

Mál

# E-6/16

Fjarskipti hf.

≡ gegn ≡

Póst- og fjarskiptastofnun

*(Veiting fjarskiptaþjónustu – Tilskipun 2002/21/EB –  
Rafrænt fjarskiptanet – Rafræn fjarskiptaþjónusta –  
Almennt fjarskiptanet)*

— *Efnisyfirlit* —

**1085**

Dómur Dómstólsins, 22. desember 2016

**1109**

Skýrsla framsögumanns

## Samantekt

- 1 Til þess að kerfi geti fallið undir skilgreininguna á rafrænu fjarskiptaneti samkvæmt a.-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB, verður það að fela í sér sendikerfi, skiptastöðvar, beina eða önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Auk röksemda sem lúta að markmiðinu um tæknilega hlutlausan regluramma virðist orðalag a-liðar 2. gr. styðja rýmkandi skýringu á hugtakinu rafrænt fjarskiptanet.
- 2 Til þess að um rafræna fjarskiptaþjónustu geti verið að ræða samkvæmt c-lið 2. gr. tilskipunarinnar þarf þjónustan (i) að jafnaði að vera veitt gegn þóknun, (ii) að felast í að öllu eða mestu leyti í miðlum merkja á rafrænu fjarskiptaneti, (iii) undanskilin er þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ristýrt.
- 3 Til þess að rafrænt fjarskiptanet geti talist almennt fjarskiptanet í skilningi d-liðar 2. gr. tilskipunarinnar, skal netið nýtt að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg. Þjónusta verður að teljast öllum aðgengileg þegar allir sem vilja geta nýtt sér þjónustuna.

# Dómur Dómstólsins

22. desember 2016<sup>1</sup>

*(Veiting fjarskiptaþjónustu – Tilskipun 2002/21/EB – Rafrænt fjarskiptanet – Rafræn fjarskiptaþjónusta – Almennt fjarskiptanet)*

Mál E-6/16,

BEIÐNI, samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli sem þar er rekið

**Fjarskipti hf.**

≡ gegn ≡

**Póst- og fjarskiptastofnun**

um túlkun á 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun).

---

1 Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

## Dómstóllinn,

*skipaður dómurinum* Carl Baudenbacher, forseta, Per Christiansen, framsögumanni, og Páli Hreinssyni,

*dómritari*: Gunnar Selvik,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Stefnanda, Fjarskiptum hf., í fyrirsvari er Reimar Pétursson, hrl.;
- Stefnda, Póst- og fjarskiptastofnun, í fyrirsvari er Ragnar Tómas Árnason, hrl.;
- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Clémence Perrin, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði;
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Gerald Braun, lögfræðilegur ráðgjafi, og Luminița Nicolae frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

með tilliti til skýrslu framsögumanns,

og munnlegs málfutnings lögmanns stefnanda, Reimars Péturssonar, lögmanns stefnda, Ragnars Tómasar Árnasonar, fulltrúa ESA, Clémence Perrin, og fulltrúa framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, Gerald Braun, sem fram fór 18. október 2016,

kveðið upp svofelldan

# Dóm

## I LÖGGJÖF

### EES-RÉTTUR

- 1 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun) (Stjtið. ESB 2002 L 108, bls. 33 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 256) (tilskipunin), sem felld var inn í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samninginn) samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 11/2004 frá 6. febrúar 2004 (Stjtið. ESB 2004 L 116, bls. 60 og EES-viðbætur 2004, nr. 20, bls. 14) og vísað er til undir lið 5cl í viðauka XI.

- 2 Í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

*Samleitni fjarskipta-, fjölmiðla- og upplýsingatækni sviða merkir að einn regluramma skuli fjalla um öll sendinet og -þjónustu. Þessi regluramma samanstendur af þessari tilskipun og fjórum sértilskipunum: tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/20/EB [...] (heimildartilskipun), tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/19/EB [...] (tilskipun um aðgang), tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/22/EB [...] (tilskipun um alþjónustu) og tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 97/66/EB [tilskipun um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á fjarskiptasviðinu] (hér á eftir nefndar „sértilskipanirnar“). Nauðsynlegt er að aðskilja eftirlit með sendingum frá eftirliti með efni. Þessi rammi fjallar því ekki um efni þeirrar þjónustu sem veitt er um rafræn fjarskiptanet með hjálp rafrænnar fjarskiptaþjónustu, svo sem efni sem er útvarpað, fjármálaþjónustu og tiltekna þjónustu í upplýsingasamfélaginu og er því með fyrirvara um ráðstafanir sem gerðar eru á vettvangi bandalagsins eða á innlendum vettvangi með*

tilliti til slíkrar þjónustu í samræmi við lög bandalagsins í því skyni að stuðla að menningarlegri fjölbreytni og fjölbreytni tungumála og til að standa vörð um margbreytileika fjölmiðla. [...] Að aðskilja eftirlit með sendingum og eftirlit með efni kemur ekki í veg fyrir að tekið sé tillit til þeirra tengsla sem eru þar á milli, einkum í því skyni að tryggja margbreytileika fjölmiðla, menningarlega fjölbreytni og neytendavernd.

3 Í 10. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

*Skilgreiningin á „þjónustu í upplýsingasamfélaginu“ í 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB [...] nær yfir víðtækt svið atvinnustarfsemi sem fram fer með beintengdum hætti. Mest af þessari starfsemi fellur ekki undir gildissvið þessarar tilskipunar þar sem hún felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum. Talsímabjónusta og tölvupóstsendingabjónusta fellur undir þessa tilskipun. Sama fyrirtæki, t.d. Netþjónustuveita, getur boðið bæði rafræna fjarskiptabjónustu, eins og aðgang að Netinu, og þjónustu sem ekki fellur undir þessa tilskipun, svo sem framboð efnis á vefgrunni.*

4 Í 18. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

*Sú krafa, að aðildarríkin tryggja að innlent stjórnvald taki ýtrasta tillit til þess að æskilegt er að reglur séu hlutlausar að því er tækni varðar, þ.e.a.s. að það hvorki fyrirskipi né mismuni þannig að það komi ákveðinni tegund tækni til góða, kemur ekki í veg fyrir að það geri hlutfallsbundnar ráðstafanir til að styðja við tiltekna, sérstaka þjónustu ef slíkt er réttlætanlegt, t.d. stafrænt sjónvarp sem stuðlar að því að notkun tíðnirófsins verði skilvirkari.*

## 5 Í 1. mgr. 1. gr. tilskipunarinnar segir:

*Í þessari tilskipun er komið á samhæfðum ramma við eftirlit með rafrænni fjarskiptaþjónustu, rafrænum fjarskiptanetum, tilheyrandi aðstöðu og tilheyrandi þjónustu. Í henni er mælt fyrir um verkefni innlands stjórnvalds og komið er á margs konar málsmeðferð til að tryggja samhæfða beitingu reglurammans í gervöllu bandalaginu.*

## 6 Í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunarinnar segir:

- (a) *„rafrænt fjarskiptanet“: sendikerfi og, ef við á, skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. gervitunglanet, föst net (línu- eða pakkaskipt, þ.m.t. Netið) og farnet á jörðu niðri, rafdreifikerfi, að því marki sem þessi kerfi eru notuð til að senda merki, net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra upplýsinga sem sendar eru;*
- (c) *„rafræn fjarskiptaþjónusta“: 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. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet;*
- (d) *„almennt fjarskiptanet“: rafrænt fjarskiptanet sem notað er að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskipta-þjónustu sem er öllum aðgengileg;*



7 1. mgr. 1. gr. sem og a- og d-lið 2. gr. hefur verið breytt með tilskipun 2009/140/EB (Stjtið. ESB 2009 L 337, bls. 37) sem hefur ekki enn verið tekin upp í EES-samninginn.

8 Í 2. undirlið 1. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar segir:

*Aðildarríkin skulu tryggja að við framkvæmd eftirlits-verkefnanna, sem tilgreind eru í þessari tilskipun og sértilskipununum, einkum þau sem ætlað er að tryggja virka samkeppni, taki innlent stjórnvald ýtrasta tillit til þess að æskilegt er að reglur séu tæknilega hlutlausar.*

## LANDSRÉTTUR

9 Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti (fjarskiptalög) frá 26. mars 2003 er stefnda falin umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og eftirlit með framkvæmd laganna.

10 Í 3. gr. fjarskiptalaga segir:

*Merking orða í lögum þessum er sem hér segir:*

...

5. *Almennt fjarskiptanet: Fjarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptaþjónustu.*

...

