



HÉRAÐSDÓMUR
REYKJAVÍKUR

ÚRSKURÐUR

3. maí 2016

Mál nr. E-1221/2015:
Stefnandi: Fjarskipti hf.
(*Reimar Snæfells Pétursson hrl.*)

Stefndi: Póst- og fjarskiptastofnun
(*Ragnar Tómas Árnason hrl.*)

Dómari: Ingiríður Lúðvíksdóttir, settur héraðsdómari

Ú R S K U R Ð U R

Héraðsdóms Reykjavíkur, þriðjudaginn 3. maí 2016, í máli nr. E-1221/2015:

Fjarskipti hf.

(Reimar Snæfells Pétursson hrl.)

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

(Ragnar Tómas Árnason hrl.)

Þetta mál, sem var tekið til úrskurðar 27. apríl 2016 um það álitaefni hvort leita skuli ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, er höfðað af Fjarskiptum hf., kt. 470905-1740, Skútuvogi 2, Reykjavík, með stefnu birtri 7. apríl 2015 á hendur Póst- og fjarskiptastofnun, kt. 570397-2499, Suðurlandsbraut 4, Reykjavík.

Stefnandi krefst þess að ógiltur verði með dómi úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, 11. október 2014, í máli nr. 3/2014.

Stefnandi krefst einnig málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnda.

Stefndi krefst sýknu af öllum dómkröfum stefnanda.

Hann krefst einnig málskostnaðar, að teknu tilliti til virðisaukaskatts, úr hendi stefnanda.

Á dómþingi 11. nóvember sl. greindi dómariinn lögmönnum málsaðila frá því að hann teldi rétt að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um nánara inntak þeirra hugtaka sem reynir á í málinu.

Í samræmi við 2. mgr. 1. gr. laga nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins á skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið var málsaðilum gefinn kostur á að tjá sig um þessa ákvörðun dómara 17. desember sl. Hvorugur málsaðila mótmælir því né krefst þess að ráðgefandi álits sé leitað.

Helstu málsatvik

Stefnandi, Fjarskipti hf., er alhliða fjarskiptafyrirtæki sem býður einstaklingum, fyrirtækjum, stofnunum og opinberum aðilum alla meginþætti fjarskiptaþjónustu. Á vefsíðu sinni, vodafone.is, kynnir hann meðal annars þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður.“ Á „Mínum síðum“ er meðal annars unnt að senda SMS-skilaboð í farsíma og meðhöndla send SMS-skilaboð.

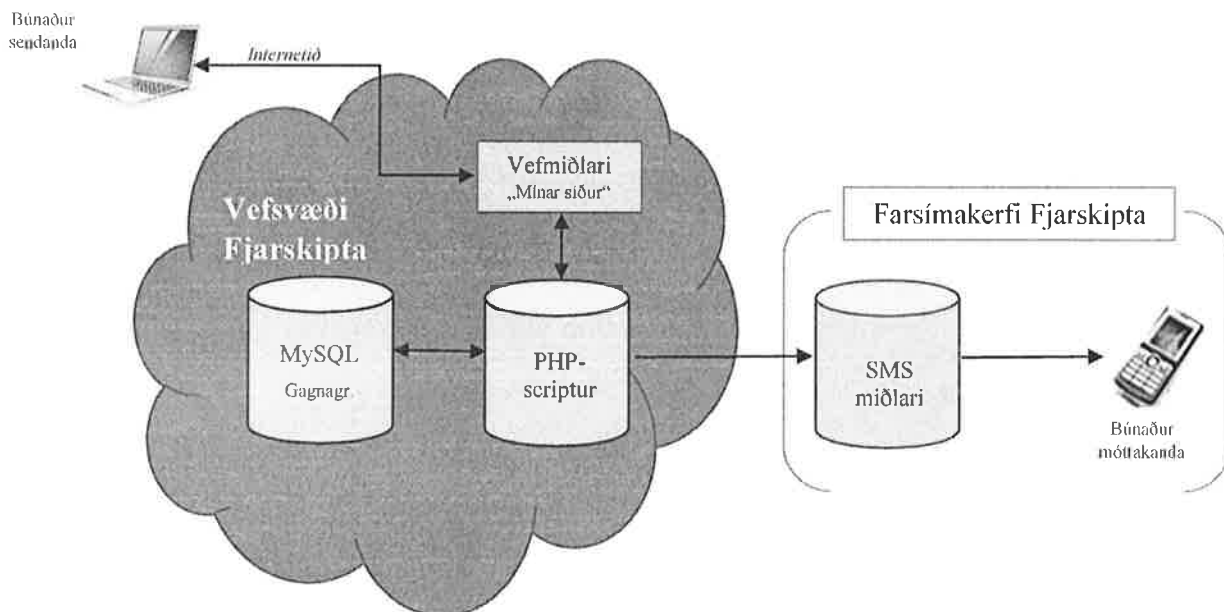
Fyrirtækið Fjarskipti hf. hefur boðið upp á smáskilaboðþjónustu í meira en áratug. Málsaðilar eru sammála um þá lýsingu að þjónustan hafi í upphafi verið byggð þannig upp að allur almenningur gat farið inn á heimasíðu félagsins, valið móttakandi símanúmer, skrifað skilaboð og sent. Á þessum tíma var ekki krafist innskráningar og þjónustan kölluð „FRÍ SMS“. Aldrei var boðið upp á að vista þessi skilaboð í skeytasögu. Á síðasta fjórðungi ársins 2012 hættu Fjarskipti hf. að veita þessa þjónustu.

