

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 3/2014
Kæra Fjarskipta hf. á ákvörðun PFS nr. 1/2014

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 16. apríl 2014, hafa Fjarskipti hf. (Vodafone) kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 1/2014 um afmörkun gildissviðs fjarskiptalaga vegna vefsvæðis Fjarskipta hf., vodafone.is. Málskostnaðargjald var greitt 20. maí 2014.

Í hinni kærðu ákvörðun var kveðið á um gildissvið fjarskiptalaga og að innan gildissviðs laganna félli sendikerfi sem flytji merki af vefsvæðinu vodafone.is yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins þar sem það teldist vera fjarskiptanet. Einnig félli sú þjónusta, sem veitt sé á vefsvæðinu vodafone.is og feli í sér sendingu smáskilaboða af „Mínum síðum“ yfir í farsíma, undir fjarskiptalög og teldist vera fjarskiptaþjónusta í skilningi laganna. Loks teljist sá hluti fjarskiptanets, sem miðli merkjum af vefsvæði vodafone.is yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins og veiti viðskiptavinum sem tengjast „Mínum síðum“ með símanúmeri sínu slíkan aðgang, hluti af almennu fjarskiptaneti.

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að hluta, þ.e. sá hluti hennar sem kveður á um að sú þjónusta sem veitt sé af vefsvæði vodafone.is sem feli í sér sendingu smáskilaboða af „Mínum síðum“ yfir í farsíma teljist vera fjarskiptaþjónusta svo og sá hluti hennar sem kveður á um að vefsíðan sem veiti viðskiptavinum félagsins aðgang að „Mínum síðum“ teljist hluti af almennu fjarskiptaneti. Verði ekki fallist á sjónarmið kæranda um að fjarskiptanet nái eingöngu til sendikerfisins sem slíks, þ.e. sendingu merkja/tákna frá vefsíðu félagsins yfir í SMS miðlara í farsímakerfi þess (SMSC), en nái ekki til vefsíðunnar sjálfrar krefst kærandi þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni.

Þá gerir kærandi jafnframt kröfu um að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað á meðan kæran er til meðferðar hjá úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Úrskurðarnefnd hafnaði þeirri kröfu með úrskurði, dags. 23. júní 2014.

PFS krefst þess að kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II. Helstu málsatvik

Mál þetta má rekja til erindis PFS þann 23. desember 2013 til kæranda eftir að brotist hafði verið inn í vefkerfi hans, gögnum stolið og þau svo birt opinberlega á internetinu. PFS óskaði eftir upplýsingum á grundvelli eftirlitshlutverks síns á öryggisatvikinu samkvæmt fjarskiptalögum. Í svörum kæranda til PFS kom m.a. fram að hann teldi að gildissvið fjarskiptalaga og þar með valdsvið PFS næði ekki yfir tilgreint vefkerfi hans og þar með umrætt öryggisatvik. PFS taldi því nauðsynlegt að skera úr um hvort gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stofnunarinnar næði til umrædds atviks áður en lengra væri haldið með rannsókn þess. Í hinni kærðu ákvörðun kvað PFS á um að vefsvæði kæranda, *vodafone.is*, félli undir gildissvið fjarskiptalaga og reglna nr. 1221/2007 um vernd upplýsinga á almennum fjarskiptanetum. Hin kærða ákvörðun laut ekki að því hvaða gögnum hafði verið stolið eða hvernig öryggi kerfisins var háttað.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

„Það sendikerfi sem flytur merki af vefsvæði Fjarsskipta hf., vodafone.is, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins telst vera fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

Sú þjónusta sem veitt er á vefsvæði Fjarsskipta hf., vodafone.is, sem felur í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma telst vera fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. tl. 3. gr. laga, nr. 81/2001, um fjarskipti.

Sá hluti fjarskiptanets sem miðlar merkjum af vefsvæði Fjarsskipta hf., vodafone.is, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins og veitir viðskiptavinum félagsins sem tengjast „Mínum síðum“ með símanúmeri sínu slíkan aðgang, telst hluti af almennu fjarskiptaneti þess í skilningi 5. tl. 3. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.“

III. Helstu sjónarmið aðila

1.

Kærandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að hluta, þ.e. hvað varðar 2. mgr. ákvörðunarorða og síðari hluta 3. mgr. ákvörðunarorða. Fallist úrskurðarnefnd ekki á skilning hans á 1. mgr. ákvörðunarorðanna krefst hann þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni.

Kærandi fellst á 1. mgr. ákvörðunarorðanna um að það sendikerfi sem flytji merki af vefsvæði Fjarsskipta hf., *vodafone.is*, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins teljist vera fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Í 2. mgr. segir að sú þjónusta sem veitt sé á vefsvæði kæranda, *vodafone.is*, sem feli í sér sendingu smáskilaboða af „Mínum síðum“ yfir í farsíma teljist vera farsímaþjónusta í skilningi 15. tl. 3. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti og er kærandi ósammála þeirri túlkun. Í 3. mgr.

ákvörðunarorðanna segir: „Sá hluti fjarskiptanets sem miðlar merkjum af vefsvæði Fjarskipta hf., vodafone.is, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins og veitir viðskiptavinum félagsins sem tengjast „Mínum síðum“ með símanúmeri sínu slíkan aðgang, telst hluti af almennu fjarskiptaneti þess í skilningi 5. tl. 3. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti“. Kærandi fellst á að sá hluti fjarskiptanetsins sem miðlar merkjum af vefsvæði félagsins yfir í SMS miðlara sé hluti af almennu fjarskiptaneti. Kærandi fellst aftur á móti ekki á að vefsíðan sem veiti viðskiptavinum félagsins aðgang að „Mínum síðum“ teljist hluti af almennu fjarskiptaneti.

Verði ekki fallist á sjónarmið kæranda um að fjarskiptanet nái eingöngu til sendikerfisins sem slíks, þ.e. sendingu merkja/tákna frá vefsíðu félagsins yfir í SMS miðlara í farsímakerfi þess (SMSC), en nái ekki til vefsíðunnar sjálfrar krefst kærandi þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni.

