

Alþingi
Nefndasvið
Kirkjustræti, 101 Reykjavík

Reykjavík, 5. júní 2020

Efni: Umsögn Símans hf. um frumvarp til laga um fjarskipti, sbr. þingskjal 1354, 775. mál

I. Inngangur

Vísað er til frumvarps til laga um fjarskipti, sbr. þingskjal 1354, 775. mál (hér eftir „lagafrumvarpið“). Síminn hf. (hér eftir Síminn) hefur kynnt sér efni lagafrumvarpsins og gerir svohljóðandi athugasemdir við efni þess og form.

Með frumvarpinu er leitast við að lögfesta regluverk ESB í fjarskiptum, nánar tiltekið tilskipun ESB nr. 2018/1972 frá 11. desember 2018 um setningu evrópskra reglna um fjarskipti, sem ber stundum vinnuheitið „fjarskiptakóðinn“ eða „Kóðinn“, sem og reglugerð ESB nr. 2018/1971 frá 11. desember 2018 um evrópskan hóp eftirlitsaðila á sviði fjarskipta, eða „BEREC-reglugerðin“. Jafnframt er um að ræða heildarendurskoðun á regluverki fjarskipta, en lögin munu leysa gildandi lög nr. 81/2003 af hólmi. Mikilvægt er því að vanda til verka.

Hugað skal að því að helstu markmið hins nýja regluverks ESB eru öðru fremur 1) að stuðla að fjárfestingum og uppbyggingu í háhraðanetum á borð við ljósleiðarakerfi og 5G farsímakerfum, 2) að stuðla að samkeppni, 3) að efla og þróa innri markaðinn og 4) stuðla að bættri neytendavernd.

Í upphafi skal það nefnt að þau drög að lagafrumvarpinu sem kynnt voru í samráðsgátt í desembermánuði sl. hafa tekið nokkrum breytingum, en svo virðist sem fyrri athugasemdir Símans hafi að einhverju leyti verið teknar til greina við vinnslu þess. Á hinn bóginn eru mörg atriði sem er nauðsynlegt að bæta úr, bæði til hagsbóta fyrir fjarskiptamarkaðinn í heild, neytendur og fjarskiptafyrirtæki, sem og til þess að stuðla að réttri innleiðingu Kóðans og BEREC-reglugerðarinnar og að vinna að ofangreindum markmiðum ESB-regluverksins sem ætlunin er að innleiða.

II. Almennar athugasemdir

Þau ákvæði Kóðans sem fela í sér hvata til fjárfestinga og ætlað er að auðvelda uppbyggingu nýrra fjarskiptaneta eru framfaraskref og líkleg til þess að vinna að markmiðum Kóðans. Á það bæði við um ákvæði sem snúa jöfnum höndum að fastanetum og farnetum, auk ákvæða sem virðast snúa öðru fremur að uppbyggingu 5G nets. Þá eru ákvæði sem heimila samstarf aðila við uppbyggingu fjarskiptaneta til góðs og kunna vel að stuðla að betri nýtingu á framleiðsluþáttum þjóðfélagsins.

Hins vegar er víða í lagafrumvarpinu að finna ósamræmi við Kóðann, en þar virðist einkum gengið lengra á rétt fjarskiptafélaga en heimilt er samkvæmt Kóðanum. Þar virðist fyrst og fremst einkum hafa verið horft til þess að efla völd Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) og auka valdheimildir PFS til inngripa og handstýringar á starfsemi fjarskiptafélaga. Að sama skapi virðast mörg ákvæði Kóðans sem ætlað er að tempra vald eftirlitsaðila og/eða gera kröfur um

tiltekna málsmeðferð ekki verið lögfest og lítill reki gerður að því að stuðla að jafnvægi við framkvæmd eftirlits á fjarskiptamarkaði. Er það afar miður, enda fara hagsmunir fjarskiptafélaga, neytenda og þjóðfélagsins alls mjög oft saman. Brýnt er að bæta úr ofangreindu áður en heildarendurskoðun fjarskiptalöggjafarinnar verður leidd í lög með þeim hætti sem frumvarpið býður. Skýringin á þessu kann að vera sú sem fram kemur í frumvarpinu að PFS tók þátt í að semja frumvarpið og því haft áhrif á efnistöð. Má leiða að því líkum að meira jafnvægi hefði fengist ef fjarskiptafyrirtækjum hefði verið veitt aðkoma við samningu og útfærslu á innleiðingu Kóðans í íslenskan rétt með ríkari hætti en gert var.