Árið 2004 settu Fjarskipti hf. upp „Mínar síður“ þar sem áskrifendur að þjónustu félagsins gátu skráð sig inn á símanúmeri sínu ásamt lykilorði. Þar var í boði „VEF-SMS“ þjónusta, það er sending smáskilaboða frá hlutaðeigandi símanúmeri til þess móttakandi símanúmers sem valið var.

Á „Mínum síðum“ var frá 2008 hægt senda skilaboð einum eða fleiri viðtakendum, vista viðtakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Sá möguleiki mun hafa verið notaður mikið til dæmis af félagasamtökum sem senda stórum hópi viðtakenda fjölda skilaboða. Það kerfi var einnig notað til að senda skilaboð er vörðuðu bók-anir í læknaþjónustu og aðra sérfræðiþjónustu, sem og af öðrum þjónustufyrirtækjum.

Í desember 2010 bauð fyrirtækið áskrifendum fyrst upp á að vista skeytasögu inni á „Mínum síðum“ og var sú þjónusta eingöngu boðin áskrifendum. Kerfið virkaði þannig að áskrifandinn gat fjarlægt merki (hak) úr reit á síðunni sem var merktur „vista í skeytasögu“ og þá vistuðust umrædd skilaboð ekki í skeytasögu hans. Væru skeytin vistuð var saga hvers áskrifanda ávallt sýnileg honum þegar ný skeyti voru send.

Þegar brotist var inn í vefkerfi Fjarskipta hf., í nóvember 2013, var vefkerfið hluti af þjónustusíðu félagsins „Mínum síðum“ og var hýst á aðalvefþjóni þess. Áskrifandi að þjónustu Fjarskipta hf. skráði sig inn á vefmiðlara „Mínar síður“ á vefsvæði Fjarskipta hf. í gegnum vefskoðara (e. browser) í endabúnaði sínum, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Þar auðkenndi áskrifandi sig, eins og áður segir, með símanúmeri sínu og lykilorði. Við innskráningu fékk viðkomandi aðgang að sínu svæði á vefmiðlara Fjarskipta hf. Því næst valdi hann símanúmer móttakanda og skrifaði inn skilaboð á endabúnaði sínum. Um leið og áskrifandinn valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefmiðlarinn merkjunum yfir í hugbúnaðinn PHP-„scriptur“ sem einnig er á vefsvæði Fjarskipta hf. Hugbúnaðurinn, sem PHP-„scripturnar“ eru, vann svo með merkin frá skeytasendingu og sendi áfram til MySQL-gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, hafi áskrifandi ekki valið að vista ekki í skeytasögu, og í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) Fjarskipta hf. sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.



Eins og áður greinir var, aðfaranótt 30. nóvember 2013, brotist inn í vefsvæði stefnanda vodafone.is. Gögnum var stolið og þau birt opinberlega á internetinu. Persónuupplýsingar um þúsundir viðskiptavina félagsins, sem höfðu verið varðveittar þar, þar með talið efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð, komust af þessum sökum í hendur óviðkomandi aðila.

Stefndi, Póst- og fjarSKIPTASTOFNUN, hefur meðal annars það hlutverk að gæta hagsmuna almennings með því að gera ráðstafanir til þess að vernda persónuupplýsingar og friðhelgi einkalífs almennings og stuðla að öryggi almennra fjarSKIPTANETA.

Til þess að rækja þetta hlutverk sitt ritaði stefndi stefnanda bréf 23. desember 2013 og óskaði frekari upplýsinga frá stefnanda um þau gögn sem stolið var, viðmót vefsvæðisins o.fl. Stefnanda var boðið að koma að athugasemdum sínum við þær kvartanir sem stefnda höfðu borist frá einstaklingum sem höfðu vistað gögn á svæðinu.

Stefnandi svaraði stefnda með bréfi 23. janúar 2014. Við svörum sínum setti hann þó þann fyrirvara að gildissvið laga nr. 81/2003 um fjarSKIPTI, og þar með valdsvið stefnda, næði ekki yfir vefsvæði stefnanda.

Af þessum sökum og í samræmi við vandaða stjórnsýsluhætti taldi stefndi nauðsynlegt að taka af allan vafa um valdsvið sitt áður en frekari rannsókn á umræddu öryggisatviki færi fram. Hann leit ekki sérstaklega til þeirra gagna sem var stolið heldur til þess hvort vefsvæði stefnanda, og sú þjónusta sem þar var veitt, félli undir ákvæði fjarSKIPTALAGA, afleiddra réttarheimilda og valdsvið stefnda, sbr. lög um fjarSKIPTI nr. 81/2003 og lög um Póst og fjarSKIPTASTOFNUN nr. 69/2003.

Stefndi tók 24. mars 2014 ákvörðun um það hvort vefsvæði stefnanda, vodafone.is, og sú þjónusta sem þar var veitt og áður var lýst félli undir ákvæði fjarSKIPTA-

laga, þ.e. ákvörðun nr. 1/2014, um afmörkun á gildissviði fjarskiptalaga vegna vefsvæðis stefnanda. Niðurstaða ákvörðunarinnar var

- 1) að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda teldist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga,
- 2) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda sem fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga og
- 3) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínum síðum“ með símanúmeri sínu aðgang að þessu teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í skilningi 5. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga.

