



# PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

## Ákvörðun nr. 39/2014

**Úttekt Póst- og fjarskiptastofnunar á verklagsreglum Símans hf. um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna um fjarskipti.**

### I.

#### Almennt

Póst- og fjarskiptastofnun hefur viðtæku eftirlitshlutverki að gegna á íslenskum fjarskiptamarkaði og hefur umsjón með framkvæmd laga, nr. 81/2003, um fjarskipti, sbr. 2. mgr. 2. gr. þeirra. Þá hefur stofnunin eftirlit með því að starfsemi fjarskiptafyrirtækja sé í samræmi við lög og afleiddar réttarheimildir sem um starfsemina gilda, sbr. 4. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Stofnuninni er skylt að fylgjast með að starfsemi fjarskiptafyrirtækja uppfylli þau skilyrði sem ákvæði fjarskiptalaga, og reglna settra með stoð í þeim, kveða á um. Þannig getur stofnunin, til að framfylgja eftirlitshlutverki sínu, m.a. hafið skoðun á ákveðnum atriðum í starfsemi fjarskiptafyrirtækja að eigin frumkvæði.

Póst- og fjarskiptastofnun hefur nú gert úttekt, sem framkvæmd var af Capacent ehf., á framfylgni Símans hf., sem og fjögurra annarra fjarskiptafyrirtækja, á 42. gr. fjarskiptalaga og á verklagsreglum félagsins um meðferð persónuupplýsinga og eyðinga ganga, sbr. 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er niðurstaða úttektar Capacent ehf. mjög afgerandi og jákvæð. Ekki fundust í úttekt Capacent ehf. nein *meiriháttar frábrigði* sem kölluðu á tímasetta áætlun til endurbóta eða eftirfylgni af hálfu úttektaraðila. Líkt og gerð verður grein fyrir í ákvörðun þessari fann úttektaraðili einungis þrjú *minniháttar frábrigði* er hann taldi að mögulega vörðuðu 42. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Að lokinn málsmeðferð Póst- og fjarskiptastofnunar er niðurstaðan sú að Síminn hf. hafi staðist úttekt stofnunarinnar á verklagsreglum félagsins um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna, sbr. 7. mgr. 42. gr. laga, nr. 81/2003, þótt minniháttar frávik frá 42. gr. fjarskiptalaga hafi fundist.

## II. Lagaumhverfi

### 2.1 Almenn

Í IX. kafla laga nr. 81/2003, um fjarskipti er fjallað um vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífsins. Er í 42. gr. laganna fjallað um gögn um fjarskipti, meðferð þeirra og eyðingu en í ákvæðinu segir:

*Gögnum um fjarskiptaumferð notenda sem geymd eru og fjarskiptafyrirtæki vinnur úr skal eyða eða gera nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu ákveðinnar fjarskiptasendingar.*

*Gögn um fjarskiptanotkun sem nauðsynleg eru til reikningsgerðar fyrir áskrifendur og uppgjörs fyrir samtengingu má geyma þar til ekki er lengur hægt að vefengja reikning eða hann fyrnist.*

*Þrátt fyrir ákvæði 1. og 2. mgr. skulu fjarskiptafyrirtæki, í þágu rannsókna sakamála<sup>1</sup> og almannaoðryggis, varðveita lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð notenda í sex mánuði. Lágmarksskráningin skal tryggja að fjarskiptafyrirtæki geti upplýst hver af viðskiptavinum þess var notandi tiltekins símanúmers, IP-tölu eða notandanafns, jafnframt því að upplýsa um allar tengingar sem notandinn hefur gert, dagsetningar þeirra, hverjum var tengst og magn gagnaflutnings til viðkomandi notanda. Fjarskiptafyrirtæki skal tryggja vörslu framangreindra gagna og er óheimilt að nota eða afhenda umræddar upplýsingar öðrum en lögreglu eða ákærvaldi í samræmi við ákvæði 3. mgr. 47. gr. Eyða ber umferðargögnumum að þessum tíma liðnum enda sé ekki þörf fyrir þau á grundvelli 2. mgr.*

*Með samþykki áskrifanda er fjarskiptafyrirtæki heimilt að vinna úr gögnum skv. 1. mgr. vegna markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða framboðs á virðisaukandi þjónustu að því leyti sem nauðsynlegt er fyrir slíka þjónustu eða markaðssetningu. Samþykki má afturkalla hvenær sem er.*

*Þjónustuveitandi skal upplýsa áskrifendur fyrir fram um hvaða gögn um fjarskiptanotkun eru tekin til úrvinnslu og hversu lengi úrvinnsla mun standa.*

*Úrvinnslu gagna samkvæmt þessari grein skulu þeir einir sinna sem eru undir stjórn fjarskiptafyrirtækja og sjá um gerð reikninga eða stjórnun fjarskiptaumferðar, fyrirsurnir notenda, uppljóstrun misferlis, markaðssetningu fjarskiptaþjónustu eða virðisaukandi þjónustu og skal úrvinnslan einskorðast við það sem er nauðsynlegt í þágu slíkrar starfsemi.*

*Fjarskiptafyrirtæki skulu setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði þessarar greinar og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja.*

Ákvæðið fjallar í fyrsta lagi um eyðingu og geymslu fjarskiptaumferðarupplýsinga, sbr. 1.-3. og 7. mgr. ákvæðisins, og í öðru lagi um vinnslu þeirra, sbr. 4.-6. mgr. ákvæðisins og byggir að mestu leyti á 6. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 2002/58/EB um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta. Reglur Evrópusambandsins á þessu sviði eiga sér nokkra sögu og hefur verið talin þörf á að grípa til verndarráðstafana svo ekki sé brotið gegn friðhelgi einkalífs. Með tilskipun nr. 2002/58/EB (og forvera hennar) voru meginreglur, sem settar voru fram í tilskipun nr. 95/46/EB, um vernd einstaklinga í tengslum við vinnslu persónuupplýsinga og um frjálsa miðlun slíkra upplýsinga, yfirfærðar í sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið og eru ákvæði hennar viðbót og nánari

umfjöllun um ákvæði síðarnefndu tilskipunarinnar, sbr. 2. mgr. 1. gr. og 4. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB.

Við gildistöku fjarskiptalaga árið 2003 innihélt ákvæði 42. gr. fimm málsgreinar en árið 2005 tóku gildi lög um breytingu á lögum um fjarskipti, nr. 81/2003, sem breytti ákvæðinu með þeim hætti að við bættust tvær nýjar málsgreinar, þ.e. nógildandi 3. mgr., sem kveður á um varðveislu lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð í sex mánuði, og nógildandi 7. mgr. sem kveður á um skyldu fjarskiptafyrirtækja að setja sér reglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna.

## *2.2 Varðveisla og eyðing gagna um fjarskiptaumferð*

### 2.2.1 Meginregla 1. mgr. 42. gr. um eyðingu upplýsinga

Fyrsta málsgrein 42. gr. felur í sér þá meginreglu að fjarskiptafyrirtækjum er skylt að eyða gögnum um fjarskiptaumferð eða gera þau nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu ákveðinnar fjarskiptasendingar. Frá þessari kröfu er þó að finna tvær undanþágur. Í fyrsta lagi þá er fjarskiptafyrirtækjum heimilt að geyma þau gögn sem nauðsynleg eru til reikningsgerðar fyrir áskrifendur og uppgjörs fyrir samtengingu þar til ekki er lengur hægt að vefengja reikning eða hann fyrnist, sbr. 2. mgr. ákvæðisins. Í öðru lagi er fjarskiptafyrirtækjunum skylt, í þágu rannsókn sakamála og almannaöryggis, að varðveita ákveðna lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð í sex mánuði, sbr. 3. mgr. ákvæðisins.

Í frumvarpi er varð að fjarskiptalögum árið 2003 kemur fram að 1. mgr. ákvæðisins geri þá kröfu að gögnum um fjarskiptaumferð áskrifenda sé eytt eftir að þeirra er ekki þörf við stýringu og afgreiðslu fjarskiptanna. Segir í athugasemdunum að við „ ... *sendingu hvers konar fjarskipta verða til í netum og stoðkerfum ýmsar upplýsingar, t.d. um leiðir sem valdar hafa verið fyrir sambandið hverju sinni, lengd þeirra, tímasetningu og magn* ... “ en ekki sé nauðsynlegt að geyma öll þessi gögn eftir að samband hefur verið rofið. Í ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 29/2011 kom fram sú afstaða stofnunarinnar að þessar upplýsingar væru almennt taldar vera þær „ ... *tengiupplýsingar sem verða til í fjarskiptaneti og greiðslukerfum fjarskiptafyrirtækja vegna fjarskiptanotkunar viðskiptavina og liggja til grundvallar gjaldfærslu fyrir þjónustuna*“.

Ákvæðið fjallar um geymslu, vinnslu og aðra meðhöndlun umferðargagna og byggir, líkt og áður segir, á 6. gr. persónuverndartilskipun Evrópusambandsins á sviði fjarskipta nr. 2002/58/EB. Í 6. gr. hennar er fjallað um umferðargögn, þ.e. gögn sem unnin eru í þeim tilgangi að flytja fjarskiptasendingu á rafrænu fjarskiptaneti eða til að gefa út reikninga vegna þess, sbr. b lið 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Er í 1. mgr. 6. gr. kveðið á um eyðingu umferðargagnanna eða aðskilnað þeirra frá nafni áskrifanda um leið og þau eru ekki lengur þörf til að senda fjarskiptasendingu, sbr. þó undanþáguákvæði annarra málsgreina ákvæðisins. Er í þeim málsgreinum að finna samhljóða undanþágu og í 2. mgr. 42. gr., þ.e. að heimilt er að vinna úr gögnum sem nauðsynleg eru til útgáfu reikninga en slík vinnsla er þó einungis heimil til loka þess tímabils þegar lögum samkvæmt er hægt að vefengja reikning eða krefjast greiðslu.

Í 26. gr. inngangsorða tilskipunarinnar kemur einnig fram að gögn um áskrifendur, sem notuð eru á rafrænum fjarskiptanetum til að koma á tengingum og til að senda upplýsingar,

innihalda upplýsingar um einkalíf einstaklinga og snerta rétt þeirra til að samskiptin séu bundin trúnaði eða þau snerta réttmæta hagsmuni lögaðila. Kemur líka fram að slík gögn megi aðeins geyma að því marki sem nauðsynlegt er til að veita þjónustuna, gefa út reikninga og innheimta gjöld fyrir samtenginu og einungis í takmarkaðan tíma. Samkvæmt 29. lið inngangsorðanna er fjarskiptafyrirtækjum þó heimilt að vinna umferðargögn um áskrifendur í einstökum tilvikum og eins þau umferðargögn sem nauðsynleg eru vegna útgáfu reikninga til koma upp um og stöðva svik sem felast í ógreiddri notkun rafrænu fjarskiptaþjónustunnar.

Þannig er markmið 42. gr. að tryggja einkalíf áskrifenda með sem bestum hætti og er, að mati Póst- og fjarskiptastofnunar, nauðsynlegt að samlesa ákvæðið með tilliti til 47. gr. fjarskiptalaga en saman er þessum ákvæðum ætlað að tryggja fjarskiptaleynd, sbr. 5. gr. framangreindrar tilskipunar. Þannig ber fjarskiptafyrirtækjum að eyða innihaldi fjarskiptasendingar án tafar eftir afgreiðslu hennar. Eins skulu fjarskiptafyrirtækin uppfylla afdráttarlausu kröfu 42. gr. laganna, þ.e. að upplýsingum um fjarskiptaumferð sé eytt eða þau gerð nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu hennar nema þegar undanþáguákvæði 2. og 3. mgr. eiga við.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er nokkuð ljóst hvað átt er við eyðingu gagna skv. 1. mgr. ákvæðisins. Aftur á móti er fjarskiptafyrirtækjum heimilt að gera þau nafnlaus en að mati stofnunarinnar verður að telja að í því felist að gögnin séu gerð ópersónugreinanleg, þ.e. að umferðargögnin verði með engum hætti rakin til viðkomandi áskrifanda. Þannig verða fjarskiptafyrirtæki sem einungis gera upplýsingar um fjarskiptaumferð nafnlausar að tryggja að með engum hætti sé hægt, eftir að nafnleysi er tryggt, að upplýsingarnar verða tengdar aftur við viðkomandi áskrifanda. Svo markmiði um fjarskiptaleynd og friðhelgi einkalífs sé náð og virt er það mat Póst- og fjarskiptastofnunar að ekki sé einungis um nafn notenda að ræða í þessu samhengi heldur allar upplýsingar sem geta persónugreint hann, svo sem kennitala, heimilisfang o.s.frv.

#### 2.2.2 Undanþága 2. mgr. 42. gr. vegna reikningagerðar

Í 2. mgr. ákvæðisins kemur fram að geyma megi gögn um fjarskiptanotkun, sem nauðsynleg eru til reikningsgerðar fyrir áskrifendur og uppgjörs fyrir samtengingu, þar til ekki er lengur hægt að vefengja reikning eða hann fyrnist. Í athugasemdum við frumvarp er varð að fjarskiptalögum kemur fram að þótt eyða bera gögnum um fjarskiptaumferð feli 2. mgr. í sér heimild til að geyma þann hluta gagnanna sem nauðsynlegur er fyrir gerð reikninga. Sú heimild gildi til þess tíma þegar reikningur verður ekki vefengdur eða hann fyrnist.

Í framangreindri ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 29/2011 komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að hámarks varðveislutími fjarskiptaumferðarupplýsinga geti að hámarki verið sex mánuðir þegar reikningur hefur verið greiddur. Þessar upplýsingar, sem reikningar byggja á, séu gjaldfærsluupplýsingar sem í eðli sínu eru persónurekjanlegar. Í samandreginni niðurstöðu stofnunarinnar segir varðveislutími fjarskiptaumferðarupplýsinga, skv. 2. mgr. ákvæðisins, skuli afmarkaður á almennan á sjálfstæðan hátt og eingöngu á grundvelli brynnar nauðsynjar, svo sem til þess að geta brugðist við vefengingu reiknings innan hæfilegs tíma frá því hann hefur verið greiddur. Sá tími, geti að mati stofnunarinnar, að hámarki verið sex mánuðir, enda gildi lengri varðveislutími fyrir reikninga sem eru í vanskilum. Þannig skuli eyða

upplýsingum eða gera þær ópersónugreinanlegar við lok skilgreinds varðveislutíma hafi reikningur verið greiddur.

Í ákvörðun stofnunarinnar er vísað til álits svo kallaðs 29. gr. starfshóps sem settur var á fót á grundvelli 29. gr. tilskipunar nr. 95/46/EB, sbr. 30. gr. hennar og 3. mgr. 15. gr. tilskipunar nr. 2002/58/EB. Er honum ætlað að vera samráðsvettvangur allra persónuverndarstofnana innan EES-svæðisins, að fjalla um vernd persónuupplýsinga og stuðla að einsleitri framkvæmd löggjafarinnar. Í 48. lið inngangsorða tilskipunarinnar 2002/58/EB kemur fram að við beitingu hennar geti verið gagnlegt að líta til reynslu þessa starfshóps en í áliti starfshópsins nr. 1/2009 kemur fram sú afstaða hans að sex mánaða varðveislutíma fjarskiptaumferðarupplýsinga, vegna reikningagerðar og mögulegrar vefengingar á þeim, sé nægjanlegur, hóflegur og sanngjarn varðveislutími.<sup>1</sup>

### 2.2.3 Skylda til varðveislu lágmarksskráningar skv. 3. mgr. 42. gr.

Líkt og áður segir kom ákvæði 3. mgr. ákvæðisins inn með breytingarlögum árið 2005 og hefur að geyma undanþágu frá 1. mgr. ákvæðisins. Ákvæðið er sett með vísan til heimildarákvæðis 1. mgr. 15. gr. áðurnefndrar tilskipunar, sbr. 1. mgr. 6. gr. hennar,<sup>2</sup> og gerir 3. mgr. fjarskiptafyrirtækjum skylt, í þágu rannsókna sakamála og almannaöryggis, að varðveita lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð notanda í sex mánuði. Slík lágmarksskráning skal tryggja að fjarskiptafyrirtæki geti upplýst hver af viðskiptavinum þess var notandi tiltekins símanúmer, IP-tölu eða notandanafns, jafnframt því að upplýsa um allar tengingar sem notandinn hefur gert, dagsetningar þeirra, hverjum var tengst og magn gagnaflutnings til viðkomandi notanda. Eftir þennan sex mánaða tíma er fyrirtækjunum jafnframt skylt að eyða þeim sé þeirra ekki enn þörf á grundvelli 2. mgr. greinarinnar, þ.e. vegna vanskila.

