæki hafa í framtíðinni miklu meira um það að segja að þjóðin hafi aðgang að upplýsingum, sé upplýst, en hefðbundin útvarpsfyrirtæki.

Fjarski hefur byggt upp stafrænt sjónvarpskerfi á Faxaflóasvæðinu, sem með litlum tilkostnaði má stækka þannig að það nái til Akureyrar og annarra þéttbýlisstaða svo sem Egilsstaða. Í tilraunaskyni hefur Fjarski dreift erlendum gervihnattadagskrám um kerfi sitt en skort innlenda dagskrá til að dreifa. Ítrekað hefur verið leitað eftir því við Íslenska útvarpsfélagið að það flytji dagskrár stöðva sinna á kerfi Fjarska. Af því hefur ekki orðið þar sem það hefur verið talið of dýrt.

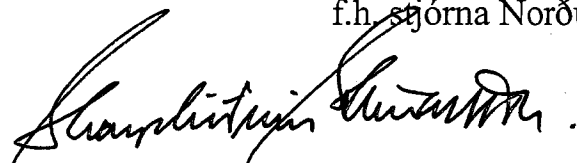
Orkuveitur Reykjavíkur hefur fjárfest í ljósleiðurum og fjarskiptabúnaði til gagnaflutnings, sem getur flutt sjónvarpsmerki mynd og hljóð en vantar efni. Hugmyndir munu þó uppi um að koma á laggirnar myndveitu einkum í formi Video On Demand.

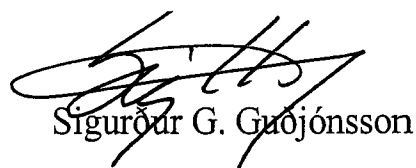
Íslenskt sjónvarpsefni fyrir allar þessa dreifingaraðila, sem eru eins og rakið hefur verið opinberar stofnanir, verður ekki til, ef koma á í veg fyrir frjálst flæði fjármagns inn í ljósvakamiðla, eins og frumvarpið gerir ráð fyrir.

VI.

Með vísan til alls sem að framan greinir telur stjórn Norðurljósa frumvarp um breytingu á útvarps- og samkeppnislögum hreina tímaskekkju og til þess eins fallið að koma í veg fyrir þróun og frekari uppbyggingu öflugra einkarekinna fjölmiðla hér á landi.

Virðingarfyllt
f.h. stjórna Norðurljósa og dótturfélaga.


Skarphéðinn Berg Steinarsson


Sigurður G. Guðjónsson



**Norðurljós hf.
b. t. Skarphéðins Steinarssonar stjórnarformanns
Lynghálsi 5
110 REYKJAVÍK**

Reykjavík 9. maí 2004.

Efni: Álitsgerð varðandi frumvarp til laga um breytingu á útvarpslögum nr. 53/2000 og samkeppnislögum nr. 8/1993.

Við höfum í dag lokið við álitsgerð um ofangreint lagafrumvarp, sem unnin var samkvæmt beiðni stjórnar félagsins, og fylgir hún með bréfi þessu. Að vinnu við álitsgerðina komu fimm lögmenn skrifstofu okkar.

Rétt þykir að vekja athygli á lokaorðum álitsgerðarinnar hér, en þau eru svohljóðandi:

Við teljum ástæðu til að taka hér fram, að umsögn þessi er unnin á tíma sem okkur þótti alltof skammur til verkefnisins en helgast af þeirri einkennilegu áherslu sem lögð er á að ljúka meðferð frumvarpsins á Alþingi fyrir lok þings á þessu vori. Líklegt er þess vegna að margvísleg atriði hafi orðið útundan, þótt við höfum reynt að tína hér til margvísleg lögfræðileg álitamál og freistað þess að gera þeim skil. Við teljum að full ástæða hefði verið til að fara miklu nánar út í það hvers konar reglur kynni að vera rétt að setja um þetta svið hér á landi, reglur sem tækju hæfilegt tillit til allra aðstæðna á fjölmiðlamarkaði hér á landi. Mjög lítið ráðrúm hefur gefist til að gaumgæfa ýmsar afleiðingar slíkrar lagasetningar, t. d. með tilliti til hugsanlegs tjóns sem af henni gæti leitt. Til samanburðar við þann mikla flýti sem meðferð þessa máls sætir á Alþingi á þessu vori má nefna að undirbúningur lagasetningar um þetta efni tók fjögur ár í Noregi. Mun þokkaleg sátt hafa tekist um efni löggjafarinnar þar, sem er mun rýmri en sú sem lögð er til í því frumvarpi sem hér er til umræðu. Engu að síður liggur fyrir að Norðmenn hyggjast rýmka löggjöf sína frekar, svo frem fram kemur í skýrslu nefndar menntamálaráðherra.

Virðingarfyllt
f. h. Lögmanna Mörkinni ehf.


Ragnar Halldór Hall hrl.

**Gestur Jónsson hrl.
Gísli Guðni Hall hdl.
Gunnar Jónsson hrl.
Margrét Einarsdóttir hdl.
Ragnar Halldór Hall hrl.**

ÁLITSGERÐ

**Nokkur álitaefni varðandi
frumvarp til laga um breytingu
á útvarpslögum nr. 53/2000 og
samkeppnislögum nr. 8/1993**

**Tekið saman að beiðni
Norðurljósa hf.**

EFNISYFIRLIT

		bls.
1	Um greinargerð nefndar menntamálaráðherra um eignarhald á fjölmiðlum á Íslandi og aðdraganda að gerð lagafrumvarpsins	3
1.1	Verkefni og starfshættir nefndarinnar	3
1.2	Efni greinargerðarinnar	4
1.3	Tilurð lagafrumvarpsins – frumkvæði forsætisráðherra	4
1.4	Tilmæli frá Evrópuráðinu	5
1.5	Þjóðréttarlegar samningsskuldbindingar	8
2	Norðurljós hf., staða og starfsumhverfi	8
3	Efnisatriði lagafrumvarpsins	11
3.1	Yfirlit	11
3.2	Nánar um helstu atriði frumvarpsins	11
4	Almennar reglur/sértæk réttaráhrif	12
4.1	Hlutafé og eigendur þess	12
4.2	Útvarps- (hljóðvarps- og sjónvarps-) leyfi og gildistími þeirra	13
4.3	Áhrif frumvarpsins á starfsemi sem reist er á gildandi leyfum	14
4.4	Er slík lagasetning almenn eða sértæk?	14
5	Fara reglur frumvarpsins í bága við stjórnskipunarlög og/eða alþjóðlega samninga, sem skuldbindandi eru fyrir Ísland	16
5.1	Inngangur	16
5.2	Gilda efnislega hliðstæðar reglur annars staðar á Vesturlöndum?	17
5.3	Beiting meðalhófsreglunnar í stjórnskipunarrétti	18
5.4	Meðalhófsreglan sem lögskýringarregla og sem sjálfstæð efnisregla til verndar mannréttindum	20
5.5	Sönnunarbyrði um hvort meðalhófs hafi verið gætt	21
5.6	Álitaefni um afturvirkni ákvæða frumvarpsins	24
5.7	Fara ákvæði frumvarpsins í bága við jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. og 26. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi?	25
5.8	Fara ákvæði frumvarpsins í bága við 72. gr. stjórnarskrárinnar um vernd eignarréttar?	27
5.9	Ákvæði frumvarpsins og reglur um tjáningarfrelsi	30
5.10	Ákvæði frumvarpsins og atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrárinnar. Lagaáskilnaðarregla 75. gr.	32
5.11	Eru ákvæði frumvarpsins samþýðanleg samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993	33
5.11.1	Takmarkanir á staðfesturétti	33
5.11.2	Takmarkanir á frjálsum fjármagnsflutningum	37
	Niðurstöður og lokaorð	39

1. Um greinargerð nefndar menntamálaráðherra um eignarhald á fjölmiðlum á Íslandi og aðdraganda að gerð lagafrumvarpsins.

1.1 Verkefni og starfshættir nefndarinnar

Samkvæmt skipunarbréfi nefndarinnar var verkefni hennar “að skila greinargerð til menntamálaráðherra um það hvort tilefni sé til að setja sérstaka löggjöf um eignarhald á fjölmiðlum. Nefndinni er einnig falið að semja frumvarp að slíkri löggjöf, verði það niðurstaða ráðherra að hennar sé þörf”. Greinargerð nefndarinnar er fylgiskjal með frumvarpinu og því hefur verið haldið fram að efni frumvarpsins sé byggt á tillögum og ábendingum sem þar komi fram.

Nefndin var skipuð af menntamálaráðherra án þess að öðrum væri gefinn kostur á að tilnefna menn til setu í henni, og henni ætlaður mjög skammur tími til að ljúka verkefni sínu. Nefndinni tókst ekki að ljúka greinargerð sinni innan gefinna tímamarka og víkja nefndarmenn að þessu í inngangi greinargerðarinnar, sjá bls. 6 í frumvarpinu. Þar segir m. a.:

Þegar vinna við greinargerðina hófst kom í ljós að viðfangsefni hennar [nefndarinnar] er umfangsmikið og þær leiðir, sem til greina koma, varða mörg og ólík réttarsvið. Þá er viðfangsefnið um sum atriði flókið og krefst að nokkru sérþekkingar á einstökum sviðum lögfræði og viðskipta, auk þekkingar á ýmsum tæknilegum hliðum fjölmiðlunar, sem sækja verður úr ólíkum áttum. Er óhjákvæmilegt að greinargerðin beri þess nokkur merki að nefndinni hefur verið markaður fremur þröngur tímarammi. Nefndin bendir jafnframt á að við frekari lagalega og tæknilega útfærslu einstakra hugmynda og tillagna, sem settar eru fram í lokakafla greinargerðarinnar, gæti þurft að skoða einstök atriði frekar en hér er gert og ekki er hægt að útiloka að við þá vinnu komi upp álitamál sem nefndin hefur ekki séð fyrir og ekki tekið sérstakt tillit til.

Nefndin lauk skýrslu sinni 2. apríl 2004 og skilaði henni til menntamálaráðherra. Í stað þess að gera efni hennar þá strax kunnugt var því haldið í þagnargildi þar til hún var kynnt á ríkisstjórnarfundum þremur vikum síðar og þá jafnframt skýrt frá því að forsætisráðherra hefði unnið frumvarp til laga um breytingu á útvarpslögum sem byggt væri á niðurstöðum nefndarinnar. Þetta er afar óheppilegt, því að vegna hins þrönga tímaramma sem nefndinni var settur kaus hún að eiga ekki fundi með eða viðræður við fulltrúa neins þeirra aðila sem starfa á fjölmiðlamarkaði hér á landi.

1.2. Efni greinargerðarinnar

Okkur er ekki unnt að fara í ítarlega umfjöllun um efni greinargerðarinnar í álitgerð þessari svo sem vert væri. Efni hennar er afar víðtækt, eins og nefndarmenn hafa bent á, og takmarkast ekki við lögfræði. Ýmsar aðrar greinar félagsvísinda og hagfræði tengjast þessu efni. Að því er lögfræði varðar er þar komið inn á ýmis réttarsvið í innlendum rétti, þjóðarrétti og réttarkerfi nokkurra nágrannalanda okkar. Umfjöllun um ýmsa slíka þætti er fróðleg svo langt sem hún nær, en að okkar áliti er hún þó mjög yfirborðskennd. Sem dæmi eru gildandi lagareglum einstakra ríkja, t.d. í Danmörku, Noregi og Bretlandi, gerð skil á u.þ.b. tveimur blaðsíðum. Í samanburðarlögfræði nægir svo gróf umfjöllun engan veginn til mögulegt sé að draga lögfræðilegar ályktanir af. Meðal þess sem skoða þyrfti eru mismunandi stjórnarfar og lýðræðishefðir, ólíkar markaðsaðstæður, samkeppnishæfni fjölmiðla o.s.frv., ef eitthvert gagn ætti að vera af samanburðinum.

Í skýrslunni er lagt til að Ríkisútvarpið verði styrkt sérstaklega. Eftirtektarvert er hve lítið er fjallað um Ríkisútvarpið í greinargerðinni. Nánast engin umfjöllun er um þýðingu og áhrif Ríkisútvarpsins á íslenskum fjölmiðlamarkaði og hver áhrif tilvist þess og löggjafar um það séu fyrir frjálsa samkeppni á fjölmiðlamarkaði. Undanfarin ár hefur tilvist Ríkisútvarpsins einkum verið réttlætt með vísan til almannaöryggis annars vegar og menningarhlutverks hins vegar. Í ljósi fyrirhugaðrar lagasetningar vaknar sú spurning hvort ekki séu hæg heimatökin hjá stjórnvöldum til að stuðla að fjölbreytni í fjölmiðlun, t.d. með nánari reglum um skyldu Ríkisútvarpsins í þessum eignum eða með því að breyta rekstrarformi þess, telji ráðamenn hentara að stuðla að beinni samkeppni á raunverulegum einkamarkaði.

1.3 Tilurð lagafrumvarpsins - frumkvæði forsætisráðherra

Í athugasemdum með lagafrumvarpinu segir m. a. að frumvarpið sé

reist á almennt viðurkenndum viðhorfum um mikilvægi fjölmiðla fyrir skoðana- og tjáningarfrelsi í nútíma lýðræðisþjóðfélagi. Þeir gegna lykilhlutverki sem vettvangur ólíkra viðhorfa til stjórn mála, menningar og samfélagslegra málefna í viðum skilningi.

Í ljósi þessara viðhorfa vekur meðferð skýrslunnar og tilurð lagafrumvarpsins tortryggni, þar sem ekki verður betur séð en að ætlunin sé að knýja fram lögfestingu frumvarpsins án þess að ráðrúm gefist til nauðsynlegrar umfjöllunar um málefnið í þjóðfélaginu og án þess að alþingismenn eða aðrir hafi tök á að gaumgæfa mögulegar afleiðingar slíkrar lagasetningar. Verður nánar vikið að þessum þætti síðar.

Frumkvæði forsætisráðherra að lagasetningunni vekur einnig sérstaka athygli. Eins og áður greinir var tekið fram í skipunarbréfi nefndarinnar að henni væri falið að semja frumvarp að “slíkri löggjöf”, yrði það niðurstaða ráðherra að hennar væri þörf. Í umræðum um skýrsluna á Alþingi 28. apríl sl. kom það viðhorf menntamálaráðherra skýrt fram, að brýn þörf væri á lagasetningunni. Verður því ekki betur séð en að forsætisráðherra hafi hér tekið fram fyrir hendurnar á menntamálaráðherra og þeim sem hún hafði ætlað að vinna verkið.

Þetta frumkvæði forsætisráðherra hefur ekki verið skýrt sérstaklega og þess vegna er ekki vitað, hvort það stafar af því að nefndarmenn hafi ekki orðið sammála um það hvert efni slíks frumvarps skyldi vera. Ummæli á bls. 85 í frumvarpinu benda óneitanlega í þessa átt, en þau eru í kafla um einn viðkvæmasta þátt málsins, þ. e. leyfisveitingar (kafla 6.4.3). Þar er gerð grein fyrir tveim leiðum sem nefndin telur koma til greina við setningu reglna um úthlutun leyfa til að reka fjölmiðla, einkum hljóðvarp og sjónvarp. Nefndin segir á tilvitnuðum stað:

Nefndin ræddi nokkuð um það með hvorri leiðinni skyldi mælt, en komst ekki að sameiginlegri niðurstöðu um það atriði.