Stefndi skoðaði ekki sjálfa vistun og geymslu gagnanna á vefsvæði stefnanda í ákvörðuninni enda laut ákvörðunin að túlkun skilgreiningarákvæða fjarskiptalaga og þar með því hvort það félli innan valdsviðs stefnda að taka ákvarðanir um viðkomandi vefsvæði, þar með talið um meðhöndlun, geymslu og eyðingu gagnanna. Hvaða gögn voru vistuð, hvernig geymslu þeirra var háttað og lögmæti þessa yrði skoðað í áframhaldandi rannsókn stefnda á umræddu öryggisatviki.

Stefnandi kærði þessa ákvörðun til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála með kæru, dags. 16. apríl 2014. Í kærunni krafðist hann þess aðallega að ákvörðunin yrði felld úr gildi að hluta, þ.e. niðurstöður stefnda í lið 2) og að hluta til þeirra í lið 3). Með öðrum orðum krafðist stefnandi þess ekki í aðalkröfu að ákvörðunin yrði felld úr gildi að því er varðar lið 1), þótt hann hafi sett tiltekinn fyrirvara við þann lið. Í varakröfu krafðist stefnandi þess hins vegar að ákvörðunin yrði felld úr gildi í heild sinni. Með úrskurði 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðun stefnda.

Í úrskurðinum felst að SMS-þjónustan á „Mínum síðum“ teljist „fjarskiptanet“, „almennt fjarskiptanet“ og „fjarskiptaþjónusta“, allt í skilningi 5., 13. og 15. töluliðar 3. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti. Stefnandi getur ekki felld sig við þetta og krefst ógildingar úrskurðarins og þar með ákvörðunar stefnda. Kröfur sínar byggir hann á því að með því að fella vefmiðlarann „Mínar síður“ undir „fjarskiptanet“, „almennt fjarskiptanet“ og „fjarskiptaþjónustu“ sé brotið gegn lögmætisreglu stjórnsýsluréttarins og 5. mgr. 1. gr. laga nr. 81/2003.

Stefnandi krefst ógildingar úrskurðarins í heild eins og hann gerði í varakröfu fyrir úrskurðarnefndinni, þ.e. hann fellst ekki lengur á niðurstöðu stefnda í lið 1) með fyrirvara.

Samandregið varðar ágreiningur málsins það hvort valdsvið stefnda, Póst- og fjarskiptastofnunar, taki til þeirrar SMS-þjónustu stefnanda sem áður var lýst og þar með hvort stefndi geti tekið ákvarðanir sem varða þessa þjónustu svo sem um meðhöndlun, geymslu og eyðingu gagna.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi telur lög nr. 81/2003 um fjarskipti ekki taka til vefsvæðis hans. Hann byggir í fyrsta lagi á því að vefsíður á netinu séu ekki fjarskiptanet. Þjónustusíða stefnanda, vodafone.is, þar sem viðskiptamönnum var veittur aðgangur að „Mínum síðum“, er á internetinu. Stefnandi geri skýran greinarmun á vefsíðum á internetinu og fjarskiptanetum sínum.

Stefnandi telur þennan skilning sinn eiga stoð í 13. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003. Þar kemur fram að „fjarskiptanet“ vísar til tilgreinds tækjabúnaðar eða nánar tiltekið: „sendikerfis“, „skiptistöðva“, „beina“ og „annarra úrræða“, sem er nánar lýst, en meðal þeirra eru talin „net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp.“

Samkvæmt 5. mgr. 6. gr. laga nr. 81/2003 er stefnda heimilt „að leggja sérstakar kvaðir“ á öll fyrirtæki sem „reka fjarskiptanet“ um „aðgang, samtengingu og alþjónustu.“

Vefsíða stefnanda á internetinu sé vitaskuld hvorki „sendikerfi“, „skiptistöð“ né „beinir.“ Hún geti heldur ekki talist „annað úrræði“ í skilningi 13. töluliðar 3. gr. laga nr. 81/2003.

Í úrskurði úrskurðarnefndarinnar segi að hugtakið „fjarskiptanet“ beri að skýra „vitt“ og gengið svo langt að fella undir hugtakið öll „önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum“. Af þessum sökum álfíti úrskurðarnefndin að „hugbúnaður á vefsvæði [stefnanda] sem gerir notanda kleift að skrifa smáskilaboð á tölvu og senda á svæði sem er á forræði [stefnanda]“ sé hluti af fjarskiptaneti hans.

Þessu mótmælir stefnandi. Hugbúnaður af þessum toga verði ekki lagður að jöfnu við þann tækjabúnað sem lýst er í 13. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003. Þessi hugbúnaður á vefsvæði stefnanda sendi einungis skilaboð notandans til fjarskiptanetsins. Hugbúnaðurinn sé því ekki hluti fjarskiptanetsins.

Hver sem er geti sett hugbúnað sem þennan á vefsíður sínar og notkun hans sé algeng. Fengi skýring úrskurðarnefndarinnar að standa yrho valdmörk stefnda nánast takmarkalaus. Hann fengi þannig til dæmis vald yfir a) vefsíðum banka sem senda SMS-kvittanir, b) vefsíðum á borð við „midi.is“ sem senda SMS-aðgangsmiða, c) vefsíðum flugfélaga sem senda SMS-brottfararspjöld og d) vefsíðum á borð við „ja.is“ sem bjóða hugbúnað til að senda SMS-skilaboð.

Þess konar þjónusta þessara aðila teldist allt eins „miðlun merkja“ og „senderkerfi“ þeirra byggi á sama eða sambærilegum hugbúnaði og var á vefsvæði stefnanda. Þeir teldust því allir starfrækja „fjarskiptanet“ fengi úrskurðurinn að standa.