Fjarskiptanet – 1. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar;

Kærandi telur að skilgreining fjarskiptalaga á fjarskiptaneti nái eingöngu til sendikerfisins sem slíks, þ.e. sendingu merkja/tákna frá vefsíðu félagsins yfir í SMS miðlara í farsímakerfi þess (SMSC) en eigi ekki við um vefsíðuna sjálfa frekar en sendikerfi nái til símkerfis notenda eða annars endabúnaðar sem notaður sé til að senda merki/tákn milli aðila. Því fellst kærandi á niðurstöðu PFS hvað varðar 1. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar enda samræmist hún málatilbúnaði kæranda um að fjarskiptaumferðargögn verði til í fjarskiptakerfum, annað hvort hjá kæranda eða öðrum fjarskiptafyrirtækjum, er vefskilaboð eru send af heimasvæði notanda vefsíðunnar í símtæki móttakanda, en ekki við þá athöfn að skrifa vefskilaboð í vefkerfi kæranda. Kærandi telur því skýrt að eingöngu sé unnt að fella sendikerfið sem slíkt undir fjarskiptanet en ekki vefsíðuna sjálfa. Sendikerfið sé tengingin á milli vefkerfisins og SMS miðlara í farsímakerfi kæranda (SMSC) og gerir kærandi ekki athugasemd við þá túlkun PFS að það teljist fjarskiptanet enda tengist vefsíða hans við almennt fjarskiptanet. Verði hins vegar talið að hugtakið sendikerfi nái jafnframt til vefsíðunnar sjálfrar, þrátt fyrir ótvírætt orðalag hinnar kærðu ákvörðunar fellst kærandi ekki á 1. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar og krefst þess að sá hluti verði jafnframt felldur úr gildi.

Fjarskiptaþjónusta – 2. mgr. ákvörðunarorðanna;

Kærandi bendir á að samkvæmt 15. tl. 3. gr. fjarskiptalaga merki fjarskiptaþjónusta þjónustu sem að nokkru eða öllu leyti felist í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónustu og netaðgang og byggi skilgreiningin á c-lið 2. gr. rammatilskipunarinnar. Þar sé rafræn fjarskiptaþjónusta skilgreind sem þjónusta sem að jafnaði sé veitt gegn þóknun og felist að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum, þ.m.t. fjarskiptaþjónusta og sendiþjónusta á netum sem

notuð eru til að útvarpa, en undanskilin sé þjónusta þar sem efni, sem sent sé með rafrænum fjarskiptanetum eða -þjónustu, er boðin fram eða því ritstýrt.

PFS hefur komist að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að þjónusta kæranda í gegnum hugbúnað af vefsíðu hans teljist til fjarskiptaþjónustu. Kærandi er ósammála þessu og telur mikilvægt að gerður sé greinarmunur á skilum annars vegar milli hins eiginlega fjarskiptanets kæranda og hins vegar aðstöðu viðskiptavina á „Mínum síðum“ á vefsvæði kæranda.

Kærandi gerir síðan nánari grein fyrir þessum greinarmun og bendir á að þjónusta kæranda sé sambærileg þjónustusíðum innlendra og erlendra fyrirtækja s.s. innlendra banka, ja.is, gmail.com hjá Google og facebook.com hjá Facebook og sé enginn eðlismunur fjarskiptalega séð á þjónustu kæranda og þjónustu þessara aðila nema hvað varðar upplýsingar á þjónustusíðu kæranda um símtalanotkun, SMS og gagnaflutningsnotkun. Aðgangur notenda að þjónustusíðu kæranda sé með sambærilegum hætti og þessara þjónustusíðna á vefnum, þ.e. svokallaður „user/pass“ aðgangur. Við slíka innskráningu fer viðskiptavinur inn í sitt eigið vefviðmót þar sem hann getur nálgast ýmsar upplýsingar um sína þjónustu hjá kæranda, auk þess að geta m.a. sent vefskilaboð og haldið utan um þau. Öll notkun viðskiptavina á slíkum þjónustusíðum sé á ábyrgð þeirra sjálfra og engin ábyrgð tekin af hálfu umræddra fyrirtækja á þeim gögnum sem þar liggja, sbr. skilmála Google og Facebook.

Kærandi mótmælir mati PFS um að grundvallarmunur sé á þjónustu innlendra banka í netbönkum og þjónustu kæranda á þjónustusíðum. Umrædd þjónusta sé að mati kæranda sambærileg og telur að ekki geti skipt máli hvert eðli þeirra skilaboða sé sem sent er frá umræddum síðum. Viðskiptavinur banka geti jafnframt sent hverjum sem er skilaboð samhliða t.d. millifærslum á milli bankareikninga, jafnvel þótt hann sé sjálfur eigandi beggja reikninga.

Kærandi telur að vefkerfi það sem felist í þjónustusíðunni vodafone.is ekki falla undir skilgreiningu fjarskiptalaga á fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptaneti, enda er að mati kæranda ekki hægt að leggja svo víðtæka merkingu í umræddar skilgreiningar að vefsíðan falli þar undir. Hin kærða ákvörðun staðfestir að mati kæranda eingöngu að sendikerfið sem flytji merki af vefsvæði félagsins yfir í SMS miðlara í farsímaneti kæranda falli undir að vera fjarskiptanet í skilningi fjarskiptalaga.

Þar sem ekki sé unnt að mati kæranda að fella vefsíðuna undir skilgreiningu laganna um fjarskiptanet sé ekki hægt að telja þá þjónustu sem veitt hafi verið á vefsíðunni til fjarskiptaþjónustu, enda merki fjarskiptaþjónusta þjónustu sem að nokkru eða öllu leyti felist í því að beina merkjum um fjarskiptanet.

Á vefsíðu kæranda hafi verið unnt að senda svokölluð vefskilaboð úr forriti sem hafi verið aðgengilegt viðskiptavinum í gegnum gáttina „Mínar síður“. Ekki hafi verið um að ræða skilaboð send á milli farsímataækja heldur skilaboð send af vefsíðu í einn eða fleiri farsíma í einu. Um tvær tegundir skilaboða hafi verið að ræða, annars vegar FRÍ-SMS og vef SMS. Síðarnefndu skilaboðin hafi verið hægt að vista í skeytasögu. Hvorki upplýsingar um skilaboðin né innihald þeirra hafi verið geymd í sendikerfi kæranda, þ.e. fjarskiptaneti þess.