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

...

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

...

## II MÁLAVEXTIR OG MEÐFERÐ MÁLSINS

- 11 Stefnandi rekur vefsvæðið vodafone.is og kynnir þar þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður“ og hefur verið í boði síðan 2004. Meðal þjónustu sem í boði er á „Mínar síður“ er svokallað VEF-SMS, það er sending smáskilaboða frá símanúmeri sendanda í annað símanúmer.
- 12 Frá árinu 2008 hefur undir liðnum „Mínar síður“ verið hægt að senda einum eða fleiri móttakendum skilaboð, vista móttakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Frá árinu 2010 gátu áskrifendur einnig vistað þar skeytasögu sína.
- 13 Brotist var inná vefsvæði stefnanda hinn 30. nóvember 2013. Upplýsingum þúsunda notenda „Mínar síður“, var stolið og þær birtar á internetinu, þar á meðal efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð.

- 14 Þegar innbrotið átti sér stað var vefkerfi stefnanda þannig uppsett að hver áskrifandi gat skráð sig inn á vefþjóninn „Mínar síður“, á vefsvæði stefnanda, með netvafra á eigin endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Áskrifandinn auðkenndi sig með símanúmeri og lykilorði til að fá aðgang að sínu svæði á „Mínar síður“. Því næst valdi viðkomandi símanúmer móttakanda og skrifaði smáskilaboð. Um leið og áskrifandi valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefþjónninn merkjunum yfir í hugbúnað sem einnig er að finna á vefvæði stefnanda. Hugbúnaðurinn vann svo með merkin frá skilaboðasendingunni og áframsendi til gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, nema áskrifandinn hefði valið að vista ekki skilaboðin í skeytasögu sinni, og áfram í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið í símanúmer móttakanda.
- 15 Í desember 2013 skrifaði stefndi bréf þar sem hann óskaði upplýsinga frá stefnanda um innbrotið. Stefnandi svaraði bréfleiðis í janúar 2014. Hélt stefnandi því fram að gildissvið fjarskiptalaga, og þar með valdsvið stefnda, næði ekki yfir vefsvæði sitt.
- 16 Með ákvörðun í mars 2014 komst stefndi að þeirri niðurstöðu (a) að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara teldist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga, (b) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. sömu laga, og (c) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínar síður“ með símanúmeri sínu aðgang að þjónustunni, teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í

skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna. Vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar var í boði voru því talin falla undir gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stefnda. Ákvörðunin tók ekki til geymslu og skráningar gagnanna á vefsvæði stefnanda, þar sem taka átti þau atriði til nánari skoðunar í yfirstandandi rannsókn stefnda.

- 17 Stefnandi kærði ákvörðun stefnda til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Hinn 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðunina.
- 18 Í kjölfarið höfðaði stefnandi mál þetta fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem hann krefst ógildingar á ákvörðun stefnda og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ógildingarkrafan byggir á því að stefndi og úrskurðarnefndin hafi túlkað hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ með röngum hætti. Að mati stefnanda eigi ekkert framangreindra hugtaka við um vefsvæði hans, sem heyri þar af leiðandi ekki undir valdsvið stefnda.
- 19 Héraðsdómur Reykjavíkur beindi eftirfarandi spurningum til dómstólsins með bréfi dagsettu 12. maí 2016, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 18. maí sama ár:
  1. *Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda 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. tilskipunar nr. 2002/21/EB 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. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem 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.*
- 20 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika, meðferðar málsins og skriflegra greinargerða sem dómstólnum bárust. Verða þau ekki rakin frekar nema að því leyti sem forsendur dómsins krefjast.

### III SVÖR DÓMSINS

#### INNGANGUR

- 21 Samkvæmt 1. gr. tilskipunarinnar kemur hún á samhæfðum ramma við eftirlit með rafrænni fjarskiptaþjónustu, rafrænum fjarskiptanetum, tilheyrandi aðstöðu og tilheyrandi þjónustu. Í henni er mælt fyrir um verkefni innlendra stjórnvalda og kveðið á um málsmeðferð sem ætlað er að tryggja samhæfða beitingu reglurammans innan EES. Tilskipunin er rammatilskipun og við hana bætast margar sértækar tilskipanir, þar á meðal tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (Stjtið. ESB 2002 L 201, bls. 37, og EES-viðbætir 2005, nr. 27, bls. 147).
- 22 Málið sem rekið er fyrir landsdómstólnum snýst um það hvort vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar er veitt falli undir valdsvið stefnda. Málareksturinn tekur ekki til geymslu og skráningu gagnanna á vefsvæði stefnanda og beiðnin um ráðgefandi álit lýtur ekki að skýringu tilskipunar 2002/58/EB.

#### FYRSTA SPURNINGIN

#### ATHUGASEMDIR SEM LAGÐAR VORU FYRIR DÓMSTÓLINN

- 23 Stefnandi telur hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ ekki ná yfir þjónustu hans „Mínar síður“. Þjónustan geti ekki talist sendikerfi, skiptistöð, beinir eða annars konar úrræði sem gerir mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Þjónustan sem í boði sé á „Mínar síður“

geti hvorki flokkast sem skiptistöð né beinir og eigi miðlun merkja sér aðeins stað eftir að SMS-miðlari hefur móttengið smáskilaboð sem notandi hefur sent. Að mati stefnanda verði að beita almennri eða þröngri lögskýringu við skýringu hugtaka tilskipunarinnar þar sem rýmkandi skýring sé til þess fallin að leggja óréttlátar byrðar á fjarskiptafyrirtæki og takmarka starfsemi þeirra andstætt markmiði tilskipunarinnar.

- 24 Stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin telja að vefkerfi stefnanda sé hluti af sendikerfi sem heimili miðlun merkja og sé því rafrænt fjarskiptanet.
- 25 Stefndi telur að skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ beri að skýra rúmt og að taka skuli mið af skýru orðalagi hennar og markmiði ákvæðisins sem og tilskipunarinnar í heild. Markmiðið sé að tryggja að einn regluramma fjalli um öll fjarskipti óháð aðferð. Skilgreiningunni sé ætlað að ná til hvers konar miðlunar merkja innan sendikerfis. Ekki beri að skýra tilskipunina með svo þröngum hætti að hún verði aðeins látin gilda um þá rafrænu fjarskiptaþjónustu sem þekkt var við setningu hennar. Hið víðtæka orðalag ákvæðisins geri ráð fyrir að taka megillit til stöðugrar tækniþróunar á þessu sviði.
- 26 Umrætt vefkerfi er, að mati stefnda, hluti af rafrænu fjarskiptaneti stefnanda. Þegar notandi sendir smáskilaboð gegnum „Mínar síður“ teljist móttaka þeirra merkja í hugbúnaði á vefsvæði stefnanda og úrvinnsla þeirra þar miðlun merkja. Hugbúnaðurinn, eins og honum er lýst, sé nauðsynlegur til að merkjunum verði miðlað, því án hans bærust skilaboð sem send væru af „Mínar síður“ aldrei til móttakanda. Vefkerfið og hugbúnaðurinn feli einfaldlega í sér nýja aðferð til að bjóða upp á sendingu smáskilaboða sem sé sambærileg við hefðbundnar sendingar smáskilaboða milli farsíma. Það væri andstætt því markmiði, að tryggja sameiginlegan regluramma ef

fyrirtækjum yrði gert kleift að sniðganga hann með notkun nýrrar tækni, sem ekki var til staðar þegar tilskipunin var sett.

- 27 ESA telur að skilgreiningin á rafrænu fjarskiptaneti vísi til sendikerfis og, þar sem við á, annarra tækja og úrræða sem geri mögulegt að miðla merkjum. Rafrænt fjarskiptanet nái því til áþreifanlegs og/eða röklegs nets og allra annarra hluta sem nauðsynlegir eru til að senda merki. Að mati ESA er færslan frá vefþjóninum til SMS-miðlara með notkun hugbúnaðar hluti af því neti þar sem sending slíkra merkja sé nauðsynlegt skilyrði sendingar smáskilaboða.
- 28 Framkvæmdastjórnin telur að hugbúnaðurinn sem stefnandi noti kunni að uppfylla skilyrði til að teljast „skiptistöð eða beinir“ netsins. Vegna tækniþróunar sé skiptingu ekki lengur handstýrt, heldur stýrt með hugbúnaði. Nútímanet séu ekki starfrækt án hugbúnaðar og sé hann því orðinn hluti af netinu. Hugbúnaður verði að teljast „annað úrræði“ sem vísað sé til í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Kerfið sem um ræðir í fyrirleggjandi máli leyfi miðlun merkja frá vefsvæði stefnanda til SMS-miðlara og þaðan áleiðis til móttakanda. Það uppfylli því skilyrði til að teljast rafrænt fjarskiptanet.