Stefnandi byggir í öðru lagi á því að starfræksla SMS-skilaboðapjónustu á vefsíðu á internetinu feli ekki í sér „fjarskiptapjónustu“ í skilningi 15. töluliðar 3. gr. laga nr. 81/2003. Hann telur að gera verði skýran greinarmun á annars vegar þjónustu sem sendir SMS-skilaboð af vefsíðum á internetinu til beinis á fjarskiptaneti og hins vegar þjónustu beinisins sjálfs.

Í úrskurðinum sé ekki gerður slíkur greinarmunur og ekki vikið sjálfstætt að þessu atriði. Þess í stað sé látið við það sitja að fullyrða að þar sem hugbúnaðurinn á vefsvæðinu hafi verið hluti „fjarskiptanets“ teljist þjónustan „fjarskiptapjónusta“.

Þessu mótmælir stefnandi. Skilgreining „fjarskiptapjónustu“ í 15. tölulið 3. gr. vísi til þess að „beina merkjum“ eða veita þá þjónustu sem „beinir“ veiti alla jafnan. Af þeim sökum falli sending skilaboða af vefsíðu á internetinu til SMS-beinis í farsímakerfinu einmitt utan þess að „beina merkjum“ um fjarskiptanet. SMS-beinirinn veiti því fjarskiptapjónustuna en ekki hugbúnaðurinn á vefsíðunni.

Stefnandi áréttar að sérstaklega sé tekið fram í c-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB, sem er hluti samningsins um Evrópska efnahagssvæðið, að veiting þjónustu sem falli undir „rafræna þjónustu“ í skilningi 1. gr. tilskipunar 98/34/EB um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða teljist ekki „fjarskiptapjónusta“. „Rafræn þjónusta“ sem fellur utan „fjarskiptapjónustu“ sé því hver sú þjónusta sem sé veitt, venjulega gegn endurgjaldi, í fjarlægð, með rafrænum aðferðum og að beiðni þess sem óskar þjónustunnar.

Vefsíður sem bjóða upp á sendingu SMS-skilaboða af internetinu til SMS-beinis teljist þannig „rafræn þjónusta“ en ekki „fjarskiptapjónusta“. Úrskurðarnefndin hafi ekki tekið tillit til þessa.

Stefnandi telur að af 5. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003 leiði að „Mínar síður“ verði því aðeins felldar undir „almennt fjarskiptanet“ að um sé að ræða bæði „fjarskiptanet“ og „fjarskiptapjónustu“. Hvorugu skilyrðinu sé hér fullnægt eins og rakið hafi verið. Að auki sé ekki uppfyllt það skilyrði 5. töluliðar að þjónustan sé „almenn“ því þjónustan hafi verið sértæk fremur en almenn.

Stefnandi byggir á því að enga þýðingu hafi fyrir úrlausn málsins að hann sé fjarskiptafyrirtæki í skilningi laga. Ákvæði 5., 13. og 15. töluliðar 3. gr. geri hvergi ráð fyrir að slík staða fyrirtækis skipti máli fyrir merkingu hugtakanna „fjarskiptanet“, „fjarskiptapjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“.

Staða stefnanda sem fjarskiptafyrirtækis hafi því enga þýðingu og hún geti aldrei leitt til þess að öll þjónusta sem félagið bjóði teljist fjarskiptaþjónusta. Til að mynda selji félagið ýmsan varning svo sem símtæki og aukahluti sem þeim tengjast, spjaldtölvur, hátalara, heyrnartól, og jafnvel kaffi. Í slíku felist ekki fjarskiptaþjónusta.

SMS-skilaboðaðþjónustan hafi verið kynnt sem hluti af þjónustuframboði stefnanda, sem var mun víðtækara en fjarskiptaþjónusta. Hún verði því ekki meðhöndluð á þann hátt sem gert er í úrskurðinum.

Stefndi áréttar þá afstöðu sína að „Mínar síður“ hafi ekki verið annað en tæki í höndum viðskiptavina sem þeir gátu notað meðal annars til að senda og vista SMS-skilaboð. Þeir hafi alfarið notað „Mínar síður“ á sínum forsendum án íhlutunar stefnanda. Efni þar var eign viðskiptavina og vistað þar á þeirra forsendum. Íhlutun stefnda í vistun þessa efnis eigi sér því enga stoð.

Þessu til áréttingar nefnir stefnandi að vistað efni teljist ekki „fjarskipti“ enda sé vistunin hvorki „sending“, „móttaka“ né „boðmiðlun“, sbr. 16. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003. Tulkun stefnanda á 5. mgr. 1. gr. laga fái því aukna stoð í gagnályktun frá notkun hugtaksins „fjarskipti“ í 3. málslíð 1. mgr. 47. gr. og 4. mgr. 47. gr. laga nr. 81/2003.

Stefnda og þar með úrskurðarnefndinni sé því óheimilt að hlutast til um vistun þessara gagna eða hafa af þeim önnur afskipti.

Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi byggir á því að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi hans teljist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. laga um fjarskipti. Samkvæmt ákvæðinu telst fjarskiptanet vera:

Sendikerfi og þar sem það á við skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum, rafdreifikerfi, háspennulínum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarp.

Skilgreiningarákvæði fjarskiptalaga byggja á tilskipunum Evrópusambandsins á þessu sviði, sér í lagi á tilskipun Evrópuþingsins og -ráðsins nr. 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (hér eftir rammatilskipunin). Í a-lið 2. gr. rammatilskipunarinnar sé rafrænt fjarskiptanet skilgreint og sé sú skilgreining nánast samhljóða íslenska ákvæðinu en þó ítarlegri.