Kærandi telur mikilvægt að skilgreina þann mun sem sé annars vegar á fjarskiptakerfinu sem slíku og hins vegar þjónustusíðu félagsins, sem sé eins og hver önnur þjónustusíða. Með sama hætti þurfi að gera greinarmun annars vegar á þeim gögnum sem verði til um fjarskiptaumferð vegna þeirrar fjarskiptasendingar sem eigi sér stað og hins vegar þeim gögnum („loggum“) sem verði til um þær aðgerðir sem gerðar eru á vefsíðunni sjálfri. Þegar vefskilaboð séu send af heimasvæði notenda á vefsíðu kæranda verði til fjarskiptaumferðargögn í fjarskiptakerfum sem eigi uppruna sinn að rekja til vefsins á sama hátt og þegar smáskilaboð séu send á milli farsíma. Þau gögn („loggar“) sem stolið hafi verið hafi ekki verið fjarskiptaumferðargögn sem til hafi orðið vegna fjarskiptaþjónustu heldur upplýsingar um aðgerðir viðskiptavina á vefsíðu félagsins, sambærileg gögnum sem verði til við notkun á sambærilegum þjónustusíðum.

Kærandi kveður móttakanda SMS skeytis geta fengið send SMS skilaboð af ólíkum uppruna. Í öllum tilvikum sé um að ræða einhvers konar aðstöðu hjá viðskiptavini til þess að útbúa skeytið. Fjarskiptaþjónusta kæranda sé ekki aðstaða viðskiptavinarins, hann geti nýtt sér eigin vefsíðu, farsíma eða tækni kerfi hvaðan sem er til að útbúa skeyti. Sendikerfið, þ.e. sá hluti myndarinnar sem flytji skilaboðin inn í SMS kerfið, myndi saman með SMS kerfinu og leiðinni til móttakandans, þá fjarskiptaþjónustu sem kærandi selji og geti talist hluti af fjarskiptaþjónustu hans. Að þessu leyti geti vefsíða kæranda ekki talist á neinn hátt frábrugðin sambærilegum vefsíðum annarra fyrirtækja, innlendra eða erlendra, farsímabúnaði eða tækni kerfum fyrirtækja sem hafi tengileið inn í SMS kerfi viðskiptavina. Telur kærandi framangreint leiða til þess að vefskilaboðþjónusta hans á „Mínum síðum“ geti ekki fallið undir fjarskiptalöggjöfina frekar en farsímar viðskiptavina hans falli þar undir.

Kærandi telur því í ljósi framangreinds að vefskilaboð sem stolið hafi verið af þjónustusíðunni ekki hafa verið til vegna fjarskiptasendingar sem framkvæmd hafi verið af honum. Það hafi verið á grundvelli og vegna vefsíðunnar, þ.e. forritsins sem hafi gert notendum mögulegt að senda vefskilaboð í gegnum internetið. Þá telur kærandi að reglur nr. 1221/2007 um vernd upplýsinga í almennum fjarskiptakerfum, ekki heldur eiga við um þjónustusíðu félagsins í ljósi framangreindra staðreynda. Kærandi telur að sú þjónusta sem felist í möguleika viðskiptavina að senda vefskilaboð af heimasvæði sínu á vefsíðu félagsins falli undir „búnað eða aðstöðu viðskiptavinar“ á sama hátt og

farsími falli þar undir, þar sem um sé að ræða upphafspunkt/endapunkt viðskiptavinarins í þessari ákveðnu þjónustu.

Kærandi telur skilgreiningu PFS á 15. tl. 3. gr. fjarskiptalaga of víðtæka. Fjarskiptaþjónusta feli eingöngu í sér sendingu merkja/tákna frá vefkerfi og yfir í SMS miðlara farsímakerfisins (SMSC), en ekki þá þjónustu sem feli í sér að unnt sé að slá inn vefskilaboð á vefsíðunni sem slíkri. Telur kærandi ekki skipta máli hvort innheimt sé þóknun fyrir þessa þjónustu eða ekki. Þóknun kæranda sé eingöngu innheimt fyrir þá fjarskiptasendingu sem eigi sér stað í fjarskiptaneti félagsins en ekki fyrir notkun hugbúnaðarins þar sem unnt sé að slá vefskilaboð inn.

Loks telur kærandi það verulegan annmarka á hinni kærðu ákvörðun að ekki hafi verið tekin afstaða til þess hvort vefsvæðið þar sem gögnin hafi verið vistuð teljist til endabúnaðar notenda eins og kærandi hafi haldið fram. Kærandi telur miklu máli skipta að taka afstöðu til þessa samhliða ákvörðun um hvort að vefsvæðið sem slíkt falli undir fjarskiptalöggjöfina.

Almennt fjarskiptanet – 3. mgr. ákvörðunarorðanna;

Kærandi getur eins og áður segir fallist á niðurstöðu PFS um að sá hluti fjarskiptanetsins sem miðli merkjum af vefsvæði félagsins yfir í SMS miðlara í farsímakerfi teljist hluti af almennu fjarskiptaneti í skilningi 5. tl. 3. gr. fjarskiptalaga. Hins vegar geti kærandi ekki fallist á að vefsíða hans teljist hluti af almennu fjarskiptaneti. Þar sé ekki um fjarskiptaþjónustu að ræða og geti umrædd þjónusta því ekki fallið undir hið almenna fjarskiptanet. Þrátt fyrir að kærandi bjóði upp á almenna fjarskiptaþjónustu leiði það ekki sjálfkrafa til þess að öll þjónusta félagsins sé fjarskiptaþjónusta.

47. gr. fjarskiptalaga;

Í hinni kærðu ákvörðun segir að 47. gr. fjarskiptalaga komi til skoðunar vegna netárásar sem gerð var á vefsíðu kæranda en 47. gr. kveður á um að fjarskiptafyrirtæki sem veiti almenna fjarskiptaþjónustu skuli gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja öryggi þjónustunnar og að verja skuli upplýsingar sem fari um fjarskiptanet gegn því að þær glatist, skemmist eða breytist fyrir slysi eða að óviðkomandi fái aðgang að þeim. Kærandi metur það svo að sú þjónusta sem veitt sé á vefsíðunni „Mínar síður“ falli ekki undir fjarskiptaþjónustu. Þá komi að mati kæranda skýrt fram í 47. gr. að átt sé við upplýsingar sem fari um fjarskiptanet og verði ekki ráðið af orðalagi ákvæðisins að þar sé átt við þau gögn („logga“) sem verði til á vefsíðu félagsins, þ.e. vegna forritsins sem hafi gert notendum mögulegt að senda vefskilaboð gegnum internetið.

Meðalhöf, jafnræði og munnlegur málflutningur;

Kærandi áréttar sérstaklega að gætt verði meðalhöfs og jafnræðis í máli þessu og bendir í því sambandi á að PFS hafi hingað til ekki gefið til kynna að stofnunin teldi umrædda

þjónustusíðu, frekar en sambærilegar þjónustusíður, falla undir valdsvið sitt. Stofnunin hafi verið virk í að sinna eftirlitsskyldu sinni með starfsemi félagsins en hafi aldrei haft afskipti af þjónustusíðu félagsins eða sent fyrirspurnir um þætti er varða þá þjónustusíðu. Þá hafi vefsíða kæranda áður orðið fyrir netárás án þess að það hafi orðið tilefni til athugunar PFS eða leitt til fyrirspurna af hálfu stofnunarinnar um öryggismál.