Undanþáguákvæði 3. mgr. var sett að ósk ríkislögreglustjóra og miðar að því að tryggja lögreglu og ákærvaldi nægjanlegt svigrúm til að upplýsa brot að uppfylltum skilyrðum ákvæða sakamálalaga nr. 88/2008. Er fjarskiptafyrirtækjum jafnframt óheimilt að nota eða afhenda umræddar upplýsingar öðrum en lögreglu eða ákærvaldi, sbr. núgildandi 7. mgr. 47. gr. fjarskiptalaga.<sup>3</sup> Í athugasemdum við umrætt breytingarlagafurvarp segir að eftirfarandi gögn séu nauðsynleg til að tryggja að upplýsa megji brot sem framan eru á internetinu:

#### *1. Gögn um hver sé notandi tiltekins fjarskiptatækis.*

*\* Tölva sem tengist netinu og er auðkennd með IP-tölu, tryggja þarf að hægt sé að finna hver er notandi IP-tölunnar á hverjum tíma og varðveita þarf skrár með þessum upplýsingum,*

*\* IP-tölur kunna að vera breytilegar þannig að tímasetning á notkuninni er skilyrði þess að hægt sé að tengja hana ákveðnum áskrifanda eða notanda. Tenging er þá gerð þannig að þegar viðkomandi viðskiptavinur tengist fær hann úthlutað IP-tölu úr safni internetþjónustuaðilans sem hann hefur yfirráð yfir,*

<sup>1</sup> Opinion 1/2003 of the Article 29 Data Protection Working Party on the storage of traffic data for billing purpose frá 29. janúar 2003

<sup>2</sup> Síðar tók gildi tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2006/24/EC.

<sup>3</sup> Í ákvæði 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga er vísað til 3. mgr. 47. gr. laganna. Breytingar hafa verið gerðar á síðarnefndu greininni, sbr. lög nr. 39/2007, um breytingu á lögum um fjarskipti nr. 81/2003, þar sem fjórum málsgreinum var bætt inn í 47. gr. fjarskiptalaga. Þessar breytingar leiða að tilvísun 3. mgr. 42. gr. ætti að vera í 7. mgr. 47. gr.

*\* IP-tala þarf að vera rekjanleg til síma eða annars fjarskiptataekis sem áskrifandi notar til að tengjast inn á kerfi internetþjónustuaðila og áfram út á netið. Til þess að hægt sé að staðfesta hvar tenging á uppruna sinn þarf internetþjónustuaðili að varðveita skrá um úr hvaða símanúmeri eða öðru fjarskiptataeki viðkomandi tengist inn á tölvukerfi hans,*

*\* óskráð farsímanúmer og símanúmer geta valdið vanda í þessu efni þegar tengst er internetþjónustuaðila með farsíma með frelsiskorti og óskráðu símanúmeri.*

*2. Gögn um hverjum hann tengist. Við hvaða IP-tölur á viðkomandi samskipti, tengingar? Þegar leiða á í ljós tengsl við ákveðna starfsemi eða aðila, t.d. dreifingu barnakláms, þarf að vera hægt að sanna hvort viðkomandi tengdist ákveðinni IP-tölu.*

*3. Gögn um hvenær átti sú tenging sér stað. Nauðsynlegt til að finna samhengi atburða við tengingar viðkomandi.*

*4. Gögn um hversu lengi tenging vari. Atvik geta átt sér stað nokkru eftir að tengingu er komið á, e.t.v. einhverjum klukkustundum.*

*5. Gögn um hversu mikið af gögnum var flutt á milli aðila.*

Í frumvarpinu var lagt til að geymslutími þessarar lágmarksskráningu gagna sem fjarskiptafyrirtækjum væri skylt að varðveita yrðu tólf mánuðir. Í þinglegri meðferð þáverandi samgöngunefndar var gerð sú breyting á frumvarpinu og varðveislutíminn var stytur úr tólf mánuðum niður í sex mánuði. Taldi meiri hluti nefndarinnar að í ákvæðinu vægust á almannahagsmunir og réttur einstaklinga til persónuverndar og á grundvelli meðalhófs og m.t.t. til umsagnar Persónuverndar við frumvarpið, sem taldi tólf mánaða varðveislutíma ekki samrýmast meðalhófssjónarmiðum sem viðra bæri við meðferð persónuupplýsinga, var gerð framangreind breytingartillaga á frumvarpinu, sem síðar var samþykkt af þinginu.

Að öllu framangreindu virtu er ljóst að mati Póst- og fjarskiptastofnunar að rík áhersla er lögð á að tryggja með sem bestum hætti friðhelgi einkalífs einstaklinga þegar kemur að fjarskiptanotkun þeirra. Ákvæði 42. gr. og 47. gr. fjarskiptalaga og framangreindrar tilskipunar Evrópusambandsins gera þá kröfu að innihald fjarskiptasendinga sé ekki geymt og upplýsingum um fjarskiptaumferð skuli eytt þegar reikningur hafi verið greiddur eða verði ekki vefengdur, þ.e. að hámarki eftir sex mánuði. Annað gildir um reikninga í vanskilum. Þá nær skylda 3. mgr. 42. gr. til varðveislu lágmarksskráningar í þágu rannsókna sakamála og almannaöryggis jafnframt til sex mánaða tímabils og skal eytt að því loknu. Þannig ættu ekki að finnast neinar persónugreinanlegar upplýsingar um fjarskiptaumferð í kerfum fjarskiptafyrirtækja að sex mánuðum liðnum nema þegar reikningur hefur ekki verið greiddur.

#### 2.2.4 Krafa 7. mgr. 42. gr. um gerð verklagsreglna

Ákvæði 7. mgr. 42. gr. kom inn með breytingarlögum árið 2005. Í ákvæðinu er set sú skylda á fjarskiptafyrirtæki að þau setji sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði 42. gr. og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja.

Í athugasemdum við frumvarp það er varð að umræddum breytingarlögum segir að um nýmæli sé að ræða og það sé í samræmi við athugasemdir sem m.a. Persónuvernd hefur sett

fram um meðferð og eyðingu gagna í vörslum fjarskiptafyrirtækjanna. Samkvæmt ákvæðinu skulu fjarskiptafyrirtækin setja sér verklagsreglur um hvernig sé staðið að þessum málum í starfsemi þeirra og um eyðingu gagna.

### 2.3 Vinnsla gagna um fjarskiptaumferðarupplýsingar

#### 2.3.1 Heimild til úrvinnslu upplýsinga um fjarskiptaumferð

Í 4.-6. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga er fjallað um mögulega vinnslu gagna um fjarskiptaumferð, skv. 1. mgr. ákvæðisins, vegna markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða framboðs á virðisaukandi þjónustu, að því leyti sem nauðsynlegt er fyrir slíka þjónustu eða markaðssetningu. Slík vinnsla er háð samþykki áskrifenda sem hann getur afturkallað hvenær sem er. Áður en úrvinnsla hefst skal fjarskiptafyrirtækið upplýsa áskrifendur um hvort tveggja hvaða gögn um fjarskiptanotkun eru tekin til úrvinnslu sem og hversu lengi úrvinnslan mun standa. Þá eru jafnframt sett ákveðin skilyrði um hverjir geti komið að úrvinnslunni og við hvað hún skuli einskorðast.

Í athugasemdum við framvarp er varð að fjarskiptalögum segir að þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. um eyðingu fjarskiptaumferðarupplýsinga sé fjarskiptafyrirtæki heimilt, að fengnu samþykki áskrifanda, að vinna úr gögnunum. Sem dæmi um vinnslu eru leiðbeiningar um ódýrustu kosti í þjónustunni, upplýsingar um leiðir, upplýsingar um götu- og vegaumferð, veðurspár og ferðamannaupplýsingar. Segir jafnframt að krafa sé „ ... gerð um það að þjónustuveitandi upplýsi áskrifendur eða notendur fyrir fram um hvaða gögn hann ætlar að taka til vinnslu og hversu lengi unnið verður úr gögnunum í þeim tilgangi sem heimilaður hefur verið.“

Í áðurnefndri 6. gr. tilskipunar Evrópusambandsins er einnig fjallað um þessa heimild til að vinna úr umræddum gögnum, sbr. 2.-5. mgr. greinarinnar. Er ákvæðin efnislega samhljóða 4.-6. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, og kveða á um sömu og skilyrði. Er einungis heimilt að vinna úr gögnum um fjarskiptaumferð þegar áskrifandi eða notandi hefur gefið fyrirfram samþykki sitt fyrir vinnslunni. Krafa er gerð um að þjónustuveitandi upplýsi áskrifanda og notenda um þær tegundir umferðargagna sem unnin eru og um það hve lengi vinnslan varir og, áður en samþykki er fengið, í þeim tilgangi sem kveðið er á um í 3. mgr. ákvæðisins, þ.e. markaðslegum tilgangi og við veitingu virðisaukandi þjónustu.

Í 26. lið inngangsorða tilskipunarinnar er að finna frekari umfjöllun um þessa mögulegu vinnslu. Þar segir að öll frekari vinnsla gagna um áskrifendur, sem eru notuð á rafrænum fjarskiptanetum til að koma á tengingum og til að senda upplýsingar, sem fjarskiptafyrirtæki kann að hafa hug á, í því skyni að markaðssetja rafræna fjarskiptaþjónustu eða veita virðisaukandi þjónustu, er einungis leyfileg hafi áskrifandi „ ... veitt samþykki sitt á grundvelli rétttra og ítarlegra upplýsinga frá veitanda rafrænnar fjarskiptaþjónustu, sem er öllum aðgengileg, um það hvers konar frekari vinnslu hann áformar og um rétt áskrifandans til að veita ekki eða afturkalla samþykki sitt fyrir slíkri vinnslu.“ Þá er jafnframt tilgreint að umferðargögnum, sem notuð eru til markaðssetningar eða til að veita virðisaukandi þjónustu, skuli einnig eytt eða þau aðskilin frá nafni eftir að þjónustan hefur verið veitt. Eins er tilgreint í tölulíðnum að fjarskiptafyrirtæki skuli ávallt upplýsa áskrifendur um það hvers konar gögn þeir eru að vinna, tilgang vinnslunnar og tímalengd hennar. Í 29. lið inngangsorðanna segir svo að þjónustuveitanda sé heimilt að vinna umferðargögn um áskrifendur og notendur í

einstökum tilvikum ef nauðsynlegt er til að greina tæknibilanir og villur í fjarskiptasendingum, til að gefa út reikninga og til að koma upp um og stöðva svik sem felast í ógreiddri notkun fjarskiptaþjónustu. Þá segir í 30. lið inngangsorða að kerfi til að bjóða fram fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu skuli hönnuð þannig að magni nauðsynlegra persónuupplýsinga sé haldið í algjöru lágmarki. Hvers konar starfsemi sem gangi lengra en að senda fjarskiptasendingar og skrifa reikning fyrir þeim skuli byggð á samanlögðum umferðargögnum sem ekki væri hægt að tengja áskrifendum eða notendum.

### 2.3.2 Samþykki áskrifanda fyrir vinnslu upplýsinga um fjarskiptaumferð

Í athugasemdum við frumvarpið er varð að fjarskiptalögum árið 2003 er áréttað að heimild til úrvinnslu gagna um fjarskiptaumferð, í tilgangi markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða vegna framboðs á virðisaukandi þjónustu, sé einungis heimil ef áskrifandi eða notandi, sem gögnin eru um, hafi veitt samþykki sitt fyrir fram. Hugtakið *samþykki* er ekki skilgreint í fjarskiptalögum en í f -lið 2. mgr. 3. gr. títtnefndrar tilskipunarinnar segir að samþykki notanda eða áskrifanda samsvari samþykki skráðs aðila í tilskipun nr. 95/46/EB, sbr. og 17. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB.

Í 7. tölul. 1. mgr. 2. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, sem byggir á h -lið 2. gr. tilvitnaðrar tilskipunar nr. 95/46/EB, er *samþykki* skilgreint með eftirfarandi hætti:

„Sérstök, ótvíræð yfirlýsing sem einstaklingur gefur af fúsum og frjálsum vilja um að hann sé samþykkur vinnslu tiltekinna upplýsinga um sig og að honum sé kunnugt um tilgang hennar, hvernig hún fer fram, hvernig persónuvernd er tryggð, um að honum sé heimilt að afturkalla samþykki sitt o.s.frv.“

Hugtakið *samþykki* má jafnframt finna í 46. gr. fjarskiptalaga, sem fjallar um óumbeðin fjarskipti, og byggt er á 12. gr. sömu tilskipunar Evrópusambandsins nr. 2002/58/EB. Póst- og fjarskiptastofnun hefur í fjölmörgum ákvörðunum sínum, er varða túlkun á 46. gr. fjarskiptalaga, skilgreint hvað felst í hugtakinu *samþykki* í skilningi framangreindar tilskipunar og 46. gr. laganna.

Í ákvörðunum Póst- og fjarskiptastofnunar er varðar óumbeðin fjarskipti og skilgreiningu á hugtakinu er litið til álita áður nefnds 29. gr. starfshóps. Í áliti hans nr. 5/2004, er lýtur að túlkun hugtaksins *samþykki* vegna óumbeðinna fjarskipta, kemur fram að samþykki sem veitt er sem hluti af almennu samþykki á skilmálum samnings, svo sem áskriftarsamnings þar sem samþykkis er óskað fyrir markaðspóst, verður jafnframt að uppfylla framangreind skilyrði tilskipunar 95/46/EB. Hefur starfshópurinn talið að svo að samþykki teljist uppfylla kröfur tilskipunar 95/46/EB, verði samþykkið að fela í sér ákveðna athöfn af hálfu hlutaðeigandi svo það teljist vera ótvírætt, sbr. áliti hópsins nr. 15/2011.<sup>4</sup> Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður ekki lagður annar skilningur í hugtakið samkvæmt 42. gr. fjarskiptalaga enda byggja ákvæðin á sömu tilskipun.

<sup>4</sup> Opinion 15/2011 on the definition of consent frá 13. júlí 2011.



### III. Málavextir

#### 3.1 Ósk Póst- og fjarskiptastofnunar um verklagsreglur

Líkt og greint var frá í upphafi ákvörðunar þessarar hefur Póst- og fjarskiptastofnun nú gert úttekt á verklagsreglum fimm stærstu fjarskiptafyrirtækja hér á landi sem settar eru á grundvelli 7. mgr. 42. gr. og hlítinu félaganna við ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga. Þann 1. mars 2011 fékk stofnunin sent afrit af verklagsreglum félagsins sem það hafði settar höfðu verið á grundvelli framangreinds ákvæðis og í samræmi við ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 37/2010, varðandi brot Símans hf. á trúnaðarskyldum samkvæmt 26. gr. fjarskiptalaga. En í ákvörðunarorðum segir að Síminn hf. skuli setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja. Reglurnar skulu bornar undir PFS til samþykktar eigi síðar en 1. mars 2011.

Í kjölfar ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 29/2011, frá 25. október 2011, vegna varðveislutíma upplýsinga um fjarskiptaumferð hjá Símanum hf. var félaginu gert að uppfæra verklagsreglur félagsins m.t.t. niðurstöðu ákvörðunarinnar um að óheimilt væri að geyma slíkar upplýsingar lengur en í sex mánuði. Stofnuninni bárust uppfærðar verklagsreglur félagsins þann 23. janúar 2012.