Í Kóðanum er mælt sérstaklega fyrir um það að með honum sé markvisst stefnt að því að hverfa frá sértæku fjarskiptaeftirliti með markaðsaðilum. Það skilar sér engan veginn inn í lagafrumvarpið sem til stendur að leiða í íslensk lög. Verður að bæta úr frumvarpinu til þess að þetta markmið ná inn í endanlega útgáfu laganna.

Þá eru ákvæði lagafrumvarpsins um sektarheimildir til handa PFS langt fram úr öllu hófi, bæði hvað varðar umfang og mögulegar sektarfjárhæðir. Engin rök standa til þess að fyrirtæki, stjórnarmenn og starfsmenn fjarskiptafyrirtækja á Íslandi þurfi að búa við gríðarlega ströng ákvæði um sektir og önnur viðurlög vegna mögulegra brota á fjarskiptalögum. Á það ekki síst við þegar fyrir liggur að staða fjarskiptamála á Íslandi er í fremstu röð á heimsvísu og hefur sú staða komist á án verulega íþyngjandi viðurlagaheimilda PFS hingað til. Standa því engin rök til þess að PFS séu fengnar sektarheimildir sem geta kollvarpað rekstri fjarskiptafélaga og að einstaklingar geti þurft að sæta refsingu fyrir margs konar smávægileg brot sem engan veginn réttlæta slíkar refsingar. Löggjafinn er eindregið hvattur til þess að skoða refsheimildir laganna ítarlega og taka þær til gagnerrar endurskoðunar.

Þá leggur Síminn til að kærueheimild PFS á úrskurðum úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála til dómstóla verði afnumin. Byggir það sjónarmið á þeirri meginreglu íslensks stjórnarsýsluréttar að lægra sett stjórnvald skuli una úrskurði hins æðra setta stjórnvalds. Búa þar m.a. að baki réttaröryggissjónarmið og sjónarmið um skilvirka stjórnarsýslu.

Sérstaka athygli vekur að ákvæði um aðgang að ríkisstyrktum fjarskiptanetum skuli hafa verið fjarlægð úr lagafrumvarpinu áður en það var lagt fyrir Alþingi. Engin rök finnast fyrir þeirri breytingu í frumvarpinu, en slíkur aðgangur væri verulega til hagsbóta fyrir fjarskiptageirann í heild, uppbyggingu fjarskiptaneta, sem og til hagsbóta fyrir neytendur. Ástæða þess að frumvarpshöfundar fjarlægðu ákvæði sem kveða á um aðganginn vekja mikla furðu, en sú ákvörðun þarfnast nauðsynlega endurskoðunar. Í óbreyttri mynd vinnur frumvarpið að þessu leyti gegn samkeppni og neytendum og þar með þjóðfélaginu í heild.

Auk framangreindra atriða hefur Síminn ýmsar aðrar athugasemdir við frumvarpið og vísast til umfjöllunar um það hér að neðan.

Það ber að nefna að efni frumvarpsins og Kóðans, auk annarra Evrópugerða og hliðsjónarefnis er gríðarmikið að umfangi. Á þeim skamma tíma sem veittur var til athugasemda hefur gefist takmarkað ráðrúm til að gera efninu tæmandi skil. Rýmri tímamörk hefðu sjálfsagt stuðlað að betra lagafrumvarpi sem leiða má líkum að stuðli að vandaðri lagasetningu. Sökum þess skamma tímaramma sem hagsmunaaðilum var veittur til umsagnar er löggjafinn nú hvattur til þess að staldra við og sníða vankanta af frumvarpinu áður en lengra er haldið. Skorar Síminn því á umhverfis- og samgöngunefnd að fresta afgreiðslu málsins til næsta löggjafarþings í þeirri viðleitni að færa frumvarpið til betri vegar áður en það verður samþykkt sem lög frá Alþingi.