Stefndi byggir á því að umrædd skilgreining á fjarskiptaneti sé mjög víðtæk og ætlað að ná yfir hvers konar miðlun merkja í sendikerfi, sbr. tilgreiningu laganna á „[öðrum úrræðum]“. Túlka verði hugtökin fjarskiptanet, fjarskiptaþjónusta og almennt fjarskiptanet vítt með hliðsjón af þessu og markmiðum fjarskiptalaga, m.a. að

tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti, sbr. 2. mgr. 1. gr. laganna. Ekki sé hægt að túlka ákvæðið svo þröngt að það sé bundið við eðli og tækni þegar skilgreindirar fjarskiptaþjónustu sem var þekkt við setningu rammatilskipunarinnar eða íslensku laganna, svo sem sendingu hefðbundinna smáskilaboða milli tveggja farsíma. Að mati stefnda styðji ekkert í orðalagi ákvæðisins þá túlkun. Orðalagið sé þvert á móti opið og skilgreiningin víðtæk sem geri kleift, og sé einmitt ætlað að gera kleift, að fylgja þeirri stöðugu tækniþróun sem sé á þessu sviði og nýjum möguleikum við veitingu almennrar fjarskiptaþjónustu. Stefndi gengur út frá því að þeirrar framsýni hafi verið gætt við setningu laga og reglna á þessu sviði. Stefndi byggir á því sama að því er varðar hugtökin fjarskiptaþjónustu og almennt fjarskiptanet, sem síðar verði fjallað um.

Stefndi telur vafalaust að sendikerfi sem gera mögulegt að miðla merkjum, hvort heldur eftir þræði eða þráðlaust, teljist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga. Á þeim grundvelli byggir stefndi á því að sending skilaboða af vefsíðu stefnanda í gegnum PHP-„scriptur“ yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) hans fari eftir fjarskiptaneti hans og að sendikerfið á vefsvæðinu sem flytur merkið þannig yfir af vefsvæðinu teljist hluti af fjarskiptaneti stefnanda. Stefndi leggur áherslu á að miðlun merkja hafi farið í gegnum umræddan hugbúnað á vefsvæðinu og að hann sé nauðsynleg og algjör forsenda þess að skilaboðin berist frá sendanda (A-númer) til móttakanda (B-númer).

Stefndi telur mikilvægt að horfa á virkni alls vefsvæðis stefnanda þegar þjónustan var veitt. Vefsvæðið „Mínar síður“ geri notanda kleift að skrá sig inn á símanúmeri sínu og lykilorði, senda boð yfir almenna internetið og í hugbúnað PHP-„scripta“ á svæði stefnanda sem tók á móti, vann með og miðlaði merkjunum áfram yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) og til móttakandi símanúmers. Þegar tákni frá notanda, sem skrifað hafði skilaboð á tölvu sína eða snjalltæki, barst yfir internetið og inn í hugbúnað á vefsvæði stefnanda, þ.e. PHP-„scriptur“, voru þau komin í þann hluta vefsvæðis stefnanda sem var á forræði stefnanda og taldist til fjarskiptanets hans. Þannig varð móttaka þeirra tákna í hugbúnaðinum PHP-„scripta“ og vinnsla þar jafnframt að teljast miðlun merkja í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga. Þaðan var þeim svo miðlað til SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) og MySQL-gagnagrunn sem jafnframt var vistaður á vefsvæði stefnanda og að lokum í endabúnað móttakandi notanda.

Stefndi áréttar þá afstöðu sína að hugbúnaðurinn teljist hluti fjarskiptanets stefnanda í skilningi fjarskiptalaga enda sé hann nauðsynlegur liður í sendingu skilaboðanna, þ.e. fjarskiptaþjónustu stefnanda. Án hans hefðu skilaboð send af „Mínum síðum“ aldrei komist til skila til móttakenda. Stefndi fellst á að það teljist ekki til fjar-

skipta að skrifa inn smáskilaboð á vefsíðu stefnanda frekar en að stimpla inn stafi í farsíma. Hins vegar hefjist fjarskipti yfir hið almenna internet um leið og notandi sendir þau smáskilaboð á endabúnaði sínum í hugbúnað í eigu stefnanda á vefsvæði hans þar sem þau eru móttækin, unnin og þeim miðlað áfram eins og að framan er lýst, án þess að notandinn hafi neitt forræði yfir því.

Þá er jafnframt ljóst að skilaboð þeirra notenda, sem ekki höfðu fjarlægt merki (hak) úr reit á vefsvæði stefnanda um að vista skilaboðin í skeytasögu, vistuðust í MySQL-gagnagrunni á vefsvæði hans. Í hvert sinn sem notandi óskaði eftir því að skoða skeytasögu sína var merkjum miðlað frá gagnagrunninum, yfir í PHP-„scriptur“ og vefsvæðið „Mínar síður“ sem útbjó vefsíðu með gögnunum sem send voru í vefskoðara notenda. Þessi miðlun merkja fór eftir fjarskiptaneti stefnanda sem staðsett var á vefsvæði hans.

Stefndi bendir enn fremur á í þessu samhengi að hafi notandi viðkomandi vefsvæðis stefnanda jafnframt haft internetþjónustu frá stefnanda, þ.e. að stefnandi veitti honum jafnframt tengingu við hið almenna internet sem notandi tengdist, megi segja að fjarskiptanet stefnanda hafi náð alla leið að endabúnaði notandans.