Það var svo í kjölfar þess að brotist inn vefkerfi Fjarskipta hf. aðfararnótt 30. nóvember 2013, sem leiddi til þess að persónuupplýsingar um þúsundir viðskiptavina félagsins, sem þar höfðu verið varðveittar, komust í hendur óviðkomandi aðila og voru síðar birtar á internetinu, að Póst- og fjarskiptastofnun óskaði eftir því að Síminn hf. endurskoðaði og uppfærði tilgreindar verklagsreglur sínar, meðal annars m.t.t. þessarar ógnar. Óskaði stofnunin eftir því að fá afhentar endurskoðaðar verklagsreglur félagsins og boðaði jafnframt að framkvæmd yrði vettvangsrannsókn hjá félaginu til þess að staðreyna hvort farið væri eftir þeim verkferlum og öryggisráðstöfunum sem lýst er í verklagsreglunum, sbr. bréf stofnunarinnar frá 6. desember 2013. Var jafnframt boðað í bréfi stofnunarinnar að félagið myndi bera hluta útlagðs kostnaðar við framkvæmd úttektarinnar, s.s. vegna aðkeyptrar sérfræðiþjónustu. Síminn hf. afhenti Póst- og fjarskiptastofnun verklagsreglur sínar í byrjun árs 2014, sbr. bréf félagsins dags., 15. janúar 2014.

#### 3.2 Boðun úttektar

Póst- og fjarskiptastofnun samdi, á grundvelli 3. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, við Capacent ehf. um að framkvæma úttektir samkvæmt kröfum ISO/IEC 27001 á verklagsreglum fimm fjarskiptafyrirtækja um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna, sbr. ákvæði 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, þ.e. Símanum hf., Fjarskiptum hf., Nova ehf., IP fjarskiptum ehf. (Tal) og Hringdu ehf. Í framhaldi af undirritun samnings sendi stofnunin bréf, dags. 27. febrúar 2014, til framangreindra fjarskiptafyrirtækja þar sem úttektin var boðuð.

Fram kom í bréfinu að megináhersla verkefnisins væri að taka út með hvaða hætti meðhöndlun fjarskiptaumferðaupplýsinga samkvæmt 42. gr. laganna er háttað hjá þessum fyrirtækjum. Þá kom fram að markmið úttektar væri jafnframt að auka vitund um öryggi og

meðferð fjarskiptaumferðarupplýsinga en ekki eingöngu að gera athugasemdir við verklag fyrirtækjanna hvað þetta varðar. Þá sagði í bréfinu:

„Sú aðferðarfræði sem beitt verður við úttekt tekur mið af „Stjórnkerfi upplýsingaöryggis samkvæmt ISO/IEC 27001:2005“. Verða mælikvarðar um gæði stýringa útfærðir og munu taka mið af völdum stýringum úr „Starfsvenjum fyrir stjórnun upplýsingaöryggis samkvæmt ISO/IEC 27002:2005“.

Í úttektinni verður skoðað hvernig meðhöndlun fjarskiptaumferðaupplýsinga er háttað hjá fjarskiptafyrirtækjunum. Mun úttektaraðili óska eftir kynningu á hvernig staðið er að meðferð þeirra upplýsinga sem um ræðir. Í framhaldi verður ákveðið, í samráði við viðkomandi fyrirtæki, hvaða starfsmenn verður rætt við. Í úttektinni mun úttektaraðili hafa til hliðsjónar verklag, verklagsreglur viðkomandi fjarskiptafyrirtækis, borið saman við valdar stýringar úr ISO/IEC 27002:2005 og gæði stýringa metnar. Úttektin mun að mestu leyti byggjast á viðtölum við starfsmenn fjarskiptafyrirtækjanna sem úttektaraðili óskar eftir að hitta á þeirra starfsstöð.

Komi upp sú staða, að mati úttektaraðila, að gera þurfi töluverðar úrbætur mun viðkomandi fjarskiptafyrirtæki fá frest til að bregðast við. Úttektaraðili mun í framhaldinu funda með viðkomandi fjarskiptafyrirtæki til að staðfesta hvort það hafi orðið við athugasemdum sem gerðar voru. Er þetta í raun síðari hluti úttektar og verður framkvæmd áður en gengið verður frá niðurstöðuskýrslu.“

Var í bréfinu einnig farið yfir fyrirhugaðan tímaramma úttektanna og skiptingu kostnaðar. Þá var óskað eftir því að fjarskiptafyrirtækin tilnefndu tengilið sem úttektaraðili og stofnunin myndu beina samskiptum sínum að.

### *3.3 Svarbréf Símans hf., dags. 10. mars 2014*

Póst- og fjarskiptastofnun barst bréf frá Símanum hf., dags. 10. mars 2014, þar sem fram kemur að félagið telji boðaða úttekt jákvæða og styðja við stjórnkerfi upplýsingaöryggis hjá félaginu. Þá segir að Síminn hf. geri ekki athugasemdir við val stofnunarinnar á úttektaraðila, boðaða aðferðarfræði úttektarinnar eða boðaðrar kostnaðarþátttöku félagsins. Aftur á móti kemur fram áskilnaður félagsins varðandi birtingu niðurstaðna úttektarinnar og vísar félagið til 9. gr. upplýsingalaga, nr. 140/2012 sem og 17. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Í bréfinu setti Síminn hf. einnig fram þá kröfu að úttektaraðilar verði gert að bindast þagnarskyldu með trúnaðaryfirlýsingu.

## **IV.**

### **Skýrsla úttektaraðila**

#### *4.1 Helstu niðurstöður*

Capacent ehf. framkvæmdi úttekt á verklagsreglum Símans hf. um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna þann 2. apríl 2014 og skilaði lokaskýrslu sinni til Póst- og fjarskiptastofnunar þann 28. maí sl. Fram kemur í skýrslunni að tekin hafi verið viðtöl við starfsmenn félagsins og kannað hversu upplýstir þeir voru um lög og reglur fyrirtækisins. Þá

var m.a. skoðað hvernig þeir gátu flett upp fjarskiptaumferðarupplýsingum í notendaviðmóti. Í flestum tilvikum hafi viðtalið farið fram á starfsstöð starfsmannsins. Þá hafi einnig verið haldinn vinnufundur með forstöðumönnum þeirra deilda sem bera ábyrgð á og vinna með fjarskiptaumferðarupplýsingar.

Helstu niðurstöður Capacent ehf. við úttekt hjá Símanum hf. er settar fram á bls. 4 í skýrslunni. Þar segir:

*„Niðurstöður úttektar benda til að farið sé að mestu eftir 42. gr. fjarskiptalaga sem segir að gögnum skuli eytt innan ákveðins tíma. Þó fannst tilfelli þar sem eldri gögn voru aðgengileg. Um er að ræða upplýsingar um sótt gagnamagn í farsíma. Er það eina tilvikið þar sem upplýsingar eldri en 6 mánaða fundust í kerfum Símans.*

*Við úttekt komu í ljós þrjú minniháttar frábrigði sem talin eru þess eðlis að mati úttektaraðila að æskilegt væri að Síminn geri úrbætur á.*

*Hefur fyrirtækið sett sér reglum um helstu þætti sem varða meðhöndlun fjarskiptaumferðarupplýsinga. Útgáfustýring reglna er til fyrirmyndar og eru þær aðgengilegar fyrir starfsmenn á innri vef.*

*Þess að auki er ein athugasemd varðandi umbætur á verklagsreglu, skilgreiningu upplýsingaflokka og ábyrgðaraðilum.“*

#### 4.2 Minniháttar frábrigði

Í úttekt Capacent ehf. komu í ljós þrjú atvik hjá Símanum hf. sem úttektaraðili mat sem minniháttar frábrigði og taldi að þörf væri á að félagið bætti úr. Í fyrsta lagi fundust upplýsingar um gagnamagn ákveðins farsímanúmers tólf mánuði aftur í tímenn, og varðar það við 1.-3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Nánar tiltekið keyrði [ ... ]<sup>5</sup> skýrslu sem sótti upplýsingar um niðurhal gagnamangs símanúmersins [ ... ]<sup>6</sup>. Í skýrslunni segir: „[h]ægt var að skoða þessi gögn 12 mánuði aftur í tímenn um magn gagnamagns sem halað hefur verið niður hjá notanda þessa símanúmers.“

Í öðru lagi var um að ræða skort á upplýsingagjöf til viðskiptavina, sbr. 5. mgr. 42. gr. Nánar tiltekið segir að skilmála félagsins sé hægt að nálgast á heimasíðu Símans hf. en í viðtali við [ ... ]<sup>7</sup>, starfsmann í sölu og þjónustudeild, kom fram „ ... að viðskiptavinum er ekki sérstaklega bent á að kynna sér þessa skilmála þegar þeir ganga til viðskipta við fyrirtækið.“

Í þriðja lagi kom í ljós að félagið skilgreinir ekki hver er ábyrgur fyrir flokkun og ákvörðunum um meðferð og vernd upplýsinganna og, að mati úttektaraðila, varðar það við 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

---

<sup>5</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>6</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>7</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

### 4.3 Athugasemd

Úttektaraðila gerði eina *athugasemd* sem æskilegt var talið að Síminn hf. myndi bæta úr. Um var að ræða orðalag í verklagsreglu sem æskilegt væri að breyta og skilgreina betur ábyrgðaraðila tiltekinna upplýsinga.

## V.

### Athugasemdir Símans hf.

#### 5.1 Bréf Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 11. ágúst 2014

Póst- og fjarskiptastofnun óskaði athugasemda Símans hf. við niðurstöðuskýrslu úttektar Capacent ehf. með bréfi dags. 11. ágúst sl. Var skýrslan sjálf fylgiskjal bréfs stofnunarinnar. Í bréfi stofnunarinnar sagði m.a. að „[n]iðurstöður úttektarinnar sýna að brigður eru á að ákvæði 1. mgr., sbr. 2. og 3. mgr., og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga séu og hafi að fullu verið virt af félaginu. Kallar slíkt á aðgerðir af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar, í formi ákvörðunar þar um, enda ber stofnuninni lögum samkvæmt að hafa eftirlit með framkvæmd fjarskiptalaga, sbr. 1. tl. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og 2. mgr. 2. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti. Að mati stofnunarinnar gefur þriðja minniháttar frábrigði, úttektaraðila er varðar 7. mgr. 42. gr. ekki tilefni til íþyngjandi ákvörðunartöku að svo stöddu af hálfu stofnunarinnar en áréttar þó mikilvægi að umrætt atriði sé skýrt.“

Í bréfinu tilgreindi Póst- og fjarskiptastofnun sérstaklega með hvaða hætti hin *minniháttar frábrigði* vörðuðu ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga, þ.e. að, í fyrsta lagi, með því að hafa, þann 2. apríl 2014, varðveitt fjarskiptaumferðarupplýsingar [ ... ]<sup>8</sup> þar sem fannst gagnamagn niðurrhals farsímanúmers [ ... ]<sup>9</sup> tólf mánuði aftur í tímann, hafi ákvæði 1. mgr., sbr. 2. og 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga ekki verið að fullu virt. Í öðru lagi, með því að tryggja ekki að áskrifendur séu upplýstir fyrir fram um hversu lengi úrvinnsla á upplýsingum stendur yfir, hafi félagið ekki að fullu virt ákvæði 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

Þrátt fyrir að þau *minniháttar frábrigði* sem fram komu við úttekt séu, að mati úttektaraðila og Póst- og fjarskiptastofnunar, ekki umfangsmikil er ljóst að Póst- og fjarskiptastofnun hefur það lögbundna hlutverk að hafa eftirlit með framkvæmd fjarskiptalaga. Komi í ljós að í starfsemi fjarskiptafyrirtækja er að finna frávik frá skýrum ákvæðum laganna verður stofnunin að bregðast við slíku í formi ákvörðunar. Póst- og fjarskiptastofnun boðaði því í framangreindu bréfi sínu, dags. 11. ágúst sl., að stofnunin hygðist taka ákvörðun til samræmis við niðurstöður úttektarinnar.

Í bréfi sínu óskaði stofnunin athugasemda Símans hf. um afstöðu stofnunarinnar, við niðurstöðuskýrslu Capacent ehf. sem og bjóða félaginu að tjá sig um framkvæmd úttektarinnar að öðru leyti. Eins óskaði stofnunin eftir upplýsingum frá félaginu um með hvaða hætti félagið hygðist bregðast við þeim *minniháttar frábrigðum* sem að fram komu í úttektinni og varða ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga.

---

<sup>8</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>9</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

## 5.2 Svarbréf Símans hf., dags. 22. september 2014

Póst- og fjarskiptastofnun barst svarbréf Símans hf., dags. 22. september sl. Í bréfinu segir að Síminn hf. hafi leitað til CATO lögmanna vegna ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar frá 11. ágúst sl. Er tilgreint nánar hvað fólst í bréfi stofnunarinnar og greint frá að Símanum hf. hafi þar verið boðið að koma að athugasemdum um að félagið hafi brotið gegn fjarskiptalögum.

Í bréfi Símans hf. er sett fram sú krafa að stofnunin falli frá ákvörðun sinni um að félagið hafi brotið gegn ákvæði fjarskiptalaga. Þá kemur fram að Síminn hf. telji ákvörðun stofnunarinnar hvorki standast að formi né efni þar sem stofnunin hafi ekki virt réttindi aðila máls við meðferð málsins. Af því leiði að ákvörðun stofnunarinnar og málsmeðferð sé í heild ógildanleg og því beri stofnuninni að falla frá ákvörðun sinni. Þá hafnar Síminn hf. að hafa brotið gegn 3. og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

### 5.2.1 Málsmeðferð Póst- og fjarskiptastofnunar

Í svarbréfi Símans hf. er fullyrt að Póst- og fjarskiptastofnun hafi nú þegar tekið íþyngjandi ákvörðun gagnvart félaginu með því að hafa boðið því, í bréfi sínu, að koma að athugasemdum sínum við boðaða ákvörðun stofnunarinnar um að félagið hafi brotið gegn 1. mgr., sbr. 2. og 3. mgr. og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

Segir í svarbréfinu að orðalag bréfs stofnunarinnar sýni að Póst- og fjarskiptastofnun hafi lokið rannsókn á málinu og tekið endanlega afstöðu í því. Segir að ákvörðunin sé verulega íþyngjandi fyrir félagið og það hafi ekki notið þeirra lágmarksréttinda sem kveðið er á um í stjórnslulögum nr. 37/1993, sbr. einnig frumvarp er varð að þeim lögum. Segir í bréfinu að þessi grundvallarregla verði einnig leidd með gagnályktun frá 1. másl. 2. mgr. 2. gr. laganna og feli það í sér að málsmeðferð til undirbúnings og töku stjórnvaldsákvörðunar megi ekki vera óvandaðri en stjórnslulögin mæla fyrir um. Þetta sé óumdeilt.

Síminn hf. heldur því fram að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki uppfyllt a.m.k. tvær af helstu meginreglum sem gilda við málsmeðferð stjórnslumála, þ.e. rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga og andmælareglu 13. gr. laganna. Að mati félagsins eru annmarkar á málsmeðferðinni svo verulegir að hún verður að teljast ógildanleg.

### Rannsóknarregla

Síminn hf. telur að Póst- og fjarskiptastofnun hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga en í svarbréfinu er vísað í bók Páls Hreinssonar, Stjórnsluréttur – Málsmeðferð, þar sem fram kemur að „[s]amkvæmt 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 hvílir sú skylda á stjórnvaldi að sjá til þess að eigin frumkvæði að málsatvik stjórnslumáls séu nægilega upplýst áður en það tekur ákvörðun í því.“

Í bréfi Símans hf. segir að rannsóknarreglan sé í raun hryggjarstykkið í svokölluðum öryggisreglum málsmeðferðarreglna stjórnsluréttarins og er ætlað að tryggja að stjórnvaldsákvörðanir verði bæði löglegar og réttar. Brot gegn þessari reglu geti valdið ógildingu stjórnvaldsákvörðunar.