III. Athugasemdir við einstakar greinar

III.1 - Ákvæði 2. gr. - markmið

Í ákvæði 2. gr. frumvarpsins er vikið að markmiði laganna. Ákvæðinu hefur nú verið breytt frá upphaflegri mynd og fangar nú betur það markmið Kóðans að stuðla að uppbyggingu og notkun háhraða fjarskiptaneta á innri markaði EES-svæðisins. Hvað þau markmið varðar segir ákvæði 2. gr. hins vegar einungis að markmið laganna sé að stuðla að „hagkvæmum fjárfestingum og nýsköpun á fjarskiptamarkaði“.

Orðalag þetta fangar hins vegar ekki eitt það helsta markmið Kóðans, sem er að stuðla að uppbyggingu háhraðaneta. Markmiðsákvæði laga eru ein mikilvægustu ákvæði sérhvers lagabálks og hafa grundvallarhrif á túlkun þeirra lagaákvæða sem þar er að finna. Markmið Kóðans, að auka uppbyggingu háhraðaneta er metnaðarfullt. Það væri því einkar heillavænlegt ef sá metnaður myndi skila sér í íslensku löggjöfina. Er því lagt til að orðalag ákvæðisins verði endurskoðað með það í huga að fyrrgreint markmið Kóðans endurspeglar betur í markmiðum íslensku laganna, til þess að þau hvetja til fjárfestinga í og uppbyggingar á háhraðafjarskiptanetum.

III.2 - Ákvæði 5. gr. - orðskýringar

Í ákvæði 5. gr. er að finna orðskýringar.

Hugtakið „endabúnaður“ er ekki skilgreint í lögnum, heldur er látið nægja að vísa til skilgreiningar í 1. lið 1. gr. Kóðans. Ástæður þessa eru ekki ljósar en telja verður heppilegra að grunnatriði í lögum á borð við skilgreiningu efnislega mikilvægra hugtaka séu afmörkuð og skilgreind af löggjafanum sjálfum. Er því lagt til að skilgreining orðsins verði tekin upp í lög.

Frumvarpið gerir ráð fyrir að hugtakið „notandi“ geti bæði átt við um einstakling og lögaðila. Hins vegar tekur sama hugtak (e. user) í tilskipun 2002/25/EB einungis til einstaklinga, sbr. a)-lið 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar. Þá byggir hugtakið „endanotandi“ á hugtakinu „notandi“, en sökum þess að notandi getur bæði verið einstaklingur og lögaðili, getur endanotandi einnig verið það. Setja má spurningarmerki við það hvort tilvísanir í frumvarpinu til „endanotanda“ geti á öllum stöðum náð til lögaðila jafnt sem einstaklinga og hvort slík hugtakanotkun gangi hreinlega upp. Sem dæmi má nefna að í ákvæði 1. og 2. mgr. 93. gr. frumvarpsins er vísað til persónuupplýsinga um endanotanda, sem skv. framangreindu getur þó líka verið lögaðili. Í þessu samhengi má einnig benda á að það getur verið einkennilegt að tala um „upplýst samþykki“ endanotanda, þegar endanotandinn getur verið lögaðili. Mælst er til þess að frumvarpið verði skoðað í heild sinni út frá því hvort slík hugtakanotkun sé hreinlega tæk.

Í frumvarpinu er ekki gerð grein fyrir því hvers vegna öll hugtök sem eru skilgreind í Kóðanum eru ekki jafnframt skilgreind í lögnum og hvers vegna þar er að finna hugtök sem ekki eru skilgreind í Kóðanum. Mikilvægt er að íslensk lög víki ekki frá hinum einslita innri markaði EES-svæðisins, sér í lagi þegar kemur að hugtakanotkun. Engin grein er gerð fyrir frávikum að þessu leyti auk þess sem þau eru örökstudd. Er mælst til þess að ekki sé vikið frá Kóðanum við skilgreiningu hugtaka.