Í athugasemdum með lagafrumvarpinu er lögð áhersla á mikilvægi þess að almenningur hafi aðgang að fjölbreyttum, sjálfstæðum og öflugum fjölmiðlum til að einstaklingar geti notið tjáningar- og skoðanafrelsis. Ekki skal dregið úr mikilvægi þessara sjónarmiða hér. Hins vegar þykir skjóta nokkuð skökku við þegar þeir sem fyrir slíku mæla leggja slíkt ofurkapp sem hér er gert á að knýja fram lagasetningu af þessu tagi án þess að ráðrúm gefist til að kanna allar hliðar málsins. Þessi málsmeðferð virðist vera í mótsögn við framangreindar ábendingar nefndarinnar um nauðsyn þess að skoða útfærsluleiðir í málinu vandlega. Fram hefur komið hjá formanni nefndarinnar á opinberum vettvangi, að nefndarmenn hafi ávallt litið svo á að greinargerð nefndarinnar væri fyrst og fremst hugsuð sem grundvöllur opinna og almennrar umræðu um viðfangsefnið.

1.4 Tilmæli frá Evrópuráðinu

Í skýrslu nefndar menntamálaráðherra er tekið fram að Evrópuráðið hafi samþykkt tilmæli til aðildarríkja þess um að þau hlutist til um setningu laga til að tryggja fjölbreytni í fjölmiðlun. Á íslenska ríkinu hvíli þess vegna skyldur að þjóðarétti til að setja slíkar reglur, þótt tilmælin sem slík séu ekki bindandi fyrir aðildarríkin. Við teljum þessa áherslu harla sérstæða, enda er öllum ljóst að þess háttar tilmæli frá Evrópuráðinu leggja engar slíkar skyldur á íslenska ríkið.

Við teljum einnig ástæðu til að benda á að því fer fjarri að íslenska ríkið hafi séð ástæðu til að bregðast við öllum slíkum tilmælum frá Evrópuráðinu. Við

bendum í því sambandi á Recommendation 1516 (2001) frá Evrópuráðinu sem fjallar um fjármál stjórnmálaflokka. Þar segir m. a.:

A number of scandals linked to the financing of political parties in several Council of Europe member states in all parts of Europe over recent years has demonstrated that this issue must be addressed as a matter of urgency in order to prevent the loss of citizens' interest in the political life of their respective countries.

In order to maintain and increase the confidence of citizens in their political systems, Council of Europe member states must adopt rules governing the financing of political parties and electoral campaigns.

Hér er setning reglna um fjármál stjórnmálaflokka skilgreind sem “a matter of urgency”, en ekki verður séð að íslensk stjórnvöld hafi talið ástæðu til að bregðast við þeim tilmælum.

Athyglisvert er að bera saman tilmæli Evrópuráðsins um setningu reglna um fjármál stjórnmálaflokka annars vegar og um setningu reglna til að tryggja fjölbreytni (pluralism) í fjölmiðlun hins vegar. Í hinum síðarnefndu er þetta orðað þannig:

“(The Committee of Ministers) recommends that the governments of the member States:

- i. *examine the measures contained in the appendix to this recommendation and consider the inclusion of these in their domestic law or practice where appropriate, with a view to promoting media pluralism;*
- ii. *evaluate on a regular basis the effectiveness of their existing measures to promote pluralism and/or anti-concentration mechanisms and examine the possible need to revise them in the light of economic and technological developments in the media field.”*

Í viðaukanum sem vísað er til eru ýmsar leiðir nefndar, sem geti stuðlað að fjölbreytni, en það er alfarið lagt í hendur hvernar þjóðar að meta hverjar þeirra, ef einhverjar, komi til greina. Orðalag, sem viðhaft er, er að aðildarríki skuli “consider”, “examine the possibility”, “should pay particular attention to”, “may consider”. Kjósi ríki að setja takmarkanir af einhverju tagi á eignarhald eru um það sérstök varnaðorð viðhöfð í tilmælunum. Oðrétt segir:

If thresholds are introduced, member States should take into consideration the size of the media market and the level of resources available in it. Companies which have reached the permissible

thresholds in a relevant market should not be awarded additional broadcasting licences for that market.

Einnig skal vakin athygli á að í tilmælunum eru nefndar fjölmargar aðrar leiðir en reglur um eignarhald sem möguleg úrræði. Dæmi:

- Ný tækni – nýjir miðlar.
- Reglur/aðferðir sem tryggja fjölbreytt efni og að mismunandi stjórnmalalegar og menningarlegar skoðanir komist að.
- Reglur/aðferðir sem tryggja sjálfstæði ritstjóra og blaðamanna.
- Rekstur opinbers fjölmiðils.
- Opinber stuðningur við fjölmiðla.
- Vísindarannsóknir.

Það vekur nokkra athygli að hér á landi hefur þessum álitaefnum verið veittur tiltölulega lítill gaumur. Nýleg dæmi um það eru þegar Fréttablaðið og síðar DV urðu gjaldþrota. Við minnumst ekki frá þeim tíma þeirrar “viðurkenndu orðræðu”, sem nú hefur verið vísað til, eða að talið hafi verið að þjóðréttarlegar skuldbindingar leiddu til þess að stjórnvöldum teldist þá skylt að tryggja áframhaldandi fjölmiðlun. Gera verður ráð fyrir að tilefnið hafi verið til staðar, því að fyrir utan þessi dagblöð var einungis Morgunblaðið starfandi! Þessar hugleiðingar má ekki skilja svo að við séum talsmenn opinberrar íhlutunar. Tilgangurinn er að benda á það sem virðist vera ósamræmi í stjórnarathöfnum og lagasetningu þegar viðfangsefnið “fjölbreytni í fjölmiðlun” er annars vegar.

Hér er ekki ráðrúm til ítarlegri umfjöllunar um téða skýrslu nefndar menntamálaráðherra, en vitaskuld verður þó fjallað um einstök atriði hennar í köflunum hér á eftir. Ekki verður þó hjá því komist að benda á að fjölmargar aðrar leiðir eru til sem notast mætti við til að ná markmiðinu um að tryggja fjölbreytni í fjölmiðlun hér á landi í þeim skilningi sem í það hugtak er lagður í tillögum Evrópuráðsins um setningu slíkra reglna. Reglur um takmörkun á eignarhaldi eru einungis ein leið af mörgum og ættu því aðeins að koma til álita að fyrst hafi menn komist að rökstuddri niðurstöðu um að á skorti í fjölbreytni í fjölmiðlun. Sú skoðun er hér látin í ljós að það skorti miklu nánari umfjöllun í skýrslunni um kosti og galla einstakra leiða og hverjar henti á íslenskum markaði. Íslenskar aðstæður hafa margvísleg sérkenni. Bent hefur verið á smæð íslensks markaðar, sem er augljós en afgerandi við mat á rekstargrundvelli fjölmiðla. Á hátíðarstundum fjalla ráðamenn um mikilvægi þess, á tímum alþjóða- og hnattvæðingar, að gætt sé að íslenskri menningu og tungu. Þar gegna íslenskir fjölmiðlar veigamiklu hlutverki. Þröngar, ítarlegar og hamlandi reglur um starfsemi fjölmiðla hljóta að veikja þá í þessu hlutverki. Þetta hlýtur að þurfa að skoða þegar metin er þörf fyrir ítarlegar reglur um eignarhald á fjölmiðlum.

Í kynningu á efni greinargerðar nefndarinnar hefur formaður hennar ítrekað komist svo að orði, að það sé “viðurkennd orðræða” að ríkinu beri að setja

reglur um eignarhald á fjölmiðlum til að tryggja fjölbreytni í fjölmiðlun í landinu, en sú fjölbreytni verði ekki tryggð með vinunandi hætti án þess að komið verði í veg fyrir óeðlilega samþjöppun eignarhalds á fjölmiðlum. Lögð skal áhersla á að eitt er að taka ákvörðun um setja lög um eignarhald á fjölmiðlum og annað að ákveða innihald slíkra laga. Við teljum að greinargerð nefndarinnar sé þarft innlegg í slíka umræðu, svo langt sem hún nær, en öll umfjöllun um efni hennar hefur runnið saman við umfjöllun um lagafrumvarpið. Aðrar tækar leiðir að sama markmiði hafa vart fengist ræddar. Og það er alveg ljóst í okkar huga, að það er ekki “viðurkennd orðræða” í samfélaginu að rétt sé að lögfesta efni þessa lagafrumvarps.

1.5 Þjóðréttarlegar samningskuldbindingar

Ástæða er til að benda á það sérstaklega, að formaður nefndar menntamálaráðherra hefur opinberlega lýst því yfir að nefndinni hafi ekki unnist tími til að kanna það sérstaklega hvort ákvæði frumvarpsins kynnu að fara í bága við skuld-bindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Er það enn til marks um að ekki hafi verið nægilega vandað til undirbúnings frumvarpsins. Því verður vart trúað að hin “viðurkennda orðræða” um nauðsyn lagasetningarinnar sé nú metin þannig, að menn séu komnir í slíkt tímahrak með lagasetninguna að ekki sé hægt að gefa sér tíma til að fara yfir þetta mikilvæga atriði. Tveir belgískir sérfræðingar á þessu sviði, sem Norðurljós hf. leituðu álits hjá um þetta atriði - annar þeirra fór á fund allsherjarnefndar Alþingis við meðferð frumvarpsins - velktust ekki í vafa um að frumvarpið færi í bága við efni EES-samningsins og færðu fram afar sterk rök máli sínu til stuðnings. Það hafa íslenskir sérfræðingar á þessu sviði einnig gert. Við fjöllum um ákveðin álitaeefni sem þessu tengjast síðar í þessari álitsgerð. Því er þó slegið hér föstu að engar þjóðréttarlegar kuldbindingar séu fyrir hendi sem gera hina fyrirhuguðu lagasetningu nauðsynlega.

2 Norðurljós hf., staða og starfsumhverfi

Hér verður stiklað á stóru um tilurð Norðurljósa hf. og um þýðingu fyrirhugaðrar lagasetningar fyrir ráðgerðar breytingar í starfseminni. Jafnframt verða hér rakin nokkur atriði til að varpa ljósi á það samkeppnisumhverfi sem félagið starfar í og vakin sérstök athygli á tilfinnanlegum skorti á heildarsýn stjórnvalda yfir þann markað sem fyrirhuguð lagasetning beinist að.

Norðurljós hf. urðu til í júlí 1999 sem eignarhaldsfélag um alla hluti í Íslenska útvarpsfélaginu hf. (Stöð 2, Bylgjunni og Stjörnunni) og Skífunni hf. Félagið varð til við skuldsetta yfirtöku sem fjármögnuð var með láni að fjárhæð 60 milljónir Bandaríkjadala frá erlendum og íslenskum bönkum; J.P. Morgan, Chase, ABN Amro, de NIB, Staal bank og Landsbanka Íslands hf.

Norðurljós hf. urðu jafnframt eigandi 34,8% hlutar í fjarskiptafélaginu TALi hf, sem hóf rekstur GSM-símaþjónustu á árinu 1998 í samkeppni við Landssíma Íslands hf. Fjárfestingin í TALi var á vegum Íslenska útvarpsfélagsins hf. og fjármögnuð með sölu á um 35% hlut sinn í Frjálsri fjölmiðlun ehf. fyrir liðlega 300 milljónir króna. Frjáls fjölmiðlun hf. var þá útgefandi dagblaðanna DV og Dags. Hlutina í Frjálsri fjölmiðlun ehf. hafði Íslenska útvarpsfélagið hf. keypt af Sveini Eyjólfssyni og Eyjólfí Sveinssyni í febrúar 1995 fyrir um 175 milljónir. Af þeim kaupum spruttu nokkrar umræður á Alþingi 13. sama mánaðar, sem ekki er sérstök ástæða til að rekja hér og nú. Eins og sést af samanburði kaup- og söluverðs í Frjálsri fjölmiðlun ehf. ávaxtaði Íslenska útvarpsfélagið hf. þessa fjármuni vel og gat með því fé lagt grunn að nýju félagi í fjarskiptum hér á landi, TALi; félagi sem án efa hefur fært Íslendingum meiri lækkun á gjöldum fyrir símaþjónustu en nokkurn gat órað fyrir.

Norðurljós hf. seldu hlut sinni í TALi hf. í nóvember 2002 fyrir 1,5 milljarð króna. Kaupin voru gerð að frumkvæði Landsbanka Íslands hf. fyrir Kenneth Peterson, þáverandi eiganda Norðuráls, sem þá hafði eignast ráðandi hlut í Halló-Frjálsum fjarskiptum hf. og Íslandssíma hf., sem líkt og tal höfðu bæði GSM-leyfi og leyfi til almennra fjarskipta. Söluverðið gekk allt inn á lán Norðurljósa frá 1999, sem með því komst í skil. Lánið hafði verið í vanskilum allt frá miðju ári 2001. Við kaupin á hlutum Norðurljósa hf. í TALi hf. gat Kenneth Peterson og viðskiptabanki hans hér á landi fækkað símafyrirtækjum á Íslandi úr fjórum í tvö, Landssíma Íslands hf. og Íslandssíma hf. Sú samþjöppun fyrirtækja á sviði fjarskiptaþjónustu virtist ekki vekja ugg í brjósti ráðherra eða þingmanna, enda setti Alþingi ný fjarskiptalög í júlí árið 2003 sem innleiða þá meginreglu að fjarskipti skuli vera frjáls hverjum sem vill, burt séð frá því hver hann er, í hvaða atvinnugrein hann er og hvort hann er þar eða annars staðar markaðsráðandi. Lög um fjarskipti taka mið af reglum sem gilda á Evrópska efnahagssvæðinu.

Öll þessi viðskipti voru möguleg þar sem fjölmiðlar líkt og önnur fyrirtæki hér á landi búa við réttarreglur sem tryggja þeim að geta flutt fé sitt milli ólíkra atvinnugreina og haft af því hag. Því er þetta rakið hér í þessu samhengi, að engu er líkara en að frumvarp það sem hér er til umræðu sé lagt fram í þeirri trú að frjálst flæði fjármagns frá aðilum atvinnulífsins inn í fjölmiðla muni draga úr fjölbreytni fjölmiðlanna. Þetta er gert án nokkurrar rannsóknar á líklegum áhrifum slíkra reglna á fjölmiðlamarkaðinn hér á landi. Öllum er frjálst að stofna fjölmiðla, hvort heldur er ljósvaka- eða prentmiðla nema hvorttveggja sé. Rétt er að geta þess að leyfi til rekstrar ljósvakamiðla hafa víðast hvað verið réttlætt með því að um takmarkaða auðlind sé að ræða. Tíðnisviðið beri takmarkaðan fjölda útsendinga. Á Íslandi hefur aldrei verið skortur á tíðnum eða öðrum leiðum til hljóð- eða myndmiðlunar. Skortur er hins vegar á aðilum til að fjárfesta í ljósvakamiðlum. Frumvarpið, verði það að lögum, gerir það að verkum að næsta vonlaust verður að finna aðila sem mega fjárfesta í ljósvakamiðlum.

Frumvarpið gerir það líka að verkum að Norðurljós hf. verða ekki skráð í Kauphöll Íslands um mitt næsta ár eins og stjórnendur félagsins höfðu áður ákveðið. Starfsmenn og tryggir viðskiptavinir félaga samstæðunnar, svo sem M-12 félagar Íslenska útvarpsfélagsins hf. geta því ekki eignast hlut í félagi sem þeir hafa staðið dyggilega að baki. Frumvarpið, ef að lögum verður, mun þess vegna koma í veg fyrir dreifða eignaraðild að fyrirtækinu sem allir eigendur þess hafa stefnt að.

Fjármögnunarsamningar félagsins innihalda einnig heimildir lánveitendum til handa til að segja upp lánasamningum, verði frumvarpið að lögum. Þykir líklegt að slíkar heimildir verði nýttar, enda augljóst að með lögfestingu frumvarpsins verður fjárhagsgrundvelli undir starfseminni raskað mjög verulega.