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi með umræddri þjónustu á vefsvæði sínu veitt algjörlega sambærilega fjarskiptaþjónustu og hann veiti farsímanotendum sem sendi smáskilaboð úr farsímum sínum. Þegar hefðbundin smáskilaboð séu send milli tveggja farsíma sé það SIM-kort í farsímanum sem veiti beinan aðgang í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda (SMSC). Notandinn sé auðkenndur í kerfi stefnanda í gegnum SIM-kortið. Í þessu tilviki sé því ekki nauðsynlegt neitt millistig eins og PHP-„scripturnar“ vinna á vefsvæði stefnanda, heldur sé beinn aðgangur á grundvelli SIM-kortsins. Í báðum tilfellum séu send smáskilaboð úr A-númeri, enda skrái notandi á „Mínum síðum“ sig inn á símanúmeri sínu, í B-númer móttakanda. Móttakandi sjái símanúmer sendanda í báðum tilfellum og sendandi greiði fyrir þjónustuna hvort sem er fyrir sendingu úr farsíma eða um vefsvæðið „Mínar síður“. Millivinnsla á vefsvæði stefnanda eigi sér vissulega ekki stað við sendingu smáskilaboða úr farsíma en aftur á móti sé hún nauðsynleg forsenda þess að skilaboð send af „Mínum síðum“ komist til móttakanda.

Í ljósi alls þessa telur stefndi ótvírætt að sendikerfi stefnanda teljist fjarskiptanet.

Stefndi byggir á því að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teljist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Samkvæmt ákvæðinu telst fjarskiptaþjónusta vera:

Þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet, þ.m.t. tölvupóstþjónusta og netaðgangur.

Eins og 13. töluliður 3. gr. eigi þetta ákvæði rætur sínar að rekja til rammatilskipunarinnar, en í c-lið 2. gr. hennar segi meðal annars að í hugtakinu rafrænni fjarskiptaþjónustu felist *þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun og felst 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 er þjónusta þar sem efni, sem sent er með rafrænum fjarskiptanetum eða – þjónustu, er boðið fram eða því ritstýrt...*

Samkvæmt þessu verði fjarskiptanet að vera fyrir hendi svo hægt sé að tala um að fjarskiptaþjónusta sé veitt. Með vísan til þess sem segi um fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. byggir stefndi á því að vefsvæði stefnanda hafi verið hluti af fjarskiptaneti hans en ekki eingöngu tengt við það. Sendikerfið sem flutti merkið af vefsvæðinu í gegnum PHP-„scriptur“ yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) teljist þannig í heild hluti af fjarskiptaneti stefnanda, ekki eingöngu sá hluti þess þar sem merkjum er miðlað frá PHP-„scriptum“. Skilyrðið um fjarskiptanet sé þannig uppfyllt.

Einnig sé augljóst að uppfyllt sé það skilyrði 15. töluliðar 3. gr. laga um fjarskipti að viðkomandi þjónusta hafi falist í því að beina merkjum um fjarskiptanet. Sömuleiðis það atriði í skilgreiningu rammatilskipunarinnar að þjónustan hafi að jafnaði verið veitt gegn þóknun, en stefnandi krafði viðskiptavini sína um greiðslu fyrir notkun þjónustunnar eins og fyrr greinir.

Stefndi byggir á því að ekki sé unnt að jafna fyrrgreindu vefsvæði stefnanda við búnað eins og farsíma í samhengi við skilgreiningu fjarskiptalaga á fjarskiptaþjónustu. Til þess að senda hefðbundin smáskilaboð úr farsíma þurfi síminn eins og fyrr segir að hafa SIM-kort sem auðkennir hann og tengir við fjarskiptanet, þ.e. SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC). Vissulega falli hvorki tölva, snjalltæki né farsími notanda undir lög um fjarskipti heldur sú fjarskiptaþjónusta sem fjarskiptafélög veiti með aðgangi notenda að fjarskiptaneti þess. Fyrrgreind innskráning á „Mínar síður“ sé að öllu leyti sambærileg og SIM-kort fyrir farsíma. Þetta séu einungis ólíkar tæknilegar leiðir til að veita algerlega sambærilegra þjónustu. Ekki standist að líkja þjónustu stefnanda við farsíma með vísun til þess að skilaboðin séu geymd á sambærilegan hátt þar eð hún sé ekki sambærileg. Á „Mínum síðum“ hafi skilaboðin verið geymd í sérstökum gagnagrunni á vefsvæði stefnanda og undir yferráðum hans en á farsíma í eiginlegum endabúnaði notanda, alfarið undir hans yferráðum og á hans ábyrgð.

Í þessu sambandi bendir stefndi á að stefnandi viðurkenni í raun í kærri sinni til úrskurðarnefndarinnar, að fjarskiptaumferðargögn mynduðust á vefsíðu hans, þar sem hann fullyrti að „fjarskiptaumferðargögnum“ á „Mínum síðum“ hafi verið eytt til sam-

ræmis við ákvæði 42. gr. laga nr81/2003 um fjarskipti, þ.e. eftir sex mánuði, og engin „fjarskiptaumferðargögn“ hafi verið til staðar á vefsíðunni þegar árásin var gerð.