Síminn hf. byggir þetta sjónarmið félagsins á því að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki framkvæmt neina rannsókn á því hvort félagið hafi brotið gegn 7. gr. laga nr. 78/2005, sbr. 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.<sup>10</sup> Er því lýst að málsmeðferð stofnunarinnar hafi verið með þeim hætti að einkaaðila hafi verið falið að framkvæma úttekt á verklagsreglum félagsins sem settar eru á grundvelli 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga í öðrum tilgangi en að meta hvort að ákvæði fjarskiptalaga hafi verið brotin. Vísar félagið til bréfs stofnunarinnar frá 27. febrúar sl. þar sem boðuð hafi verið framkvæmd vettvangsrannsóknar hjá félaginu til að staðreyna hvort að farið hafi verið eftir þeim verkferlum og öryggisráðstöfunum sem lýst er í verklagsreglum félagsins. Þá hafi Capacent ehf. verið ráðið til þess að framkvæma úttekt samkvæmt kröfum ISO/IEC 27001.

Í svarbréfinu er vísað til þess að í tilgreindu bréfi stofnunarinnar hefði komið fram að megináhersla verkefnisins væri sú að taka út með hvaða hætti meðhöndlun fjarskiptaumferðarupplýsinga sé háttáð hjá fjarskiptafélögunum. Þá hafi markmið úttektarinnar ekki eingöngu verið að gera athugasemdir við verklag og viðkomandi reglur heldur jafnframt að auka vitund um öryggi og meðferð fjarskiptaumferðarupplýsinga. Þar hafi verið kynnt aðferðarfræði úttektarinnar, þ.e. Stjórnkerfi upplýsingaöryggis samkvæmt ISO/IEC 27001:2005 og að mælikvarðar um gæði stýringa verði útfærðir og tækju mið að völdum stýringum úr Starfsvenjum fyrir stjórnun upplýsingaöryggis samkvæmt ISO/IEC 27002:2005.

Síminn hf. vísar áfram til framangreinds bréfs stofnunarinnar þar sem fram kemur að ef upp komi sú staða að úttektaraðili telji að fjarskiptafyrirtæki þurfi að gera töluverðar úrbætur muni fjarskiptafyrirtækið fá frest til að bregðast við. Í framhaldi þess muni svo úttektaraðili funda með hlutaðeigandi fyrirtæki til að staðfesta að það hafi orðið við athugasemdum sem gerðar voru. Í bréfi stofnunarinnar segir að þetta sé í raun síðari hluti úttektar og yrði hún einnig framkvæmd áður en lokaskýrsla væri gefin út.

Í bréfinu vekur Síminn hf. sérstaka athygli á því að í bréfi stofnunarinnar hafi uppleggið verið að taka út verklagsreglur félagsins, og annarra fjarskiptafyrirtækja, og ekki einvörðungu að gera athugasemdir við verklag og viðkomandi reglur, heldur einnig til að auka vitund um öryggi og meðferð þeirra upplýsinga sem úttektin náði til. Segir Síminn hf. að í samhengi við þetta var ætlunin að gefa fyrirtækjum færi á því að gera athugasemdir við úttektina og gera úrbætur áður en endanlegar niðurstöður lægju fyrir. Að mati félagsins hafi verið um uppbyggilega og málefnalega nálgun af hálfu stofnunarinnar að ræða og því hvetjandi fyrir félagið, sem lagði sig fram um að úttektin gæti verið sem best úr garði gerð.

Aftur á móti segir Síminn hf. að hvergi hafi verið minnst á að verkefni Capacent ehf. hafi verið að meta hvort félagið hafi gerst brotlegt við fjarskiptalög enda stór munur á því verkefni að gera úttekt á verklagsreglum og að rannsaka brot á fjarskiptalögum. Er vísað til þess að sú aðferðarfræði sem notuð var við úttektina byggji á ISO stöðlum en slíkt getur varla talist viðurkennd aðferð við mat á því hvort lög hafi verið brotin. Þá er ekki tilgreint í bréfi

---

<sup>10</sup> Ákvæði 7. gr. laga nr. 78/2005, um breytingu á lögum um fjarskipti, lögfesti núgildandi 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003

stofnunarinnar að hún hygðist nýta sér niðurstöðurnar til að leggja mat á hvort að um brot á lögum kunni að vera að ræða. Þvert á móti hafi bréf stofnunarinnar haft allt annað yfirbragð en að það yrði grundvöllur að ákvörðun. Vísar Síminn hf., því til stuðnings, til þess að stofnunin hafi áskilið sér rétt til að birta skýrsluna en ekki að hún yrði grundvöllur ákvörðunar.

Í bréfi Símans hf. er síðan sérstaklega tekið fram, að hvað sem því líður sem áður hafi komið fram í bréfi félagsins, þá er það einnig mat þess að Póst- og fjarskiptastofnun hafi ekki framkvæmt neina eiginlega rannsókn á málinu að eigin frumkvæði heldur hafi rannsóknin alfarið verið látin í hendur Capacent ehf. og svo tekin upp í ákvörðun stofnunarinnar. Vísar félagið til álits umboðsmanns en í bréfi Símans hf. segir:

„Í áliti umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3616/2002 (Dagskrárstjóri Rásar 2) var fjallað um aðkomu ráðgjafarfyrirtækis við málsmeðferð. Umboðsmaður taldi að þó stjórnvaldi væri eftir atvikum heimilt án lagaheimildar að leita aðstoðar ráðningarfyrirtækja til að annast afmarkaði þætti við undirbúning að ráðningu starfsmanna væri slíkt einungis heimilt svo lengi sem slíkum aðilum væri ekki falið að taka ákvarðanir um stöðu umsækjanda. Vegna þeirra skyldna sem hvíldu á veitingarvaldshafa samkvæmt almennum reglum stjórnarsýsluréttar í slíkum tilvikum væri umfang og eðli slíkrar aðstoðar takmörkunum háð. Yrði einkum að gæta þess að réttarstaða umsækjenda yrði ekki að efni til önnur og lakari við slíkar aðstæður en lög mæla almennt fyrir um.“

Að mati Símans hf. er hægt að hafa tilvitnað álit umboðsmanns til hliðsjónar í máli þessu þar sem félagið hafi ekki notið þeirra réttinda sem gilda við meðferð stjórnarsýslumála. Slíkt sé fallið til að valda ógildingu stjórnvaldsákvörðunar.

Þá tiltekur Síminn hf. að úttektaraðilar Capacent ehf. séu ekki löglærðir og því geti Póst- og fjarskiptastofnun ekki útvistað rannsókn máls til slíkra aðila og dregur Síminn hf. í efa að úttektaraðili sé bær til þess að meta hvort 3. og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga hafi verið brotin.

Síminn hf. áréttar að brot gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar valdi ógildingu stjórnvaldsákvörðunar. Telur félagið að svo miklir annmarkar séu á rannsókninni að ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 11. ágúst sl. verði að teljast ógildanleg. Gildir hér einu, að mati félagsins, þótt Póst- og fjarskiptastofnun telji bréf stofnunarinnar ekki fela í sér ákvörðun þar sem nýtt bréf með samhljóða niðurstöðu væri að sama skapi ógildanlegt. Stofnunin hafi nú þegar gefið upp afstöðu sína til málsins og má því draga í efa að félagið muni njóta þeirra réttinda sem felast í ákvæðum stjórnarsýslulaga.

#### *Andmælaregla*

Í bréfi Símans hf. er því lýst að málsmeðferð þessa máls hafi hafist með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 6. desember 2013. Símanum hf. hafi aftur á móti aldrei verið gefinn kostur á að tjá sig um efni máls áður en að Póst- og fjarskiptastofnun tók ákvörðun í því, sbr. andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga. Vísar félagið aftur í til bréfs stofnunarinnar frá 11. ágúst sl. þar sem segir að stofnunin bjóði Símanum hf. „... að koma að athugasemdum sínum við

*boðaða ákvörðun stofnunarinnar um að félagið hafi brotið gegn i) 1. mgr., sbr. 2. og 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga [...] og ii) 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga [...].“*

Telur Síminn hf. ljóst út frá tilvitnuðu orðalagi að stofnunin hafi tekið ákvörðun í málinu þess efnis að félagið hafi brotið gegn tilgreindum ákvæðum fjarskiptalaga. Enginn fyrirvari hafi verið hafður á því að sú ákvörðun kunni að breytast eftir að félagið kæmi að athugasemdum sínum. Að mati félagsins hefur Póst- og fjarskiptastofnun tekið ákvörðun án þess að félagið hafi fengið tækifæri til að tjá sig um efni málsins við málsmeðferð stofnunarinnar. Þannig hafi stofnunin brotið gegn 13. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993 og ákvörðun hennar sé ógildanleg. Máli sínu til stuðnings vísar Síminn hf. til dóms Hæstaréttar frá 8. júní 2000 í máli nr. 69/2000 og tiltekur að þegar stjórnvald hefur brotið andmælareglu við meðferð máls og tekið ákvörðun í málinu án þess að leita athugasemda málsaðila þýðir ekki fyrir stjórnvald að reyna að bæta þar úr með útskýringum eftir á.

### 5.2.2 Ekki brot á fjarskiptalögum

Fram kemur í bréfi Símans hf. að fallist Póst- og fjarskiptastofnun ekki á að hafa brotið gegn ákvæðum stjórnssýslulaga byggi félagið á að það hafi ekki brotið gegn ákvæðum 3. mgr. og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

#### *3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga*

Í bréfi Símans hf. er vísað til bls. 4 í úttektarskýrslu Capacent ehf. þar sem segir að „[s]kýrsla var skoðuð sem hefur að geyma upplýsingar um gagnamagn tiltekins farsímanúmers 12 mánuði aftur í tímann en samkvæmt lögum ber að eyða þessum gögnum að loknum 6 mánaða geymslutíma.“

Fram kemur í bréfi Símans hf. að á framangreindu byggi Póst- og fjarskiptastofnun ákvörðun sína um að félagið hafi brotið gegn 7. gr. laga nr. 78/2005, sbr. 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Þó sé hvorki að finna lagalegan rökstuðning fyrir niðurstöðu Capacent ehf. né umfjöllun um hugtakið fjarskiptaumferð. Vísar félagið í b lið 2. mgr. 2. gr. tilskipunar Evrópusambandsins nr. 2002/58/EB, sem fjallað hér að framan, þar sem hugtakið er skilgreint. Þar segir að *umferðargögn séu „gögn sem unnin eru í þeim tilgangi að flytja fjarskiptasendingu á rafrænu fjarskiptaneti eða til að gefa út reikninga vegna þess,“*.

Þá vísar Síminn hf. til d liðar sama ákvæðis tilskipunarinnar þar sem hugtakið fjarskiptasending er skilgreint en *fjarskiptasending telst vera „upplýsingar sem skipst er á eða eru fluttar milli tiltekins fjölda aðila með rafrænni fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg. Þetta tekur ekki til upplýsinga sem fluttar eru sem hluti af útvarpsþjónustu til almennings um rafrænt fjarskiptanet nema að því marki sem hægt er að tengja upplýsingarnar við áskrifandann eða notandann sem tekur við þeim.“*

Að mati Símans hf. er augljóst að þau gögn sem um ræðir í máli þessu geta ekki talist til umferðargagna í framangreindum skilningi enda séu þau ekki unnin í þeim tilgangi að flytja fjarskiptasendingu á rafrænu fjarskiptaneti eða til að gefa út reikninga vegna þess. Þá bendir félagið á ný á að úttektaraðilar Capacent ehf. séu ekki löglærðir og efast félagið um hæfni þeirra til að framkvæma lögskýringu á lagaákvæði og meta hvort aðili máls hafi brotið gegn því. Hér sé jafnframt um flókið úrlausnarefni að ræða.



Í bréfi Símans hf. hafnar félagið að hafa brotið gegn ákvæðum fjarskiptalaga og segir að það ráðist „...af því að þær upplýsingar sem geymdar voru lengur en í 6 mánuði teljast ekki til umferðargagna sem fjarskiptafyrirtækjum ber að varðveita og eyða að 6 mánuðum liðnum. Því er ekki um að ræða gögn um fjarskiptaumferð í skilningi 1. og 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, sbr. og skilgreiningu tilskipunar nr. 2002/58/EB á umferðargögnum.“

Þá vísar Síminn hf. til orðalags 7. gr. laga nr. 78/2005, sbr. 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og bendir á að þær upplýsingar sem Capacent ehf. vísar til [ ... ]<sup>11</sup> voru samtölur yfir heildargagnamagn á sólarhring sem færðar höfðu verið úr fjarskiptakerfum félagsins yfir [ ... ]<sup>12</sup> og aftengdar fjarskiptaumferðar-upplýsingum í þeirri aðgerð. Í bréfi Símans hf. segir:

„Í skýrslunni kom þannig hvergi fram hvenær fjarskiptaumferðin átti sér stað. Ekki var því hægt að tengja IP-tölu við notkunina. Ekkert kom fram um þær tengingar sem notandinn hafði gert, á hvaða tíma sólarhringsins tenging átti sér stað, hverjum var tengst og magn gagnaflutnings til viðkomandi notanda í hverri einstakri tengingu. Framangreindum gögnum, þ.e. umferðargögnunum sjálfum, hafði hins vegar verið eitt lögum samkvæmt. [ ... ]<sup>13</sup> fól því ekki í sér lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð og gat ekki tryggt að umbj. minn [Síminn hf.] gæti upplýst hver af viðskiptavinum þess var notandi tiltekins símanúmers, IP-tölu eða notandanafns, jafnframt því að upplýsa um allar tengingar sem notandi símanúmersins [ ... ]<sup>14</sup> hafði gert, dagsetningar þeirra, hverjum var tengst og magn gagnaflutnings til viðkomandi notanda.“

Að mati Símans hf. er eini vafinn sem leikur á lögskýringu 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga hvort orðin „og magn gagnaflutnings til viðkomandi notanda“ í lok 2. máls. ákvæðisins feli í sér að fjarskiptafyrirtækjum sé ekki undir neinum kringumstæðum heimilt að geyma gögn um magn gangaflutnings til notanda. Telur Síminn hf. að slíkt geti ekki komið til álita þar sem lesa verður ákvæðið sem eina heild. Þegar búið er að aftengja allar fjarskiptaumferðarupplýsingar við gagnamagnið er búið að tryggja notandanum þá vernd sem ákvæðinu er ætlað. Vísar félagið til athugasemda með frumvarpi er varð að lögum nr. 78/2005 þar sem fram kemur hvaða gögn ríkislögreglustjóri taldi tryggja með fullnægjandi hætti að hægt væri að sanna brot sem framin eru á internetinu.

Að mati Símans hf., og með vísan til athugasemda við frumvarpið, getur það ekki talist brjóta gegn ákvæði 42. gr. að fjarskiptafyrirtæki hafi upplýsingar um heildarmagn gagnaflutnings á sólarhring óháð öllum fjarskiptaumferðarupplýsingum sem lögregla telur sig þurfa til að þau komi að haldi í sakamálarannsókn. Þannig gætu upplýsingar úr [ ... ]<sup>15</sup> ekki nýst í sakamálarannsókn eða verið sönnun þess að notandi hafi halað niður tilteknum gögnum. Vísar félagið til athugasemda frumvarpsins þar sem talað er um að lágmarksskráning fyrir lögreglu

---

<sup>11</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>12</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>13</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>14</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>15</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

þurfi að að geta upplýst um hversu mikið af gögnum „*var flutt á milli aðila*“ en ekkert slíkt er að finna [ ... ]<sup>16</sup>.

Síminn hf. telur því að ekki sé um fjarskiptaumferðarupplýsingar að ræða heldur persónuupplýsingar sem félaginu er heimilt að geyma lengur en sex mánuði svo fremi sem skilyrði ákvæðis 26. gr. laga, nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga um málefnalegar ástæður fyrir geymslunni er uppfyllt. Slíkt mat heyrir undir Persónuvernd en ekki Póst- og fjarskiptastofnun.