## ÁLIT DÓMSTÓLSINS

- 29 Fyrsta spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því hvort hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar nái yfir kerfi sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem, með vefskoðara á internetinu, er tengdur við hugbúnað á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara



í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.

- 30 Svo að slíkt kerfi verði talið falla undir skilgreininguna á rafrænu fjarskiptaneti verður það að fela í sér sendikerfi, skiptistöðvar, beina eða önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum í samræmi við a-lið 2. gr. tilskipunarinnar.
- 31 Í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar og 1. gr. hennar er kveðið á um að markmið tilskipunarinnar sé að tryggja að einn reglurammfi fjalli um öll sendinet og þjónustu. Ef ný tækni væri undanskilin gengi það gegn markmiði tilskipunarinnar að gera reglurammann tæknilega hlutlausan, sem sérstaklega er tekið fram í 18. lið formálsorðanna og 1. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar, og yrði gildissvið tilskipunarinnar jafnframt óhóflega takmarkað.
- 32 Að þessu virtu getur verið rétt að beita rýmkandi skýringu við túlkun sumra hugtaka tilskipunarinnar. Á það sérstaklega við um hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Auk röksemda sem lúta að markmiðinu um tæknilega hlutlausan regluramma virðist orðalag a-liðar 2. gr. styðja rýmkandi skýringu. Þannig sýnir orðalagið „önnur úrræði“ að gildissviðið er ekki takmarkað við sendikerfi, skiptistöðvar og beina, heldur einnig annars konar aðferðir sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Loks er það svo, að þótt ýmis konar kerfi sem teljast til rafrænna fjarskiptaneta séu sérstaklega tilgreind, verður ráðið af notkun skammstöfunarinnar „þ.m.t.“ að ekki sé um tæmandi talningu að ræða.

- 33 Í málinu sem rekið er fyrir landsdómstólnum hefur hin hefðbundna leið sendingar smáskilaboða milli tveggja farsíma verið leyst af hólmi með nútímaaðferð sem notast við hugbúnað til að miðla merkjum af vefsvæði yfir til SMS-miðlara sem sendir skilaboðin áleiðis um farsímanet í endabúnað móttakanda. Líkt og stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin hafa haldið fram, er hugbúnaður á borð við þann sem er á vefsvæði stefnanda nauðsynlegur hluti sendingarferlisins. Ef hugbúnaðinum væri ekki til að dreifa kæmust smáskilaboð sem send væru með þjónustu stefnanda „Mínar síður“ ekki inn í farsímanetið. Þar sem bæði hugbúnaðurinn á vefsvæði stefnanda og farsímanet stefnanda eru nauðsynleg við miðlun merkja virðist sem þau myndi í sameiningu rafrænt fjarskiptanet.
- 34 Því verður að svara fyrstu spurningunni með þeim hætti að skilgreininguna í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ verði að túlka með þeim hætti að hún nái yfir kerfi sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem tengdur er við vefskoðara á internetinu og tengist hugbúnaði á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.

## ÖNNUR SPURNINGIN

### ATHUGASEMDIR SEM LAGÐAR VORU FYRIR DÓMSTÓLINN

- 35 Stefndandi tiltekur þrjár ástæður fyrir því að hin umdeilda þjónusta falli ekki undir hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Í fyrsta lagi nái tilskipunin aðeins yfir þjónustu sem miðli merkjasendingum á rafrænum fjarskiptanetum. Ekki sé nægilegt að merkinu sé miðlað frá vefsíðu til fjarskiptanetsins. Í öðru lagi sé þjónusta þar sem miðluðu efni er ritstýrt undanskilin skilgreiningu tilskipunarinnar á

hugtakinu og nái það því ekki yfir þjónustu stefnanda, þar sem notendum hennar sé veitt fullt ritstjórnarvald yfir sendingu og vistun smáskilaboða. Í þriðja lagi, taki skilgreiningin á rafrænni fjarskiptaþjónustu ekki til þjónustu í upplýsingasamfélaginu eins og hún sé skilgreind í 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjtíð. ESB 1998 L 204, bls. 37 og EES-viðbætur 2001, nr. 3, bls. 87). Stefnandi telur starfsemi sína heyra undir þjónustu í upplýsingasamfélaginu og því falli hún utan gildissviðs c-liðar 2. gr. tilskipunarinnar.

- 36 Stefndi telur að miðlun merkjanna eiga sér stað á rafrænu fjarskiptaneti þar sem þeim er miðlað á vefsvæði stefnanda, en það sé nauðsynlegt skref í því að verða við beiðni notanda um sendingu smáskilaboða og því hluti af neti stefnanda. Þjónustan feli ekki í sér ritstjórnarvald yfir efninu, í samræmi við skilgreininguna, þar sem ritstjórnarvaldinu, í fyrirliggjandi máli, verði að vera beitt af stefnanda. Sú staðreynd, að notendur hafi ritstjórnarvald yfir smáskilaboðunum sé óviðkomandi mati á því hvaða þjónusta falli undir skilgreininguna. Hvað varðar fullyrðingu stefnanda um að þjónustan sé þjónusta í upplýsingasamfélaginu, bendir stefndi á að þjónusta í upplýsingasamfélaginu sé aðeins undanskilin að svo miklu leyti að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti.
- 37 Hvað varðar mikilvægi þess hvort gjald sé innheimt vegna smáskilaboðaþjónustunnar, bendir stefndi á að ekki skipti sköpum hvort gjald sé tekið vegna einstakra smáskilaboða sem send séu í gegnum net stefnanda. Algengt sé að viðskiptavinir greiði mánaðargjald þar sem ótakmarkaður fjöldi símtala og smáskilaboða er innifalinn. Ef þetta greiðslufyrirkomulag teldist ekki uppfylla skilyrðið um að þjónustan sé „að jafnaði veitt gegn þóknun“ myndi

það jafnframt útiloka hefðbundin smáskilaboð og símtöl. Slíkt myndi grafa undan virkni tilskipunarinnar og væri að auki í algjörrri mótsögn við markmið hennar og annarrar löggjafar EES-réttar á sviði fjarskipta að því er varðar neytenda- og persónuupplýsingavernd.

- 38 ESA og framkvæmdastjórnin halda því fram að í hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ felist þrjú grundvallaratriði og telja þau öll vera til staðar í þjónustu stefnanda.
- 39 Í fyrsta lagi verði þjónustan að jafnaði að vera veitt gegn þóknun. Slík þóknun geti verið innt af hendi beint, frá þeim sem þjónustan var veitt, eða óbeint, í gegnum auglýsingar eða aðrar fjármögnunarleiðir (m.a. er vísað til máls *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, 29. mgr.) Að mati ESA virðist vera hafið yfir allan vafa að smáskilaboðþjónustan „Mínar síður“ hafi verið veitt gegn þóknun þar sem hún var einungis aðgengileg áskrifendum stefnanda. Framkvæmdastjórnin bendir einnig á möguleika stefnanda á að endurheimta útlagðan kostnað af veitingu þjónustunnar í gegnum gjöld sem lögð séu á áskrifendur. ESA og Framkvæmdastjórnin leggja báðar áherslu á að slík þjónusta sé þó að jafnaði veitt gegn þóknun.
- 40 Í öðru lagi verði þjónustan að felast að öllu eða að mestu leyti í miðlun merkja. ESA og framkvæmdastjórnin telja að stefnandi beri ábyrgð á sendingu merkisins gagnvart endanlegum notanda og því að tryggt sé að smáskilaboðin sendist með réttum hætti. Stefnandi hafi því stjórn á miðlun merkja, sem sé lykilatriðið við mat á þessum þætti (vísað er til máls *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, 43. og 44. mgr.).
- 41 Í þriðja lagi sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt undanskilin. ESA og framkvæmdastjórnin telja að miðlun merkja sé megineinkenni hinnar umdeildu þjónustu, fremur en framboð efnis

eða annars konar minni háttar eða tilfallandi þjónustubættir. Stefndandi gefi aðeins kost á sendingu smáskilaboða, en hafi ekki ritstjórnarvald yfir efninu.