Frumvarpið hefur þegar sett í uppnám öll áform Norðurljósa hf. um stafræna uppbyggingu sjónvarps- og hljóðvarps. Stafrænar útsendingar átti að hefja á Faxaflóasvæðinu 9. október næstkomandi á 18 ára afmæli Íslenska útvarpsfélagsins hf. Með stafrænni tækni er hægt að nýttja hverja rás til útsendinga á 4 til 8 dagskrám. Væru allar 16 MMDS rásir Íslenska útvarpsfélagsins hf. gerðar stafrænar samtímis þýðir það að íbúum Íslands frá Akranesi til Grindavíkur og jafnvel á stærstum hluta Suðurlands gæfist kostur á að velja milli allt að 130 dagskrárrása. Að stórum hluta byggist slíkt sjónvarp á óslitnu endurvarpi erlendra sjónvarpsstöðva; stöðva, þar sem eignarhaldið er allt annað en á Norðurljósum hf., enda leyfa aðstæður hér á landi ekki íslenskum fjölmiðlafyrirtækjum að standa í mikilli innlendri dagskrárgerð. Endurvarp dagskráa erlendra sjónvarpsdagskráa hlyti að tryggja fjölbreytni, enda byðu Norðurljós hf. þá upp á sjónvarpsefni fyrir allan almenning sem framleitt er af mismunandi aðilum í eigu fjölbreytts hóps fjölmiðla- og framleiðslufyrirtækja um víða veröld. Hér er um að ræða efni, sem þeir einir njóta nú, sem hafa komið sér upp móttökubúnaði fyrir erlent gervihnatta-sjónvarp, en notkun þess búnaðar byggist oft á tíðum á lögbrotum seljenda slíks búnaðar og þeirra sem hann nota án þess að skeyta um einkaleyfisrétt Norðurljósa hf. á dreifingu efnis sem þessi tæki geta veitt móttöku frá erlendum dreifingaraðilum.

Engin athugun hefur verið gerð af hálfu opinberra aðila á samkeppnisumhverfi íslenskra ljósvakamiðla í tengslum við fyrirhugaða lagasetningu. Í greinargerð nefndar menntamálaráðherra er ekkert fjallað um sjónvarpsstarfsemi Landssíma Íslands hf, Landsvirkjunar í gegnum dótturfyrirtæki, Fjarska og Íslandsmiðil. Landssími Íslands hf. dreifir nú þegar dagskrám um 40 erlendra sjónvarpsstöðva um ljósleiðarakerfi sitt í Reykjavík, Hafnarfirði, Kópavogi og Húsavík. Landssíminn hyggst á næstu árum nýta sér ADSL-tækni til að dreifa sjónvarpi um koparlagnir sínar sem ná til 99,9% heimila í landinu. Fjarski hefur byggt upp stafrænt sjónvarpskerfi á Faxaflóasvæðinu en skort innlenda dagskrá til að dreifa um kerfið. Orkuveita Reykjavíkur fjárfestir nú í ljósleiðurum og fjarskiptabúnaði sem á að geta flutt sjónvarpsmerki, mynd og hljóð. Útvarpslög taka ekki til sjónvarpsstarfsemi þessa opinberu fyrirtækja.

3 Efnisatriði lagafrumvarpsins.

3.1 Yfirlit

Í 1. gr. er mælt fyrir um að bæta skuli nýrri málsgrein á eftir 3. mgr. 6. gr. gildandi útvarpslaga nr. 53/2000 og er hún í fimm stafliðum, a-e. Meginefni þeirra er eftirfarandi:

- a. Óheimilt verður að veita leyfi til útvarps, ef tilgreind atriði um rekstur eiganda, markaðshlutdeild eða eignarhlutfall teljast vera fyrir hendi.
- b. Ákvæði a-liðar á einnig við ef á milli fyrirtækjanna eru önnur nán tengsl en samstæðutengsl, sem leitt geta til yfirráða.
- c. Með umsóknum um útvarpsleyfi skulu fylgja upplýsingar svo unnt sé að meta skilyrðin í a- og b-lið. Jafnframt er kveðið á um að leita skuli álits Samkeppnisstofnunar um það hvort fyrirtæki eða samstæða fyrirtækja sé í markaðsráðandi stöðu.
- d. Skylt verður að tilkynna breytingar á eignarhaldi og öðrum skilyrðum. Útvarpsréttarnefnd verður heimilað að afturkalla útvarpsleyfi við tilgreindar aðstæður, en hún getur einnig veitt allt að 60 daga frest til úrbóta.
- e. Mælt fyrir um heimild til að víkja frá skilyrðum a- og b-liðar ef um er að ræða leyfi til svæðisbundins hljóðvarps.

Í 2. gr. frumvarpsins er mælt fyrir um að Samkeppnisstofnun skuli láta útvarpsréttarnefnd í té álit samkvæmt c-lið.

Í 3. gr. er kveðið á um að löggin skuli þegar öðlast gildi.

Í ákvæði til bráðabirgða er þeim sem löggin taka til veittur tveggja ára aðlögunartími og útvarpsréttarnefnd veitt heimild til að afturkalla útvarpsleyfi þeirra, sem hún telur ekki uppfylla skilyrði 1. gr. laganna að þeim tíma liðnum.

3.2 Nánar um helstu atriði frumvarpsins.

Það efni frumvarpsins, sem hér skiptir höfuðmáli, er efni a- og b-liða 1. mgr. og ákvæðis til bráðabirgða.

Í a-lið er kveðið á um, að óheimilt sé að veita leyfi til útvarps ef einhver fimm tilgreindra áðstæðna telst vera fyrir hendi, þ.e.

- ef fyrirtækið hefur að meginmarkmiði rekstur sem er óskyldur fjölmiðlarekstri.
- ef fyrirtækið er að hluta til eða öllu leyti í eigu fyrirtækis eða fyrirtækjasamstæðu, sem er markaðsráðandi á einhverju sviði viðskipta.

- ef fyrirtækið er í eigu annars fyrirtækis að meira en 25%
- ef fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu eiga samanlagt meira en 25% eignarhlut í því,
- ef fyrirtækið eða annað fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu eiga hlut í útgefanda dagblaðs eða það er að hluta eða öllu leyti í eigu slíks fyrirtækis eða fyrirtækjasamstæðu.

Í b-lið segir að ákvæði a-liðar eigi einnig við ef önnur nánin samstæðutengsl eru á milli fyrirtækja sem leitt geti til yferráða. Er í skýringum í greinargerð tekið fram að m.a. séu höfð í huga atriði sem vísað sé til í 28. gr. laga um verðbréfa- viðskipti nr. 33/2003. - Hér er einnig vert að benda á, að í greinargerð með frumvarpinu er sérstaklega tekið fram að miðað sé við að ráðherra geti með reglugerð samkvæmt heimild í 35. gr. útvarpslaga sett nánari ákvæði um framkvæmd þessa ákvæðis.

Í ákvæði til bráðabirgða er eins og fyrr greinir kveðið á um að þeir, sem lögin taka til, en fyrir liggur að það er einungis um að ræða Norðurljós hf. og dótturfélög þess, skuli hafa lagað sig að þeim kröfum sem lögin gera innan tveggja ára frá gildistöku þeirra. Í 2. mgr. segir svo: „Útvarpsréttarnefnd skal vera heimilt að afturkalla útvarpsleyfi þeirra, sem hún telur ekki uppfylla skilyrði 1. gr. laganna að þeim tíma liðnum.“ Í þessu ákvæði virðist felast, að þótt hin nýju skilyrði gildi við úthlutun útvarpsleyfa skuli lögin samt sem áður eiga við um þá sem fengið hafa úthlutað leyfum, þannig að ef þeir hafi ekki aðlagað sig að lögunum hafi útvarpsréttarnefnd heimildir til að afturkalla leyfin þótt þau hafi átt að gilda til lengri tíma.

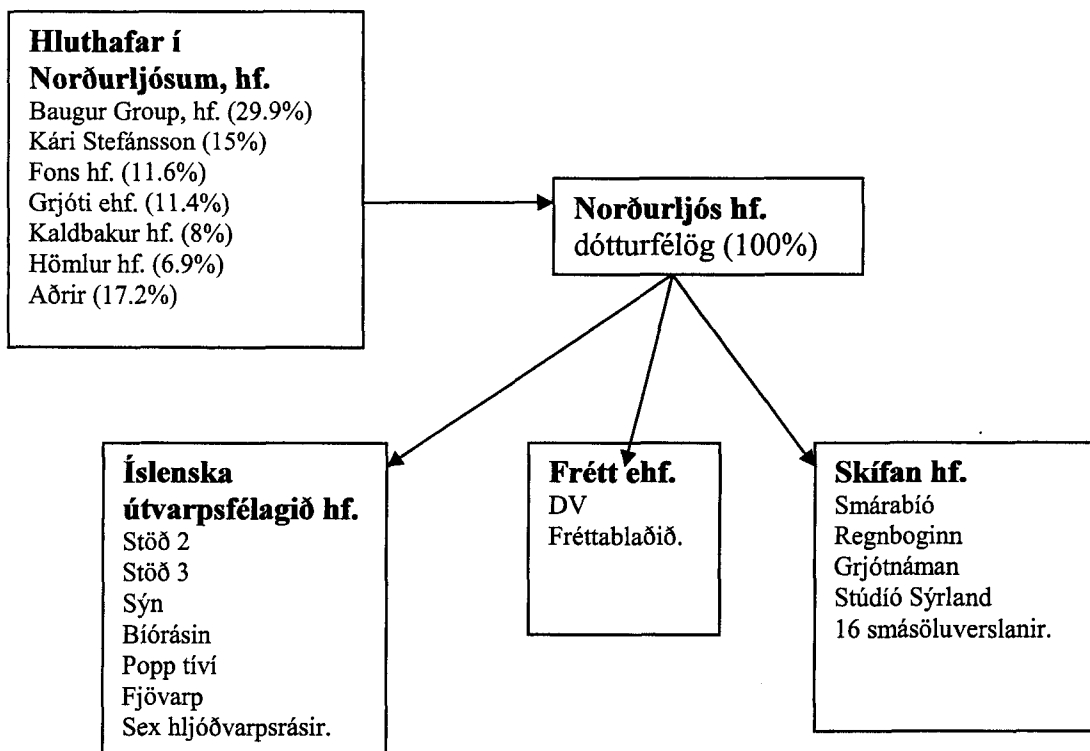
4. Almennar reglur/sértæk réttaráhrif.

4.1 Hlutafé og eigendur þess

Reglur frumvarpsins eru almennar í þeim skilningi, að þær taka til allra sem þær geta átt við um og mæla fyrir um skilyrði fyrir úthlutun útvarpsleyfa í framtíðinni með almennum hætti.

Á hinn bóginn er ljóst, að miðað við núverandi ástand er fyrirtækið Norðurljós hf. og dótturfélög þess eini aðilinn á landinu sem lögin taka beint til. Ákvæði frumvarpsins eru þess vegna sértæk í þeim skilningi, því að útvarpsréttarnefnd getur afturkallað útvarpsleyfi ef leyfishafi hefur ekki lagað sig að lögunum innan tveggja ára frestsins. Af þessu leiðir að umfjöllun hér tekur einkum mið af Norðurljósum hf., hluthöfum í því og dótturfélögum þess.

Af yfirliti um hluthafa í Norðurljósum hf. og öðrum félögum í sömu félagasamstæðu, sem er að finna á bls. 113 í frumvarpinu, má ráða hvernig reglur a-liðar 1. gr. frumvarpsins hafa áhrif á félagið.



Af yfirliti þessu má auðveldlega sjá eftirfarandi:

- Íslenska útvarpsfélagið hf. er dótturfélag fyrirtækis eða fyrirtækjasamstæðu, sem er að hluta til í eigu fyrirtækis sem ýmsir telja að hafi markaðsráðandi stöðu (matvörumarkaður), þ.e. Baugur Group hf., sem á 29.9% í móðurfélaginu.
- Móðurfélag Íslenska útvarpsfélagsins hf. er Norðurljós hf, sem annað fyrirtæki, Baugur Group hf., á meira en 25% í.
- Fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu eiga meira en 25% hlut í Íslenska útvarpsfélaginu hf.
- Norðurljós hf. er móðurfélag Fréttar ehf. sem gefur út tvö dagblöð.

Af þessu sést að fjögur af fimm skilyrðum, sem tilgreind eru í a-lið 1. gr. frumvarpsins, eiga við um Íslenska útvarpsfélagið hf. eða þá samstæðu sem félagið tilheyrir. Ekki er heldur útilokað að staða annarra hluthafa í Norðurljósum hf., t. d. Kaldbaks hf. eða Kára Stefánssonar, kunnir einnig að vera ósamþýðanleg reglum frumvarpsins, en um það höfum við ekki nægilegar upplýsingar.

4.2 Útvarps- (hljóðvarps- og sjónvarps-) leyfi og gildistími þeirra.

Samkvæmt 3. mgr. 6. gr. má leyfi, sem útvarpsréttarnefnd veitir til hljóðvarps lengst vera til fimm ára í senn og til sjónvarps lengst til sjö ára í senn. Af upplýsingum í greinargerð nefndar menntamálaráðherra má sjá, að leyfi hafa almennt verið veitt til hámarkstíma. Þau leyfi sem veitt hafa verið dótturfélag-

um Norðurljósa, hf., eru einkum þessi (hér eru einungis tilgreind leyfi sem helst skipta máli og leyfishafar, en nokkurrar ónákvæmni/misræmis gætir um þetta í upplýsingum sem fram koma í greinargerð nefndarinnar):

Útvarpsleyfi (hljóðvarp).

<i>Leyfishafi</i>	<i>Dagskrá</i>	<i>Gildir til.</i>
Íslenska útvarpsfélagið hf.	Barnaútvarpið	21. 10. 2005
“ “ “ “	Bylgjan	31. 12. 2004
Sýn hf.	X-ið	25. 8. 2009

Sjónvarpsleyfi.

Íslenska útvarpsfélagið hf.	Stöð 2	25.8.2007
“ “ “ “	Stöð 3	9.10.2010
“ “ “ “	Bíórásin	30.12.2005
Sýn hf.	Sýn	27.7.2008

Ítrekað skal að þetta eru einungis helstu leyfi og handhafar þeirra, en ónákvæmni gætir um það hvernig þetta er upplýst í greinargerð nefndar menntamálaráðherra. Það hefur ekki sérstaka þýðingu að leiðrétta þetta hér.

4.3 Áhrif frumvarpsins á starfsemi sem reist er á gildandi leyfum

Verði frumvarpið lögfest nú á vorþingi verður umtalsverður tími eftir af gildistíma eins útvarpsleyfis og þriggja sjónvarpsleyfa þegar aðlögunartími samkvæmt bráðabirgðaákvæðinu rennur út.

Jafnframt sýnist ljóst að þau leyfi sem renna út á umræddum tveggja ára aðlögunartíma muni ekki fást endurnýjuð að óbreyttu, svo sem verið hefði annars.

4.4 Er slík lagasetning almenn eða sértæk?

Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að efni frumvarpsins taki aðeins til eins fyrirtækis í landinu þótt lagatextinn sé almennt orðaður. Þetta og aðdragandi lagasetningarinnar bendir ótvírætt til þess að markmið laganna sé í reynd að leysa upp ákveðinn hluta Norðurljósa hf. eða félagið í heild sinni ef svo ber undir. Það er vel þekkt í stjórn málaheiminum að stjórnálamenn reyni stundum að takmarka tjáningarfrelsi þeirra fjölmiðla sem þeim hafa þótt of gagnrýnir á verk þeirra. Þekkt dæmi eru um að þess hafi verið freistað að klæða slíkar takmarkanir í búning almennra reglna þótt augljóst hafi verið að efni þeirra varðaði aðeins tiltekinn eða tiltekna fjölmiðla. Um þetta eru til þekktir bandarískir dómur í málum þar sem lög, sem beindust í raun að tilteknum fyrirtækjum, hafa verið talin brjóta gegn tjáningarfrelsisákvæðum bandarísku stjórnarskrárinnar.