Með vísan til þessa bendir kærandi á mikilvægi þess að gætt verði meðalhófs ef að úrskurðarnefnd komist að þeirri niðurstöðu að þjónustusíða kæranda falli undir fjarskiptalög og eftirlitssvið PFS verði sá úrskurður ekki óþarflega íþyngjandi fyrir kæranda.

Kærandi óskar eftir að munnlegur málflutningur fari fram enda sé um flókið tæknilegt álitaefni að ræða sem sé vandasamt úrlausnar og varði miklu um túlkun fjarskiptalöggjafar. Óskað er eftir að málflutningurinn yrði annars vegar tæknilegur og hins vegar lögfræðilegur.

2.

PFS krefst þess að kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun staðfest. PFS kveður að við rannsókn málsins hafi stofnunin lagt mikið upp úr því að réttur skilningur fengist á uppbyggingu vefsvæðis kæranda. Kærandi hafi ekki gert athugsemdir við þann skilning í andmælabréfi og síðan staðfest hann á fundi. Á þeim fundi hafi komið fram að kærandi liti svo á að vefsvæðið í heild samanstandi af þremur hlutum; i) vefmiðlaranum „Mínum síðum“, ii) PHP „scriptum“ eða keyrsluskrám og iii) MySQL gagnagrunni. Vefsvæðið tengdist svo við SMS miðlara í farsímakerfi félagsins (SMSC). PFS tekur einnig fram að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki verið að taka tillit til þeirra gagna sem að stolið hafi verið heldur hvort að vefsvæðið og sú þjónusta sem þar hafi verið veitt félli undir ákvæði fjarskiptalaga.

Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar hafi falist að sú miðlun merkja sem eigi sér stað frá sendingu skilaboða í vefsvæði kæranda yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) teljist vera almennt fjarskiptanet í skilningi 5. tl. 3. gr. fjarskiptalaga. Þessi niðurstaða byggir á því að það sendikerfi sem miðli merkjum frá PHP „scriptum“ yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) teljist vera fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. laganna og sú þjónusta sem veitt sé með þessari sendingu merkja frá „Mínum síðum“ teljist vera fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. tl. 3. gr. laganna.

Í 1. og 3. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé verið að fjalla um miðlun merkja frá vefsvæði kæranda yfir í SMS miðlara farsímakerfis (SMSC). Í 2. mgr. sé aftur á móti fjallað um að sú þjónusta sem veitt sé á vefsvæðinu í sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teljist vera fjarskiptaþjónusta. Þessi mismunur hefur að mati

PFS grundvallarþýðingu þegar kemur að því að túlka niðurstöðu stofnunarinnar, þ.e. hvað fellur undir almennt fjarskiptanet kæranda.

Fjarskiptanet- 1. mgr. ákvörðunarorða;

Kærandi fellst með ákveðnum fyrirvara á niðurstöðu PFS í 1. mgr. ákvörðunarorðanna, þ.e. að það sendikerfi sem flytji merki af vefsvæði kæranda, Vodafone.is, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins teljist vera fjarskiptanet og er þar vísað til rammatilskipunar EB nr. 2002/21/EB. Kærandi telur að fjarskipti taki aðeins til sendingar eða færslu merkja/tákna frá hugbúnaði vefsíðunnar yfir í farsímakerfið en ekki til vefsíðunnar sjálfrar og þess hugbúnaðar sem gerði viðskiptavinum félagsins kleift að skrá vefskilaboð. Óumdeilt er að vefsíða kæranda veitti viðskiptavinum aðgang að hugbúnaði þar sem hægt var að stofna til sendingar merkja sem var beint yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) félagsins og áfram til móttakanda símanúmers. Sá flutningur merkis, þ.e. í gegnum PHP „scriptur“ yfir í SMS miðlara fer eftir ákveðnu sendikerfi sem miðlar merkjum/skilaboðum. Kærandi telur skýrt að eingöngu sé unnt að fella sendikerfið sem slíkt undir fjarskiptanet en ekki vefsíðuna sjálfa. Kærandi gerir þó þann fyrirvara að verði talið að sendikerfi nái einnig yfir vefsíðuna sjálfa þá geti kærandi ekki fallist á 1. mgr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar og krefst þess að sá hluti verði felldur úr gildi.

PFS getur ekki fallist á fyrirvara kæranda um að fjarskiptanetið hefjist í raun við miðlun merkja frá hugbúnaði félagsins á vefsvæði þess, þ.e. frá PHP „scriptum“ yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) en nái ekki til vefsvæðisins eða hugbúnaðarins sjálfs, PHP „scriptanna“ sem móttaki merki frá vefsíðu á endabúnaði notandans af hinu almenna neti og vinni með þau. PFS bendir á að samkvæmt 13. tl. 3. gr. fjarskiptalaga sé fjarskiptanet skilgreint mjög viðtækt og ætlað að ná yfir hvers konar miðlun merkja í sendikerfi. Ekki sé hægt að túlka ákvæðið jafn þröngt og kærandi geri og að það sé bundið við eðli og tækni skilgreindrar fjarskiptaþjónustu sem eingöngu hafi verið þekkt við setningu EB rammatilskipunarinnar eða fjarskiptalaga. Skilgreiningar séu túlkaðar vítt til að geta náð yfir þá tækniþróun sem eigi sér stað á þessu sviði.

Að mati PFS sé ljóst að sendikerfi sem geri mögulegt að miðla merkjum m.a. eftir þræði eða þráðlaust teljist fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. laganna og að sending skilaboða af vefsíðu kæranda í gegnum PHP „scriptur“ yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) hans fari eftir fjarskiptaneti. Þegar tákn frá notanda, sem skrifað hefur skilaboð á tölvu sína eða snjalltæki, berast yfir internetið og inn í hugbúnað á vefsvæði kæranda, þ.e. PHP „scriptur“ eru þau komin í þann hluta vefsvæðis kæranda sem sé á forræði hans og teljist til fjarskiptanets hans. Þannig verði móttaka þeirra tákna í hugbúnaðinum PHP „scripta“ og vinnsla þar jafnframt að teljast „miðlun merkja“ í skilningi 13. tl. 3. gr. fjarskiptalaga. Þaðan er þeim svo miðlað til SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) og MySQL gagnagrunn sem jafnframt sé vistaður á vefsvæði kæranda.