Lagt er til að skilgreining á hugtakinu fjarskiptanet verði breytt, þannig að ótvírætt sé að þau nái til kerfa sem byggja á föstum innviðum eða á miðlægri stýringu og hljóði eftirleiðis þannig (breytingar í undirstrikuðu)

„Fjarskiptanet: Eru merkjaflutningskerfi, hvort sem þau eru yfir fasta innviði eða eru miðlægt stýrð. Í fjarskiptaneti getur verið eftir atvikum skipti- eða beinibúnaður ásamt öðrum björgum,

þ. á m. neteiningar sem ekki eru virkar, sem leyfa flutning á merkjum yfir þræði, radíó, ljós eða með öðrum rafsegulfræðilegum aðferðum, þ. á m. yfir gervitungl, föst net (rása- eða pakkaskipt, þ. á m. internetið) og farnet, einnig rafmagnsdreifinet að því marki sem þau eru notuð til flutnings merkja. Fjarskiptanet eru einnig kerfi sem nýtt eru til útvarps- og sjónvarpsútsendinga og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra fjarskiptamerkja sem um þau fara.“

III.3 – Ákvæði 9.gr. - Sérstök skilyrði.

Í 9. gr. frumvarpsins er fjallað um sérstök skilyrði sem fjarskiptafyrirtæki sem bjóða fjarskiptanet eru bundin af, auk skilyrða skv. 8. gr. Í skýringum í greinargerð er ákvæðið sagt innleiða 2. mgr. 13. gr. Kóðans og B. hluta viðauka I við hann. Samkvæmt b. lið ákvæðisins segir að flutningsskyldur samkvæmt fjölmiðlalögum skuli uppfylltar, að því er varðar net sem notuð eru fyrir dreifingu hljóð- og sjónvarps til almennings.

Síminn telur hins vegar að breyta þurfi orðalagi b.-liðar til að samræmi fáiast við Kóðann.

Í B. hluta viðauka I við Kóðann kemur fram í 2. tl. að heimilt sé að láta flutningsskyldu í samræmi við ákvæði Kóðans fylgja almennri heimild til fjarskiptastarfsemi. Í 114. gr. Kóðans kemur fram að flutningsskylda (e. must carry obligations) geti einungis náð til sjónvarpsútsendinga. Því er nauðsynlegt að breyta orðalagi b. liðar 9. gr. frumvarpsins á þá leið að flutningsskyldan nái einungis til sjónvarpsútsendinga (línuleg myndmiðlun) en ekki til ólínulegrar myndmiðlunar. Telur Síminn mikilvægt að þessu verði slegið föstu svo ekki þurfi að leika vafi á því hvað í ákvæðinu felst.

III.4 – ákvæði 26. gr. - Grunnkröfur þráðlauss fjarskiptabúnaðar

Í frumvarpinu hljóðar niðurlag ákvæðis 26. gr. þannig:

„Óheimilt er að framleiða og markaðssetja búnað eða hugbúnað sem er hannaður eða aðlagður til að sniðganga réttindi þjónustuveitanda sem veitir þjónustu um skilyrt aðgangskerfi.“

Af orðalagi ákvæðisins mætti ráða að aðeins sú háttsemi sé óheimil að framleiða og markaðssetja þann búnað sem nefndur er í ákvæðinu og að það sé því skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að sami aðili bæði framleiði og markaðssetji búnaðinn. Gætu þannig tveir aðilar sinnt hvorum þætti brotastarfseminnar, annar framleitt búnaðinn en hinn markaðssett hann. Ótvíræðara orðalag væri:

„Óheimilt er að framleiða eða markaðssetja búnað eða hugbúnað sem er hannaður eða aðlagður til að sniðganga réttindi þjónustuveitanda sem veitir þjónustu um skilyrt aðgangskerfi.“

III.5 – Almennt um IX. kafla: Markaðir, markaðsgreiningar og álagning kvaða

Töluverðar breytingar hafa nú verið gerðar á ákvæði 43. gr. frumvarpsins, frá því sem að var stefnt í drögum laganna. Er PFS nú gert að taka ítrasta tillit til tilmæla Eftirlitsstofnunar EFTA um viðkomandi þjónustumarkaði og viðmunarreglna Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsgreiningar og mat á umtalsverðum markaðsstyrk. eru þessar breytingar til bóta frá upphaflegum drögum og í betra samræmi við Kóðann og markmið hans, auk þess sem þær stuðla að meira aðhaldi við töku afar huglæggra stjórnvaldsákvarðana.