Félagið vísar jafnframt til þess að við töku íþyngjandi ákvarðana verði að túlka lagaheimildir sem ákvörðun byggir á þröngt. Því er það nærtækari skýringarkostur að Síminn hf. brjóti ekki gegn fjarskiptalögum.

Auk framangreinds bendir Síminn hf. á að félagið hafi áður gert Póst- og fjarskiptastofnun grein fyrir að samantekin gögn eins og hér um ræðir falli ekki undir 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og stofnunin hafi ekki hreyft athugasemdom við því. Vísar félagið til úttektar á samskiptum heildsölu og smásölu Símans hf. vegna meðferðar á trúnaðarupplýsingum í kjölfar ákvörðunar nr. 2/2012. Kemur fram í bréfi Símans hf. að í því úttektarferli hafi félagið sent Póst- og fjarskiptastofnun stöðuskýrslu, dags. 8. janúar 2013, sem er fylgiskjal með svarbréfi félagsins. Á bls. 9 í tilgreindri stöðuskýrslu segir:

„Gögn sem eru samantekin (e. summarized), s.s. heildarfjöldi fjarskiptasendinga hvern dag/mánuð/, o.s.frv., eru þó undanskilin hér, þar sem ekki er unnt að greina einstök símtöl eða samskipti, og þau falla ekki undir ákvæði fyrrnefndrar lagagreinar.“

Í bréfi Símans hf. segir að Póst- og fjarskiptastofnun haf engar athugasemdir gert við þennan skilning félagsins, þ.e. að samantektargögn féllu utan gildissviðs 42. gr. fjarskiptalaga. Að mati Símans hf. verður að líta svo á að stofnunin hafi fallist á þennan skilning félagsins eða a.m.k. að félagið hafi haft réttmætar væntingar til þess. Í þessu samhengi verði einnig að líta til leiðbeiningarskyldu stjórnvalda, sbr. 7. mgr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. En af þessu leiðir, að mati Símans hf., að Póst- og fjarskiptastofnun hafi fallist á það gagnvart félaginu að samantektargögn sem þessi falli utan gildissviðs 42. gr. fjarskiptalaga.

#### *5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga*

Síminn hf. vísar til úttektarskýrslu Capacent ehf. um að félagið hafi brotið gegn 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Félagið hafnar því og bendir á að skilmála félagsins sé að finna á heimasíðu þess. Í almennum skilmálum félagsins segi jafnframt:

„Áskrifanda er kunnugt um að Síminn mun safna saman og vinna úr persónuupplýsingum í skilningi laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, nr. 77/2000. Þær upplýsingar sem hér um ræðir eru upplýsingar um neyslumynstur einstaklinga og/eða fyrirtækja sem eru í viðskiptum við Símann. Síminn telst ábyrgðaraðili í skilningi laganna og er markmiðið með söfnun persónuupplýsinga einkum að tryggja að Síminn geti efnt skuldbindingar sínar

---

<sup>16</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

gagnvart viðskiptavini og veitt honum þá þjónustu sem Símanum er að öðru leyti heimilt að veita. Vakin er athygli viðskiptavinar á upplýsingarrétti hans skv. 18. og 19. gr. laganna og rétti hans til að upplýsingar um hann verði leiðréttar eða þeim eytt við nánar tilgreind skilyrði.“

Telur Síminn hf. að framangreint ákvæði almennra fjarskiptaskilmála og birting þeirra á heimasíðu félagsins uppfylli þær kröfur sem gerðar eru í 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Aftur á móti kemur einnig fram í svari Símans hf. að það kunnir að vera að betur mætti standa að kynningu til áskrifenda um framkvæmd vinnslu persónuupplýsinga. Telur félagið eðlilegast að Póst- og fjarskiptastofnun veiti félaginu leiðsögn um hvernig betur verði staðið að kynningu gagnvart áskrifendum eða unnið verði í því í samstarfi við félagið og mögulega með aðkomu Persónuverndar. Telur félagið að það sé frekar í samræmi við það hvernig stofnunin kynnti verkefni þetta fyrir félaginu í bréfi hennar frá 27. febrúar sl.

### 5.2.3 Meðalhófsregla stjórnisýsluréttarins

Síminn hf. vísar einnig til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 sem feli það í sér að stjórnvald skuli einungis taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru vægara móti. Þá skuli þess gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn beri til.

Vísar Síminn hf. til fyrri umfjöllunar í svarbréfi félagsins þar sem vitnað er til bréfs Póst- og fjarskiptastofnunar frá 27. febrúar sl. þar sem að Síminn hf. segir að megináhersla verkefnisins hafi átt að felast í úttekt á meðhöndlun fjarskiptaumferðarupplýsinga hjá fjarskiptafyrirtækjunum. Er sérstök tilvitnun til bréfsins þar sem segir að „[m]arkmið úttektar sem þessarar er ekki einvörðungu að gera athugasemdir við verklag og viðkomandi reglur, heldur einnig til að auka vitund um öryggi og meðferð þeirra upplýsinga sem hér er getið.“

Í bréfi Símans hf. kemur fram að þegar litið er til megináherslu Póst- og fjarskiptastofnunar á verkefninu og markmiði úttektarinnar verður ekki annað séð en að stofnunin geti enn náð tilgreindum markmiðum með vægara móti en töku íþyngjandi stjórnvaldsákvörðunar um brot vegna *minniháttar frábrigða*. Þá beinir Síminn hf. því til Póst- og fjarskiptastofnunar, fallist stofnunin ekki á sjónarmið félagsins um ágalla á málsmeðferð eða að ekki sé brot á fjarskiptalögum að ræða, að fara þá leið að beina almennum tilmælum til félagsins í stað töku íþyngjandi ákvörðunar. Að mati Símans hf. væri það í meira samræmi við megináherslur og markmið úttektarinnar og þann skilning sem leggja mátti í bréf stofnunarinnar frá 27. febrúar sl.

### 5.2.4 Niðurlag

Að lokum tilgreinir Síminn hf. að í málinu reyni á hvort að Póst- og fjarskiptastofnun hafi gætt að meginreglum stjórnisýslulaga við málsmeðferð í máli þessu sem félagið segir að upphaflega hafi snúið að úttekt að verlagsreglum félagsins samkvæmt 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Úttekt hafi verið framkvæmd af Capacent ehf. sem beitt hafi aðferðarfræði ISO staðla. Fram kemur í niðurlagi bréfsins að Síminn hf. telji að Póst- og fjarskiptastofnun hafi tekið verulega íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun án þess að hafa virt rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga og andmælareglu 13. gr. sömu laga. Af þeim sökum telur Síminn hf. að falla verði frá boðaðri ákvörðun.

Í bréfi Símans hf. kemur einnig fram að falli Póst- og fjarskiptastofnun ekki frá ákvörðun á grundvelli framangreinds byggi félagið á því að ákvæði 3. mgr. og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga hafi ekki verið brotin. Áréttar félagið þá afstöðu sína að þær upplýsingar sem að unnið var með [ ... ]<sup>17</sup> séu ekki fjarskiptaumferðarupplýsingar í skilningi 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga enda hafi verið búið að afmá og eyða og þar með aftengja öll umferðargögn við upplýsingar um uppsafnaða heildarnotkun. Vísar félagið til þess að stofnunin hafi við málsmeðferð í öðru máli í raun samþykkt að samantektargögn féllu utan gildissviðs ákvæðisins. Þá áréttar félagið jafnframt að ákvæði 5. mgr. 42. gr. laganna hafi ekki verið brotin þar sem félagið birtir í skilmálum á heimasíðu sinni upplýsingar um að unnið sé með persónuupplýsingar áskrifanda.

Þá segir að ef Póst- og fjarskiptastofnun fallist ekki á málsástæður félagsins um hvort tveggja form og efni hennar beinir Síminn hf. því til stofnunarinnar, á grundvelli markmiðs verkefnisins og meðalhófsreglu, að ekki verði farið strangar í sakirnar en nauðsyn beri til svo að því markmiði sem að var stefnt verði náð. Sér í lagi þar sem að niðurstaða úttektar Capacent ehf. er að einungis sé um *minniháttar frábrigði* að ræða. Því sé nægjanlegt að benda félaginu á hvað megi betur fara í verklagsreglum félagsins líkt og upphaflega var ætlun stofnunarinnar.

Að lokum er gerður áskilnaður um trúnað þess sem fram kemur í bréfi Símans hf. og ef til álita komi að afhenda það þriðja aðila áskilji félagið sér þann rétt að yfirfara innihald þess og afmá þær upplýsingar sem teljast viðkvæmar trúnaðarupplýsingar. Þá áskilur félagið sér rétt til að koma að nýjum málsástæðum, sjónarmiðum, upplýsingum eða gögnum á síðari stigum eftir því sem ástæða þykir til.

## VI.

### Forsendur og niðurstaða

#### 6.1 Almenn

Í upphafi telur Póst- og fjarskiptastofnun rétt að gera stuttlega grein fyrir þeirri aðferðarfræði sem notuð er við úttekt á grundvelli ISO staðla og stýringa og svo mati á því hvort ákvæði fjarskiptalaga teljist uppfyllt.

Póst- og fjarskiptastofnun áréttar að það eiga ekki allar stýringar staðalsins snertiflöt við ákvæði fjarskiptalaga, t.d. þær er varða útgáfunúmer verklagsreglu, flokkun upplýsingaeigna o.þ.h., og leggur stofnunin hvorki beint mat á þær né tekur afstöðu til þeirra. Hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar er hins vegar, í fyrsta lagi, að hafa eftirlit með því að skilyrði lagaákvæða fjarskiptalaga, t.d. kröfu um eyðingu gagna og upplýsingaskyldu fjarskipta-fyrirtækja, séu tekin inn í gæðakerfi og, í öðru lagi, að hafa eftirlit með að þeim skilyrðum lagaákvæðanna sé fylgt af fjarskiptafyrirtækjum.

Þegar gæði stýringa samkvæmt ISO eru mældar er þeim skipt niður í fimm mismunandi gæðastig, þ.e. í *framúrskarandi*, *góð*, *ásættanleg*, *ófullnægjandi* og *óviðunandi*. Í úttekt

---

<sup>17</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

Capacent ehf. voru þessi gæðastig og niðurstöður úttektirnar stillt upp á móti kröfum 42. gr. fjarskiptalaga. Capacent ehf. skipti hlítni við kröfur ákvæðisins jafnframt í fimm flokka, þ.e. í lagi, tækifæri til að bæta, athugasemd, minniháttar frábrigði og meiriháttar frábrigði.

Í úttekt sem gerð er út frá viðmiðum ISO stýringa er þannig að finna mismunandi stig fyrir alvarleika á fráviki á hlítingu við ákveðnar stýringar. Getur því verið um ákveðið frávik frá stýringu að ræða sem þó leiðir ekki til þess að viðkomandi aðili telst ekki standast skoðun á grundvelli staðalsins. Sambærileg aðferðarfræði getur ekki átt við um skýrar kröfur lagaákvæða. Þótt brot gegn lagaákvæðum geti verið mismunandi að umfangi þá er ekki í lagalegum skilningi hægt að tala um *minniháttar frábrigði* frá skyldum eða kröfum lagaákvæðis sem ekki felur um leið í sér brot gegn viðkomandi ákvæði. Þannig fæst ekki staðist að þótt úttektaraðili hafi ekki fundið nein tilvik um *meiriháttar frábrigði* frá ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga, sem kallaði á tímasetta áætlun til að stöðva brot gegn ákvæðinu, að ekki felist í *minniháttar frábrigði* brot gegn skyldum og kröfum lagaákvæðis. Póst- og fjarskiptastofnun getur ekki litið framhjá því ef upp koma tilvik þar sem ákvæði fjarskiptalaga er ekki að fullu virt enda skal stofnunin framfylgja lögnum, sbr. t.d. 1. tl. 1. mgr. 3. gr. og 4. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun.

Ekki er að finna í ákvæði 42. gr. mismunandi stig fyrir alvarleika brota. Ef upplýsingar, eldri en sex mánaða finnast í kerfum, án þess að um vanskil sé að ræða, sbr. 2. mgr. ákvæðisins, er ljóst að brigður eru á að skilyrði ákvæðisins séu uppfyllt. Hvort sem um er að ræða umfangslitlar upplýsingar eða ef einhvers konar tæknileg eða kerfisleg villa leiði til þess, með viðvarandi hætti, að umtalsvert magn persónugreinanlegra fjarskiptaumferðaupplýsinga séu geymd umfram hámarks varðveislutíma, þá eru í hvorugu tilvikinu skilyrði ákvæði 42. gr. uppfyllt. Póst- og fjarskiptastofnun er eftirlitsaðili með fjarskiptalögum hér á landi og hefur löggjafinn falið stofnuninni það hlutverk að hafa eftirlit með hvort starfsemi fjarskiptafyrirtækja sé í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga ásamt því að framfylgja þeim lögum. Komist Póst- og fjarskiptastofnun að því að starfsemi fjarskiptafyrirtækjanna sé ekki í samræmi við ákvæði þeirra ber henni lögum samkvæmt að grípa til aðgerða.

Framangreint á við hvort sem að um *minniháttar* eða *meiriháttar frábrigði* hafi fundist hjá þeim fjarskiptafyrirtækjum er úttekt var gerð hjá. Í boðunarbréfi stofnunarinnar, dags. 27. febrúar sl., var tilgreint að ef upp komi sú staða, að mati úttektaraðila, að gera þurfi töluverðar úrbætur muni koma til annarrar úttektar til að staðreyna hvort að brugðist hafi verið við. Þetta bar ekki að skilja með þeim hætti að stofnunin hygðist ekki bregðast við ef fram kæmi að ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga væri ekki uppfyllt. Heldur bar að skilja það svo að ef um *meiriháttar frábrigði* væri að ræða fæli það í sér það umfangsmikið brot að frekari eftirfylgni af hálfu stofnunarinnar væri þörf. Það að niðurstaða úttektar sýndi að einungis væri um *minniháttar frábrigði* breytir ekki að um frávik var að ræða frá skýrum kröfum ákvæðis 42. gr. laganna um hvernig fjarskiptaumferðarupplýsingar skuli meðhöndlaðar. Er það skylda stofnunarinnar að bregðast við slíkum frávikum frá ákvæðum laganna í starfsemi fjarskiptafyrirtækja.

Í þessu samhengi verður einnig að horfa til þess að í tilvikum *minniháttar frábrigða* er jafnframt að finna frávik frá kröfum 42. gr. fjarskiptalaga. Þótt að fjarskiptafyrirtæki hafi

getað brugðist samstundis við umræddu frábrigði og aðlagð verklag sitt að skilyrðum ákvæðisins er ljóst að brigður voru á að skilyrði ákvæðisins væru uppfyllt þegar úttekt átti sér stað. Hvernig brugðist er við slíkri ábendingu úttektaraðila eftir á breytir engu þar um.