PFS tekur undir með kæranda að það geti ekki talist til fjarskipta að skrifa inn smáskilaboð á vefsíðu kæranda frekar en innstimplun í farsíma. Hins vegar um leið og þau séu send af notanda á endabúnaði sínum hefjist fjarskipti yfir hið almenna internet og í hugbúnað kæranda á vefsvæði þess, þ.e. PHP „scriptur“, áfram þaðan í MySQL gagnagrunn sem og í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) og að lokum í endabúnað móttakanda/notanda. Um leið og sending skilaboðanna hefst úr vefsíðu á tölvu notandans fer af stað miðlun merkja sem sendandi missir forræði yfir.

PFS telur því ljóst að þjónusta vefsvæðisins, þ.m.t. „Mínar síður“ feli í sér fjarskipti í skilningi 15. tl. 3. gr. Þótt fjarskipti sem felist í miðlun merkja yfir hið almenna internet fari ekki endilega eftir eiginlegu fjarskiptaneti kæranda sé alveg ljóst að móttaka þeirra og vinnsla af hálfu kæranda fari fram á hluta vefsvæðis félagsins í PHP „scriptum“ og verði sú móttaka merkja, vinnsla þeirra og áframsending að teljast *fjarskipti* framkvæmd af kæranda.

Að mati PFS er samanburður kæranda um að fjarskiptanetið sé tengt við vefsíðuna með sama hætti og fjarskiptanetið sé tengt símtækjum viðskiptavina eða annars konar endabúnaði ekki marktækur því ekki sé um sambærilega hluti að ræða.

Vefsvæði kæranda sé þannig uppbyggt að notandi skráir sig inn og auðkennir sig í endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki, á hugbúnaði vefskoðara („browser“) með símanúmeri sínu og lykilorði og fær þannig aðgang að sínu svæði á vefsvæði kæranda. Notandi velur símanúmer móttakanda og skrifar skilaboð og um leið og hann velur að senda smáskilaboðin sendast þau yfir fjarskiptanet kæranda í hugbúnaðinn PHP „scriptur“. Þar með eru skilaboðin komin á vefsvæði kæranda og ábyrgðarsvæði hans. Í hefðbundnum smáskilaboðum milli tveggja farsíma er það SIM kortið í farsímanum sem veitir beinan aðgang að SMS miðlara í farsímakerfi kæranda (SMSC). Notandi er auðkenndur í kerfi kæranda í gegnum SIM kortið og ekki er um neitt millistig að ræða líkt og PHP „scripturnar“ vinna á vefsvæði kæranda heldur er beinn aðgangur á grundvelli SIM kortsins.

Sá hluti vefsvæðisins sem felst í hugbúnaði PHP „scripta“ er að mati PFS algjör forsenda þess að fjarskipti geti komist á með þeim hætti sem „Mínar síður“ bjóði uppá. Stofnunin telur ekki hægt að fallast á með kæranda að hið nauðsynlega milliskref sem felst í PHP „scriptum“, þ.e. móttaka, vinnsla og miðlun merkja frá vefsvæðinu sé undanskilið fjarskiptaneti hans þegar á sama tíma flutningur yfir hið almenna internet fer yfir fjarskiptakerfi kæranda og svo miðlun frá vefsvæðinu sjálfu yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC).

Fjarskiptabjónusta- 2. mgr. ákvörðunarorða;

Kærandi fellst ekki á 2. mgr. niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun og telur að þjónusta félagsins í sendingu smáskilaboða í gegnum „Mínar síður“ yfir í farsíma teljist ekki vera fjarskiptabjónusta þar sem vefsvæði kæranda falli að hans mati ekki undir fjarskiptalög frekar en farsími endanotenda.

PFS bendir á að skilgreining fjarskiptalaga á fjarskiptabjónustu en það er þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, eigi rætur sínar til rammatilskipunar EB og tekur því undir með kæranda að fjarskiptanet verði að vera til staðar svo hægt sé að tala um veitingu fjarskiptabjónustu. PFS hefur rökstutt að vefsvæði kæranda geti ekki talist annað en hluti af fjarskiptaneti hans en ekki eingöngu tengt við það. Hugbúnaðurinn PHP „scriptur“ sé nauðsynleg forsenda þess að fjarskipti geti átt sér stað og fjarskiptabjónusta veitt.

PFS telur þjónustusíðu kæranda ekki sambærilega þjónustusíðum annarra aðila, s.s banka og Facebook. Þegar skilaboð eru send í heimabanka þá sé það viðkomandi viðskiptabanki sem sé viðskiptavinur kæranda. Viðskiptabankinn býður notanda heimabanka að senda tilkynningu um t.d. millifærslu í ákveðið símanúmer (B númer) á kerfi kæranda. Aftur á móti sé aldrei um neitt upphafs símanúmer notanda að ræða (A númer) heldur sé það viðkomandi viðskiptabanki sem sé sendandi skilaboðanna en ekki notandi heimabanka. PFS telur því ljóst að mismunur sé á þeirri fjarskiptabjónustu sem veitt sé og geti þjónusta viðskiptabanka í netbönkum ekki talist vera almenn fjarskiptabjónusta líkt og sending smáskilaboða af „Mínum síðum“ sé. Notendur þjónustu netbankans takmarkast við viðskiptavini þess banka og geta verið viðskiptavinir hvaða fjarskiptafyrirtækis sem er. Á „Mínum síðum“ kæranda sé aftur á móti boðið upp á almenna fjarskiptabjónustu sem sé opin öllum viðskiptavinum hans og felst í sendingu smáskilaboða eftir fjarskiptaneti. Hvað varðar þjónustusíðu Facebook þá eru skilaboð sem send eru í gegnum hana veitt í gegnum forrit (app) sem eigandi snjalltækis hefur halað niður í tæki sitt. Notkun slíks forrits sé óháð símanúmeri og fjarskiptabjónustu viðkomandi fjarskiptafélags, að undanskyldri nettengingu sem bæði geti verið með 3G/UMTS eða 4G/LTE farnetsþjónustu eða staðbundnu Wi-Fi þráðlausu neti, og fara skilaboð sem þar séu send aldrei inn í farsímakerfi neins fjarskiptafélags. Forritin (öppin) senda einungis skilaboð yfir internetið en eru aldrei tengd við símanúmer, hvorki A né B númer.