Hér skal skal fyrstan telja dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli **Grosjean gegn American Press Co.** Dómurinn er frá árinu 1936 og snerist um lögmæti sérstaks skatts, sem lagður var á í Louisiana-fylki á dagblöð, sem dreift var vikulega í meira en 20000 eintökum. Af 163 dagblöðum í fylkinu voru einungis 13, sem var dreift í 20000 eintökum. Vildi svo til að 12 þeirra höfðu haldið uppi harðri gagnrýni á stjórnarhætti fylkisstjórnans, sem margir töldu að einkenndust af miklum einræðistilburðum. Í dóminum þótti sýnt að fylkisstjórinn hefði átt frumkvæði að lagasetningunni. Var komist að niðurstöðu um að lagasetningunni væri í raun beint að tilteknum fjölmiðlafyrirtækjum þó svo lagatextinn væri orðaður með almennum hætti. Taldist þetta brjóta gegn tjáningarfrelsisákvæði 1. viðauka bandarísku stjórnarskrárinnar. Eftirfarandi úr forsendum dómsins er athyglisvert og við teljum það eiga sérstakt erindi í umræðu um lagafrumvarpið sem hér er til umfjöllunar:

The newspapers, magazines, and other journals of the country, it is safe to say, have shed and continue to shed, more light on the public and business affairs of the nation and any other instrumentality of publicity; and since informed public opinion is the most potent of all restraints upon misgovernment, the suppression or abridgement of the publicity afforded by a free press cannot be regarded otherwise than with grave concern. The tax here involved is bad not because it takes money from the pockets of the appellees. If that were all, a wholly different question would be presented. It is bad because, in the light of its history and of its present setting, it is seen to be a deliberate and calculated device in the guise of a tax to limit the circulation of information to which the public is entitled in virtue of the constitutional guaranties. A free press stands as one of the great interpreters between the government and the people. To allow it to be fettered is to fetter ourselves.

Annar bandarískur dómur á erindi í þessa umræðu, dómur áfrýjunardómstóls fyrir Washington D.C. frá 1988 í máli **News America Publishing, Inc.**, fyrirtæki í eigu fjölmiðlarisans Rupert Murdoch, **gegn fjölmiðlanefnd Bandaríkjanna** ("Federal Communications Commission", hér skammst. FCC). Í málinu reyndi á reglur sem bönnuðu sama aðila að reka ljósvakamiðil og dagblað án undanþágu fjölmiðlanefndarinnar (Cross-Ownership Rule). Þess skal getið að síðan þá hafa þessar reglur verið á undanhaldi m.a. í Bandaríkjunum. Fyrirtæki Murdochs átti dagblöðin New York Post og Boston Herald, auk þess sem hann var eigandi Fox sjónvarpsfyrirtækisins, sem rak svæðisbundnar sjónvarps-stöðvar bæði í New York og Boston. Murdoch hafði tilskildar undanþágur fjölmiðlanefndarinnar og var sá eini á markaði, sem reglurnar snertu, en starfsemin var háð undanþágunum. Murdoch er þekktur fyrir íhaldssemi í stjórnmalaskoðunum og Boston Herald hafði haldið uppi harðri gagnrýni á Edward Kennedy, demókrata og öldungadeildarþingmann Massachusetts. Er komið var að lokum gildistíma undanþáganna voru, fyrir tilstuðlan þingmannsins, sett lög, sem girtu fyrir undanþágur, þ.m.t. endurnýjun þeirra sem áður höfðu verið veittar. Murdoch taldi nýju lögin brjóta gegn tjáningarfrelsisákvæði í 1. viðauka stjórnarskrárinnar og var mál þetta rekið í tilefni af því. Kennedy og aðrir þingmenn sem stóðu að lagasetningunni bentu

á að lögnum væri ekki beint gegn Murdoch, heldur væri um að ræða lög sem hefðu almennt gildi og giltu um alla. Á þetta féllst dómurinn ekki og var m.a. vísað til fyrrnefnda hæstaréttardómsins frá 1936. Niðurstaða dómsins var að reglurnar væru í reynd sértækar þótt orðalag þeirra væri almennt - þær beindust að einu tilteknu fjölmiðlafyrirtæki. Eftirfarandi kafli úr forsendum dómsins lýsir vel viðhorfi og aðferðafræði dómsins:

[The rule] strikes at Murdoch with the precision of a laser beam. We must now inquire how well its aim corresponds with the legitimate public purpose.

5. Fara reglur frumvarpsins í bága við stjórnskipunarlög og/eða alþjóðlega samninga, sem skuldbindandi eru fyrir Ísland?

5.1 Inngangur

Við mat á því hvort ákvæði frumvarpsins, ef það yrði að lögum óbreytt, færi í bága við ákvæði stjórnskipunarlaga og/eða alþjóðlega samninga, sem hafa skuldbindingargildi hér á landi, ber fyrst að taka það almenna atriði til skoðunar, hvort markmið laganna sé lögmeitt. Markmiðinu er lýst í upphafi athugasemda með frumvarpinu þannig:

Meginmarkmið frumvarps þessa er að sporna við því að eignarhald á fjölmiðlafyrirtækjum og samþjöppun á fjölmiðlamarkaði hamli gegn æskilegri fjölbreytni í fjölmiðlun á Íslandi.

Því er ekki haldið fram í greinargerð nefndar menntamálaráðherra að hin efnislega umfjöllun í íslenskum fjölmiðlum sé ekki fjölbreytt eða að ekki sé fjölbreytt úrval á fjölmiðlamarkaði, einkum ljósvakamarkaði, sérstaklega með hliðsjón af stærð markaðarins. Við teljum hins vegar að dómstólar mundu varla telja sig bæra til þess að endurskoða slíkt mat löggjafans. Á hinn bóginn er ljóst að dómstólar eiga mat um það hvort löggjafinn hafi gætt réttra sjónarmiða við lagasetninguna og hvort ákvæði laganna kunni að skerða hagsmuni, sem varðir eru af einstökum ákvæðum stjórnarskrárinnar eða túlkun á henni. Má segja að þessi afstaða eigi sér stoð í forsendum ýmissa dóma þar sem slík álitaeftni hafa verið til umfjöllunar, sbr. t.d. **Hrd. 1998, bls. 4076** (veiðileyfadómur) og **Hrd. 2000, bls. 1534** (kvótadómur).

Hér á eftir verður farið yfir álitaeftni um hvort reglur frumvarpsins fari í bága við ákvæði stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 með síðari breytingum, þ.e. VII. kafla hennar. Fyrst þykir þó rétt að fara stuttlega yfir það hvort reglur frumvarpsins séu í samræmi við eða geti talist efnislega sambærilegar við lagareglur um sama efni í öðrum ríkjum. Því næst munum við gera grein fyrir mikilvægum sjónarmiðum um gildi meðalhófsreglu í stjórnskipunarrétti og þar á eftir fjalla um einstök ákvæði VII. kafla stjórnarskrárinnar sem við teljum skipta hér máli. Loks munum við draga saman nokkur atriði um það hvort efni

frumvarpsins telst samþýðanlegt skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið.

5.2 Gilda efnislega hliðstæðar reglur annars staðar á Vesturlöndum?

Norðurljós hf. hafa leitað til erlendra sérfræðinga um tjáningarfrelsi og löggjöf um eignarhald á fjölmiðlum bæði í Bandaríkjunum og í Evrópusambandinu. Félagið efndi til opins fundar um þetta málefni í Reykjavík 5. maí 2004, þar sem lögmennirnir Floyd Abrams frá Bandaríkjunum og Filip Van Elsen frá Belgíu fluttu afar fróðleg erindi um þau álitæfni sem fyrirhuguð lagasetning snýst um. Þessir sérfræðingar fóru daginn eftir á fund allsherjarnefndar Alþingis og kynntu skoðanir sínar á efni hins íslenska lagafrumvarps, sem þeir höfðu kynnt sér mjög ítarlega.

Það er skoðun hinna erlendu sérfræðinga að efnisreglur frumvarpsins yrðu einsdæmi á Vesturlöndum ef þær verða lögfestar. Hvergi í þessum heimshluta væri að finna slíkar lagareglur. Ef slíkar reglur yrðu lögfestar t. d. í Þýskalandi, Frakklandi, Hollandi, Belgíu, Bretlandi eða Bandaríkjunum mundi það leiða til lokunar á flestum einkareknum sjónvarpsstöðvum sen eitthvað kveður að í þessum löndum. Þannig kom t. d. fram að fjögur stærstu sjónvarpsfyrirtæki í Bandaríkjunum (TV-Networks), sem allar sjónvarpa gjaldfrjálst til allra fylkja í Bandaríkjunum, eru hver um sig í eigu fyrirtækja sem ugglaut yrðu talin markaðsráðandi ef íslensk mælistika yrði lögð á þau og hvert þeirra hefur annars konar rekstur að meginmarkmiði:

- NBC er í eigu General Electric, sem er stærsta fyrirtækjasamstæða heimsins og fjárfestir aðeins í markaðsráðandi fyrirtækjum
- ABC er í eigu The Walt Disney Company
- CBS er í eigu Viacom
- Fox er í eigu fjölskyldufyrirtækis Rupert Murdoch

Floyd Abrams gerði jafnframt grein fyrir því að ákveðins misskilnings virtist gæta í umfjöllun hér á landi um takmarkanir á því að sami aðili ræki dagblöð og sjónvarpsstöðvar í Bandaríkjunum. Þetta sagði hann ekki vera rétt. Rétt væri hins vegar að meginreglan væri sú að sama fyrirtækið mætti ekki reka bæði dagblöð og sjónvarpsstöðvar á sama svæði. Frá þessu væru þó fjölmargar undantekningar. Bannið leiddi ekki til þess að sami aðili mætti ekki eiga í fyrirtæki með ljósvakarekstur og dagblaðarekstur.

Hinir erlendu sérfræðingar töldu augljóst að takmarkanir þær sem frumvarpið gerir ráð fyrir mundu draga úr fjölbreytni á fjölmiðlamarkaði hvar sem er í heiminum í stað þess að tryggja hana. Töldu þeir að nánast í hvaða ríki sem er mundu slíkar reglur aðeins leiða til þess að stöðvar í eigu opinberra aðila yrðu nánast einar eftir á markaðinum.

Við látum í ljós þá skoðun, að verði frumvarpið að lögum og látið verði reyna á gildi þeirra fyrir dómstólum hljóti íslenska ríkið að bera sönnunarbyrði um það að reglur laganna séu að efni til sambærilegar við samkynja reglur annars staðar. Það tengist raunar álitaeftum varðandi meðalhófsregluna sem fjallað verður um hér á eftir.

5.3 Beiting meðalhófsreglunnar í stjórnskipunarrétti.

Verði frumvarpið að lögum óbreytt mun það hafa veruleg áhrif á hagsmuni Norðurljósa hf., hluthafa félagsins, kröfuhafa, starfsmanna og annarra sem hafa hagsmuni af tilveru þess og dótturfélaga. Til skoðunar þarf að taka hvort ákvæði laganna brjóta í heild eða að hluta í bága við jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, friðhelgi eignarréttarins samkvæmt 72. gr. hennar, tjáningarfrelsisákvæði 73. gr. og atvinnufrelsisákvæði 75. gr.

Fullyrða má að löggjafanum sé heimilt að setja lög, sem skerða ýmis réttindi sem almennt kunna að vera varin af stjórnarskrá, að því gefnu að tilgangur slíkrar löggjafar sé lögmætur. Löggjafinn verður að gæta meðalhófs við slíka lagasetningu, þ.e. fara að í samræmi við meðalhófsreglu stjórnskipunarréttarins. Meðalhófsreglan hefur fyrst og fremst verið til umfjöllunar sem mikilvæg grundvallarregla í stjórnsýslurétti, fyrst sem ólögfest meginregla er síðar var lögfest með 12. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993.¹ Enginn vafi leikur þó á því, að meðalhófsreglan gildir einnig í íslenskum stjórnskipunarrétti. Var fyrst um það fjallað af dr. Gauki Jörundssyni árið 1992, sem reyndar mun hafa gefið reglunni nafn, og síðar hefur gildi hennar birst í mörgum dómum Hæstaréttar.² Enginn vafi þykir lengur leika á því að beita beri reglunni í stjórnskipunarrétti, einkum þegar sett eru lög sem skerða kunna stjórnarskrárvarin réttindi.³

Meðalhófsreglunni er einnig beitt af Mannréttindadómstóli Evrópu við túlkun ákvæða sem heimila með vissum skilyrðum takmarkanir eða skerðingar á réttindum sem varin eru af Mannréttindasáttmála Evrópu og/eða einstökum ákvæðum í samningsviðaukum (hér eftir í heild nefnt MSE).

Flestar þeirra reglna VII. kafla stjórnarskrárinnar, sem vísað er til að ofan, eiga sér samsvörun í ákvæðum MSE (þ.e. með samningsviðaukunum) sem lögfestur var með lögum nr. 62/1994, Alþjóðasamningi um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi, sem birtur er í lagasafni og fleiri alþjóðlegum samningum sem Ísland hefur gerst aðili að. Þess skal sérstaklega getið, að þótt MSE og samningsviðaukarnir hafi verið lögfestir með almennum lögum, hefur „í dómaframkvæmd

¹ Páll Hreinsson, Stjórnsýslulögin, skýringarit, bls. 147-148 og sami höfundur, Meðalhófsregla stjórnsýslulaga, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 504-505.

² Gaukur Jörundsson, Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti, Afmælisrit Gizurar Bergsteinssonar, bls. 207-225.

³ Sjá t.d. Björg Thorarensen, Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 51-105, sjá hér t.d. í niðurstöðukafla á bls. 99, og Hörður Einarsson, Tjáningarfrelsi og fjölmiðlar, bls. 55-57.

Hæstaréttar [verið] rík tilhneiging til að gera ákvæðum hans hærra undir höfði en leitt verður af formlegri stöðu laganna.“ Hefur ákvæðum sáttmálans verið beitt til hliðar við ákvæði stjórnarskrárinnar til að undirbyggja staðhæfingar um gildi grundvallarreglna, sem njóta stjórnskipulegrar verndar.⁴ Af framan- greindum ástæðum verður hér fjallað saman um reglur tilgreindra ákvæða stjórnarskrárinnar og efnislega sambærilegra ákvæða í MSE og öðrum alþjóðlegum samningum um mannréttindi og vernd þeirra, sem teljast eiga við.

Hvert er þá inntak hinnar ólögfestu meðalhófsreglu í stjórnskipunarrétti? Kjarna reglunnar er lýst í 12. gr. stjórnsýslulaga, sem er svohljóðandi:

Stjórnvald skal því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.

Inntaki reglunnar í stjórnskipunarrétti hefur til samræmis við þetta verið lýst svo:

Markmið þeirrar takmörkunar á réttindum sem um ræðir verður að vera lögmætt, og skerðingin verður aðeins framkvæmd samkvæmt beinni lagaheimild. Skerðingin verður að vera nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi og má ekki ganga lengra en þörf krefur til þess að hinu lögmæta markmiði verði náð.⁵

M.ö.o. felur reglan í sér skyldu fyrir löggjafann til að velja vægasta úrræðið sem að gagni getur komið til þess að ná því markmiði sem að er stefnt.⁶

Matið á því hvað sé nauðsynleg skerðing og hvenær hún gangi of langt er afstætt. Þannig hefur verið talið að persónuleg réttindi eins og frelsi, friðhelgi, tjáningarfrelsi og önnur einstaklingsréttindi njóti meiri verndar en fjárhagsleg réttindi eins og eignarréttur og atvinnufrelsi, þótt þessi fjárhagslegu réttindi hafi býsna sterka stöðu samkvæmt íslensku stjórnarskránni.⁷

Talið hefur verið, að af íslenskri dómaframkvæmd megi draga þá ályktun, að staða meðalhófsreglunnar hafi styrkst mjög mikið í íslenskum stjórnskipunarrétti eftir þær breytingar sem gerðar voru á stjórnarskránni með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, og sýnileg áhrif hennar hafi m.a. komið fram í eftirtöldum tilvikum:⁸

⁴ Davíð Þór Björgvinsson, Beiting Hæstaréttar Íslands á lögum um Mannréttindasáttmála Evrópu, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 155-185, hér bls. 183 og 185.