## ÁLIT DÓMSTÓLSINS

- 42 Önnur spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því, ef fyrstu spurningunni er svarað játandi, hvort hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar nái yfir miðlun merkja á því neti óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna.
- 43 Í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar eru tiltekin þrjú skilyrði sem verða að vera uppfyllt svo að um „rafræna fjarskiptaþjónustu“ sé að ræða: (i) þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun, (ii) þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti, og (iii) undanskilin sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt. Auk þessa fellur þjónusta í upplýsingasamfélaginu, eins og hún er skilgreind í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, utan gildissviðs c-liðar 2. gr, að því gefnu að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti.
- 44 Hvað fyrsta skilyrðið varðar, er megineinkenni endurgjalds að einhver ávinningur hljóttist af veitingu þjónustunnar (sjá, til samanburðar, áður tilvitnað mál *Jundt*, 29. mgr.) Í því tilliti telst ekki nauðsynlegt að þjónustan sé greidd af þeim sem njóta hennar (sjá, til samanburðar, mál *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, 16. mgr.). Þóknunin getur því fengist með óbeinum hætti, til dæmis í formi auglýsinga á vefsvæði þjónustuveitanda.
- 45 Stefndi hefur bent á að algengt sé að viðskiptavinir fyrirtækja á rafrænum fjarskiptamarkaði greiði mánaðargjald og að innifalið í því séu ótakmörkuð símtöl og smáskilaboð. Í máli þessu hafa stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin haldið því fram að hin umrædda

þjónusta hafi aðeins staðið áskrifendum, sem greiði stefnanda mánaðargjald, til boða. Að þeirra mati geta þau gjöld staðið undir kostnaði við veitingu þjónustunnar og því eigi ekki að skipta sköpum hvort gjald sé innheimt vegna sendingar einstakra smáskilaboða.

- 46 Í gögnum málsins er ekki að finna upplýsingar um verðskrá fyrir þjónustu stefnanda eða hvort auglýsingar á vefsvæðinu standi straum af kostnaði við veitingu hennar. Þó er mikilvægt að taka fram að einungis er gerð sú krafa í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar að þjónustan sem um ræðir sé „að jafnaði“ veitt gegn þóknun. Það er landsdómstólsins að ákveða hvort svo sé í málinu sem fyrir honum er rekið.
- 47 Hvað annað skilyrðið varðar, það er, hvort þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti, geymir c-liður 2. gr. tilskipunarinnar skýra undanþágu vegna þjónustu í upplýsingasamfélaginu, eins og hún er skilgreind í 2. mgr. 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, að því gefnu að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti. Engu að síður er ljóst af 10. lið formálsorða tilskipunarinnar að þótt skilgreiningin á “þjónustu í upplýsingasamfélaginu” í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB nái yfir breitt svið efnahagsstarfsemi á netinu, falli tiltekinn hluti hennar undir gildissvið tilskipunarinnar þar sem hún felst að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti. Þjónusta sem telst þjónusta í upplýsingasamfélaginu getur því einnig talist rafræn fjarskiptaþjónusta samkvæmt c-lið 2. gr. að því gefnu að hún uppfylli önnur skilyrði.

- 48 Megineinkenni smáskilaboðþjónustunnar á vefsvæði stefnanda „Mínar síður“ virðist vera miðlun merkja frá endabúnaði sendanda til lokapunkts á neti stefnanda. Aðrir þættir þjónustunnar virðast vera minniháttar og einungis viðbætur við grundvallarþáttinn, sem er miðlun smáskilaboða.
- 49 Þriðja skilyrðið, að þjónusta þar sem efni er ritstýrt sé undanskilin, byggist á nauðsyn þess að aðskilja eftirlit með sendingum og eftirlit með efni, líkt og tekið er fram í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar. Eftirlit með efni fellur hvorki undir tilskipunina né hinar sérstöku tilskipanir sem eru hluti af heildarreglurammanum um rafræn fjarskiptanet og rafræna fjarskiptaþjónustu.
- 50 Við mat á því hvort þjónusta stefnanda falli undir undanþáguna, er skilyrðið sem á reynir, hvort stefnandi hafi umsjón með eða fari með ritstjórnarvald yfir efni smáskilaboðanna sem send eru af „Mínar síður“. Svo virðist sem stefnandi hafi hvorki umsjón né stjórn á efni umræddra smáskilaboða. Þvert á móti virðist stefnandi aðeins bjóða fram aðferð til sendingar þeirra.
- 51 Því verður að svara annarri spurningunni með þeim hætti að skilgreiningin í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felur í sér miðlun merkja á fjarskiptaneti eins og því sem lýst er í fyrstu spurningunni, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna, að því gefnu að gjald sé að jafnaði innheimt vegna veitingu hennar.

## ÞRIÐJA SPURNINGIN

### ATHUGASEMDIR SEM LAGÐAR VORU FYRIR DÓMSTÓLINN

- 52 Stefnandi telur að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ eigi ekki við um þjónustu sína, þar sem hún sé hvorki rafræn fjarskiptaþjónusta, né veitt á rafrænu fjarskiptaneti. Jafnframt megi draga í efa hvort þjónustan hafi verið aðgengileg almenningi, þar sem hún hafi aðeins verið í boði fyrir viðskiptavinum stefnanda.
- 53 Stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin halda því fram að þótt þjónustan hafi aðeins verið aðgengileg viðskiptavinum stefnanda, þýði það ekki að hún hafi verið óaðgengileg almenningi, þar sem hver sem er geti gerst viðskiptavinur stefnanda og þar með fengið aðgang að þjónustunni.

### ÁLIT DÓMSTÓLSINS

- 54 Þriðja spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því, ef annarri spurningunni er svarað játandi, hvort hugtakið „almennt fjarskiptanet“ í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar eigi við, óháð því hvort rafræna fjarskiptaþjónustan sem um ræðir sé opin almenningi eða eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.
- 55 Kveðið er á um skilyrði þess að rafrænt fjarskiptanet teljist almennt fjarskiptanet í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt ákvæðinu skal netið notað að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg.
- 56 Í tilskipuninni er enga skilgreiningu að finna á rafrænni fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg. Þjónusta verður að teljast öllum aðgengileg þegar almenningur getur kosið að færa sér í nyt þá þjónustu sem í boði er. Stefnandi hefur haldið því fram að



þjónustan „Mínar síður“ sé aðeins aðgengileg áskrifendum hans. Sem svar við þeirri röksemd bendir dómurinn á að ef engri takmörkun á fjölda mögulegra áskrifenda er til að dreifa, en ekkert í gögnum málsins bendir til þess að svo sé, geti hver sem er í raun nýtt sér þjónustuna með því að gerast áskrifandi. Ef sú er raunin, en það er landsdómstólsins að skera úr um það atriði, verður þjónustan að teljast öllum aðgengileg.

- 57 Hvað varðar það skilyrði að fjarskiptanet verði að vera að öllu eða mestu leyti notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg, verður landsdómstóllinn að leggja mat á að hve miklu leyti hið rafræna fjarskiptanet sé notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg, samanborið við aðra þjónustu. Það er landsdómstólsins að meta hvort rafrænt fjarskiptanet stefnanda uppfylli þetta skilyrði.
- 58 Því skal þriðju spurningunni svarað með þeim hætti að skilgreininguna í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „almennt fjarskiptanet“ verði að túlka á þá leið að hún taki til nets á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni, sem notað er til að veita þá þjónustu sem lýst er í annarri spurningunni, óháð því hvort sú þjónusta sé eingöngu aðgengileg áskrifendum þess tiltekna fyrirtækis, enda sé notið að öllu eða mestu leyti notað til að veita slíka þjónustu sem sé öllum aðgengileg.

## IV MÁLSKOSTNAÐUR

- 59 Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, sem skilað hafa greinargerðum til EFTA-dómstólsins, skulu hvor bera sinn málskostnað. Þar sem um er ræða mál sem er hluti af málarekstri fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur kemur það í hlut þess dómstóls að kveða á um kostnað málsaðila.

Með vísan til framangreindra forsendna lætur,

## Dómstóllinn

uppi svohljóðandi ráðgefandi álit um spurningar þær sem Héraðsdómur Reykjavíkur beindi til dómstólsins:

- 1. Skilgreininguna í a-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ verður að túlka með þeim hætti að hún nái til kerfis sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem tengjast í gegnum vefskoðara á internetinu við „PHP script“ hugbúnað á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.**
- 2. Skilgreiningin í c-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nær yfir þjónustu sem felur í sér miðlun merkja á fjarskiptaneti eins og því sem lýst er í fyrstu spurningunni, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna, að því gefnu að gjald sé að jafnaði innheimt vegna veitingar hennar.**

3. Skilgreininguna í d-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „almennt fjarskiptanet“ verður að túlka á þá leið að hún taki til nets á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni, sem notað er til að veita þá þjónustu sem lýst er í annarri spurningunni, óháð því hvort sú þjónusta sé eingöngu aðgengileg áskrifendum þess tiltekna fyrirtækis, enda sé netið að öllu eða mestu leyti notað til að veita slíka þjónustu sem sé öllum aðgengileg.