Engu að síður er augljóst að í óbreyttri mynd leiða ýmis ákvæði IX. kafla laganna um markaði, markaðsgreiningar og álagningu ekki til réttar innleiðingar á ákvæðum tilskipunarinnar. Nauðsynlegt er að gera úrbætur á kaflanum svo ekki verði um að ræða verulegt misræmi á milli fyrirhugaðrar lagasetningar og EES-reglna.

Hafa ber í huga að fjarskiptalög eru sérlög sem ganga framur almennum samkeppnislögum. Frá því samkeppni var gefin frjáls á fjarskiptamörkuðum hefur það verið stefna annarra evrópskra fjarskiptayfirvalda að draga úr sértæku samkeppniseftirliti fjarskiptaefirlitsstofnana og færa það undir hið almenna samkeppniseftirlit. Skýrt er kveðið á um þetta í Kóðanum. Segir þar m.a. í 29. mgr. aðfararorða að honum sé markvisst ætlað að draga úr sértæku ex ante eftirliti og færa eftirlit með fjarskiptamörkuðum undir hið almenna samkeppniseftirlit. Hvorki í lagatexta né skýringum með lögunum kemur þessi mikilvæga stefnumörkun fram, sem er satt að segja einkennilegt.

Samkeppni á fjarskiptamörkuðum hér á landi er mikil. Hefur samkeppnin aukist verulega á þeim 25 árum frá því einkaréttur var afnuminn á Íslandi. Sömu sögu er að segja annars staðar á EES-svæðinu og tekur Kóðinn mið af því. Af þeim sökum eru stigin stór skref í átt að því að færa sértækt samkeppniseftirlit yfir í almennt samkeppniseftirlit með því að gera ríkari sönnunarkröfur fyrir réttlætingu á því að leggja á sértækar eftirlitskvaðir. Verður að gera kröfu um að sama stefna væri tekin hér á landi og tekin er í öðrum löndum innan EES-svæðisins með innleiðingu Kóðans.

Áhersla er lögð á það í Kóðanum að hinu sértæka eftirliti verði aðeins beitt þegar það er nauðsynlegt (e. essential) sökum þess að ekki sé um neina samkeppni að ræða á markaði og ekki fyrirsjáanlegt að samkeppni komist á. Því þurfi að sýna fram á að samkeppni muni ekki komast á á smásölustigi nema með álagningu heilidsöluquaða. Er að öðru leyti vísað til tilvitnaðrar 29. mgr. aðfararorðanna um þetta.

Ákvæði 67. gr. Kóðans felur í sér breytingu á gildandi reglum og leggur aukna sönnunarbyrði á PFS fyrir því að leggja á íþyngjandi kvaðir. Felur ákvæðið í sér að beiting sértækra fjarskiptareglna verði einungis gerð í undantekningartilvikum þegar ljóst er að almennar samkeppnisreglur duga ekki til. Enda þótt ákvæði 44. gr. frumvarpsins endurspegli nú að miklu leyti inntak 67. gr. Kóðans, er rétt að tilgreina framangreint markmið tilskipunarinnar í lögunum, enda hafa markmið laga jafnan mikla þýðingu fyrir túlkun þeirra, sem áður segir. Í ákvæði 67. gr. Kóðans felst ennfremur það að eftirlitsaðili á ekki að framkvæma markaðsgreiningar nema sérstaklega ríkar ástæður standi til þess. Endurspeglast þetta hins vegar ekki í lagafrumvarpinu. Brýnt er að bæta úr þessum annmarka, enda nær lagafrumvarpið annars ekki fram þeim markmiðum sem að er stefnt með Kóðanum.