⁵ Björg Thorarensen, Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 67 og Hörður Einarsson, Tjáningarfrelsi og fjölmiðlar, bls. 56.

⁶ Gaukur Jörundsson, Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti, Afmælisrit Gizurar Bergsteinssonar, bls. 223.

⁷ Gaukur Jörundsson, Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti, Afmælisrit Gizurar Bergsteinssonar, bls. 224.

⁸ Björg Thorarensen, Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 100-102.

- Í fyrsta lagi við mat á því hvort mismunun sé ólögmæt, þ.e. hvort meðalhófs hafi verið gætt við ráðstafanir sem farið gætu í bága við jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. t.d. **Hrd. 1998, bls. 4976** og **Hrd. 2000, bls. 1534**.
- Í öðru lagi við mat á því, hvort almannahagsmunir krefjist þess í raun að hömlur séu settar á atvinnufrelsi manna, sbr. 75. gr. stjórnarskrárinnar. Hefur í þessu sambandi einnig verið vísað til skýringar í athugasemdum með breytingum á atvinnufrelsisákvæðinu sem gerð var árið 1995.⁹ Hér hefur verið vísað til **Hrd. frá 20. febrúar 2003**, svonefnt einkadansmál, þar sem réttindin voru greinilega þess eðlis að ekki þótti nauðsyn ríkrar verndar.
- Í þriðja lagi við mat á því hvort meðalhófs hafi verið gætt við takmarkanir á friðhelgi einkalífs og skoðana og tjáningarfrelsi, sbr. **Hrd. 15. mars 2001** (um opnun póstsendinga) og **Hrd. 1999, bls. 781** um áfengisauglýsingar.
- Í fjórða lagi hefur vægi reglunnar aukist við það markmið breytinganna á stjórnarskránni 1995 að færa efni og framsetningu mannréttindaákvæða VII. kafla hennar til samræmis við ákvæði MSE.
- Í fimmta lagi verður sú ályktun dregin af dómaframkvæmd að það sé ekki skilyrði beitingar meðalhófsreglunnar í stjórnskipunarrétti að réttindi þau sem skerðingu sæta njóti verndar mannréttindaákvæða stjórnarskrár eða MSE. Sjá um þetta **Hrd. 1999, bls. 1916** (hnefaleikadómur).

5.4 Meðalhófsreglan sem lögskýringarregla og sem sjálfstæð efnisregla til verndar mannréttindum

Meðalhófsreglan, sem eins og fyrr segir er ólögfest í stjórnskipunarrétti, hefur fyrst og fremst verið talin lögskýringarregla, sem beitt er þegar lagt er mat á það, hvort skerðingar sem löggjafinn hefur talið þjóna lögmætu markmiði og vera í þágu almannahagsmuna, hafi gengið lengra en nauðsynlegt var í lýðræðisþjóðfélagi, þ.e. hvort valið hafi verið vægasta úrræðið, sem að gagni kæmi til að þjóna hinu lögmæta markmiði.¹⁰

Reglan er þó ekki eingöngu lögskýringarregla. Bent hefur verið á að í íslenskri réttarframkvæmd hafi henni verið beitt sem sjálfstæðri efnisreglu við mat á því

⁹ Alþingistíðindi 1994-95, A-deild, bls. 2108-2109.

¹⁰ Gaukur Jörundsson, Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti, Afmælisrit Gizurar Bergsteinssonar, bls. 223.

hvort löggiöf samrýmdist stjórnarskrá.¹¹ Þetta er t. d. gert í **Hrd. 1999, bls. 781** þar sem um það var deilt hvort bann við áfengisauglýsingum samrýmdist ákvæðum 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. MSE um tjáningafrelsi. Í forsendum Hæstaréttar er því slegið föstu hvert sé markmið 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998, er bannar auglýsingar á áfengi, og að það sé lögmætt markmið. Féllst rétturinn ekki á að beiting 20. gr. áfengislaga gegn auglýsingum sem fela í sér hvatningu til að kaupa áfengi feli í sér brot á téðum ákvæðum um vernd tjáningarfrelsis.

Hér er einnig rétt að geta um dóm Mannréttindadómstóls Evrópu: **Case of Informationsverein Lentia and Others v. Austria** (Lentia-málið), appl. 13914/1988. Þar var látið reyna á lögmæti austurrískra lagareglna sem viðhéldu opinberri einokun á sjónvarpsmarkaði. Sérstök undanþága var í lögnum, en umsókn L um slíka undanþágu til reksturs sjónvarpsstöðvar var hafnað. Í dómi MDE segir m. a.:

The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing the need for an interference, but this margin of appreciation goes hand in hand with European supervision, whose extent will vary according to circumstances. In cases such as the present one, where there has been an interference with the exercise of the rights and freedoms guaranteed in paragraph 2 of Article 10 (art. 10-1), the supervision must be strict because of the importance - frequently stressed by the Court of the rights in question. The necessity for any restriction must be convincingly established.

Samkvæmt þessu var komist að niðurstöðu um að reglurnar uppfylltu ekki skilyrðin og þær því taldar brjóta gegn tjáningarfrelsisákvæði MSE.

5.5 Sönnunarbyrði um hvort meðalhófs hafi verið gætt

Verði frumvarpið að lögum og látið reyna á stjórnskipulegt gildi þeirra fyrir dómstólum mun vafalítið koma til sérstakrar skoðunar hver beri sönnunarbyrði um það hvort meðalhófs hafi verið gætt við lagasetninguna eða ekki. Þykir því rétt að reifa hér nokkur sjónarmið um það atriði.

Almennt má segja að sá sem í dómsmáli heldur fram tiltekinni staðhæfingu hafi sönnunarbyrði um réttmæti hennar. Þetta er þó ekki algild regla. Í 1. mgr. 44. gr. laga nr. 91/1991 er kveðið á um það sem kallað er frjálst sönnunarmat dómara. Það mat er raunar ekki alveg "frjálst", um það hafa myndast ýmsar venjur í dómaframkvæmd. Fjöldmörg dæmi eru um að dómstólar hafi ákveðið hvernig sönnunarbyrði sé í einstökum málum. Við teljum líklegt að sá sem vildi hnekkja ákvæðum laganna yrði að leiða líkur að því að hægt hefði verið að ná markmiðum með lagasetningunni með vægari reglum. Nái hann að gera þetta sennilegt teljum við yfirgnæfandi líkur á því að lagt yrði á ríkið að sýna

¹¹ Björg Thorarensen, Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 101.

fram á að sú leið sem valin var og þær skerðingar sem felast í lögnum hafi verið það minnsta sem hægt var að komast af með svo að settu marki væri náð. Viðsnúning sönnunarbyrði af þessu tagi má sjá í ýmsum dómum Hæstaréttar, t. d. Hrd. 1998, bls. 4076 (veiðileyfamálið).

V krafðist þess að ákvörðun sjávarútvegsráðuneytisins um að synja honum um leyfi til fiskveiða í atvinnuskyni yrði felld úr gildi. Fyrir lá að réttur til veiðileyfa var bundinn við skip. Voru veiðileyfi einungis veitt skipum, sem verið höfðu að veiðum á tilteknu ári, 1985, eða nýjum skipum sem komið höfðu í stað þeirra. Aðrir áttu þess ekki kost að fá veiðileyfi. Ekki var dregið í efa að nauðsynlegt væri að takmarka fiskveiðar í íslenskri fiskveiðilögsögu til verndar fiskistofnum við landið. Það var hið lögmæta markmið með löggjöf, annars vegar um það hverjir skyldu eiga rétt til að fá veiðileyfi og hins vegar um það hverjir skyldu fá úthlutað afiaheimildum. Á hinn bóginn var um það deilt hvort reglur laganna um veiðileyfi samrýmdust ákvæðum stjórnarskrárinnar, einkum atvinnufrelsisákvæðum hennar. Hæstiréttur byggði niðurstöður sínar í málinu á beitingu meðalhófsreglunnar. Í forsendum réttarins segir m.a. „Þótt tímabundnar aðgerðir af þessu tagi til að verjast hruni fiskistofna kunnari að hafa verið réttlætanager, en um það er ekki dæmt í málinu, verður ekki séð að rökbundin nauðsyn hnigi til þess að lögbinda um ókomna tíð þá mismunun, sem leiðir af reglu 5. gr. laga nr. 38/1990 um úthlutun veiðiheimilda. Stefndi [Íslenska ríkið] hefur ekki sýnt fram á, að aðrar leiðir séu ekki færar til að ná því lögmæta markmiði að vernda fiskistofna við Ísland. [...] Þegar allt er virt verður ekki fallist á að til frambúðar sé heimilt að gera þann greinarmun á mönnum, sem hér hefur verið lýst. Hið umdeilda ákvæði 5. gr. laga nr. 38/1990 er því að þessu leyti í andstöðu við jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. stjórnarskráinnar um jafnræði, sem gæta þarf við takmörkun á atvinnufrelsi samkvæmt 1. mgr. 75. gr. hennar.“ (Undirstrikað hér.)

Hrd. 15. mars 2001 (mál nr. 354/2000).

Deilt var um um hvort tollayfirvöldum væri heimilt að opna allar póstsendingar í því skyni að ná vörureikningum til að ákvarða mætti virðisaukaskatt af vörinni. H hafði flutt inn bækur í nokkrum sendingum og taldi að tollyfirvöldum væri óheimilt að viðhafa reglubundna skoðun og opnun bókasendinga og taldi það skerðingu á friðhelgi einkalífs síns. Tollyfirvöld vísuðu um rétt sinn til 45. gr. tollalaga, sem heimilar þeim að rannsaka allar vörur sem fluttar eru til landsins. Hæstiréttur taldi að tollmeðferð á sendingum H hefði ekki brotið gegn 65. og 73. gr. stjórnarskrárinnar. Hins vegar var talið að hún gengi gegn ákvæðum stjórnarskrár um friðhelgi einkalífs og meðalhófsreglu hennar. Taldi Hæstiréttur að skattheimtusjónarmið hefðu ráðið því að póstsendingar til E voru opnaðar. Afskipti af póstsendingum, sem varðar væru af reglum um friðhelgi einkalífs, þyrftu að eiga sér skýra og ótvíæða lagastöð „og ríka réttlætingu“. Jafnframt segir í forsendum dóms Hæstaréttar: „Þótt stefndi [tollstjórinn í Reykjavík] hafi rúmar heimildir að lögum til skoðunar á innfluttum varningi hefur hann ekki sýnt fram á það við þessar aðstæður, að nauðsynlegt hafi verið að opna reglubundið og fyrirvaralaust póstsendingar að utan að viðtakendum fornspurðum til að ná því lögmæta markmiði að innheimta aðflutningsgjöld og ekki hafi verið kostur á öðrum aðferðum í því skyni.“ (Undirstrikað hér).

Í því tilviki sem hér liggur fyrir er ljóst, að ýmsar færar leiðir eru reifaðar í greinargerð nefndar menntamálaráðherra, til þess að ná yfirlýstum markmiðum

lagasetningarinnar. Við bendum í því sambandi á ummæli í greinargerð nefndar menntamálaráðherra á bls. 81 í frumvarpinu, sem eru í kafla 6.4 um leiðir sem nefndin telur koma til greina til að ná markmiðum löggjafar um eignarhald á fjölmiðlum:

Nefndin leggur fyrst til að hugað verði að stöðu Ríkisútvarpsins, með það að markmiði að tryggja því trausta stöðu til frambúðar á markaði fyrir hljóðvarp og sjónvarp. Ástæðan fyrir því að þetta er nefnt fyrst er að sú leið felur ekki í sér neina beina íhlutun í málefni einkamarkaðar fyrir fjölmiðla, þótt sterkt ríkisútvarp þrengi auðvitað svigrúm einkaaðila til vaxtar á sama markaði. Trygg staða og umtalsverð hlutdeild Ríkisútvarpsins á markaði fyrir hljóðvarp og sjónvarp er þannig til þess fallin að nokkru leyti að hafa samsvarandi áhrif og beinar takmarkanir á eignarhaldi þar sem vaxtarmöguleikum einkafyrirtækja í útvarpsrekstri eru settar skorður og dregið úr líkum á því að einn aðili nái slíkri stærð á markaði að ógnað verði markmiðinu um fjölbreytni í fjölmiðlun.

Við setjum reyndar spurningarmerki við réttmæti þess að styðjast við hugtök eins og “einkamarkaður fyrir fjölmiðla á útvarps- og sjónvarpsmarkaði” hér á landi, þar sem skylduáskrift er að Ríkisútvarpinu. Meðan svo er getur að okkar álitu ekki verið rökrétt að tala um einkamarkað fyrir útvarps- og sjónvarpsstöðvar.

Hvað sem því líður, miðað við hagsmuni Norðurljósa hf., hluthafa félagsins, kröfuhafa, starfsmanna og annarra, teljum við einsýnt að sjónarmið sem meðalhófsreglan byggist á hafi ekki verið höfð að leiðarljósi við val á leiðum til að ná þeim markmiðum. Af þessu öllu drögum við þá ályktun af framangreindum dómum, að íslenska ríkið þyrfti, ef á reyndi fyrir dómi, að sanna að ekki hefðu verið færar aðrar og vægari leiðir til að ná hinum lögmætu markmiðum sem lýst er í upphafi athugasemda með frumvarpinu. Jafnframt teljum við afar ósennilegt að íslenska ríkinu mundi takast sú sönnun. Kemur þar ýmislegt til. Áður var getið sannfærandi upplýsinga erlendra sérfræðinga þess efnis að ákvæði frumvarpsins gangi mun lengra en þeir hafi séð í löggjöf nokkurs annars ríkis á Vesturlöndum. Þar við bætast eftirtektarverð ummæli í greinargerð nefndar menntamálaráðherra á bls. 88 í frumvarpinu:

Sé litið til aðstæðna á markaði á Íslandi er ljóst að markmiðum beinna reglna um takmarkað eignarhald eða útbreiðslu yrði ekki náð að öllu leyti nema þær yrðu afturvirkar. Með afturvirkni er hér átt við að í þeim þyrfti að gera ráð fyrir að heimilt yrði samkvæmt reglunum að gefa fyrirmæli um að uppbygging á íslenskum fjölmiðlamarkaði yrði brotin upp fyrirtækjum gert að laga sig að þeim takmörkunum sem beinar reglur um takmarkanir á eignarhaldi kynnu að fela í sér. Slíkt fæli augljóslega í sér inngríp hins opinbera í ríkjandi markaðsaðstæður, sem gæti orðið fyrirtækjum þungbært og kostnaðarsamt, auk þess sem

álitamál gætu risið um þær skorður sem ákvæði stjórnarskrár um vernd eignarréttar og atvinnufrelsi kynnu að setja í þessu efni. Af þessum ástæðum yrði því fyrst og fremst að horfa til áhrifa þeirra til framtíðar. Nefndin bendir þó á að sömu markmiðum má ná með því að leita leiða til að hafa áhrif á þróun og uppbyggingu markaðarins í framtíðinni í gegnum leyfisveitingar til útvarpsrekstrar og þannig stuðla að heppilegri uppbyggingu hans til lengri tíma. (undirstr. hér).

Þessi ummæli sýna svo ekki verður um villst, að nefndin telur að ná megi markmiðum lagasetningarinnar með annars konar og vægari reglum en þeim sem frumvarpið inniheldur.