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

*Kveðið upp i heyranda hljóði í Lúxemborg*

*22. desember 2016.*

**Gunnar Selvik**

*Dómritari*

**Carl Baudenbacher**

*Forseti*

# Skýrsla Framsögumanns

Í máli E-6/16

BEIÐNI samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli

## Fjarskipta hf.

≡ gegn ≡

## Póst- og fjarskiptastofnun

varðandi skýringu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun).

## I INNGANGUR

- 1 Með bréfi dagsettu 12. maí 2016, sem skráð var í málaskrá dómstólsins sem mál E-6/16 hinn 18. maí sama ár, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur ráðgefandi álits í máli sem rekið er fyrir dómstólnum milli Fjarskipta hf. (stefnandi) og Póst- og fjarskiptastofnunar (stefndi).
- 2 Stefnandi er íslenskt fjarskiptafyrirtæki sem býður fjarskiptaþjónustu undir vörumerkinu Vodafone. Stefndi er opinber stofnun sem falið hefur verið eftirlit með fjarskiptum á Íslandi. Málið sem rekið er fyrir landsdómstólnum varðar ágreining um hvort það falli innan valdsviðs stefnda að hafa eftirlit með þeirri þjónustu er

veitt var á vefsvæði stefnanda, vodafone.is. Svo skera megi úr um þetta atriði hefur Héraðsdómur Reykjavíkur leitað ráðgefandi álits á því hvernig skýra beri hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“, sem skilgreind eru í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun) (Stjtíð. ESB 2002 L 108, bls. 33 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 256) (tilskipunin).

## II LÖGGJÖF

### EES-RÉTTUR

- 3 Samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 11/2004 frá 6. febrúar 2004 (Stjtíð. ESB 2004 L 116, bls. 60 og EES-viðbætur 2004, nr. 20, bls. 14) sem tók gildi 1. nóvember 2004 var tilskipunin felld inn í EES-samninginn undir lið 5cl í viðauka XI (fjarskiptaþjónusta).
- 4 Í a-, c- og d-lið 2. gr. tilskipunarinnar segir:
  - (a) „rafrænt fjarskiptanet“: sendikerfi og, ef við á, skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. gervitunglanet, föst net (línu- eða pakkaskipt, þ.m.t. Netið) og farnet á jörðu niðri, rafdreifikerfi, að því marki sem þessi kerfi eru notuð til að senda merki, net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra upplýsinga sem sendar eru;

...

- (c) „*rafræn fjarskiptaþjónusta*“: *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. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet;*
- (d) „*almennt fjarskiptanet*“: *rafrænt fjarskiptanet sem notað er að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskipta-þjónustu sem er öllum aðgengileg;*

- 5 Með tilskipun 2009/140/EB<sup>1</sup> var a- og d- liðum 2. gr. tilskipunarinnar breytt, en sú tilskipun hefur enn ekki verið tekin upp í EES-samninginn.

## LANDSRÉTTUR

- 6 Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti (fjarskiptalög) frá 26. mars 2003 er stefnda falin umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og eftirlit með framkvæmd laganna.

---

1 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2009/140/EB frá 25. nóvember 2009 um breytingu á tilskipunum 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), 2002/19/EB um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu (tilskipun um aðgang) og 2002/20/EB um heimild fyrir rafrænum fjarskiptanetum og -þjónustu (heimildartilskipun) (Stjtið. ESB 2009 L 337, bls. 37).

7 Í 3. gr. fjarskiptalaga segir:

*Merking orða í lögum þessum er sem hér segir:*

...

5. *Almennt fjarskiptanet: Fjarskiptanet sem er notað að öllu eða mestu leyti til að bjóða almenna fjarskiptaþjónustu.*

...

13. *Fjarskiptanet: 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.*

...

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

...

### III MÁLAVEXTIR OG MEÐFERÐ MÁLSINS

8 Stefnandi rekur vefsvæðið vodafone.is og kynnir þar þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður“ og hefur verið í boði síðan 2004. Meðal þjónustu sem í boði er á „Mínar síður“ er svokallað VEF-SMS, það er sending smáskilaboða frá símanúmeri sendanda í annað símanúmer.

- 9 Frá árinu 2008 hefur undir liðnum „Mínar síður“ verið hægt að senda einum eða fleiri móttakendum skilaboð, vista móttakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Frá árinu 2010 gátu áskrifendur einnig vistað þar skeytasögu sína.
- 10 Samhliða þjónustunni „Mínar síður“, sem er einungis aðgengileg áskrifendum, hefur stefnandi boðið upp á þjónustu sem nefnist „FRÍ SMS“. Sú þjónusta gerði almenningi kleift að fara á vefsíðu stefnanda, skrá inn símanúmer móttakanda, skrifa smáskilaboð og senda þau. Ekki var hægt að vista þessi smáskilaboð í safn með sögu skilaboðanna. Stefnandi hætti að bjóða upp á „FRÍ SMS“ árið 2012.
- 11 Brotist var inn á vefsvæði stefnanda hinn 30. nóvember 2013. Upplýsingum þúsunda notenda „Mínar síður“, var stolið og þær birtar á internetinu, þar á meðal efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð.
- 12 Þegar innbrotið átti sér stað var vefkerfi stefnanda þannig uppsett að hver áskrifandi gat skráð sig inn á vefþjóninn „Mínar síður“, á vefsvæði stefnanda, með netvafra á eigin endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Áskrifandinn auðkenndi sig með símanúmeri og lykilorði til að fá aðgang að sínu svæði á „Mínar síður“. Því næst valdi viðkomandi símanúmer móttakanda og skrifaði smáskilaboð. Um leið og áskrifandi valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefþjónninn merkjunum yfir í „PHP script“ hugbúnað sem er einnig á vefvæði stefnanda. „PHP script“ hugbúnaðurinn vann svo með merkin frá skilaboðasendingunni og áframsendi til MySQL-gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, nema áskrifandinn hefði valið að vista ekki skilaboðin í skeytasögu sinni, og áfram í SMS-miðlara í farsímakerfi (SMSC) stefnanda sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið í símanúmer móttakanda.



- 13 Hinn 23. desember skrifaði stefndi bréf þar sem hann óskaði upplýsinga frá stefnanda um innbrotið. Stefnandi svaraði bréfleiddis, hinn 23. janúar 2014. Við svör sín setti stefnandi þann fyrirvara að hann teldi gildissvið fjarskiptalaga, og þar með valdsvið stefnda, ekki ná yfir vefsvæði stefnanda.
- 14 Með ákvörðun 24. mars 2014 komst stefndi að þeirri niðurstöðu (a) 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, (b) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. sömu laga, og (c) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínar síður“ með símanúmeri sínu aðgang að þjónustunni, teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna. Vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar var í boði voru því talin falla undir gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stefnda. Ákvörðunin tók ekki til geymslu og skráningu gagnanna á vefsvæði stefnanda, þar sem taka átti þau atriði til nánari skoðunar í yfirstandandi rannsókn stefnda.
- 15 Stefnandi kærði ákvörðun stefnda til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Hinn 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðunina.
- 16 Fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur leitar stefnandi ógildingar á ákvörðun stefnanda og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ógildingarkrafan byggir á því að stefndi og úrskurðarnefndin hafi skýrt hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“

og „almennt fjarskiptanet“ með röngum hætti. Að mati stefnanda eigi ekkert framangreindra hugtaka við um vefsvæði hans, sem leiði til þess að það falli utan valdsviðs stefnda.

- 17 Hinn 18. maí 2016 barst EFTA-dómstólnum beiðni um ráðgefandi álit frá Héraðsdómi Reykjavíkur.

## IV SPURNINGAR

- 18 Eftirfarandi spurningum var beint til dómstólsins:
1. **Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda 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. tilskipunar nr. 2002/21/EB 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. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem 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.