## 6.2 Málsmeðferð Póst- og fjarskiptastofnunar

Póst- og fjarskiptastofnun hafnar því að málsmeðferðarreglur stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 hafi verið brotnar við meðferð þessa máls. Í fyrsta lagi verður að áréttta að stofnunin hefur ekki tekið efnislega þyngjandi ákvörðun í málinu og verður því ekki litið á bréf stofnunarinnar, dags. 11. ágúst sl., sem stjórnvaldsákvörðun enda var með skýrum hætti óskað eftir afstöðu Símans hf., til i) framkvæmd úttektar Capacent ehf., ii) niðurstöðu skýrslu úttektaraðila sem og iii) þá fyrirhuguðu ákvörðun stofnunarinnar sem leiddi af niðurstöðuskýrslu Capacent ehf.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er stofnunin hér að óska eftir athugasemdum og kalla fram nauðsynlegar og réttar upplýsingar sem þá liggja til grundvallar endanlegri ákvörðun stofnunarinnar. Aftur á móti leiðir hin boðaða ákvörðun af niðurstöðuskýrslu Capacent ehf. Þannig setti stofnunin fram hvað niðurstöðuskýrsla Capacent ehf. raunverulega leiddi af sér varðandi Símann hf., þ.e. með því að draga fram hvernig stofnunin, með sjálfstæðum hætti, heimfærði niðurstöður úttektarinnar á ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga. Við þessu óskaði stofnunin athugasemda Símans hf. enda myndi þannig nást skarpari umræða um raunverulegt ákvörðunarefni er laut að mögulegu broti félagsins gegn 42. gr. laganna en ekki eingöngu almennari umfjöllun um framkvæmd úttektar og niðurstöðuskýrslu Capacent ehf. Þannig þarf ávallt að leita álits málsaðila á skýrslunni í samhengi við sjálfstæða og lögfræðilega túlkun Póst- og fjarskiptastofnunar á henni, eins og stofnuninni sýnist að Síminn sé sammála um. Það er því ljóst af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar að bréf stofnunarinnar frá 11. ágúst sl. var liður í rannsókn stofnunarinnar á málinu en hafði með engum hætti að geyma endanlega afstöðu eða ákvörðun stofnunarinnar um að Síminn hf. hafi brotið gegn fjarskiptalögum. Það var fyrst og fremst verið að kalla eftir athugasemdum félagsins við þrjú framangreind meginatriði málsins, þ.e. framkvæmd úttektar, niðurstöðu hennar og heimfærslu stofnunarinnar á niðurstöðum úttektar yfir á ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga.

Rannsóknarregla 10. gr. og andmælairegla 13. gr. stjórnarsýslulaga tengjast náið en markmið reglnanna er þó ekki alfarið það sama. Rannsóknarreglunni er fyrst og fremst ætlað að veita aðilum öryggi fyrir því að efnisleg niðurstaða máls verði lögmæt og rétt. Hins vegar er andmælaireglunni ætlað að veita aðila máls rétt til að hafa áhrif á meðferð málsins og verja hagsmuni sína.<sup>18</sup> Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar hafa báðar þessar reglur stjórnarsýsluréttarins verið uppfylltar við töku ákvörðunar nú í máli þessu.

Póst- og fjarskiptastofnun fékk Capacent ehf. til að rannsaka hvernig meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna er háttað hjá fjarskiptafyrirtækjunum. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er alveg ljóst að stofnunin hefur lagaheimild til að fá sérfróða aðila til að framkvæma úttektir sem þessa. Forstjóra Póst- og fjarskiptastofnunar er veitt heimild í ákvæði 3. mgr. 3. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun, til „ ... að fela öðrum hæfum aðila að framkvæma einstaka þætti skoðunar sem framkvæmd er með heimild í lögum þessum.“ Hefur stofnunin umtalsverðar eftirlitsheimildir á grundvelli 5. gr. sömu laga við

<sup>18</sup> Páll Hreinsson. (2013). *Stjórnarsýsluréttur – Málsmeðferð*. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík. Bls. 483.

athugun einstakra mála. Á grundvelli þessa samdi Póst- og fjarskiptastofnun við Capacent ehf. um að framkvæma úttekt hjá fjarskiptafélögunum. Póst- og fjarskiptastofnun hafnar því málatilbúnaði Símans hf. um að ekki hafi farið fram rannsókn af hálfu stofnunarinnar á grundvelli þess að um aðkeypta sérfræðipjónustu hafi verið að ræða. Er einmitt nauðsynlegt fyrir stofnun eins og Póst- og fjarskiptastofnun að geta aflað sér sérstakrar og afmarkaðar þekkingar með þessum hætti í þeim, oft á tíðum, flóknu og tæknilegum málum sem falla undir gildissvið fjarskiptalaga og eftirlitsvalds stofnunarinnar.

Í úttekt Capacent ehf. kom í ljós að birgður voru á því að ákvæði fjarskiptalaga væru að fullu virt af hálfu Símans hf., sbr. niðurstöðuskýrslu Capacent ehf. og bréf Póst- og fjarskiptastofnunar frá 11. ágúst sl. Þótt vissulega hafi sérfræðingar úttektaraðila notað aðferðarfræði og stýringar úr ISO stöðlum við úttekt og speglað niðurstöður sínar á ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga og komist að því að um *minniháttar frábrigði* hafi verið að ræða er alveg ljóst að það eru löglærðir starfsmenn Póst- og fjarskiptastofnunar sem lesa úr niðurstöðuskýrslum félagsins og nýta sér við frekari rannsókn á málinu. Var það einmitt gert með bréfi stofnunarinnar frá 11. ágúst sl. þar sem sérstaklega var óskað eftir athugasemdum um það frummat stofnunarinnar sjálfar, á grundvelli úttektar Capacent ehf., að skilyrði ákveðinna málsgreina 42. gr. fjarskiptalaga hafi ekki verið að fullu virt. Má skýrlega sjá að starfsmenn Póst- og fjarskiptastofnunar hafa lagt ákveðið frummat á niðurstöðu Capacent ehf. þar sem að ekki var talið, að mati stofnunarinnar, að þriðja *minniháttar frábrigðið* sem úttektaraðilar töldu brjóta gegn 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, og varðaði verklagsreglur félagsins, fæli í sér brot gegn ákvæðinu. Var það sérstaklega tilgreint í bréfi stofnunarinnar frá 11. ágúst sl. þar sem segir:

Að mati stofnunarinnar gefur þriðja *minniháttar frábrigði*, úttektaraðila er varðar 7. mgr. 42. gr. ekki tilefni til íþyngjandi ákvörðunartöku að svo stöddu af hálfu stofnunarinnar en áréttar þó mikilvægi að umrætt atriði sé skýrt.

Af þessu er ljóst að það eru löglærðir starfsmenn Póst- og fjarskiptastofnunar sem á endanum meta hvort umrædd *minniháttar frábrigði* teljast varða við ákvæði 42. gr. eða ekki en ekki sérfræðingar úttektaraðila. Þannig er það stofnunin sjálf, sem ákvörðunarvaldið hefur, sem leggur mat á gögn málsins. Það var mat stofnunarinnar að niðurstöður úttektar sýndu að tvö *minniháttar frábrigði* vörðuðu ákvæði 1. mgr., sbr. 2. og 3. mgr. og 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og var það mat stofnunarinnar boðað og athugasemda Símans hf. óskað þar um.

Á grundvelli þessa verður Póst- og fjarskiptastofnun jafnframt að hafna því að álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3616/2002 eigi við með beinum hætti. Ljóst er að stofnunin hefur skýra lagaheimild til að leita sérfræðiaðstoðar hjá einkaaðilum við framkvæmd rannsókna af hálfu stofnunarinnar sem og að stofnunin sjálf hélt áfram sjálfstæðri rannsókn á málinu með bréfi sínu 11. ágúst sl., og mundi jafnframt taka sjálfstæða ákvörðun í málinu byggða m.a. á þeim svörum og athugasemdum sem fram myndu koma í svarbréfi Símans hf.

Þar sem Síminn hf. vísar í framangreint álit má einnig í þessu samhengi líta til sambærilegs álits umboðsmanns Alþingis í máli nr. 4217/2004 en þar taldi umboðsmaður að ríkisstofnun gæti án lagaheimildar leitað sérfræðiaðstoðar að uppfylltum þrem megin skilyrðum. Í fyrsta

lagi að stjórnvaldið fái allar upplýsingar sem þýðingu hafa við úrlausn málsins. Í öðru lagi að tryggt væri af stjórnvaldi að meðferð málsins hjá sérfræðingum sé hagað með þeim hætti að réttarstaða aðila verði ekki lakari en stjórnsýslulög og önnur lagafyrirmæli kveða á um. Í þriðja lagi þyrfti stjórnvaldið að gæta að því að ýmsar ákvarðanir sem teknar væru við vinnslu málsins geti haft grundvallarþýðingu við úrlausn þess.<sup>19</sup>

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar eru öll framangreind skilyrði uppfyllt í máli þessu, ásamt því að stofnunin byggji umleitan til sérfræðinga á skýrri lagaheimild. Póst- og fjarskiptastofnun fékk ítarlega niðurstöðuskýrslu Capacent ehf. til að byggja áframhaldandi málsmeðferð sína á. Síminn hf. gerði engar athugasemdir við boðun úttektar, sbr. bréf frá 6. desember 2013, val á framkvæmdaraðila, aðferðarfræði úttektar, sbr. bréf frá 27. febrúar sl., eða framkvæmd úttektarinnar sjálfar. Verður því að ætla að félagið hafi ekki talið að gengið væri á hagsmuni þess við boðun og framkvæmd úttektarinnar sjálfar. Þá er alveg ljóst að engar sjálfstæðar stjórnvaldsákvarðanir voru teknar af hálfu Capacent ehf. við framkvæmd úttektarinnar sjálfar. Allar ákvarðanir um framhald málsins og mögulegar íþyngjandi ákvarðanir sem teknar yrðu voru ávallt á höndum Póst- og fjarskiptastofnunar sjálfar.

Þannig verður ekki séð að hallað hafi verið á réttarstöðu Símans hf. með neinum hætti þótt Póst- og fjarskiptastofnun hafi nýtt sér heimild sína til aðkomu sérfræðinga við rannsókn málsins. Ítarleg niðurstöðuskýrsla, þar sem fram koma nákvæmar skýringar á *minniháttar frábrigðum* og *athugasemd* var send féluginu og óskað athugasemda félagsins við hana, sem og framkvæmd úttektarinnar sjálfar, sbr. bréf stofnunarinnar dags. 11. ágúst sl. Hér verður einnig að áréttu að meðferð málsins hélt áfram hjá Póst- og fjarskiptastofnun eftir að niðurstöðuskýrslu var skilað til stofnunarinnar. Þannig tók stofnunin í raun við þeirri vettvangsrannsókn sem framkvæmd hafði verið og hélt áfram málsmeðferð með ósk um athugasemdir Símans hf., sbr. úttnefnt bréf stofnunarinnar. Þannig verður ekki sagt að stofnunin hafi tekið ákvörðun í málinu án þess að fram hafi farið rannsókn og aðila máls veitt tækifæri að koma að athugasemdum sínum við hana. Rannsókn málsins var enn í gangi af hálfu stofnunarinnar enda var m.a. verið að bjóða aðilum að koma að athugasemdum sínum við úttektina sjálfa. Engin ákvörðun hafði verið tekin af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar þann 11. ágúst sl. Þegar umrætt andmælabréf var sent út til Símans hf. Þess ber að geta að Síminn hf. gerir ekki athugasemdir við framkvæmd úttektarinnar eða mótmælir því að umrædd gögn hafi fundist þótt félagið mótmæli að umrædd gögn teljist vera gögn um fjarskiptanotkun. Verður því að ætla að framkvæmd úttektarinnar sé óumdeild sem og að þær upplýsingar sem fram koma í niðurstöðuskýrslunni séu réttar þótt endanleg heimfærsla upplýsinganna á ákvæði fjarskiptalaga, sem hér er tekist á um, sé ávallt í höndum Póst- og fjarskiptastofnunar líkt og að framan hefur verið lýst.

Tilvísanir Símans hf. til bréfs Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 27. febrúar sl., þar sem úttektinni var lýst, og sjónarmið félagsins um megináherslu úttektarinnar verður Póst- og fjarskiptastofnun jafnframt að hafna. Vert er að benda á að upphaf málsins má rekja, líkt og fram kemur í bréfi Símans hf., til bréf stofnunarinnar, dags. 6. desember 2013. Í því bréfi var óskað endurskoðaðra verklagsreglna félagsins en jafnframt boðuð framkvæmd

<sup>19</sup> Sjá einnig Páll Hreinsson. (2013) *Stjórnsýsluréttur – Málsmeðferð*. Bókaútgáfan Codex, Reykjavík. Bls. 509.



vettvangsrannsóknar hjá félaginu til þess að staðreyna hvort farið sé eftir þeim verkferlum og öryggisráðstöfunum sem lýst er í verklagsreglunum. Þá segir enn fremur í bréfi stofnunarinnar frá 27. febrúar sl. að „[m]egináhersla verkefnisins er að taka út með hvaða hætti meðhöndlun fjarskiptaumferðaupplýsinga er háttað hjá þessum fyrirtækjum. Markmið úttektar sem þessarar er ekki einvörðungu gera athugasemdir við verklag og viðkomandi reglur, heldur einnig til að auka vitund um öryggi og meðferð þeirra upplýsinga sem hér er getið.“

Þótt vissulega sé hér getið um að markmið úttektarinnar sé einnig að auka vitund um öryggi og meðferð undirliggjandi upplýsinga þá er alveg ljóst að megináhersla hennar er að taka út með hvaða hætti meðhöndlun fjarskiptafyrirtækjanna er á fjarskiptaumferðarupplýsingum. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar liggur í augum uppi að eyðing gagna eða aftenging þeirra frá persónu, samkvæmt skýru orðalagi ákvæðisins, hlýtur að falla undir *meðhöndlun* þeirra, sbr. einnig ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 37/2010 þar sem segir á að ákvæði 42. gr. fjalli um geymslu, vinnslu og aðra meðhöndlun umferðargagna. Að framangreindu virtu verður að hafna afstöðu Símans hf. um að rannsóknaregla stjórnarsýslulaga hafi verið brotin við meðferð málsins.

Póst- og fjarskiptastofnun hafnar jafnframt málatilbúnaði Símans hf. þess efnis að stofnunin hafi brotið gegn andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga þar sem félagið hafi „... *aldrei verið gefinn kostur á að tjá sig um efni máls áður en PFS tók ákvörðun í því, ...*“. Enn á ný verður að áréttast að í bréfi stofnunarinnar frá 11. ágúst sl. fólst ekki endanleg stjórnvaldsákvörðun. Var, líkt og áður segir, einmitt verið að virða andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga og óska athugasemda félagsins við niðurstöðuskýrslu Capacent ehf., framkvæmt úttektarinnar sjálfar og heimfærslu Póst- og fjarskiptastofnunar á niðurstöðum úttektarinnar yfir á ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar felst tækifæri til að gera athugasemdir við slíka heimfærslu einmitt fyrirvari um að endanleg niðurstaða stofnunarinnar geti breyst. Hafnar stofnunin því þeirri fullyrðingu í svarbréfi Símans hf. að enginn fyrirvari hafi verið hafður á því að afstaða stofnunarinnar kynni að breytast að framkomnum athugasemdum félagsins. Slíkt er, að mati stofnunarinnar, innbyggt í andmælaréttinum sjálfum sem veittur var í bréfi stofnunarinnar 11. ágúst sl.

Veiting andmælaréttar með þessum hætti er ekki ný af hálfu stofnunarinnar og hefur Síminn hf. viðhaft sambærileg sjónarmið áður í málum sem rekin hafa verið hjá stofnuninni. Má þar nefna ákvörðun stofnunarinnar nr. 5/2012 vegna meðferðar öryggisatviks hjá Símanum hf. þar sem stofnunin hafnar sambærilegum sjónarmiðum Símans hf. um málsmeðferð stofnunarinnar. Við málsmeðferð í því máli komu fram nýjar upplýsingar eftir að ákvörðun hafði upphaflega verið boðuð. Póst- og fjarskiptastofnun boðaði því á ný ákveðnar efnislegar viðbætur við áður boðaða ákvörðun um að Síminn hf. hafi brotið gegn tilteknum ákvæðum fjarskiptalaga og var félaginu sérstaklega boðið að tjá sig um þær viðbætur áður en endanleg ákvörðun væri tekin. Í ákvörðun stofnunarinnar segir m.a. að „[í] lýsingu sinni heimfærir PFS umrædda háttsemi til tiltekinna ákvæða fjarskiptalaga. Hvort sem um er að ræða meginreglu í refsirétti eða stjórnarsýslurétti er framsetning stjórnvalds á sakarefnum með þessum hætti talin forsenda þess að viðkomandi aðili, sem málið beinist að, geti gætt hagsmuna sinna með

*andmælum, þ.e. að honum sé ljóst hvaða háttsemi hans teljist saknæm og við hvaða ákvæði laga hún varði. Það er því af og frá að slíkt verklag brjóti gegn andmælarétti Símans eða að í því felist fyrirfram afstaða stjórnvaldsins til endanlegrar niðurstöðu málsins.“*

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar getur sú málsmeðferð sem viðhöfð var í máli þessu ekki talist brjóta gegn andmælareglu 13. gr. stjórnisýslulaga. Líkt og áður hefur komið fram var stofnunin í boðunarbréfi sínu að heimfæra niðurstöður úttektar á ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga og þannig að setja fram með skýrum hætti afstöðu stofnunarinnar til niðurstöður úttektarinnar sem nauðsynlegt var talið að fá afstöðu Símans hf. til. Þannig er alveg ljóst að Símanum hf. var veittur andmælaréttur við boðaðri afstöðu Póst- og fjarskiptastofnunar og hafnar stofnunin því tilvísun Símans hf. til dóms Hæstaréttar í máli nr. 69/2000 og telur að um ósambærileg mál sé að ræða. Í tilvitnuðum dómi var endanleg ákvörðun tekin án þess að leitað væri afstöðu þeirra aðila er ákvörðun beindist að. Slíkt á hreinlega ekki við í máli þessu enda hefur ekki verið tekin endanleg ákvörðun og er ekki um að ræða eftir á rökstuðning eða útskýringar af hálfu stofnunarinnar. Fyrst nú er tekin efnisleg ákvörðun í málinu með ákvörðun þessari og að teknu tilliti til athugasemda Símans hf.