5.6 Álitafni um afturvirkni ákvæða frumvarpsins

Í stjórnarskránni er ekki almennt ákvæði um bann við afturvirkni laga. Slíkt ákvæði er þó í 2. mgr. 77. gr. en gildissvið þess er takmarkað með þeim hætti að það bannar eingöngu að skattar séu lagðir á með afturvirkum hætti. Er ákvæðið orðað svo, að engan skatt megi leggja á, nema heimild hafi verið fyrir honum í lögum þegar þau atvik urðu sem ráða skattskyldu.

Það er rótgróin lögskýringarregla að lögum verði ekki beitt afturvirkni nema það sé beinlínis tekið fram í þeim, ef um er að ræða ákvæði sem skerði réttindi eða aðra hagsmuni borgaranna. Í þessari lögskýringareglu felst m. a. að í vafatilvikum yrði lögum ekki beitt með afturvirkum hætti.¹²

Þótt ekkert ákvæði stjórnarskrárinnar banni almennt afturvirkni laga, er hugsanlegt að það geti haft þýðingu við skýringu á því hvort lög fari í bága við stjórnarskrárvarin réttindi, hvort lög teljast vera afturvirk eða ekki. Lögjafinn hefur því ekki með öllu frjálssar hendur um að ákveða í lögum að þau eigi að vera afturvirk.¹³ Á þetta ekki síst við um réttindi sem felast í jafnræði, friðhelgi eignarréttar og atvinnufrelsi. Nauðsynlegt er því að taka afstöðu til þess, hvort reglur frumvarpsins, ef það verður að lögum, teljast afturvirkar eða ekki.

Fyrst þarf að svara því grundvallaratriði, hvenær telja beri lög afturvirk. Af skrifum um afturvirkni laga má draga þá ályktun, að lög beri að telja afturvirk þegar þau taka til tilvika, sem gerðust fyrir gildistöku þeirra eða tilvika, sem eiga upptök sín í atvikum er áttu sér stað að nokkru eða öllu fyrir þann tíma.¹⁴ Almennt er litið svo á, að þegar breytt er eldri reglum um það hvaða skilyrðum þurfi að fullnægja til þess að geta öðlast atvinnuréttindi eða starfsleyfi þannig að skilyrði eru hert, að rétt sé að ákveða um leið að þeir sem þegar hafa öðlast slík réttindi haldi þeim þrátt fyrir gildistöku nýju laganna. Ætti þetta því

¹² Ármann Snævarr, Almenn lögfræði, bls. 323.

¹³ Ármann Snævarr, Almenn lögfræði, bls. 329-330.

¹⁴ Ármann Snævarr, Almenn lögfræði, bls. 317.

fremur að eiga við ef atvinnuleyfi eða starfsréttindi eru tímabundin. Fjölmörg dæmi eru um þetta í íslenskri löggjöf. Af þessu verður sú ályktun dregin, að fyrir máli ákvæðis til bráðabirgða með frumvarpi því sem hér er til umfjöllunar, sem breytir réttarstöðu þeirra sem fengið hafa leyfi til hljóðvarps- og sjónvarps-útsendinga er gilda í lengri tíma en tvö ár eftir gildistöku laganna, feli í sér afturvirkni. Ástæðan er auðvitað sú að ákvæðið heimilar að felld séu úr gildi leyfi sem veitt voru miðað við tilteknar forsendur, að uppfylltum lagaskilyrðum, til ákveðins tíma.

5.7 **Fara ákvæði frumvarpsins í bága við jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. og 26. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi?**

Í 65. gr. stjórnarskrárinnar segir svo:

Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.

Í öllum helstu mannréttindasamningum, sem Ísland er aðili að eru ákvæði sem ætlað er að tryggja jafnræði og jafnrétti. Í sumum tilvikum er afnám misréttis beinlínis markmið slíkra samninga.¹⁵ Ákvæðin eru mismunandi og ekki sérstök ástæða til að tíunda þau, önnur en ákvæði 26. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (hér eftir skammstafað SBSR). Það ákvæði er svohjóðandi:

Allir eru jafnir fyrir lögum og eiga rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Lögin skulu því í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast öllum mönnum jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.

SBSR hefur ekki verið lögfestur á Íslandi, en er birtur í Lagasafni. Ákvæði hans hafa mikla þýðingu. Hefur það verið orðað svo: „Það er viðurkennd regla í íslenskri réttarframkvæmd og fræðikenningum að leitast eigi við að skýra ákvæði landsréttar til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar.“¹⁶ Hefur þetta verið nefnt skýringarreglan.

Jafnræðisregla 26. gr. SBSR er víðtæk, mun víðtækari en jafnræðisregla 14. gr. MSE. Með hinni almennu yfirlýsingu, sem í henni felst, nær vernd gegn

¹⁵ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 469-470.

¹⁶ Davíð Þór Björgvinsson, Beiting Hæstaréttar Íslands á lögum um Mannréttindasáttmála Evrópu, Lögberg, rit Lagastofnunar H.Í., bls. 158.

mismunun til allra sviða þjóðlífsins, hvort sem réttindin eru efnahagsleg, menningarleg, félagsleg eða annars eðlis.¹⁷ Jafnræðisregla 65. gr. stjórnarskrárinnar er líka víðtækari en ætla mætti af orðum hennar einum, því hún hefur verið skýrð svo að atriðin sem þar eru talin upp og bannað er að byggja mismunun á, séu ekki tæmandi. Er reyndar gefið undir fótinn með slíka skýringu í niðurlagi 1. mgr.¹⁸ Er líka ljóst af 26. gr. SBSR að hún er jafnræðisreglu 65. gr. til fyllingar.

Hér er miðað við að réttur til jafnræðis sé ekki aðeins einstaklingsbundinn, heldur njóti lögaðilar, svo sem rekstraraðilar og sjálfseignarstofnanir, einnig réttarverndar samkvæmt jafnræðisreglum eins og 65. gr. stjórnarskrárinnar.

Hvenær telst þá vera brotið gegn jafnræði? Það hefur verið talin ólögmæt mismunun og brot á jafnræði, ef ómálefnaleg sjónarmið sem lúta að persónulegum högum manns eru látin hafa þau áhrif að hann njóti lakari réttar en aðrir menn í sambærilegri stöðu.¹⁹ Við mat á því, hvort mismunun er talin lögmæt eða ekki hefur Mannréttindadómstóll Evrópu talið að eftirfarandi atriði þyrftu að vera öll fyrir hendi:

Að staðreyndir málsins leiði í ljós að farið hafi verið á mismunandi hátt með tvö tilvik. (Þau þurfa ekki að vera algerlega sambærileg.)

Að ekkert sérstakt markmið réttlæti þessa mismunun, þ.e. engin hlutlæg og eðlileg sjónarmið liggja henni til grundvallar þegar tekið er mið af þeim afleiðingum sem mismununin hefur.

Að ekki sé eðlilegt samræmi á milli þess markmiðs sem mismunun stefnir að og þeirra aðferða, sem notaðar eru til að ná markmiðinu.²⁰

Dómstólar hafa reist niðurstöður á jafnræðisreglunni, sem talin var ólögfest grundvallarregla í stjórnskipunarrétti áður en henni var bætt inn í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar með stjórnskipunarlögum, nr. 97/1995.²¹ Einn dóma Hæstaréttar hefur sérstaka þýðingu hér, þ.e.:

Hrd. 1992, bls. 1962.

Deilt var um hvort bráðabirgðalög, sem breyttu kjarasamningi flestra aðildarféлага BHMR (nú BHM) og tóku af 4.5% launahækkun, sem Félagsdómur hafði áður staðfest að félagsmenn í samflotsfélögum BHMR ættu rétt á. Aðdragandi bráðabirgðalaganna var sérstakur að því leyti, að þegar Félagsdómur hafði dæmt að greiða skyldi hina tilgreindu launahækkun var það gert í júlí og ágúst 1990. Önnur samtök launþega á vinnumarkaði settu fram kröfur um sömu launahækkunir og lýstu samtök vinnuveitenda því að þau yrðu að fallast á þær kröfur. Ekki var þó kjarasamningum þessara aðila breytt til samræmis við

¹⁷ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 473.

¹⁸ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 474.

¹⁹ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 476.

²⁰ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 476.

²¹ Alþingistiðindi 1994-95, A-deild, bls. 2085.

Þessa afstöðu samtaka vinnuveitenda. Þegar þessar yfirlýsingar samtaka vinnuveitenda á almennum markaði lágu fyrir taldi ríkisstjórnin markmiðum um að stemma stigu við verðbólgu stefnt í hættu og að þar með væru svonefndir þjóðarsáttarsamningar settir í uppnám. Með bráðabirgðalögum voru bannaðar aðrar launahækkunir en þær sem tilgreindar voru í þeim lögum, en þær voru í samræmi við þjóðarsáttarsamningana. Lögin voru almenn í þeim skilningi að þau tóku til allra, en sérstök í þeim skilningi að þau höfðu einungis bein áhrif á kjarasamninga þá sem samflotsfélögin höfðu gert, en félagsmenn þeirra voru um 3% af heildarmannafla á vinnumarkaði. Með bráðabirgðalögum voru þannig teknar af launahækkunir sem ákveðnar höfðu verið samkvæmt kjarasamningi samflotsfélaganna, m.a. 4.5% launahækkun sem komin var til framkvæmda. Hæstiréttur sagði að haga yrði almennri lagasetningu „í samræmi við þá jafnræðisreglu, sem hér á við og víða er byggt á í stjórnarskrá Íslands, meðal annars í ákvæðum hennar um álögur á þegnana og skerðingu réttinda þeirra, ef til þess þarf að koma.“ (Undirstr. hér). TalDI Hæstiréttur að á það hefði skort að því er varðar þá 4,5% launahækkun sem um ræddi og félagsmenn í samflotsfélögum hefðu þá þegar öðlast. Hefðu lögin að því leyti falið í sér ólögmæta mismunun. Voru félagsmönnum dæmdar fjárhæðir sem svöruðu til þessarar hækkunar þar til sömu hækkunir komu til samkvæmt bráðabirgðalögum.

Af þessum dómi má m.a. draga þær ályktanir, að lög kunna að fara í bága við jafnræðisreglu þótt þau séu almenn, ef réttaráhrif þeirra skerða hagsmuni einstakra hópa umfram aðra án þess að fyrir því séu fullnægjandi rök. Enn þarf að koma að því álitaefni, hvort gætt hafi verið meðalhófs við samningu frumvarpsins sem hér er til umfjöllunar, sbr. framangreint. Verður vikið nánar að þessu síðar. Í ljósi niðurstöðu þessa dóms verður að telja að sterk rök standi til þess að reglur frumvarpsins teljist, ef þær verða að lögum, fela í sér ólögmæta mismunun milli þeirra sem eru þátttakendur á fjölmiðlamarkaði án þess að sú mismunun byggist á haldbærum rökum.

5.8 Fara ákvæði frumvarpsins í bága við ákvæði 72. gr. stjórnarskrárinnar um vernd eignarréttar?

Í 72. gr. stjórnarskrárinnar er ákvæði um friðhelgi eignarréttar, svohljóðandi:

Eignarrétturinn er friðhelgur. Engan má skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji. Þarf til þess lagafyrirmæli og komi fullt verð fyrir.

Með lögum má takmarka rétt erlendra aðila til að eiga fasteignaréttindi eða hlut í atvinnufyrirtæki hér á landi.

Ákvæði um vernd eignarréttar er einnig að finna í 1. gr. 1. viðauka MSE, svohljóðandi:²²

²² Í skrifum þessum er í öllum tilvikum stuðst við íslenska þýðingu á ákvæðum alþjóðlegra samninga, sem er að finna í ritinu: Alþjóðlegir mannréttindasamningar sem Ísland er aðili að, útgefið af Mannréttindastofnun Háskóla Íslands, 2003.

Öllum mönnum og lögaðilum ber réttur til að njóta eigna sinna í friði. Skal engan svipta eign sinni, nema hagur almennings bjóði og gætt sé ákvæða í lögum og almennra meginreglna þjóðaréttar.

Eigi skulu þó ákvæði undanfarandi málsgreina á nokkurn hátt rýra réttindi ríkis til þess að fullnægja þeim lögum sem það telur nauðsynlegt til þess að geta haft hönd í bagga um notkun eigna í samræmi við hag almennings eða til þess að tryggja greiðslu skatta eða annarra opinberra gjalda eða viðurlaga.

Ákvæði 72. gr. um friðhelgi eignarréttar er það ákvæði stjórnarskrárinnar, sem oftast hefur reynt á í dómaframkvæmd á Íslandi. Þess ber að geta, að fyrir löngu hefur orðið almenn samstaða um það meðal fræðimanna, að hugtakið eign og eignarréttur séu notuð í mjög víðtækri merkingu í þessari grein.²³ Vernd eignarréttar samkvæmt 72. gr. tekur því til hvers konar fjármunaréttinda, bæði eignarréttinda og kröfuréttinda. Á hinn bóginn var lengi litið svo á, að það væri skilyrði verndar að um einkaréttarleg réttindi sé að ræða, en ekki opinbers réttar eðlis. Á þessum skilsmun er ekki byggt lengur, a.m.k. alls ekki fyrirvaralaust. Þannig er litið svo á, að menn verði ekki sviptir rétti samkvæmt einkaleyfi eða sérleyfi, sem þeim hefur verið úthlutað af hinu opinbera vegna þess að sá eignarréttur, sem menn öðlast við slíka úthlutun njóti verndar.²⁴ Þetta á þeim mun frekar við sem við slíka úthlutun eru tengdir mikilvægir fjárhagslegir hagsmunir. Verður að telja lýsingar fræðimanna, þótt komnar séu til ára sinna og því að líkindum þrengri en gera mætti ráð fyrir í nýrri skrifum, séu ótvírætt á þann veg að mikilvæg fjárhagsleg réttindi tengd einkaleyfum sem úthlutað er af hálfu hins opinbera njóti verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar.²⁵ Þetta virðist vera almenn afstaða í íslenskum rétti. Þannig var t.d. í **Hrd. 1993, bls. 1217** deilt um það hvort binda mætti atvinnuleyfi til leigubifreiðaaaksturs á tilteknum svæðum við ákveðinn hámarksaldur, svo sem gert hafði verið með lögum. Ekki var um það deilt í málinu, að atvinnuréttindi til leigubifreiðaaaksturs væru þess eðlis að þau nytu verndar samkvæmt 72. gr. stjórnarskrárinnar. Hæstiréttur taldi á hinn bóginn, að heimilt hafi verið að setja lög með þeim hætti sem gert var.

Samkvæmt þessu nýtur sá réttur sem felst í því að hafa leyfi til hljóðvarps og sjónvarps án nokkurs vafa verndar samkvæmt 72. gr. Sjálfstætt njóta einnig önnur eignarréttindi sem stofnað hefur verið til í skjóli slíkra leyfa verndar ákvæðisins, hvort sem það eru eignarréttindi (lausafé eða fasteignir) eða kröfuréttindi.

Þá þarf að huga að því, hvaða skerðingar eru heimilar á eignarréttindum bótaalaust og hvaða skerðingar eru óheimilar.

²³ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 546.

²⁴ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 550.

²⁵ Sjá hér einkum; Gaukur Jörundsson, Stjórnskipuleg vernd aflahæfis, atvinnuréttinda og atvinnufrelsis, Úlfjótur, 3. tbl. 1968, bls. 161-189, hér einkum bls. 172-173. Gaukur Jörundsson vísar einnig til fræðimanna, sem henn telur að gangi langt í þessum efnun, þ.m.t. Bjarna Benediktssonar, í Ágripi af stjórnlagafraði, II, bls. 106.