PFS geti í ljósi ofangreinds ekki fallist á með kæranda að grundvallaratriði málsins sé að gera greinarmun á fjarskiptakerfi félagsins annars vegar og þjónustusíðu þess hins vegar. PFS telur alveg ljóst að sú fjarskiptabjónusta sem veitt hafi verið á vefsvæði kæranda sé í grunnin ólík þjónustu netbanka og t.d. skilaboðakerfi Facebook.

PFS getur heldur ekki fallist á þann málatilbúnað kæranda að gerð verði grein milli þeirra gagna sem verði til um fjarskiptaumferð vegna umræddrar fjarskiptasendingar annars vegar og gagna („logga“) sem verða til vegna aðgerða á vefsíðunni sjálfri. Hvaða gögn voru vistuð og hvernig geymslu þeirra var háttuð verði skoðuð í áframhaldandi rannsókn stofnunarinnar á umræddu öryggisatviki. Í máli þessu sé aðeins verið að leysa úr ágreiningi er varðar gildissvið fjarskiptalaga.

PFS tekur undir með kæranda að móttakandi smáskilaboða geti fengið send skilaboð af ólíkum uppruna og að hvorki tölva, snjalltæki eða farsími notenda falli undir fjarskiptalög. Það sé sú fjarskiptaþjónusta sem fjarskiptafélög veiti með aðgangi notenda að fjarskiptaneti þess, s.s. með innskráningu á „Mínar síður“ sem falli undir fjarskiptalög. Tæknilegur mismunur á útfærslu sendingu smáskilaboða og miðlun merkja geti ekki leitt til þess að smáskilaboðaþjónusta sem sé sambærileg við hefðbundna smáskilaboðaþjónustu í farsíma, teljist ekki vera fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. tl. 3. gr. fjarskiptalaga.

Hvað varðar varðveislu skilaboðanna þá bendir PFS á að ákveðinn eðlismunur sé á geymslu skeytanna. Smáskilaboð send úr farsíma vistast á farsíma notenda, eiginlegum endabúnaði hans, og sé alfarið undir hans yfirráðum og á hans ábyrgð, t.a.m. er varðar aðgang annarra að honum og öryggi hans. Notandi hefur engin slík forræði yfir skeytasögu sinni á vefsvæði kæranda og er það alfarið í höndum félagsins hvernig varðveislu skeytanna og öryggi þeirra sé háttuð.

Almennt fjarskiptanet- 3. mgr. ákvörðunarorðanna;

PFS hafnar afstöðu kæranda um að vefsvæði hans geti ekki talist vera almennt fjarskiptanet þar sem hann hafi ekki verið að veita fjarskiptaþjónustu. Sendikerfi kæranda sem miðli merkjum gegnum „Mínar síður“ í PHP „scriptur“, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins (SMSC) og áfram í móttakandi símanúmer teljist fjarskiptanet. Sú þjónusta sem veitt hafi verið á vefsvæði kæranda og felist í sendingu smáskilaboða frá einu símanúmeri (A númeri) yfir í annað (B númer) teljist vera fjarskiptaþjónusta og að sú þjónusta hafi verið almenn, þ.e. staðið öllum viðskiptavinum kæranda til boða. Skilyrðum 5. tl. 3. gr. fjarskiptalaga sé því fullnægt.

47. gr. fjarskiptalaga;

Kærandi telur 47. gr. fjarskiptalaga ekki geta átt við um þau gögn („logga“) sem verði til á vefsvæði hans, þ.e. vegna forritsins sem hafi gert notendum mögulegt að senda vefskilaboð gegnum internetið. PFS hafnar afstöðu kæranda hvað þetta varðar og hefur andmælt öllum sjónarmiðum kæranda þess efnis að sú þjónusta sem hann hafi boðið uppá á vefsvæði sínu hafi ekki falið í sér almenna fjarskiptaþjónustu sem veitt sé á almennu fjarskiptaneti þess. Af hálfu PFS sé ljóst að um sambærilega þjónustu sé að ræða og sendingu smáskilaboða milli tveggja farsíma. Vefsvæði kæranda falli því undir

ákvæði fjarskiptalaga þar sem það uppfylli skilgreiningar laganna um fjarskipti, fjarskiptanet, fjarskiptaþjónustu og almennt fjarskiptanet.

Meðalhóf og jafnræði;

Kærandi áréttar að gæta verði meðalhófs og jafnræðis í málinu og að PFS hafi almennt ekki verið virkt í eftirlitshlutverki sínu og aldrei haft afskipti af þjónustusíðu félagsins enda þótt hún hafi áður orðið fyrir netárásam.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur m.a. fram að PFS geti ekki fallist á að það brjóti í bága við meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga að stofnunin hafi komist að þeirri niðurstöðu að sending smáskilaboða í gegnum „Mínar síður“ félli undir gildissvið fjarskiptalaga. Í hinni kærðu ákvörðun hafi PFS ákvarðað að hið umþrætta vefsvæði teljist til almenns fjarskiptanets kæranda og falli undir gildissvið fjarskiptalaga. Þannig falli sambærileg þjónusta veitt af öðrum fjarskiptafyrirtækjum jafnframt undir gildissvið laganna og eftirlitsvald stofnunarinnar. PFS hafi því ekki verið að leggja nýjar skyldur á kæranda né önnur fjarskiptafélög.

PFS áréttar að ekki hafi verið forsendur fyrir fjarskiptafélögin að ætla annað en að gildissvið fjarskiptalaga og reglna nr. 1221/2007 tækju til allrar fjarskiptaþjónustu fjarskiptafélaganna, þ.m.t. þá sem veitt sé í gegnum vefsvæði þeirra. Hin kærða ákvörðun kveður á um gildissvið fjarskiptalaga gagnvart vefsvæði kæranda. Sjónarmið um meðalhóf gagnvart kæranda umfram önnur fjarskiptafélög hafi ekki fallið þar undir.

PFS bendir á að enda þótt áður hafi verið gerðar netárásir á þjónustusíðu kæranda þurfi það ekki að þýða að sá hluti hennar þar sem boðið sé upp á fjarskiptaþjónustu og sé hluti almenns fjarskiptanets hafi orðið fyrir árás eða veitt sérstakt tilefni til að ætla að ákvæði fjarskiptalaga og afleiddra réttarheimilda hafi ekki vera fylgt af félaginu. PFS telur ljóst að afleiðingar öryggisatviks sem átt hafi sér stað í nóvember sl. hafi gefið tilefni til þess að stofnunin hæfi rannsókn á atvikinu.