Stefnandi haldi því fram að þjónustan sem hann veitir á vefsvæði sínu sé sambærileg þjónustu sem ýmis fyrirtæki bjóða viðskiptavinum sínum á vefsvæðum sínum um að senda smáskilaboð með ákveðnu efni, svo sem kvittanir, aðgangsmiða og brottfararspjöld. Stefndi mótmælir þessu. Í þeim tilvikum sé það í rauninni viðkomandi fyrirtæki sem sé viðskiptavinur fjarskiptafyrirtækisins, sem miðlar SMS-skeyti fyrirtækisins um SMS-miðlara í farsímakerfi fjarskiptafyrirtækisins (SMSC). Upphaf skeytasendingarinnar sé ekki símanúmer viðskiptavinar fyrirtækisins (A-númer) heldur sendi viðkomandi fyrirtæki skilaboðin í ákveðið símanúmer (B-númer) á kerfi fjarskiptafyrirtækisins, með ákveðnu efni, sem viðskiptavinurinn ráði ekki almennt, heldur ráðist það af þeim viðskiptum sem um ræðir, sem hluti af þjónustu við viðskiptavininn. Notendur þjónustu fyrirtækisins takmarkist við viðskiptavini þess og geti verið viðskiptavinir hvaða fjarskiptafyrirtækis sem er. Það sé í raun viðkomandi fjarskiptafyrirtæki sem veiti fyrirtækinu ákveðna fjarskiptaþjónustu. Ekki sé um að ræða fyrirtæki sem veiti viðskiptavinum sínum neins konar fjarskiptaþjónustu, eins og á við á „Mínum síðum“, en sú þjónusta sé öllum viðskiptavinum stefnanda opin og sé eins og fyrr segir í raun önnur útfærsla af sendingu almennra smáskilaboða.

Í stefnu líki stefnandi þjónustu sinni einnig við þá skilaboðaðþjónustu sem er veitt á ja.is. Þótt það sé ekki efnisatriði í þessu máli hvernig skilaboðaðþjónustu sem veitt er á www.ja.is er háttað tekur stefndi fram að einnig hún sé ósambærileg þeirri þjónustu sem sé veitt á vefsvæði stefnanda. Í því sambandi megi m.a. benda að á www.ja.is getur hver sem er óskað aðgangs að þjónustunni óháð því hjá hvaða fjarskiptafyrirtæki viðkomandi er viðskiptavinur. Þjónustuaðili ja.is innheimti ekki gjöld af þeim sem noti þjónustuna heldur fjarskiptafyrirtæki viðkomandi. Tilvísun stefnanda til síðu af þessu tagi hafi engin áhrif á niðurstöðu þessa máls.

Í ljósi þessa alls telur stefndi ótvírætt að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og áður var lýst teljist fjarskiptaþjónusta.

Stefndi byggir á því að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda teljist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í skilningi 5. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga. Í ákvæðinu segir að almennt fjarskiptanet sé „[f]jarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptaþjónustu“. Í d-lið 2. gr. rammatilskipunarinnar sé það skilgreint sem rafrænt fjarskiptanet sem sé notað að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem sé aðgengileg öllum.

Í þessu sambandi vísar stefndi til fyrri umfjöllunar sinnar um að umrætt sendikerfi vefsíðunnar sem miðlaði merkjum teljist fjarskiptanet, svo og að sú þjónusta sem

sé veitt á vefsvæðinu og hafi falist í sendingu smáskilaboða teljist fjarskiptabjónusta. Stefndi vekur í þessu sambandi athygli á því að sú niðurstaða hans að þjónustan sé fjarskiptabjónusta byggist ekki á miðlun merkjanna í sjálfu sér heldur á þjónustunni sem slíkri, þ.e. á þeirri þjónustu sem veitt var á vefsvæðinu í formi sendingar smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma.

Samkvæmt því sem rakið hafi verið sé ljóst að sú fjarskiptabjónusta sem var veitt á vefsvæðinu var almenn, þ.e. stóð öllum til boða sem kusu að vera viðskiptavinir stefnanda. Hún var fjarri því að vera sértæk, eins og stefnandi byggði á. Af þessu leiðir að fyrrgreindum skilyrðum 5. töluliðar 3. gr. laganna um hvað teljist almennt fjarskiptanet sé fullnægt. Þetta fjarskiptanet hafi verið notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptabjónustu. Það sé því almennt fjarskiptanet.

Stefndi vísar til þess að hann starfi samkvæmt markmiðum tilgreindum í lögum um fjarskipti og tilskipunum sem hafa verið innleiddar hér á landi samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Túlka verði lög og tilskipanir sem varða stefnda og hugtök þeirra þannig að stefndi geti starfað samkvæmt lögbundnum markmiðum sínum, sem eru m.a. að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga um fjarskipti, IX. kafla laganna og 71. gr. stjórnarskrárinnar. Auk þess feli 5. mgr. 6. gr. fjarskiptalaga ekki í sér almenna og sjálfstæða heimild til álagningar kvaða heldur vísi hún til annarra ákvæða laganna sem veita sérstaka heimild til þess, sbr. 5. kafla laganna, einkum 18. gr. Með hliðsjón af þessu öllu beri að túlka þau hugtök sem um ræðir, fjarskiptanet, fjarskiptabjónusta og almennt fjarskiptanet, vítt en ekki þröngt, eins og byggt er á í þeim úrskurði sem stefnandi krefst ógildingar á.

Samkvæmt stefnanda vísar skilgreining á „fjarskiptabjónustu“ í 15. tölulið 3. gr. til þess að „beina merkjum“ eða veita þá þjónustu sem „beinir“ veitir alla jafnan“. Í skilgreiningunni segi hins vegar: „Þjónusta sem að nokkru eða öllu leyti felst í því að beina merkjum um fjarskiptanet.“ Á þessu sé mikilvægur greinarmunur eins og áður hafi verið vikið að.