Viðurkennt er að vernd eignarréttar samkvæmt 72. gr. stjórnarskrárinnar er ekki alger, heldur geti löggjafinn með lögum kveðið á um ýmsar skerðingar á eignarréttindum, án þess að það skapi bótarétt samkvæmt 72. gr. Álitafnið er hvar mörkin eru milli heimilla skerðinga annars vegar og skerðinga sem eru óheimilar og leiða til skaðabótaskyldu ríkisins hins vegar. Þær skerðingar á eignarréttindum sem talið hefur verið að löggjafanum sé heimilt að mæla fyrir um, án þess að það teljist eignarnám eða veiti af öðrum ástæðum rétt til skaðabóta eru:²⁶

- Í fyrsta lagi hefur verið talið heimilt að setja lög sem fela í sér almennar takmarkanir á eignarétti, einkum ef einungis er um að ræða almennar takmarkanir á umráðarétti, afnotarétti eða ráðstöfunarétti eignar. Hér er t.d. um ræða setningu laga um friðun t.d. um verndun kjarrs og skóga, friðun fugla, takmarkanir á veiðum einstakra fisktegunda o.fl. Lög um aðflutningsbann á áfengi voru á sínum tíma ekki talin veita þeim er höfðu haft vínveitingaleyfi rétt til skaðabóta.
- Í öðru lagi hefur verið talið heimilt að takmarka eignarrétt með því að leggja á skatta, bæði á tekjur og eignir, enda séu skattalög ekki afturvirk.
- Í þriðja lagi hefur verið talið að ákvæði í lögum um eignaupptöku vegna tiltekinnna refsiverðra brota, svo sem smygls, ólögmætrar meðferðar á skotvopnum eða annars konar refsing fyrir framið afbrot. Eru um þetta ákvæði í 69. gr. almennra hegningarlaga, nr. 19/1940.
- Í fjórða lagi hafa reglur um fésektir ekki verið taldar slíkar skerðingar að þær fari í bága við 72. gr. stjórnarskrárinnar.
- Í fimmta lagi hafa reglur um neyðarrétt heldur ekki verið taldar fara í bága við 72. gr., hvorki samkvæmt almennu reglunni í 13. gr. almennra hegningarlaga, né í lögum um brunavarnir, sbr. nú 21. gr. laga nr. 75/2000.

Ljóst er að heimildir eins og þessar eiga ekkert skylt við heimildir til að fella niður leyfi til útvarps- og sjónvarpsútsendinga með þeim verðmætamissi sem af slíku getur hlotist.

Þá vaknar sú spurning hvort hugsanlega felist heimild til eignarnáms í reglum frumvarpsins. Því verður að svara neitandi, enda eru engin ákvæði í frumvarpinu um bætur fyrir þær skerðingar á eignarétti sem kunna að hljóta af því að þau yrðu samþykkt. Ekki er því hægt að líta svo á að í reglum frumvarpsins, sé gert ráð fyrir eignarnámi.²⁷

²⁶ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 555-560.

²⁷ Sama skoðun kemur fram í grein Sigurðar Línal, Dómstólar og fjölmiðlalög, Fréttablaðið 4. maí 2004.

Hér er því niðurstaða okkar sú að ákvæði frumvarpsins sem mæla fyrir um afturköllun útvarpsleyfa (hljóðvarps- og sjónvarps) felir í sér óheimilar skerðingar á eignarréttindum, sem njóta verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar.

5.9 Ákvæði frumvarpsins og reglur um tjáningarfrelsi

Í 73. gr. stjórnarskrárinnar eru reglur um tjáningarfrelsi og vernd þess. Greinin hljóðar svo:

Allir eru frjálssir skoðana sinna og sannfæringar. Hver maður á rétt á að láta í ljós hugsanir sínar, en ábyrgjast verður hann þær fyrir dómi. Ritskoðun og aðrar sambærilegar tálmanir á tjáningarfrelsi má aldrei í lög leiða.

Tjáningarfrelsi má aðeins setja skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum.

Í 10. gr. MSE eru reglur um tjáningarfrelsi, sem eru samkvæmt orðum sínum nokkru víðtækari en 73. gr. Téð ákvæði MSE hljóðar svo:

Sérhver maður á rétt til tjáningarfrelsis. Sá réttur skal einnig ná yfir frelsi til að hafa skoðanir, taka við og skila áfram upplýsingum og hugmyndum heima og erlendis án afskipta stjórnvalda. Ákvæði þessarar greinar skulu eigi hindra ríki í að gera útvarps-, sjónvarps- og kvikmyndafyrirtækjum að starfa aðeins samkvæmt sérstöku leyfi.

Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almenningsheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla.

Það hefur sérstaka þýðingu að benda á það hér, að það verður leitt af 1. mgr. 10. gr. MSE, að starfsemi útvarps- og sjónvarpsfyrirtækja falli undir tjáningarfrelsisákvæðið og þá vernd, sem hún veitir. Telja verður að gildissvið 73. gr. íslensku stjórnarskrárinnar sé hið sama að þessu leyti.²⁸ Er nú almennt viðurkennt að bæði 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. MSE vernda tjáningarfrelsi í víðtækum skilningi þess orðs. Tekur verndin bæði til efnis hins skrifaða eða talaða orðs eða tákna og einnig til þess að ekki megi grafa undan aðstöðu einstaklinga eða lögaðila til þess að koma skoðunum sínum eða annarra á

²⁸ Hörður Einarsson, Tjáningarfrelsi og fjölmiðlar, bls. 20-21 og bls. 60 og áfram.

framfæri. Tekur vernd tjáningafrelsis þannig einnig til miðlunar upplýsinga frá öðrum, þ.e. einnig þess sem nefnt er fjölmiðlun.²⁹

Hér bendum við sérstaklega á þekktan **dóm Mannréttindadómstóls Evrópu: Case of Delmuth v. Switzerland**, appl. 38743/97, en þar var ágreiningur um rétt manns til að reka útvarpsstöð með tilteknu efni metinn á grundvelli þess hvort brotið hefði verið gegn 10. gr. MSE.

Tjáningarfrelsið er með allra mikilvægustu mannréttindum. Um er að ræða svonefnd einstaklingsbundin réttindi, þótt lögaðilar njóti einnig frelsis til tjáningar. Þrátt fyrir mikilvægi þessara mannréttinda er heimilað í 3. mgr. 73. gr. að setja tjáningarfrelsinu skorður. Draga má skilyrði þar að lútandi saman þannig:

- Í fyrsta lagi verður það aðeins gert með lögum.
- Í öðru lagi verður það aðeins gert í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra.
- Í þriðja lagi verða þær skorður sem settar eru að teljast nauðsynlegar í lýðræðisríki.

Ljóst er að tjáningarfrelsi verður ekki takmarkað með öðrum hætti en felst í þessum skilyrðum. Hér er um undantekningarreglur að ræða, sem samkvæmt viðurkenndum lögskýringarreglum verður að skýra þröngri lögskýringu.

Sé gert ráð fyrir því að tjáningarfrelsinu séu settar skorður með lögum verður sú lagasetning því aðeins bindandi að hún teljist taka til þessara tilgreindu markmiða og lögin útfærð í samræmi við áskilnað meðalhófsreglunnar.

Þrátt fyrir þetta hefur það ekki verið talið ólöglegt skerðing, þótt lög séu sett um að fjölmiðlar, t.d. útvarp (hljóðvarp og sjónvarp) starfi eingöngu á grundvelli sérstakra leyfa. Er þetta beinlínis tekið fram í 10. gr. MSE. Af þessu leiðir að útvarpslög og þau skilyrði, sem nú eru sett í 6. gr. þeirra og ekki hafa verið talin ganga of langt, fela ekki í sér ólöglegar takmarkanir á tjáningarfrelsi. Öðru máli gegnir að okkar álit um reglur frumvarpsins, einkum hinar sérstöku skerðingar sem er að finna í bráðabirgðaákvæði þess. Við fáum ekki séð að þær takmarkanir á tjáningarfrelsi séu settar til að ná fram einhverju þeirra markmiða sem tilgreind eru í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar.

Annað álitaefni er, hvort takmarkanir þær sem mælt er fyrir um í frumvarpinu teljast nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum. Og til viðbótar þarf að kanna hvort þær samrýmist meðalhófsreglunni.

²⁹ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 573.

Þegar lagt er mat á það hvort takmarkanir á tjáningarfrelsi sem mælt er fyrir um í frumvarpinu teljist nauðsynlegar og hvort meðalhófsreglunnar sé þar gætt, verður að hafa í huga það sem rakið er í greinargerð nefndar menntamálaráðherra, að ráðherraráð Evrópuráðsins hafi á árinu 1999 sett tilmæli R (99) þar sem settar eru fram hugmyndir um mismunandi leiðir til þess að tryggja fjölbreytni í fjölmiðlun. Á Íslandi hvílir engin skylda til þess að verða við þessum tilmælum, en segja má þó, svo sem gert er í greinargerð nefndarinnar að á íslenska ríkinu hvíli skylda til þess að meta það hvort ástæða sé til að fara að einhverju leyti að tilmælunum. Tilmælin eru sett fram í sjö staflidum og eru rakin í greinargerð nefndarinnar á bls. 70-72 í frumvarpinu.

Því verður ekki móti mælt, að ákvæði frumvarpsins ganga í mörgum atriðum lengra í átt til takmörkunar á tjáningarfrelsi en efni tilmælanna gefur tilefni til. Við teljum ótvírætt að það sé hvorki nauðsynlegt né í samræmi við lýðræðishefðir. Jafnframt teljum við að efni þess sé til þess fallið að valda stórkostlegu tjóni þeim aðilum sem efni frumvarpsins beinist gegn, en engin leið er að átta sig á mögulegu umfangi slíks tjóns á þeim skamma tíma sem ætlaður er til umfjöllunar um frumvarpið á Alþingi. Er í því sambandi áréttað að ákvæði frumvarpsins skerða eingöngu hagsmuni Norðurljósa hf., dótturfélaga þeirra og hagsmuni þeirra sem þeim tengjast. Hér er því niðurstaðan sú, að ákvæði frumvarpsins, einkum og sér í lagi ákvæði til bráðabirgða, séu andstæð 73. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 10. gr. MSE.

5.10 Ákvæði frumvarpsins og atvinnufrelsisákvæði 75. gr. stjórnarskrárinnar. Lagaáskilnaðarregla 75. gr.

Í 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar eru ákvæði sem verndar atvinnufrelsi. Það er svohljóðandi:

Öllum er frjálst að stunda þá atvinnu sem þeir kjósa. Þessu frelsi má þó setja skorður með lögum, enda krefjist almannahagsmunir þess.

Vernd atvinnufrelsis tengist vernd eignarréttar, einkum þegar um er að ræða opinber leyfi til að stunda tiltekna starfsemi. Hafa réttindi samkvæmt slíkum leyfum og fjárfestingar vegna þeirra verið talin njóta verndar eignarréttarákvæðis stjórnarskrárinnar, sbr. framangreint.³⁰ Er almennt litið svo á að sú vernd sem 72. gr. veitir eignarréttindum sé ríkari en sú vernd sem 75. gr. veitir atvinnufrelsi og að réttarleg þýðing siðarnefnda ákvæðisins sé ekki mikil.³¹ Svipað viðhorf var lengst af til sambærilegs ákvæðis í dönsku stjórnarskránni, en yngri fræðimenn hafa þó viljað gera reglunni hærra undir höfði.³² Ekki er

³⁰ Sbr. og Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 606.

³¹ Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, bls. 608-609.

³² Sjá t.d. Páll Hreinsson, Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar, Lindæla, bls. 399-421, hér bls. 400 og bls. 409.

víst að þetta sé að öllu leyti rétt lengur. Verði réttindi, sem felast í leyfi til útvarps ekki talin eignarréttindi hefur sérstaka þýðingu að ræða ákvæði 75. gr. um vernd atvinnufrelsis. Afar ólíklegt er þó, að þessi réttindi teljist ekki njóta verndar 72. gr. Auk þess má sjá þess dæmi í dómum að vísað sé til beggja ákvæðanna, sbr. **Hrd. 2000, bls. 1621** (Stjórnugrísmálið).

5.11 *Eru ákvæði frumvarpsins samþýðanleg samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993?*

Samningurinn um hið evrópska efnahagssvæði var lögfestur hér á landi með lögum nr. 2/1993. Af skýrslu nefndar menntamálaráðherra um eignarhald á fjölmiðlum á Íslandi er ljóst að ekki var rannsakað hvort þær tillögur sem lagðar eru til í skýrslunni samrýmist ákvæðum EES samningsins, enda hefur formaður nefndarinnar opinberlega lýst því yfir að nefndinni hafi ekki unnist tími til að kanna það sérstaklega. Það er því ljóst að ekki hefur verið rannsakað hvort frumvarpið kunni að fela í sér brot á EES samningnum.

Við teljum miklar líkur á því að grundvallaratriði í frumvarpinu feli í sér brot á ákvæði EES samningsins um staðfesturétt og frjálsa fjármagnsflutninga. Því er afar mikilvægt að áður en frumvarp þetta verður afgreitt frá allsherjarnefnd verði rannsakað til hlítar hvort að umrædd frumvarp feli í sér brot á þjóðréttarlegum skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES samningnum. Að mati okkar væri eðlilegt að leita álits Eftirlitsstofnunar EFTA eða a.m.k. sérfræðinga á sviði evrópuréttar til að fá úr þessu skorið.

Þau ákvæði EES samningsins, sem við álitum að kunni að vera brotið gegn með fyrirhugaðri lagasetningu, eru einkum ákvæði 31. gr. EES samningsins um staðfesturétt og ákvæði um fjármagnsflutninga, sbr. 40. og 41. gr. samningsins.

5.11.1 *Takmarkanir á staðfesturétti*

Kveðið er á um staðfesturétt í 31. gr. EES samningsins en þar segir:

1. Innan ramma ákvæða samnings þessa skulu engin höft vera á rétti ríkisborgara aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis til að öðlast staðfestu á yfirráðasvæði einhvers annars þessara ríkja. Hið sama gildir einnig þegar ríkisborgarar aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis, sem hafa staðfestu á yfirráðasvæði einhvers þeirra, setja á stofn umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki.

Staðfesturéttur felur í sér rétt til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki, einkum félag eða fyrirtæki í skilningi annarrar málsgreinar 34. gr., með þeim skilyrðum sem gilda að landslögum um ríkisborgara þess ríkis þar sem staðfestan er fengin, þó með fyrirvara um ákvæði 4. kafla.

2. Í VIII.–XI. viðauka eru sérstök ákvæði um staðfesturétt.

Þetta ákvæði hefur að geyma efnislega sömu reglu og felst í 43. gr. Rómarsáttmálans. Afleiddur réttur EB sem varðar staðfesturétt er tekinn inn í EES samninginn með 31. gr. og er því ljóst að sömu reglur gilda um staðfesturétt á Evrópska efnahagssvæðinu og innan Evrópusambandsins.³³ Óumdeilt er þess vegna að túlkun Evrópudómstólsins á 43. gr. Rómarsáttmálans hefur fordæmisgildi fyrir túlkun 31. gr. EES samningsins, sbr. 6. gr. EES samningsins og 2. mgr. 3. gr. ESE samningsins.³⁴

Í staðfesturétti EES samningsins og Rómarsáttmálans felst réttur allra ríkisborgara svæðisins og félaga til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki í öðru aðildarríki með sömu skilyrðum og gilda um ríkisborgara og félög þess ríkis.³⁵ Á síðari árum hefur verið staðfest að í staðfesturéttinum felist ekki aðeins bann aðildarríkja við að setja reglur sem fela í sér mismunun á grundvelli þjóðernis heldur feli hann jafnframt í sér bann við að settar séu reglur sem takmarka frelsi til staðfestu.³⁶ Þannig geta lög sem aðildarríkin setja og fela í sér takmarkanir á staðfesturétti brotið í bága við 43. gr. Rómarsáttmálans, sbr. og 31. gr. EES samningsins, jafnvel þó að takmarkanirnar gildi jafnt um ríkisborgara þess ríkis sem setti lög og ríkisborgara annarra aðildarríkja.