Munnlegur málflutningur;

Loks telur PFS ekki ástæðu til þess að fallast á beiðni kæranda um að fram fari munnlegur málflutningur þar sem skilyrði reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála þar að lútandi séu ekki uppfyllt. Málið sé ekki svo lagalega eða tæknilega flókið að þörf sé á munnlegum málflutningi. Um sé að ræða túlkun á skilgreiningarákvæðum fjarskiptalaga. Enginn ágreiningur sé á milli kæranda og PFS um tæknilega uppbyggingu vefsvæðisins sjálfs. Aðila greini aðeins á um hvort vefsvæðið uppfylli skilyrði skilgreiningarákvæða fjarskiptalaga eða ekki. Að mati PFS sé ekki um grundvallaratriði í fjarskiptarétti að ræða né hafi hin kærða ákvörðun verið stefnumótandi.

3.

Greinagerð PFS var send kæranda til upplýsinga þann 3. júlí 2014.

IV. Niðurstöður

1.

Í máli þessu er deilt um hvort og/eða að hve miklu leyti vefsvæði kæranda og sú þjónusta sem „Mínar síður“ buðu upp á falli undir gildissvið fjarskiptalaga. Aðilar hafa sama skilning á uppbyggingu kerfis kæranda og hvernig sendingu og geymslu skeyta hafi verið háttað. Hin kærða ákvörðun lýtur að gildissviði fjarskiptalaga nr. 81/2003 og reglna nr. 1221/2007 um vernd upplýsinga í almennum fjarskiptanetum, þ.e. hvort vefsíða kæranda, sem bauð upp á sendingu smáskilaboða af „Mínum síðum“, teldist hluti af fjarskiptaneti í skilningi fjarskiptalaga, hvort það net hafi verið almennt og hvort þjónusta sem þar hafi verið veitt teldist vera fjarskiptaþjónusta, í skilningi sömu laga. Í hinni kærðu ákvörðun er komist að þeirri niðurstöðu að vefsvæðið og þjónusta „Minna síðna“ falli undir gildissvið fjarskiptalaga. Hin kærða ákvörðun lýtur ekki að geymslu gagna eða hvernig öryggi kerfisins hafi verið háttað.

Vefsvæði kæranda, vodafone.is, felur í sér að viðskiptavinur fer inná vefsvæðið með þeim tækjabúnaði sem til þess er fallinn, t.d. tölvu. Á vefsvæðinu er hnappur sem kallast „Mínar síður“ og eftir að hafa smelt á hann og slegið inn lykilorð og notendanafn er viðskiptavinurinn kominn inná sitt svæði og hefur aðgengi að þeirri þjónustu sem þar er veitt. Hluti af þjónustu kæranda við viðskiptavini á „Mínu svæði“ er m.a. sending smáskilaboða (SMS) í farsíma, bæði gjaldfrjálst og gegn gjaldi.

Kærandi telur að vefsvæðið, þ.e. „Mínar síður“ og PHP „script“ ásamt MySQL gagnagrunninum, sem felist í þjónustusíðunni vodafone.is, geti ekki fallið undir skilgreiningar á fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptaneti og falli því ekki undir gildissvið fjarskiptalaga.

PFS telur gildissvið fjarskiptalaga taka til vefsvæðis kæranda og þ.m.t. „Minna síðna“ en það falli undir skilgreiningar fjarskiptalaga á fjarskiptaþjónustu og fjarskiptaneti.

2.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru þrífætt og varða afmörkun gildissviðs fjarskiptalaga og skilgreiningu á hugtökunum *fjarskiptanet*, *fjarskiptaþjónusta* og *almennt fjarskiptanet*, sbr. 13. tl., 15. tl. og 5. tl. 3. gr. laga um fjarskipti.

Fjarskiptanet er skilgreint samkvæmt fjarskiptalögum sem „sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir

þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, raðdreifikerfi, háspennulínnum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp“.

Fjarskiptabjónusta er skilgreind sem „bjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvubjónusta og netaðgangur“.

Almennt fjarskiptanet er skilgreint sem „fjarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptabjónustu“.

Fjarskiptalög gilda um fjarskipti, fjarskiptabjónustu og fjarskiptanet. Markmið laganna er að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði, sbr. 1. gr. laganna. Í greinagerð með frumvarpi til fjarskiptalaga kemur fram að með lögum um fjarskipti var fjarskiptalöggjöf ESB, sem orðin er hluti EES samningsins, innleidd í íslenskan rétt. Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan ramma stjórnsýslu um fjarskiptanet og bjónustu (Rammatilskipun) er ætlað að koma á samhæfðum ramma við eftirlit með rafrænni fjarskiptabjónustu, rafrænum fjarskiptanetum, tilheyrandi aðstöðu og tilheyrandi bjónustu. Með henni eru settar fram meginreglur sem eftirlitsstofnanir ríkjanna eiga að fara eftir og meginreglur sem gilda á fjarskiptamarkaðnum. Skilgreining tilskipunarinnar á *rafrænu fjarskiptaneti*, *fjarskiptabjónustu* og *almennu fjarskiptaneti* eru ekki teknar orðrétt upp í fjarskiptalög en eru að mestu leyti efnislega samhljóða skilgreiningu fjarskiptalaga.

Að mati úrskurðarnefndar verður að skilgreina ofangreind hugtök í ljósi markmiðs fjarskiptalaga. Af skilgreiningu bæði fjarskiptalaga og tilskipunar EB á hugtakinu *fjarskiptanet* má sjá að þar er átt við sendikerfi og „önnur úrræði“ sem gera mögulegt að miðla merkjum. Skilgreiningin á *fjarskiptaneti* felur þannig ekki í sér tæmandi talningu á úrræðum og ber því að mati úrskurðarnefndar að skýra hugtakið vítt. Víðtæk skilgreining á *fjarskiptaneti* felur einnig í sér að hugtökin *fjarskiptabjónusta* og *almennt fjarskiptanet* eru túlkuð vítt.

3.

Óumdeilt er að vefsíða kæranda veitti viðskiptavinum aðgang að hugbúnaði þar sem hægt var að stofna til sendingar merkja sem var svo beint yfir í SMS miðlara í farsímakerfi (SMSC) félagsins og áfram til móttakanda símanúmers. Sá flutningur merkis, þ.e. í gegnum PHP „scriptur“ yfir í SMS miðlara fer eftir ákveðnu sendikerfi sem miðlar merkjum/skilaboðum.