Þá mótmælir stefndi túlkun stefnanda á rammatilskipuninni að því er varðar rafræna þjónustu. Yrði fallist á túlkun stefnanda myndu öll rafræn fjarskipti falla utan hugtaksins „fjarskiptabjónusta“, sbr. skilgreiningu c-liðar 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu rafræn fjarskiptabjónusta (að jafnaði veitt gegn þóknun og felst að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum).

Þá áréttar stefndi að niðurstaða úrskurðarins, og ákvörðunarinnar sem hann staðfesti, byggði á greiningu á vefsvæði stefnanda og þeirri þjónustu sem þar var veitt, en ekki á formlegri stöðu stefnanda sem fjarskiptafyrirtækis.

Niðurstaða

Málsaðila greinir á um valdsvið stefnda, Póst- og fjarskiptastofnunar. Nánar tiltekið varðar ágreiningurinn það hvort vefsíða stefnanda, vodafone.is, falli undir lög nr. 81/2003 um fjarskipti. Falli hún undir lögin og þar með innan valdsviðs stefnda getur hann tekið ákvarðanir um vefsvæðið svo sem um meðhöndlun, geymslu og eyðingu gagna.

Eins og fram er komið staðfesti úrskurðarnefnd um fjarskiptamál með úrskurði 11. október 2014 þá ákvörðun stefnda að SMS-þjónusta á „Mínum síðum“ á vefsvæði stefnanda falli undir hugtökin „fjarskiptanet“, „almennt fjarskiptanet“ og „fjarskiptaþjónusta“. Stefnandi telur þessa niðurstöðu efnislega ranga þar eð stefndi svo og úrskurðarnefndin túlki hugtökin rangt.

Málsaðilar deila í fyrsta lagi um það hvort hugbúnaður á vefsvæði stefnanda sem gerir notanda kleift að skrifa smáskilaboð á tölvu og senda á svæði sem er á forræði stefnanda sé hluti af fjarskiptaneti hans eins og það er skilgreint í 13. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003. Skilgreining hugtaksins „fjarskiptanet“ í lögnum verður rakin til skilgreiningar hugtaksins „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB.

Í öðru lagi deila málsaðilar um hvort það að veita SMS-skilaboðapjónustu á vefsíðu á internetinu sé „fjarskiptaþjónusta“ í skilningi 15. töluliðar 3. gr. laga nr. 81/2003. Skilgreining hugtaksins „fjarskiptaþjónusta“ í lögnum verður rakin til skilgreiningar hugtaksins „rafræn fjarskiptaþjónusta“ í c-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB.

Í þriðja lagi greinir málsaðila á um hvort hugtakið „almennt fjarskiptanet“ samkvæmt 5. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003 taki til „minna síðna“ á vefsvæði stefnanda. Skilgreining hugtaksins „almennt fjarskiptanet“ í lögnum verður rakin til skilgreiningar hugtaksins „almennt fjarskiptanet“ í d-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB.

Eins og áður greinir telja málsaðilar ekki þörf á að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins þótt þeir mótmæli því ekki heldur að það verði gert.

Til þess að leysa úr ágreiningnum þarf dómurinn að taka afstöðu til þess hver sé merking hugtaka sem eru skilgreind í þremur töluliðum í 3. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti, þ.e. 5., 13. og 15. tölulið. Lög nr. 81/2003 eru sett til þess að leiða efni nýrrar fjarskiptalöggjafar Evrópusambandsins inn í íslenskan rétt. Þau hugtök sem tilgreind eru í 5., 13. og 15. tölulið 3. gr. laga nr. 81/2003 eiga sér samsvörun í staflaðum d, a og c í 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og -ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan ramma stjórnsýslu um fjarskiptanet og þjónustu (Rammatilskipun).

Skilgreining hugtakanna „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ í tilskipuninni byggir á forsendum Evrópuréttarins og þeim markmiðum sem þar er stefnt að innan þess réttarsviðs sem hugtökin eru notuð.

Á dóminum hvílir, samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahags-svæðið, sú skylda að skýra lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

Dómurinn telur skynsamlegan vafa leika á því hvernig túlka beri þessi hugtök. Í því skyni að stuðla að einsleitri túlkun og framkvæmd EES-samningsins telur dómurinn nauðsynlegt að óska ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, samkvæmt 34. gr. samnings EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, á þeim spurningum sem eru orðaðar í úrskurðarorði.

Ingiríður Lúðvíksdóttir, settur héraðsdómari, kveður upp þennan úrskurð.

ÚRSKURÐARORÐ

Leitað er ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á eftirfarandi spurningum:

1. Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og -ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlega regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notenda sem tengist vefmiðlara „Mínum síðum“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í hugbúnaðinn PHP-„scriptur“ á sama vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers?

2. Verði spurningu nr. 1 svarað jákvætt, er spurt hvort c-liður 2. gr. rammatilskipunar nr. 2002/21/EB, um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu, verði túlkaður þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeim flutningi merkja sem á sér stað á fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu?

3. Verði spurningu nr. 2 svarað jákvætt, er spurt hvort d-liður 2. gr. rammatilskipunar nr. 2002/21/EB, um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, eins lýst er í spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis?

Rétt endurrit staðfestir,
Héraðsdómi Reykjavíkur 3. maí 2016



Ingiríður Lúðvíksdóttir