### *6.3 Meðalhófsregla stjórnisýslulaga*

Póst- og fjarskiptastofnun hafnar sjónarmiði Símans hf. að með töku ákvörðunar sé brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Líkt og að framan greinir hafnar Póst- og fjarskiptastofnun því að í boðun úttektar hafi ekki falið að könnuð yrði hlítning félagsins við ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga. Er ljóst af hálfu stofnunarinnar að eyðing gagna um fjarskiptaumferð fellur undir *meðhöndlun* þeirra.

Það að stofnunin þurfi að taka sérstaka ákvörðun um að félagið hafi ekki að fullu virt ákvæði fjarskiptalaga getur ekki falið í sér brot á reglu stjórnisýsluréttarins um meðalhóf. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar væri óeðlilegt ef fjarskiptafyrirtæki gæti með almennum hætti vísað til meðalhófsreglu stjórnisýslulaga og komist hjá ákvörðun stofnunarinnar með því einu að vísa til skilnings þess og væntinga við boðun rannsóknar eftirlitsstjórnvaldsins, þegar á sama tíma rannsóknarregla og andmælaréttur hefur verið að fullu virt af stjórnvaldinu.

Þá er í þessu tilviki ekki verið að leggja íþyngjandi skyldu á Símans hf. sem hægt væri að ná með minna íþyngjandi hætti. Ekki hefði verið með ákvörðun, líkt og boðuð var, verið að leggja nokkra nýja skyldu á félagið heldur fyrst og fremst verið að bregðast við því að hjá félaginu hefðu fundist samtöluupplýsingar um fjarskiptaumferð áskrifenda félagsins sem það hefði átt að hafa eytt eða gert ópersónugreinanlegar samkvæmt ákvæði 1. mgr., sbr. 2. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Slíkt frávik frá skilyrði ákvæðisins, þótt minniháttar sé, kemur ekki í veg fyrir að stofnunin taki ákvörðun er lúti að umræddu frávik.

### *6.4 Meint brot gegn fjarskiptalögum*

#### 6.4.1 Gögn um fjarskiptaumferð

Í bréfi sínu hafnar Síminn hf. því að þau gögn sem fundust í úttekt Capacent ehf. falli undir ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga. Vísar félagið í því sambandi til skilgreiningarákvæða tilskipunar Evrópusambandsins nr. 2002/58/EB á *umferðargögnum* og *fjarskiptasendingu* og telur

augljóst að þau gögn sem fundust í [ ... ]<sup>20</sup> geti ekki talist til slíkra gagna. Um sé að ræða persónuupplýsingar sem félagið getur geymt lengur en sex mánuði að uppfylltum skilyrðum laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Mat um hvort þau skilyrði séu uppfyllt falli undir Persónuvernd en ekki Póst- og fjarskiptastofnun.

Líkt og áður hefur verið rakið í ákvörðun þessari er fjallað um það með ítarlegum hætti í svarbréfi Símans hf. að ekki hafi verið um að ræða „ ... gögn um fjarskiptaumferð í skilningi 1. og 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, sbr. og skilgreiningu tilskipunar nr. 2002/58/EB á umferðargögnum.“ Fjallar félagið svo með ítarlegum hætti um skilgreiningu á hvaða gögn falla undir 3. mgr. 42. gr. Er það niðurstaða félagsins að þar sem að [ ... ]<sup>21</sup> voru eingöngu samtölur yfir heildar gagnamagn á sólarhring sem voru færðar úr fjarskiptakerfum Símans hf. yfir [ ... ]<sup>22</sup> og aftengdar fjarskiptaumferðarupplýsingum í þeirri aðgerð falli þær upplýsingar ekki undir 3. mgr. 42. gr. laganna. Umferðargögnunum sjálfum hafi aftur á móti verið eytt til samræmis við ákvæði fjarskiptalaga. Upplýsingarnar í [ ... ]<sup>23</sup> hafi ekki geta nýst í sakamálarannsókn lögreglu eða sönnun að viðkomandi notandi hafi halað niður tilteknum gögnum.

Póst- og fjarskiptastofnun getur ekki fallist á það með Símanum hf. að umrædd gögn falli ekki undir ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga og beri því ekki að eyða eða gera ópersónugreinanleg eftir sex mánuði á grundvelli ákvæðisins. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verður hvorki meginregla 1. mgr. eða 2. mgr. ákvæðisins túlkuð á grundvelli undanþáguákvæðis 3. mgr. sem kom inn í lögina eftir gildistöku laganna með breytingarlögum árið 2005. Þá verður, t.a.m. 2. mgr. ákvæðisins túlkuð með sjálfstæðum hætti frá 3. mgr. líkt og áður hefur verið fjallað um, sbr. og ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 29/2011. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er túlkun Símans hf. og heimfærsla félagsins á þeim upplýsingum sem fundust á málsgreinar 42. gr. ekki rétt. Mikil áhersla er lögð á að sýna fram á að umræddar upplýsingar falli ekki undir 3. mgr. ákvæðisins en litla sem enga umfjöllum er að finna um 1. og 2. mgr. ákvæðisins.

Póst- og fjarskiptastofnun bendir á að hugtakið *umferðargögn* er ekki skilgreint sérstaklega í fjarskiptalögum og er hugtakið eingöngu að finna í 3. mgr. 42. gr. laganna. Þá eru hugtökin *fjarskiptaumferð* og *fjarskiptanotkun*, sbr. 1. og 2. mgr. ákvæðisins, ekki skilgreind sérstaklega í lögnum. Verður að mati Póst- og fjarskiptastofnunar þó að horfa til skilgreiningar á *umferðargögnum*, sbr. tilskipun Evrópusambandsins, við skilgreiningu á hvað teljist til gagna um fjarskiptaumferð, þ.e. fjarskiptaumferðarupplýsinga, sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 37/2010 varðandi brot Símans hf. á trúnaðarskyldum samkvæmt 26. gr. fjarskiptala en þar segir að ákvæði 42. gr. fjalli „ ... um svokölluð umferðargögn, þ.e. geymslu, vinnslu og aðra meðhöndlun þeirra.“ Þá hefur Póst- og fjarskiptastofnun í fyrri ákvörðunum sínum skýrt hugtakið *fjarskiptaumferðarupplýsingar* sem „ ... þær tengiupplýsingar sem verða til í fjarskiptaneti og greiðsluferfum fjarskipta fyrirtækja vegna fjarskiptanotkunar viðskiptavina og liggja til grundvallar gjaldfærslu fyrir þjónustuna. Innan þessa mengis

<sup>20</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>21</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>22</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>23</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

*tengiupplýsinga falla þær upplýsingar sem eru taldar til gjaldfærsluupplýsinga, en þær eru eðli málsins samkvæmt persónugreinanlegar þar sem reikningar eru gefnir út á nafn og kennitölu einstaklinga og fyrirtækja, nema um sé að ræða frelsisþjónustu.*“, sbr. ákvörðun stofnunarinnar nr. 29/2011 vegna varðveislutíma upplýsinga um fjarskiptaumferð hjá Símanum hf.

Í ákvörðun 37/2010 segir jafnframt að „[í] 1. mgr. væri gerð krafa um eyðingu gagna um fjarskiptaumferð áskrifenda og notenda eftir að þeirra væri ekki lengur þörf við stýringu og afgreiðslu fjarskiptanna. Við sendingu hvers konar fjarskipta yrðu til í netum og stöðkerfum ýmsar upplýsingar, t.d. um leiðir sem valdar hefðu verið fyrir sambandi hverju sinni, lengd fjarskipta, tímasetningu og magn. Ekki væri nauðsynlegt að geyma öll þessi gögn eftir að sambandið hefði verið rofið. Í 2. mgr. væri heimild til að þess að geyma þann hluta gagnanna sem nauðsynlegur væri fyrir gerð reikninga og gildi heimildin til þess tíma þegar reikningur yrði ekki lengur vefgengdur eða hann fyrndist.“

Póst- og fjarskiptastofnun getur tekið undir með Símanum hf. að þær upplýsingar sem fundust [ ... ]<sup>24</sup> hjá félaginu í úttekt Capacent ehf., þ.e. samtölugögn gagnaniðurhals fyrir símanúmerið [ ... ]<sup>25</sup>, falli ekki undir 3. mgr. 42. gr. Samtölur sem þessar eru, líkt og Síminn hf. fjallar ítarlega um í svarbréfi sínu, ekki til þess fallnar til að upplýsa brot eða vera grundvöllur í rannsókn lögreglu í brotum gegn ákvæðum sakamálalaga. Þannig er ekki hægt að sjá út frá umræddum samtölugögnum nákvæma tímasetningu einstakra tenginga rétthafa símanúmersins, hvaða tengingar var um að ræða, hversu lengi hver þeirra varði eða það magn gagna sem flutt var á milli aðila. Póst- og fjarskiptastofnunar fellst því á þann málatilbúnað Símans hf. og skýringar félagsins þess efnis að umrædd gögn falla ekki undir ákvæði 3. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

Aftur á móti leiðir sú niðurstaða ekki til þess að umrædd gögn falla sjálfkrafa utan gildissviðs ákvæðis 42. gr. fjarskiptalaga. Umrætt ákvæði 3. mgr. 42. gr. hefur þann sérstaka tilgang að skylda fjarskiptafyrirtæki til varðveislunar ákveðinna lágmarksskráningu fjarskiptaumferðarupplýsinga í þágu rannsókna sakamála og almannaöryggis og afhendingu þeirra til lögreglu eða ákærvalds. Ákvæðið er sérstök undanþága frá 1. mgr. ákvæðisins sem setur skýra kröfu á eyðingu ganga um fjarskiptaumferð eða nafnleysi slíkra gagna. Ákvæði 3. mgr. byggir ekki beint á ákvæði 6. gr. tilskipunar 2002/58/EB um umferðargögn þótt aðildarríkjum sé vissulega veitt heimild, á grundvelli ákveðinna tilgreindra sjónarmiða, til að takmarka umfang réttinda og skyldna sem kveðið er á um í 6. gr. tilskipunarinnar, sbr. 15. gr. hennar.

Undanþágan felur í sér að tiltekna takmarkanir eru settar um þá friðhelgi einkalífs áskrifenda sem 42. gr. er ætlað að tryggja. Þannig eru gögn um fjarskiptaumferð viðkomandi geymd og þau persónugreinanleg þegar meginregla 1. mgr. kveður á um eyðingu þeirra eða nafnleysi. Slík undanþága frá meginreglu ákvæðis getur ekki takmarkað gildissvið meginreglunnar sjálfrar, þannig getur það ekki verið sjálfkrafa afleiðing þess að gögn falli ekki undir 3. mgr. að þau falli heldur ekki undir 1. mgr. eða 2. mgr. ákvæðisins. Getur slíkt ekki hafa verið ætlunin hjá löggjafanum eða Evrópusambandinu sjálfu þegar heimild til fráviks frá kröfu 6.

<sup>24</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>25</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

gr. tilskipunar er að ræða. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er því ekki hægt að túlka ákvæði 42. gr. með þeim hætti að ef gögn um fjarskiptaumferð falli ekki undir ákvæði 3. mgr. þá séu þau gögn alfarið undanskilin gildissviði ákvæðisins. Þannig verður að skoða sjálfstætt hvort umrædd gögn falli undir ákvæði 1. mgr. og þá undanþágu 2. mgr. 42. gr.

Í 1. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga er sett fram sú krafa að gögnum um *fjarskiptaumferð* notenda sem geymd eru og fjarskiptafyrirtæki vinnur úr skuli eyða eða gera nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu ákveðinnar fjarskiptasendingar. Frá þessu er undanþága í 2. mgr. þar sem segir að gögnum um *fjarskiptanotkun* sem nauðsynleg eru til reikningagerðar fyrir áskrifendur og uppgjörs fyrir samtengingu má geyma þar til ekki er lengur hægt að vefengja reikning eða hann fyrnist.

Líkt og áður hefur komið fram byggir ákvæðið á 6. gr. tilskipunar 2002/58/EB sem fjallar um umferðargögn, þ.e. gögn sem unnin eru í þeim tilgangi að flytja fjarskiptasendingu á fjarskiptaneti eða til að gefa út reikninga vegna þess, sbr. b liður 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. kveður á um skyldu að eyða verði, eða gera nafnlaus, umferðargögnum sem varða áskrifendur og notendur sem eru unnin og eru geymd hjá þeim sem bjóða fram almennt fjarskiptanet eða rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg þegar þeirra er ekki lengur þörf til að senda fjarskiptasendingu. Í 2. mgr. 6. gr. tilskipunarinnar er svo veitt heimild til að vinna úr gögnunum sem eru nauðsynleg eru vegna útgáfu reikninga. Slík vinnsla er aðeins heimil til loka þess tímabils þegar lögum samkvæmt er hægt að vefengja reikning eða krefjast greiðslu.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar verða umrædd samtölugögn ekki undanskilin umferðargögnum og þar með gögnum um *fjarskiptaumferð*. Ljóst er þegar horft er til orðalags framangreindra ákvæða að til umferðargagna teljast gögn sem unnin eru í þeim tilgangi, hvort tveggja til að flytja fjarskiptasendingu, sem og að gefa út reikninga, sbr. b lið 2. mgr. 2. gr. og 2. mgr. 6. gr. tilskipunarinnar. Eins má sjá að ákveðinn blæbrigðamunur er á hugtakanotkun 1. og 2. mgr. 42. gr. þar sem í 1. mgr. er talað um gögn um *fjarskiptaumferð* og í 2. mgr. um *fjarskiptanotkun*. Kemur það ekki í veg fyrir að ákvæðið verði túlkað með hliðsjón af ákvæðum tilskipunarinnar. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er *fjarskiptanotkun* sjálf órjúfanlegur þáttur af gögnum um *fjarskiptaumferð* sem m.a. er byggt á í reikningagerð fjarskiptafyrirtækja. Verður þannig að túlka, svo samræmi sé á milli túlkun á 1. og 2. mgr. 6. gr. tilskipunarinnar og ákvæða fjarskiptalaga, að hugtakið *fjarskiptanotkun* sé í raun innifalið í gögnum um *fjarskiptaumferð*.

Er þessi túlkun stofnunarinnar í samræmi við það sem fram kemur í athugasemdum við frumvarp er varð að fjarskiptalögum en um 42. gr. segir að „[í ] 2. mgr. er heimild til þess að geyma þann hluta þessara gagna sem nauðsynlegur er fyrir gerð reikninga og gildir heimildin til þess tíma þegar reikningur verður ekki lengur vefengdur eða hann fyrnist.“ Í athugasemdunum er því vísað til „þessara gagna“ sem 1. mgr. ákvæðisins tekur til, þ.e. gagna um *fjarskiptaumferð*. Þannig er ljóst að fjarskiptanotkun telst hluti gagna um fjarskiptaumferð.