Í ljósi hinnar víðu skilgreiningar fjarskiptalaga á hugtakinu *fjarskiptanet* sem tekur m.a. til annarra úrræða við að miðla merkjum, sem og í ljósi markmiðs fjarskiptalaga um að tryggja öryggi fjarskipta, telur úrskurðarnefnd að þegar fyrir hendi er hugbúnaður á

vefsvæði kæranda sem gerir notanda kleift að skrifa smáskilaboð á tölvu og senda á svæði sem er á forræði kæranda sé um að ræða hluta af fjarskiptaneti kæranda.

Þessi móttaka tákna og vinnsla þeirra telst miðlun merkja og þetta sendikerfi, sem m.a. hefur að geyma hugbúnað (PHP „scriptur“) sem móttækur og flytur merki, telst vera fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. fjarskiptalaga. Á þessum grunni staðfestir úrskurðarnefnd hina kærðu ákvörðun að sendikerfi sem flytur merki af vefsvæði kæranda, vodafone.is, yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins teljist vera fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. laga, nr. 81/2003, um fjarskipti.

Úrskurðarefndin telur að í ljósi þeirrar niðurstöðu að sendikerfi kæranda sem flytur merki af vefsvæði yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins teljist vera fjarskiptanet í skilningi 13. tl. 3. gr. laga um fjarskipti, verði að fallast á niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um að sending smáskilaboða yfir í farsíma, teljist vera fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. tl. 3. gr. laga um fjarskipti, enda er þar ótvírætt verið að beina merkjum um fjarskiptanet, í skilningi 15. tl. 3. gr. fjarskiptalaga.

Að sama skapi og í ljósi ofangreinds staðfestir úrskurðarnefndin einnig að þar sem þjónustan standi almenningi til boða í þeim skilningi að allir viðskiptavinir kæranda geti nýtt sér hana, sé sá hluti fjarskiptanets sem miðlar merkjum af vefsvæði kæranda yfir í SMS miðlara í farsímakerfi félagsins og veitir viðskiptavinum félagsins sem tengjast „Mínum síðum“ með símanúmeri sínu, hluti af almennu fjarskiptaneti þess í skilningi 5. tl. 3. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti.

4.

Aðilar eru ekki sammála um hvort 47. gr. fjarskiptalaga taki til þeirra gagna sem verði til á vefsvæði kæranda. Greinin fjallar um öryggi og þagnarskyldu en þar kemur fram að fjarskiptafyrirtæki sem veita almenna fjarskiptaþjónustu skuli gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja öryggi þjónustunnar í samráði við rekstraraðila fjarskiptaneta ef við á. Verja skuli upplýsingar sem fari um fjarskiptanet gegn því að þær glatist, skemmist eða breytist fyrir slysni eða að óviðkomandi fái aðgang að þeim. Reglur nr. 1221/2007 um vernd upplýsinga í almennum fjarskiptanetum eru settar með stoð í 47. gr. laga um fjarskipti. Reglurnar taka til net- og upplýsingaöryggis í fjarskiptanetum, þ.e. í hinum eiginlegu fjarskiptanetum svo og upplýsingakerfum sem þau styðjast við og tengjast. Almennar kröfur og leiðbeiningar fela m.a. í sér að fjarskiptafyrirtæki skulu gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja vernd almennra fjarskiptaþjónustu og fjarskiptaneta sem þau reka, m.a. verja upplýsingar sem um þau fara gegn ólöglegri eyðileggingu, glötun eða breytingum fyrir slysni eða vegna óleyfilegs aðgangs.

Úrskurðarnefnd telur að vefsíða kæranda sem veitti viðskiptavinum aðgang að „Mínum síðum“ hafi verið hluti af almennu fjarskiptaneti og að sú þjónusta sem veitt sé með sendingu merkja frá „Mínum síðum“ teljist vera fjarskiptaþjónusta í skilningi

fjarskiptalaga. Því falli fjarskiptastarfsemi kæranda undir ákvæði 47. gr. fjarskiptalaga og reglna nr. 1221/2007 settra á grundvelli hennar.

5.

Hvað varðar sjónarmið um jafnræði og meðalhóf þá er ekki annað að sjá en að undirbúningur hinnar kærðu ákvörðunar hafi verið ítarlegur og gætt að því að kærandi kæmi að sjónarmiðum sínum. Ekki hefur verið sýnt fram á með gildum rökum að hin kærða ákvörðun, sem varðar fyrst og fremst gildissvið fjarskiptalaga gagnvart starfsemi kæranda, brjóti í bága við meðalhófsregluna. Ekkert hefur heldur komið fram um að afmörkun á gildissviði fjarskiptalaga sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun feli í sér breytt réttarástand og gildi ekki jafnt um önnur fjarskiptafyrirtæki í sömu stöðu. Að öðru leyti er PFS bundið af stjórnsýslulögum við beitingu ákvæða fjarskiptalaga og skiptir þá ekki máli hvaða vefsvæði og þjónusta á í hlut.

6.

Kærandi óskar eftir að málið verði flutt munnlega enda sé um flókið tæknilegt álitaefni að ræða og varði miklu um túlkun fjarskiptalöggjafar. PFS telur að skilyrði reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, hvað varðar munnlegan málflutning, ekki uppfyllt.

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

Úrskurðarnefnd telur mál þetta ekki uppfylla framangreind skilyrði um frávík frá meginreglunni um skriflegan málflutning, ekki síst þar sem ekki er ágreiningur um uppbyggingu kerfisins eða hvernig sendingu og geymslu skeyta hafi verið háttað. Kröfu kæranda þar að lútandi er því hafnað.

7.

Á grundvelli ofangreinds er hin kærða ákvörðun staðfest.

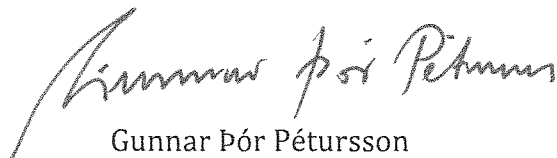
Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2008 um Póst- og fjarskiptastofnun.

V. Úrskurðarorð

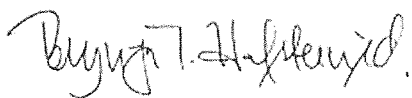
Ákvörðun PFS í máli nr. 1/2014 er staðfest.

Málskostnaður nefndarinnar er kr. 1.024.000 og greiðist af kæranda, Fjarskiptum hf., að frádregnu málskotsgjaldi kr. 150.000.

Reykjavík, 11. október 2014



Gunnar Þór Pétursson



Brynja I. Hafsteinsdóttir



Kirstín Þ. Flygenring