## V SKRIFLEG MÁLSMEÐFERÐ FYRIR DÓMSTÓLNUM

19 Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. málsmeðferðarreglna hans hafa skriflegar greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefnanda, í fyrirsvari er Reimar Pétursson, hrl.
- Stefnda, í fyrirsvari er Ragnar Tómas Árnason, hrl.
- ESA, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Clémence Perrin, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði.
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Gerald Braun, lögfræðilegur ráðgjafi, og Luminița Nicolae frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

## VI SAMANTEKT MÁLSÁSTÆÐNA OG TILLÖGUR AÐ SVÖRUM

### STEFNANDI

20 Stefnandi heldur því fram að hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ nái ekki yfir þjónustu hans „Mínar síður“. Stefnandi leggur því til að dómstóllinn svari öllum spurningunum neitandi.

### HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 21 Að mati stefnanda krefst efnisskipan og lagarammi tilskipunarinnar þess að varfærni sé beitt við skýringu á hugtökum hennar. Skilgreiningarnar séu kjarninn í regluramma um sendinet og – þjónustu. Túlkun þeirra geti því haft ófyrirséð áhrif á ýmis réttindi og skyldur sem fjallað er um í tilskipuninni og öðrum tilskipunum innan regluverksins á þessu sviði Beita verði almennt eða þröngri lögskýringu, þar sem rýmkandi skýring sé til þess fallin að leggja óréttlátar byrðar á fjarskiptafyrirtæki og takmarka efnahagslegt frelsi þeirra.
- 22 Stefnandi telur að hin umdeilda þjónusta geti ekki talist sendikerfi, skiptistöð eða annars konar úrræði sem gerir mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, eins og gert sé ráð fyrir samkvæmt skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“.
- 23 Stefnandi bendir á að hver sem er geti sett upp hugbúnað á vefsíðu sinni og boðið upp á svipaða þjónustu. Slíkt sé oft gert, til dæmis af bönkum, miðasöluþjónustum og flugfélögum. Ef fallist yrði á skýringar stefnda yrðu allir slíkir aðilar taldir starfrækja rafrænt fjarskiptanet. Að mati stefnanda væri sú skýring vís til að flækja

regluvörslu allra slíkra stofnana og fela aðilum sem sinna fjarskiptaeftirliti í hverju landi eftirlit með málefnum þeirra. Ekkert bendi til þess að það hafi verið markmið tilskipunarinnar.

## HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 24 Stefnandi tiltekur þrjár ástæður fyrir því að hin umdeilda þjónusta falli ekki undir hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Í fyrsta lagi nái tilskipunin aðeins yfir þjónustu sem miðli merkjasendingum á rafrænum fjarskiptanetum. Ekki sé nægilegt að merkinu sé miðlað frá vefsíðu *til* fjarskiptanetsins. Stefnandi telur að þar sem hin umdeilda þjónusta sé ekki hluti af hinu rafræna fjarskiptaneti, feli miðlun merkis til þess ekki í sér að um rafræna fjarskiptaþjónustu sé að ræða.
- 25 Í öðru lagi sé þjónusta þar sem miðluðu efni er ritstýrt undanskilin skilgreiningu tilskipunarinnar á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Stefnandi heldur því fram að hin umdeilda þjónusta láti notendum eftir ritstjórnarvald við sendingu og vistun skilaboða, með sama hætti og notendur hafi „ritstjórnarvald“ yfir skilaboðum á eigin símtækjum.
- 26 Í þriðja lagi, taki skilgreiningin á rafrænni fjarskiptaþjónustu ekki til þjónustu í upplýsingasamfélaginu eins og hún sé skilgreind í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB,<sup>2</sup> það er að segja þeirrar fjarþjónustu sem að jafnaði sé veitt rafrænt gegn þóknun og samkvæmt beiðni þeirra einstaklinga sem fá þjónustuna. Tilvísun skilgreiningarinnar til þjónustu sem veitt sé rafrænt sýni að ekki verði öll slík þjónusta talin

2 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjtíð. ESB 1998 L 204, bls. 37 og EES-viðbætur 2001, nr. 3, bls. 87 (íslenska) og bls. 189 (norska)).

rafræn fjarskiptaþjónusta að órannsökuðu máli. Þjónusta sem veitt sé með rafrænum hætti, eins og þegar unnið sé með gögn og þau vistuð skorti einfaldlega einkenni rafrænnar fjarskiptaþjónustu.

- 27 Stefnandi vísar til V. viðauka tilskipunar 98/34/EB, þar sem segi að talsímaþjónusta og bréfsíma- eða fjarritaþjónusta falli ekki undir þjónustu sem veitt sé með rafrænu vinnsluferfi. Gögn sem miðlað sé í símtali teljist því ekki unnin eða geymd á rafrænu fjarskiptaneti. Það sé einnig í samræmi við 10. lið formálsorða tilskipunarinnar þar sem tekið er fram að tilskipunin taki ekki til framboðs efnis á vefgrunni.
- 28 Stefnandi telur að notendur hafi á „Mínar síður“ haft nokkra stjórn á efninu sem sent var og vistað og hann telur hina umdeildu þjónustu varða vinnslu og vistun gagna. Því sé um þjónustu í upplýsingasamfélaginu að ræða. Slík þjónusta falli aðeins undir gildissvið tilskipunarinnar ef hún felst að öllu leyti, eða að meginstefnu, í miðlun merkja á rafrænum fjarskiptanetum. Sú sé ekki raunin í fyrirbyggjandi máli.

## HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 29 Stefnandi telur að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ eigi ekki við um þjónustuna, þar sem hún sé hvorki rafræn fjarskiptaþjónusta, né veitt á rafrænu fjarskiptaneti. Jafnframt megi draga í efa hvort þjónustan hafi verið aðgengileg almenningi, þar sem hún hafi aðeins verið í boði fyrir viðskiptavinum stefnanda.

## STEFNDI

## HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 30 Stefndi heldur því fram að skilgreiningunni á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ sé ætlað að ná yfir hvers konar miðlun merkja innan sendikerfis. Því beri að skýra hana rúmt og taka mið af skýru orðalagi hennar. Markmið ákvæðisins og tilskipunarinnar í heild styðji einnig þá lögskýringaraðferð. Stefndi vísar til 5. liðar formálsorða tilskipunarinnar, sem leggi áherslu á að tryggt sé að einn reglurammi fjalli um öll fjarskipti óháð aðferð. Hann vísar einnig til annars undirmálsliðar 1. mgr. 8. gr. og b-liðar 4. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar sem leggi þá skyldu á stjórnvöld aðildarríkjanna að þau gæti að tæknilegu hlutleysi milli mismunandi miðla og tryggi neytendum víðtæka vernd. Einnig beri að taka mið af vernd persónuupplýsinga, eins og fram komi í 20. og 24. lið formálsorða tilskipunar 2002/58/EB.<sup>3</sup> Loks vísar stefndi til meginreglunnar um virkni EES-réttar, eins og hún birtist í 3. gr. EES-samningsins.
- 31 Stefndi telur að ekki beri að skýra tilskipunina með svo þröngum hætti að hún verði aðeins látin gilda um þá rafrænu fjarskiptaþjónustu sem þekkt var við setningu hennar, svo sem hefðbundna sendingu smáskilaboða milli tveggja farsíma. Þvert á móti geri hið víðtæka orðalag ákvæðisins ráð fyrir að taka megillit til stöðugrar tækniþróunar á þessu sviði. Það haldist í hendur við markmið um neytendavernd og tæknilegt hlutleysi.

---

3 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónuupplýsinga og um verndun einkalífs á sviði rafrænna fjarskipta (tilskipun um friðhelgi einkalífsins og rafræn fjarskipti) (Stjtíð. ESB 2002 L 201, bls. 37, og EES-viðbætur 2005, nr. 27, bls. 147 (íslenska) og bls. 235 (norska)).