Þessu til staðfestingar má benda á nokkra dóma Evrópudómstólsins og EFTA dómstólsins.

Í dómi Evrópudómstólsins í Klopp-málinu³⁷ krafðist þýskur lögmaður sem hafði skrifstofu í Þýskalandi viðurkenningar á rétti sínum til að setja upp útibú í París. Honum hafði verið neitað um að stofna lögmannsstofu í París á þeirri forsendu að hann uppfyllti ekki það skilyrði fransks lagaákvæðis að lögmaður skyldi aðeins hafa eina skrifstofu. Þetta ákvæði gildi jafnt um innlenda og erlenda lögmennt og fól því ekki í sér neina mismunun, hvorki beina né óbeina, á grundvelli þjóðernis. Dómstóllinn taldi engu að síður að umrætt ákvæði færi í bága við þágildandi 52. gr. Rómarsáttmálans, núverandi 43. gr. Tilgangur franska löggjafans með umræddu ákvæði var að tryggja hlýðni lögmanna við franskar siðareglur starfsstéttarinnar og að tryggja nauðsynlegt samband milli lögmanns og skjólstæðings og dómstóla. Evrópudómstóllinn sagði að heimilt væri að setja reglur til að ná þessu markmiði en setja yrði sem minnst takmarkandi reglur til að ná markmiðinu. Taldi dómstóllinn að framangreindar reglur væru of íþyngjandi og fælu í sér meiri takmörkun á staðfesturétti en nauðsynlegt væri. Því brytu umræddar reglur í bága við 52. gr. Rs., sbr. nágildandi 43. gr. Rs og 31. gr. EES samningsins.

³³ Sá munur er þó á framangreindum reglum um staðfesturétt að Ísland hefur á grundvelli EES samningsins ákveðnar undanþágur á sviði sjávarútvegs og fiskvinnslu.

³⁴ Þetta er einnig staðfest í dómi EFTA dómstólsins í máli E-5/00 frá 14. júní 2001.

³⁵ Stefán Már Stefánsson, Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið, Reykjavík 2000, bls. 459.

³⁶ Sama heimild, bls. 462.

³⁷ Dómur Evrópudómstólsins frá 12. júlí 1984, mál 107/83.

Af þessum dómi leiðir að aðildarríkin mega ekki setja reglur sem takmarka staðfesturétt meira en nauðsynlegt er til að ná lögmætum markmiðum. Þessu til stuðnings má einnig nefna dóm Evrópudómstólsins í Gebhard-málinu³⁸. Í dóminum segir að lög, sem takmarka með einhverjum hætti eitt af svokölluðu fjórfrelsi Rómarsáttmálans megi:

- a) ekki fela í sér mismunun á grundvelli þjóðernis,
- b) slík skilyrði verði að vera vel rökstudd með tilvísun til mikilvægra þjóðfélagsþarfa,
- c) þau verði að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt og
- d) þau megi ekki ganga lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði.³⁹

Þessu til stuðnings má einnig nefna dóma Evrópudómstólsins í Stanton-málinu⁴⁰ og Daily Mail-málinu⁴¹.

Dómur EFTA dómstólsins í máli E-5/00 frá 14. júní 2001 er einnig mikilvægur í þessu sambandi. Atvik málsins voru þau að austurrískur ríkisborgari sótti um leyfi til að stofna og reka tannréttingarstofu í Liechtenstein. Honum var synjað um leyfi á þeim forsendum að hann mætti ekki fá slíkt leyfi fyrr en hann hefði hætt starfsemi sinni í Austurríki, þar sem einungis væri heimilt að eiga og reka eina slíka stofu samkvæmt lögum Liechtenstein, óháð landfræðilegri staðsetningu stofanna. Í dómsmáli, sem Austurríkismaðurinn höfðaði, óskaði hann eftir ráðgefandi áliti EFTA dómstólsins, þar sem hann taldi að umrædd regla bryti í bága við 31. gr. EES samningsins. Í niðurstöðu EFTA dómstólsins kom fram að í þessari reglu fælist hvorki bein né óbein mismunun á grundvelli þjóðernis. Því yrði að taka til skoðunar hvort sú takmörkun sem fælist í lögnum á staðfesturétti fæli engu að síður í sér brot á 31. gr. EES samningsins þar sem hún gengi of langt. Rökstuðningur stjórnvalda Liechtenstein fyrir þessum takmörkunum var sá að ákvæðið væri nauðsynlegt til að tryggja þjóðfélagslegar þarfir landsins. Ef mönnum væri heimilt að stofna og reka fleiri en eina tannréttingarstofu mundi það leiða til aukins framboðs af slíkri þjónustu og þar með aukinnar eftirspurnar sem þýddi stóráukinn kostnað fyrir ríkið. Tilgangur löggjafarinnar væri því að stuðla að ákveðnu jafnvægi í framboði og eftirspurn eftir tannréttingum. Niðurstaða EFTA dómstólsins var sú að þessi

³⁸ Mál C-55/94.

³⁹ Orðrétt segir í dóminum: "It follows, however, from the Court's case-law that national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it [...]"

⁴⁰ Dómur Evrópudómstólsins frá 7. júlí 1988, mál 143/87.

⁴¹ Dómur frá 27. september 1988, mál 81/87.

rök ríkisstjórnar Liechtenstein réttlættu ekki að setja framangreind lög þar sem þau fælu í sér svo víðtækar takmarkanir á staðfesturétti. Sú leið sem var farin til að stuðla að framangreindu markmiði væri hvorki nauðsynleg né nægjanleg til að tryggja framangreind markmið. Efnislegi mælikvarðinn, sem stuðst var við við mat á því hvort lögin stæðust 31. gr. EES samningsins, var hinn sami og í Klópp-málinu. Orðrétt segir:

*Non-discriminatory national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the EEA Agreement, such as the single practice rule at issue in the present case, can be justified only if they fulfil the following conditions: they must be justified by overriding reasons based on the general interest: they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain that objective[.]*⁴²

Frumvarpið, sem hér er til umsagnar, felur í sér afar víðtækar takmarkanir á staðfesturétti einstaklinga og félaga. Eins og nánar er rakið annars staðar í þessari umsögn felst m.a. í því að markaðsráðandi fyrirtækjum á Evrópska efnahagssvæðinu verður alfarið bannað að stofna fyrirtæki á sviði hljóðvarps og sjónvarps eða eignast minnsta eignarhlut í slíkum fyrirtækjum. Einnig er öllum öðrum fyrirtækjum, félögum og einstaklingum sem stunda atvinnurekstur í raun bannað að stofna slík fyrirtæki nema í samstarfi við aðra aðila, þar sem þau mega ekki eiga meira en 25% í þeim. Jafnframt er fyrirtækjum sem eiga hlut í dagblaði, hvort sem það er hér á landi eða annars staðar, óheimilt að stofna fyrirtæki á sviði sjónvarps og hljóðvarps og öfugt.

Þessar reglur setja afar miklar hömlur á heimildir einstaklinga og fyrirtækja innan Evrópska efnahagssvæðisins til að stofna fjölmiðlafyrirtæki hér á landi, raunar svo miklar að færustu sérfræðingar telja þær miklu strangari en gerist annars staðar á byggðu bóli á Vesturlöndum.

Samkvæmt athugasemdum í greinargerð með frumvarpinu er markmið frumvarpsins að sporna við því að eignarhald á fjölmiðlafyrirtækjum og samþjöppun á fjölmiðlamarkaði hamli gegn æskilegri fjölbreytni í fjölmiðlum á Íslandi. Við teljum eins og áður er rakið að erfitt verði fyrir íslenska ríkið að rökstyðja að svo miklar takmarkanir á staðfesturétti hafi verið nauðsynlegar til að ná þessu markmiði og að þær standist þá mælistiku, sem Evrópudómstóllinn og Eftadómstóllinn hafa lagt til grundvallar við túlkun á reglna um staðfesturétt. Miðað við fyrirbyggjandi gögn blasir við okkur takmarkanirnar verði taldar andstæðar 31. gr. EES samningsins.

⁴² Sjá hér einnig dóma EFTA dómstólsins í málum E-4/00 og E-6/00 frá 14. júlí 2001.

5.11.2 Takmarkanir á frjálsum fjármagnsflutningum

Ákvæði um frjálsa fjármagnsflutninga er að finna í 4. kafla EES samningsins, auk tilskipunar 88/361/EBE. Frjálsir fjármagnsflutningar fela í sér tvenns konar frelsi. Í fyrsta lagi frelsi til að yfirfæra fjármagn almennt séð og fjárfesta og hins vegar frelsi til að greiða í tengslum við vöruviðskipti og aðra þætti fjórfrelsisins.

Um fyrra atriðið er er ákvæði í 40. gr. samningsins en þar segir:

Innan ramma ákvæða samnings þessa skulu engin höft vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum EB eða EFTA-rikkjum né nokkur mismunun, byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar. Í XII. viðauka eru nauðsynleg ákvæði varðandi framkvæmd þessarar greinar.

Kveðið er á um seinna atriðið í 41. gr. samningsins en þar segir:

,Gengar greiðslur í tengslum við þjónustustarfsemi, vöruflutninga, fólksflutninga eða fjármagnsflutninga milli samningsaðila innan ramma ákvæða samnings þessa skulu lausar við öll höft.

Samkvæmt 56-60. gr. Rómarsáttmálans leikur enginn vafi á því að allar takmarkanir á sviði fjármagnsflutninga eru bannaðar, ekki einungis þær sem fela í sér mismunun á grundvelli þjóðernis heldur stefna ákvæðin mun lengra í frjálsræðisátt.⁴³ Það er því ljóst að innan Evrópusambandsins hvíla miklar takmarkanir á rétti aðildarríkja til að setja reglur sem takmarka fjármagnsflutninga innan ríkja sinna. Reglur Rómarsáttmálans og EES samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga eru ekki að öllu leyti hinar sömu eftir þær breytingar sem gerðar voru á ákvæðum Rómarsáttmálans um frjálsa fjármagnsflutninga með Maastrichtsamningnum. Þó er ljóst að 40. og 41. gr. EES samningsins, auk tilskipunar 88/361/EBE takmarka mjög verulega möguleika aðildarríkjanna til að setja höft á heimildir til frjálsra fjármagnsflutninga innan Evrópska efnahagssvæðisins. Þetta leiðir bæði af orðalagi ákvæðanna og dómi EFTA-dómstólsins í máli E-1/00, Lánasýsla ríkisins gegn Íslandsbanka-FBA hf. Í málinu reyndi á það hvort lagaákvæði sem fól í sér að greiða skyldi herra ábyrgðargjald vegna lána sem nyti ríkisábyrgðar sem aflað væri erlendis heldur en lána sem nyti ríkisábyrgðar og aflað væri hér á landi, stæðist ákvæði 40. gr. EES samningsins. Í dóminum sagði m.a.: „Það er ein af meginreglum EES-samningsins að fjármagnsflutningar skuli vera frjálsir. [...] Með 40. gr. EES-samningsins og tilskipuninni eru afnumin höft á fjármagnsflutningum milli aðildarríkja samningsins.“ Í dóminum er ekkert fjallað um hvort umrætt lagaákvæði feli í

⁴³ Stefán Már Stefánsson, Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið, bls. 506.

sér mismunun á grundvelli þjóðernis en hins vegar taldi dómstóllinn að umrædd regla fæli í „*sér takmörkun á frjálsu fjármagnsflutningum*” og bryti því í bága við 40. gr. EES samningsins. Þessi dómur sýnir svo ekki verður um villst að litið er svo á að 40. gr. EES samningsins leggi miklar hömlur á aðildarríki í setningu reglna sem takmarkar frjálsa fjármagnsflutninga. Þetta mun vera eini dómurinn sem hefur fallið hjá EFTA dómstólum á þessu sviði.

Það frumvarp sem nú liggur fyrir Alþingi felur í sér verulegar hömlur á frelsi til frjálsra fjármagnsflutninga innan Evrópska efnahagssvæðisins, rétt eins og lýst var hér að framan um staðfesturétt. Við teljum þess vegna afar ólíklegt að umrætt frumvarp, ef að lögum verður, verði talið standast ákvæði 40. og 41. gr. EES samningsins.

Niðurstöður og lokaorð

Hér að framan hefur verið komist að eftirtöldum niðurstöðum:

1. Verulega skortir á að undirbúningur fyrirhugaðrar lagasetningar geti talist fullnægjandi og nauðsynlegar athuganir hafa ekki verið gerðar á fjölmörgum þáttum til þess að skynsamleg og upplýst umræða gæti átt sér stað um hana. Greinargerð nefndar menntamálaráðherra er innlegg í þá umræðu, en því fer fjarri að hún taki til allra nauðsynlegra þátta slíkrar umræðu.
2. Efni frumvarpsins er sértækt, þ. e. lagasetningin lýtur aðeins að starfsemi eins fyrirtækis þótt orðalag frumvarpsins sé almennt.
3. Reglur frumvarpsins ganga miklu lengra en annars staðar þekkist og fela í sér mun harðari tók opinberra aðila á viðkomandi markaði en nauðsynlegt getur talist til að ná þeim markmiðum með lagasetningunni sem lýst er í greinargerð með frumvarpinu.
4. Efni frumvarpsins er andstætt meðalhófsreglu stjórnarskrárinnar um að ekki skuli með almennri lagasetningu gengið lengra í skerðingu stjórnarskrárvarinna réttinda en hægt sé að komast af með til að ná lögmætu markmiði.
5. Efni frumvarpsins brýtur gegn jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. einnig 26. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi.
6. Efni frumvarpsins felur í sér afturvirka skerðingu á eignarréttindum sem brýtur gegn 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar.

7. Efni frumvarpsins brýtur gegn ákvæðum 73. gr. stjórnarskrárinnar um tjáningarfrelsi og vernd þess, sbr. einnig 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.
8. Efni frumvarpsins er ósamþýðanlegt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993.

Við teljum ástæðu til að taka hér fram, að umsögn þessi er unnin á tíma sem okkur þótti alltof skammur til verkefnisins en helgast af þeirri einkennilegu áherslu sem lögð er á að ljúka meðferð frumvarpsins á Alþingi fyrir lok þings á þessu vori. Líklegt er þess vegna að margvísleg atriði hafi orðið útundan, þótt við höfum reynt að tína hér til margvísleg lögfræðileg álitamál og freistað þess að gera þeim skil. Við teljum að full ástæða hefði verið til að fara miklu nánar út í það hvers konar reglur kynni að vera rétt að setja um þetta svið hér á landi, reglur sem tækju hæfilegt tillit til allra aðstæðna á fjölmiðlamarkaði hér á landi. Mjög lítið ráðrúm hefur gefist til að gaumgæfa ýmsar afleiðingar slíkrar lagasetningar, t. d. með tilliti til hugsanlegs tjóns sem af henni gæti leitt. Til samanburðar við þann mikla flýti sem meðferð þessa máls sætir á Alþingi á þessu vori má nefna að undirbúningur lagasetningar um þetta efni tók fjögur ár í Noregi. Mun þokkaleg sátt hafa tekist um efni löggjafarinnar þar, sem er mun rýmri en sú sem lögð er til í því frumvarpi sem hér er til umræðu. Engu að síður liggur fyrir að Norðmenn hyggjast rýmka löggjöf sína frekar, svo frem fram kemur í skýrslu nefndar menntamálaráðherra.

Reykjavík 9. maí 2004

Gestur Jónsson hrl.
Gísli Guðni Hall hdl.
Gunnar Jónsson hrl.
Margrét Einarsdóttir hdl.
Ragnar Halldór Hall hrl.