Þannig er heildarfjarskiptanotkun unnin út frá gögnum um *fjarskiptaumferð*, t.d. samlagning heildar gagnamagns innan tiltekins reikningstímabils, sem síðar er grundvöllur reiknings. Að mati stofnunarinnar er þannig ótækt að undanskilja notkunina og umferðina sjálfa á

fjarskiptanetinu frá ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga á þeim grundvelli að tengiupplýsingar, t.d. hvaða A númer hringdi í tiltekið B númer eða tenging á milli tilgreindra IP talna, séu ekki lengur til staðar. Hefur Póst- og fjarskiptastofnun áður ákvarðað um í ákvörðun sinni nr. 37/2010, að tengiupplýsingar vegna *fjarskiptanotkunar*, sem síðar verða taldar til gjaldfærsluupplýsinga, eru eðli málsins samkvæmt eru persónugreinanlegar. Enda geta tengiupplýsingar ekki einar og sér verið grundvöllur reikningagerðar heldur verður tímalengd og/eða magn þeirra, þ.e. notkunin sjálf, ávallt að vera grundvöllur hennar. Þannig þarf *fjarskiptanotkunin* sjálf, svo sem tímalengd samtals eða niðurhal gagnamagns, ávallt að liggja til grundvallar fjarskiptaumferðinni og reikningagerð fyrir veitta þjónustu sem fjarskiptafyrirtæki ber skylda til að eyða eða gera nafnlaus eftir sex mánuði nema reikningur sé í vanskilum, sbr. ákvæði 2. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Gildir þá einu hvar slíkar upplýsingar eru geymdar hjá fjarskiptafélaginu, þ.e. í greiðslukerfum félagsins, [ ... ]<sup>26</sup> eða öðrum stöðum.

Ef Póst- og fjarskiptastofnun legði þá túlkun í ákvæði 42. gr. sem Síminn hf. gerir myndi það leiða til þess að hluti af raunverulegri *fjarskiptanotkun*, þ.e. heildargagnanotkun áskrifenda, myndi falla utan gildissviðs fjarskiptalaga. Þannig gætu fjarskiptafyrirtæki, með því einu að leggja saman eininganotkun áskrifenda sinna, unnið með upplýsingarnar án þess að eyða þeim eða gera ópersónugreinanlegar eftir sex mánuði líkt og 1. mgr., sbr. 2. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga gerir kröfu um. Þá væri Póst- og fjarskiptastofnun að veita fjarskiptafyrirtækjum opna heimild til að vinna með persónugreinanlegar fjarskiptaumferðarupplýsingar, sem felast í samtölum á fjarskiptanotkun einstakra áskrifanda, án allra skilyrða, t.a.m. til hvaða tímabila samtalan má ná, og óháð ákvæðum fjarskiptalaga. Af því leiðir að fjarskiptafyrirtæki gæti í raun, með aftengingu B númers, unnið samtölugögn símtala ákveðins áskrifanda talsímabjónustu niður á mínútufjölda, klukkustund, sólarhring o.s.frv. án þess að krafa væri gerð um eyðingu þessara gagna innan sex mánaða eða þau gerð ópersónugreinanleg, m.a. með aftengingu frá símanúmeri. Heldur yrði farið að ákvæðum laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, líkt og Síminn hf. raunar vísar til.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar fæst þessi túlkun Símans hf. ekki staðist og vinnur í raun gegn þeim markmiðum sem ákvæðinu er ætlað að ná, þ.e. að tryggja með sem bestum hætti vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífs áskrifenda fjarskiptaþjónustu. Markmið sem löggjafi Evrópusambandsins taldi það mikilvægt að ná að sérstök tilskipun um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta var sett til viðbótar við almenna persónuverndartilskipun sambandsins. Við túlkun ákvæðisins verður ávallt að líta til þessa markmiðs og túlka m.t.t. hagsmuna áskrifendanna sjálfra, en ekki möguleika fjarskiptafyrirtækja til geymslu eða annarrar vinnslu gagna um fjarskiptaumferð. Slíkt þarf að fara fram með samþykki áskrifanda samræmt 42. gr. fjarskiptalaga.

Þá hafnar Póst- og fjarskiptastofnun því sjónarmiði Símans hf. að stofnunin hafi áður fallist á sjónarmið félagsins um að samtölugögn féllu utan gildissviðs 42. gr. fjarskiptalaga. Stöðuskýrslur sem ekki er fyrirfram ákveðið að hljóti efnislega málsmeðferð hjá stofnuninni

---

<sup>26</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

verða ekki túlkaðar með þeim hætti að þær leiði af sér efnisleg réttindi eða skyldur og séu grundvöllur lögmætra væntinga viðkomandi um afstöðu stjórnvaldsins.

Að öllu framangreindu virtu verður Póst- og fjarskiptastofnun að hafna málatilbúnaði Símans hf. um að þau samtölugögn sem fundust hjá félaginu fyrir símanúmerið [ ... ]<sup>27</sup> í [ ... ]<sup>28</sup> teljast ekki til gagna um fjarskiptaumferð. Er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að þau falli undir ákvæði 1. og 2. mgr. ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Mun stofnunin taka ákvörðun því til samræmis því.

#### 6.4.2 Vinnsla Símans hf. á fjarskiptaumferðarupplýsingum

Líkt og áður segir kom í ljós í úttekt Capacent hf. *minniháttar frábrigði* er varðaði 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Segir í niðurstöðuskýrslunni að skilmála félagsins megi finna á ytri vef þess en í viðtali við starfsmann Símans hf. kom fram að viðskiptavinum félagsins sé ekki bent á að kynna sér skilmála þess þegar þeir ganga til viðskipta við félagið.

Síminn hf. mótmælir að félagið hafi brotið gegn ákvæði 5. mgr. 42. gr. laganna þar sem að allir skilmálar félagsins séu aðgengilegir á heimasíðu þess. Vísar félagið sérstaklega til 1.10. gr. almennra viðskiptaskilmála félagsins þar sem fram koma upplýsingar um vinnslu persónuupplýsinga í skilningi laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga samkvæmt lögum nr. 77/2000. Er þar tilgreint að unnið sé úr upplýsingum um neyslumynstur áskrifenda Símans hf. og að félagið sé ábyrgðaraðili vinnslunnar í skilningi tilgreindra laga. Þá er markmið söfnun persónuupplýsinganna að tryggja að félagið geti efnt skuldbindingar sínar gagnvart áskrifanda og veitt honum þjónustu sem félaginu er heimilt að veita. Þá er í skilmálunum athygli áskrifanda vakin á upplýsingarétti hans samkvæmt 18. og 19. gr. laganna sem og rétti hans til að upplýsingar um hann verði leiðréttar eða þeim eytt við nánar tilgreind skilyrði.

Að mati Símans hf. uppfyllir umrætt ákvæði þá kröfu sem að gerðar eru í 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga enda séu skilmálar birtir á heimasíðu félagsins. Aftur á móti viðurkennir félagið að kunna veri að betur mætti standa að kynningu skilmálanna fyrir áskrifendur um framkvæmd vinnslu persónuupplýsinganna.

Við skoðun Póst- og fjarskiptastofnunar á skilmálum Símans hf. er ljóst að þar koma fram upplýsingar um ákveðna úrvinnslu gagna og tilgang hennar. Aftur á móti er ljóst að félagið byggir úrvinnslu sína á lögum um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000 og helgast það líklega af því að félagið hefur ekki talið að t.d. samtölugögn líkt og fundust í úttekt falli ekki undir ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga. Út frá því verður jafnframt að álykta að félagið vinni ekki að öðru leyti úr öðrum gögnum um fjarskiptaumferð. Það skýtur því skökku við að Síminn hf. telji sig uppfylla ákvæði 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga á sama tíma og það telur sig ekki vera að vinna úr gögnum sem falla undir ákvæði þeirra.

Aftur á móti og á grundvelli þeirrar afstöðu Póst- og fjarskiptastofnunar að samtölugögn fjarskiptanotkunar teljist falla undir gögn um fjarskiptaumferð er ljóst að vinnsla slíkra upplýsinga, sem og annarra gagna um fjarskiptaumferð, fellur undir ákvæði fjarskiptalaga.

---

<sup>27</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>28</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

Verður upplýsingagjöf til áskrifenda og samþykki þeirra því að fullnægja skilyrðum 4. og 5. mgr. 45. gr. þeirra.

Að mati stofnunarinnar verður að ætla að almennir viðskiptaskilmálar félags geti ekki talist uppfylla að öllu leyti kröfur um upplýsingagjöf sem 5. mgr. 42. gr. setur enda er í fyrsta lagi vísað til rangra laga sem og að skortur er á nákvæmri tilgreiningu þeirra gagna sem unnið er með og tímalengd vinnslunnar. Þá verður að setja fyrirvara um að fyrirfram upplýsingaskylda sé uppfyllt þar sem viðskiptavinum er ekki bent sérstaklega á skilmála félagsins á heimasíðu þess þegar gengið er til viðskiptavina en félagið hefur ekki andmælt þeirri niðurstöðu úttektarskýrslu Capacent ehf. um að slíkt sé ekki gert. Heldur hefur félagið einmitt bent á í svarbréfi sínu að mögulega mætti betur standa að slíkri upplýsingagjöf til viðskiptavina.

Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar geta almennir skilmálar þó verið nýttir til að uppfylla skilyrði ákvæðisins, sem og ákvæðis 4. mgr. þess, séu þeir rétt útfærðir og kynntir áskrifendum, enda verður að gera þá lágmarkskröfu á neytendur að þeir lesi og kynni sér almenna viðskiptaskilmála þeirrar þjónustu sem þeir hyggjast kaupa af fjarskiptafyrirtæki. Þannig telur Póst- og fjarskiptastofnun að fast verklag á kynningu á skilmálum fjarskiptafyrirtækis, t.d. að tölvupóstur sé sendur á áskrifanda við stofnun viðskiptasambands, sem inniheldur m.a. skilmála félagsins, geti talist uppfylla skilyrði 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga um fyrir fram upplýsingagjöf um vinnslu gagna um fjarskiptanotkun hans, enda sé þá í skilmálum að finna ítarlegar upplýsingar þar um.

Hins vegar verður að horfa til ríkra krafna ákvæða 4. og 5. mgr. 42. gr. um að áskrifanda séu veittar ítarlegar upplýsingar um vinnsluna áður en hann tekur afstöðu til þess hvort hann samþykki hana. Þannig á það jafnframt að vera val áskrifanda hvort hann heimili félaginu vinnslu upplýsinga um fjarskiptanotkun sína og þarf viðkomandi fjarskiptafyrirtæki að afla upplýsts samþykkis hans fyrir vinnslunni. Sönnunarbyrði fyrir því að slíks samþykkis áskrifanda hafi verið aflað hvílir á viðkomandi fjarskiptafyrirtæki.

Þannig verður áskrifandi að hafa raunverulegt val um það hvort hann heimili úrvinnslu á upplýsingum um fjarskiptanotkun sína. Almenn tilgreining fjarskiptafyrirtækis í almennum viðskiptaskilmálum þess um hvernig úrvinnslu úr gögnum er háttáð, tímalengd hennar o.þ.h. samræmist ekki að fullu ríkum kröfum ákvæðis 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga, sbr. einnig álit starfshóps 29. gr. um að skilyrði almennra skilmála verði að uppfylla skilyrði ákvæðis persónuverndarlaga um *samþykki*, þótt upplýsingagjöfin sem slík, þ.e. efni skilmálanna, geti samræmist kröfum 5. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

Ef almennir skilmálar fjarskiptafyrirtækis eru notaðir í þessu samhengi verður í slíkum skilmálum að vera að finna ítarlegar upplýsingar um vinnslu fjarskiptaumferðarupplýsinga, eða skýra tilvísun til þess hvar slíkar upplýsingar er að finna, sem og að upplýsts samþykkis áskrifenda er aflað, þ.e. að hann hafi raunverulegt val og geti hafnað úrvinnslu upplýsinga. Sé slíkt að finna í skilmálunum verður að telja að skilyrði ákvæðanna séu uppfyllt af hálfu fjarskiptafyrirtækja. Póst- og fjarskiptastofnun áréttar þó nauðsyn þess að slíkir skilmálar séu bæði aðgengilegir og sýnilegir á heimasíðu félagsins ásamt því að vera kynntir sérstaklega fyrir áskrifendum áður en gengið er til viðskipta. Enda ber fjarskiptafyrirtæki lagaleg skylda



til þess að kröfur ákvæðisins um upplýsingaskyldu og öflun upplýsts samþykkis á grundvelli ítarlegar upplýsinga um fyrirhugaða úrvinnslu séu uppfylltar.

Í bréfi Símans hf. er því hafnað að ákvæði 5. mgr. 42. gr. hafi verið brotið þar sem finna má upplýsingar um úrvinnslu persónuupplýsingar um áskrifenda í almennum skilmálum félagsins sem birtir eru á heimasíðu félagsins.

Á grundvelli framangreinds er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að skilmálar Símans hf. hafi ekki að geyma nægjanlega upplýsingar um vinnslu gagna um fjarskiptanotkun, sbr. 5. mgr. 42. gr. ákvæðisins. Helgast það fyrst og fremst af því að um vinnslu á gögnum um fjarskiptaumferð er að ræða sem heyrir undir ákvæði fjarskiptalaga. Þá eru ekki tilgreindar með nægjanlega ítarlegum hætti hvaða gögnum um fjarskiptaumferð er unnið úr eða hversu lengi sú vinnsla stendur, sbr. skilyrði ákvæðisins. Þá telur Póst- og fjarskiptastofnun að birting skilmála á heimasíðu félagsins, án þess að áskrifendur séu sérstaklega upplýstir um þá, geti ekki talist fullnægja skilyrðum ákvæðisins um fyrirfram upplýsingagjöf um vinnslu gagna um fjarskiptaumferð. Hyggst stofnunin taka ákvörðun því til samræmis.

Póst- og fjarskiptastofnun telur því mikilvægt, og til þess fallið að tryggja markmið ákvæðisins, sem og sjónarmiðum um neytendavernd, að verðandi áskrifendur séu upplýstir með betri hætti um skilmálanna við upphaf viðskipta við félagið.

### *Ákvörðunarorð*

**Síminn hf. stóðst úttekt Póst- og fjarskiptastofnunar á verklagsreglum félagsins um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna, sbr. 7. mgr. 42. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.**

**Í ljós kom minniháttar frávik frá skilyrðum ákvæðis 1. mgr., sbr. 2. mgr. 42. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti um eyðingu gagna um fjarskiptaumferð eða kröfu sama ákvæðis um að þau séu gerð nafnlaus, þar sem Símann hf. varðveitti, þann 2. apríl 2014, samtölugögn um gagnamagn til símanúmersins [ ... ]<sup>29</sup>, í [ ... ]<sup>30</sup>, tólf mánuði aftur í tímann.**

**Framkvæmd Símans á upplýsingaskyldu þess um úrvinnslu gagna um fjarskiptanotkun og tímalengd hennar, í formi almennrar kynningar Símans hf. á vinnslu persónuupplýsinga áskrifenda á grundvelli laga nr. 77/200 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga í skilmálum félagsins og birtir eru á heimasíðu félagsins, uppfyllir ekki skilyrði ákvæðis 5. mgr. 42. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti.**

**Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og skal kæran berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um**

<sup>29</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>30</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

**ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar sbr. 13. gr. laga, nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun og 5. gr. reglugerðar um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Málskotsgjald fjarskiptafyrirtækis og/eða póstrekanda til úrskurðarnefndar er fjárhæð 150.000 kr., sbr. 6. gr. framangreindrar reglugerðar.**

Reykjavík, 23. desember 2014

---

Hrafnkell V. Gíslason, forstjóri

---

Unnur Kr. Sveinbjarnardóttir