- 32 Sending skilaboða í gegnum „PHP script“ á vefsvæði stefnanda til SMS-miðlara á sér stað á rafrænu fjarskiptaneti hans og sendikerfið sem miðlar merkinu í gegnum og frá vefsvæðinu er hluti af því neti, að mati stefnda. Þegar notandi sendir skilaboð gegnum „Mínar síður“ teljist móttaka þeirra merkja í „PHP script“ á vefsvæði stefnanda og úrvinnsla þeirra þar miðlun merkja. Hugbúnaðurinn, eins og honum er lýst, sé nauðsynlegur til að merkjunum verði miðlað, því án hans bærust skilaboð sem send væru af „Mínar síður“ aldrei til móttakanda. Stefndi heldur því enn fremur fram að hinu umdeilda vefkerfi og hugbúnaði þess megi að fullu jafna til þeirrar þjónustu sem veitt sé þegar smáskilaboð séu send milli farsíma. Í ljósi þessa verði sendikerfið að teljast rafrænt fjarskiptanet.
- 33 Að mati stefnda er grundvallarmunur á því þegar rafrænt fjarskiptafyrirtæki gefur viðskiptavinum sínum tækifæri á að senda smáskilaboð í gegnum lokað vefsvæði til farsíma og því þegar annað fyrirtæki veitir þjónustu á sínu vefsvæði sem felur í sér sendingu smáskilaboða með sérstöku efni, svo sem kvittunum, miðum eða brottfararspjöldum. Stefndi tekur sem dæmi að í tilvikum þar sem skilaboð eru send frá netbönkumsé það í raun bankinn sem er viðskiptavinur rafræna fjarskiptafyrirtækisins og tekur endanlega ákvörðun um efni skilaboðanna. Hvað varðar hin mörgu skilaboðakerfi sem bjóðast með notkun smáforrita á netinu, svo sem Facebook Messenger, Skype, Whatsapp og Viber (einnig þekkt sem „over-the-top-þjónusta“ eða OTT), telur stefndi að notkun slíkra smáforrita eigi sér einungis stað á internetinu og sé því óháð símanúmeri og rafrænni fjarskiptaþjónustu hins rafræna fjarskiptafyrirtækis.



## HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 34 Stefndi telur að þar sem sendikerfið, eins og því var lýst að framan, verði að öllu leyti að teljast hluti af rafrænu fjarskiptaneti stefnanda miðli þjónustan sem um ræðir í málinu óhjákvæmilega merkjum í gegnum rafrænt fjarskiptanet og sé þar af leiðandi rafræn fjarskiptaþjónusta.
- 35 Hvað varðar mikilvægi þess hvort gjald sé innheimt vegna þjónustunnar, bendir stefndi á að algengt sé á rafrænum fjarskiptamarkaði, að viðskiptavinir greiði mánaðargjald sem veiti þeim ótakmarkaðan fjölda símtala og smáskilaboða. Það geti því ekki skipt sköpum hvort gjald sé tekið vegna hvers einstaks hluta þjónustunnar sem veitt sé. Ef svo væri féllu jafnvel hefðbundin smáskilaboð og símtöl utan gildissviðs tilskipunarinnar. Slíkt myndi grafa undan skilvirkni tilskipunarinnar og væri í mótsögn við markmið hennar og heildarregluverks EES-samningsins á sviði fjarskipta með tilliti til neytenda- og persónuupplýsingaverndar.

## HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 36 Stefndi bendir á að þjónustan sem veitt var hafi verið öllum almenningi aðgengileg, í þeim skilningi að allir sem kusu að vera í viðskiptum við stefnanda um rafræna fjarskiptaþjónustu gátu nýtt sér hana. Sendikerfið sem um ræði sé því almennt fjarskiptanet þótt það hafi aðeins staðið áskrifendum stefnanda til boða.

## ESA

- 37 ESA bendir í upphafi á að yfir standi ítarlegar viðræður um hvort og þá hvernig laga megi gildandi regluverk að tækniþróun. Í þeim viðræðum sé það einkum til skoðunar hvort réttlæta megi þann mun

sem sé á reglum sem gilda um nýjar OTT-þjónustur og þeim sem gilda um hefðbundnar rafrænar fjarskiptaþjónustur.<sup>4</sup> Að því gættu hvetur ESA dómstólinn til sérstakrar varfærni og til þess að teygja sig ekki óþarflega langt út fyrir þröngar skorður spurninganna sem til hans var beint, til að hafa ekki áhrif á yfirstandandi umræður um stefnumörkun. ESA bendir jafnframt á að upplýsingar þær sem koma fram í beiðni héraðsdóms virðist ekki leggja grunninn að nánari skoðun á regluverkinu.

## HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 38 ESA bendir á að skilgreiningin á rafrænu fjarskiptaneti vísi til sendikerfis og, ef við á, annarra tækja og úrræða sem gera mögulegt að miðla merkjum. Rafrænt fjarskiptanet nái því til áþreifanlegs og/eða röklegs nets og allra annarra hluta sem nauðsynlegir eru til að senda merki. Því verði að meta hvort miðlun merkja frá endabúnaði sendanda, sem tengdur var við vefsvæði stefnanda, til farsíma endanlegs notanda sé nauðsynlegt skilyrði sendingar merkja.

---

4 Vísað er til skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samráð við almenning vegna endurskoðunar reglurammans sem gildir um rafræn fjarskiptanet og -þjónustur sem birt var 11. september 2015 (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic-communications>), skýrslu um OTT-þjónustur sem evrópskur hópur eftirlitsaðila á sviði rafrænna fjarskipta (BEREC) lét gera (BoR (16) 35) ([http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-services)), og ákvörðunar belgísku póst- og fjarskiptastofnunarinnar frá 30. maí 2016 þar sem lögð var stjórnvaldssekt á Skype Communications SARL fyrir að hafa látið undir höfuð leggjast að skrá sig sem veitanda rafrænnar fjarskiptaþjónustu vegna SkypeOut-þjónustu þess (<http://www.bipt.be/en/consumers/press-release/123-skype-fined-by-bipt-regarding-the-skypeout-telecom-service>).

- 39 ESA telur að net sem heimilar sendingu smáskilaboða frá búnaði sendanda í farsíma móttakanda, í gegnum vefsvæði stefnanda verði að teljast rafrænt fjarskiptanet. Það eigi við um farsímanet stefnanda og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum. Færslan frá vefþjóninum „Mínar síður“ með notkun „PHP script“ hugbúnaðar til SMS-miðlara sé hluti af því neti þar sem sending slíkra merkja sé nauðsynlegt skilyrði sendingar smáskilaboða.

## HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 40 ESA heldur því fram að í hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ felist þrjú grundvallar atriði, þ.e. að (i) þjónustan sé veitt gegn þóknun, (ii) þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja, og (iii) undanskilin sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt.
- 41 Hvað varðar skilyrðið um að þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun bendir ESA á að hugtakið endurgjald taki til hvers konar ávinnings sem hlýst af veitingu þjónustunnar.<sup>5</sup> Ekki sé nauðsynlegt að þjónustan sé greidd af þeim sem hún var veitt.<sup>6</sup> Endurgjaldið fyrir rafræna fjarskiptaþjónustu geti því verið innt af hendi beint, frá þeim sem þjónustan var veitt, eða óbeint, í gegnum auglýsingar eða aðrar fjármögnunarleiðir.<sup>7</sup> Í fyrirbyggjandi máli virðist vera hafið yfir allan vafa að greitt hafi verið fyrir smáskilaboðaþjónustuna „Mínar síður“ þar sem hún var einungis aðgengileg áskrifendum stefnanda.

5 Vísað er til máls *Humbel and Edel*, 263/86, EU:C:1988:451, 17. og 18. mgr.

6 Vísað er til máls *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, 28. og 29. mgr. og dómafrankvæmdar sem þar er vísað til.

7 Vísað er til máls *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, 29. mgr.

- 42 Að því er varðar skilyrðið um að þjónustan felist að öllu eða að mestu leyti í miðlun merkja, telur ESA að þegar um rafræna fjarskiptaþjónustu sé að ræða teljist merki miðlun upplýsinga eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, líkt og raunin sé í fyrirbyggjandi máli, þar sem miðlunin á sér stað milli tækis sendanda, sem tengist „Mínar síður“, og farsíma móttakanda. ESA bendir á að gagnvart endanlegum notanda beri stefnandi ábyrgð á sendingu merkisins og því að tryggt sé að smáskilaboðin sendist með réttum hætti. Stefnandi hafi því stjórn á miðlun merkja, sem sé lykilatriðið við mat á þessum þætti.<sup>8</sup> Sú staðreynd, að stefnandi eigi einnig hið rafræna fjarskiptanet sem þjónustan sé veitt á, styðji þá niðurstöðu, þótt ekki sé nauðsynlegt skilyrði fyrir veitingu rafrænnar fjarskiptaþjónustu, að viðkomandi aðili eigi netið.
- 43 Loks, að því er varðar eðli þeirrar þjónustu sem veitt er, telur ESA að miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti sé megineinkenni hinnar umdeildu þjónustu fremur en að bjóða fram efni eða annars konar minni háttar eða tilfallandi þjónustuþætti. Hún verði því að teljast rafræn fjarskiptaþjónusta þar sem ofangreind þrjú grundvallar atriði séu fyrir hendi.

## HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 44 ESA telur að kjarninn í mati á því hvort almennt fjarskiptanet sé til staðar, sé hvort rafrænt fjarskiptanet sé aðallega notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem sé opin almenningi og mikill og mögulega ótiltekinn fjöldi notenda geti tengst.

8 Vísað er til máls *UPC DTH, C-475/12*, EU:C:2014:285, 43. og 44. mgr.

- 45 Þótt hin umdeilda þjónusta sé einungis gerð aðgengileg viðskiptavinum stefnanda þýðir það ekki að hún sé óaðgengileg almenningi, að mati ESA, þar sem allir geti gerst viðskiptavinir stefnanda. Gera verði greinarmun á þessu og því þegar um lokaðan hóp sé að ræða, til dæmis starfsmenn fyrirtækis eða íbúa byggingar. ESA telur því að þjónusta á borð við þá sem deilt sé um í málinu sem rekið sé fyrir landsdómstólnum verði að flokkast sem almennt fjarskiptanet þrátt fyrir að hún sé aðeins aðgengileg viðskiptavinum stefnanda.
- 46 Samkvæmt framansögðu leggur ESA til að dómstóllinn svari spurningunum með eftirfarandi hætti:
1. *Ákvæði a-liðar 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu, ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja á borð við smáskilaboðþjónustu „Mínar síður“, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefþjóni á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vafra yfir almenna internetið og inn í „PHP script“ hugbúnað á vefsvæði sama fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi þess, sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til símanúmers móttakanda, að því gefnu að búnaðurinn og hugbúnaðurinn séu nauðsynleg til að miðla merkjum sendandans í tæki móttakandans.*
  2. *Ákvæði c-liðar 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu eins og smáskilaboðþjónustu á „Mínar síður“, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir slíka þjónustu, að því gefnu að þjónustan sé veitt í atvinnuskyni og felist að mestu leyti, eða öllu, í miðlun merkja frekar en efni.*

3. Ákvæði d-liðar 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB ber að skýra með þeim hætti að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir rafræna fjarskiptaþjónustu á borð við smáskilaboðþjónustu á „Mínar síður“ óháð því hvort hún sé aðeins aðgengileg áskrifendum tiltekins fjarskiptafyrirtækis, að því gefnu að hún teljist rafræn fjarskiptaþjónusta sem opin sé almenningi og mikill, mögulega ótiltekinn fjöldi notenda geti tengst.

## FRAMKVÆMDASTJÓRNIN

- 47 Framkvæmdastjórnin bendir á að hugtökin sem á reyni í málinu taki til nets og þjónustu, en ekki geymslu og vistun upplýsinga sem miðlað sé með slíku neti eða slíkri þjónustu. Greining framkvæmdastjórnarinnar sé sett fram með fyrirvara um gildissvið 2002/58/EB, sérstaklega um skyldur fyrirtækis varðandi geymslu og vistun fjarskipta.

## HUGTAKIÐ „RAFRÆNT FJARSKIPTANET“

- 48 Framkvæmdastjórnin bendir á að skilgreiningin á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ snúist aðallega um sendikerfi og annan búnað sem notaður er til að senda merki. Miðlun merkja, á hinn bóginn, sé þjónusta sem veitt sé með notkun nets, en sé ekki sjálft netið.
- 49 Framkvæmdastjórnin telur að líta beri á hugbúnaðinn sem notaður sé til miðlunar merkja sem hluta hins rafræna fjarskiptakerfis. Slíkur hugbúnaður kunni að uppfylla skilyrði til að teljast „skiptistöð eða beinir“ netsins. Vegna tækniþróunar sé skiptingu ekki lengur handstýrt, heldur stýrt með hugbúnaði. Nútímanet séu ekki starfrækt án hugbúnaðar og sé hann því orðinn hluti af netinu.

Hugbúnaður geti einnig talist „annað úrræði“. Framkvæmdastjórnin bendir jafnframt á að samkvæmt 12. gr. tilskipunar 2002/19/EB,<sup>9</sup> geti aðgangur að rafrænum fjarskiptanetum einnig tekið til „aðgangs að viðeigandi hugbúnaðarkerfum“.

- 50 Framkvæmdastjórnin heldur því fram að kerfið sem um ræðir í fyrirbyggjandi máli leyfi miðlun merkja fyrir upphaf og lúkningu sendingar smáskilaboða og fjarskipti við miðlara sem geymir skilaboðin. Umrætt sendikerfi sé því rafrænt fjarskiptanet.

## HUGTAKIÐ „RAFRÆN FJARSKIPTAÞJÓNUSTA“

- 51 Framkvæmdastjórnin telur hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ rúmt og margþætt. Fyrsta skilyrðið sé að þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun. Þjónustan, sem lýst sé í álitsbeiðninni, sé að jafnaði veitt gegn þóknun. Þótt stefnandi hafi ekki tekið gjald af áskrifendum sínum fyrir sendingu skilaboða af „Mínar síður“ þýði það ekki að stefnandi hafi ekki fengið þóknun. Þóknunin geti fengist með óbeinum hætti, til dæmis í formi auglýsinga á vefsvæðinu.<sup>10</sup> Enn fremur sé ekki hægt að útiloka að veitandi þjónustunnar nái útlögðum kostnaði af veitingu þjónustunnar aftur í gegnum gjöld sem lögð séu á áskrifendur vegna annarrar þjónustu.
- 52 Í öðru lagi, varðandi það skilyrði að merkjum sé miðlað, bendir framkvæmdastjórnin á að þjónustan sem hér sé til skoðunar feli í sér sendingu smáskilaboða frá tölvu í gegnum vefsvæði

9 Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/19/EB frá 7. mars 2002 um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu (tilskipun um aðgang) (Stjtið. ESB 2002 L 108, bls. 7 og EES-viðbætur 2006, nr. 30, bls. 230).

10 Vísað er til máls *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, 16. mgr.

þjónustuveitanda í númer sem fengið sé úr miðlægum gagnagrunni símanúmera. Þjónustan feli í sér flutning upplýsinga milli tveggja nettengipunkta og tryggi fjarskipti milli sendanda og móttakanda. Veitandi þjónustunnar stýri miðlun samskiptanna, þar sem hann beri ábyrgð á því að smáskilaboðin skili sér á áfangastað. Veitandinn verði að sjá um flutning / lúkningu þjónustunnar að fullu eða veita þá þjónustu á eigin neti svo smáskilaboðunum sé miðlað á áfangastað. Hvort veitandi þjónustunnar eigi netið eða ekki skipti hins vegar ekki máli þegar metið sé hvort þjónusta feli í sér miðlun merkja.<sup>11</sup>

- 53 Framkvæmdastjórnin telur, í þriðja lagi, að þjónustan sem um ræðir feli ekki í sér að boðið sé upp á það efni sem senda á, eða ritstjórn á því. Veitandinn leggur ekki til efni smáskilaboðanna heldur aðeins aðferðina sem geri sendingu þeirra mögulega. Framkvæmdastjórnin telur því að sending smáskilaboða frá tölvu í númer sem fengið sé úr miðlægum gagnagrunni símanúmera teljist rafræn fjarskiptaþjónusta.

## HUGTAKIÐ „ALMENNT FJARSKIPTANET“

- 54 Framkvæmdastjórnin telur að taka verði tillit til þess hvort hin rafræna fjarskiptaþjónusta sé gerð öllum aðgengileg þegar meta skal hvort um almenna fjarskiptaþjónustu sé að ræða. Framkvæmdastjórnin telur takmörkun hinnar umdeildu þjónustu við áskrifendur ekki breyta þeirri staðreynd að þjónustan hafi verið gerð almenningi aðgengileg. Allir geti gerst áskrifendur að þjónustu stefnanda og hljóta þannig aðgang að þjónustunni hvenær sem er. Því beri að telja að rafræna fjarskiptaþjónustan sé almennt fjarskiptanet.

---

11 Vísað er til áður tilvitnaðs máls *UPC DTH*, 43. mgr.



55 Framkvæmdastjórnin leggur til að dómurinn svari spurningunum sem beint var til hans með eftirfarandi hætti:

1. *Skýra má a-lið 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir sendikerfi og önnur úrræði sem notuð eru til miðlunar merkja sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefþjóni „Mínar síður“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í „PHP script“ hugbúnaðinn á vefsvæði sama fjarskiptafyrirtækis, 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 símanúmers móttakanda.*
2. *Skýra má c-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeirri miðlun merkja sem á sér stað á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í svari við spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.*
3. *Skýra má d-lið 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í svari við spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í svari við spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu opin öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.*

**Per Christiansen**

Framsögumaður