Fyrirnefnt ákvæði 67. gr. Kóðans er jafnframt í samræmi við eitt af meginmarkmiðum Kóðans um að draga úr árekstrum eftirlitsaðila. Algengt er að athafnir og eftirlitsstarfsemi PFS rekist á við athafnir annarra eftirlitsstofnana, ýmist Samkeppniseftirlits, Persónuverndar, Neytendastofu eða Fjölmiðlanefndar. Ekki er þó stefnt að þessu markmiði að nokkru leyti í frumvarpinu. Nauðsynlegt er því að gera lagfæringar á frumvarpinu að þessu leyti.

Í 8. mgr. 44. gr. frumvarpsins er PFS sett tímamörk hvað varðar markaðsgreiningar. eru tímamörkin vægast sagt nauðsynleg, enda eru markaðsgreiningar tímafrekar. Hingað til hefur

mjög borið á því við framkvæmd markaðsgreininga hjá PFS að endurskoðun hafi ekki farið fram innan gefinna tímamarka. Ofangreind tímamörk 8. mgr. 44. gr. eru þó með öllu bitlaus ef engar afleiðingar eru af því að fara fram yfir mörkin. Í þeim tilgangi að tryggja fyrirsjáanleika á fjarskiptamarkaði, sem og til þess að veita PFS aðhald við markaðsgreiningar er því lagt til að eftirfarandi ákvæði verði bætt við sem d. lið 8. mgr. 44. gr. eins og hún er nú:

„Standi Póst- og fjarskiptastofnun ekki við tímamörk sem kveðið er á um í ákvæði þessu falla álagðar kvaðir á viðkomandi markaði sjálfkrafa úr gildi.“

Ofangreind viðbót myndi auka aðhald og jafnframt auka málshraða, sem er einkar mikilvægur á fjarskiptamörkuðum, sem breytast ört. Má jafnvel halda því fram að 5 ára biðtími sé í raun of langur tími. Þær kröfur sem gerðar eru til PFS hvað tímamörk varðar eru því ekki ýkja miklar, enda þótt ofangreind regla yrði lögfest.

III.6 – Ákvæði 56. gr. - Aðskilin starfsemi

Ákvæði 56. gr. frumvarpsins er innleiðing á 77. gr. Kóðans, sbr. ummæli í greinargerð, og felur í sér heimild til að aðskilja starfsemi lóðréttis samþætts fyrirtækis. Með ákvæðinu stendur til að lögfesta heimildir PFS til íhlutunar. Ákaflega brýnt er að ekki verði gerðar minni kröfur til PFS við beitingu slíkra inngripa en lagt er upp með í Kóðanum.

Ákvæði 3. mgr. og a.-liður þess ákvæðis er svohjóðandi:

„Ef Póst- og fjarskiptastofnun áformar að leggja á markaðsaðila kvöð varðandi aðskilda starfsemi skal fyrirhuguð ákvörðun borin undir Eftirlitsstofnun EFTA. Með slíku erindi skal leggja fram:

- a. gögn sem renna stoðum undir niðurstöður eins og um getur í 1. mgr.,“ (Áherslublur. undirr.)

Samsvarandi orðalag Kóðans er hins vegar þannig:

„When a national regulatory authority intends to impose an obligation of functional separation, it shall submit a request to the Commission that includes:

- (a) evidence justifying the conclusions of the national regulatory authority as referred to in paragraph 1;“

Í orðalagi Kóðans er gengið út frá því að eftirlitsaðili þurfi að leggja fram sönnunargögn sem réttlæta inngrip, en orðalagið „renna stoðum undir“, sbr. orðalag frumvarpsins, gerir minni sönnunarkröfur til PFS en lagt er upp með í Kóðanum, enda má túlka það svo að PFS þurfi aðeins að leggja fram gögn sem stýðja við niðurstöður eins og um getur í 1. mgr. ákvæðisins. Töluverður munur er á sönnunarkröfum til stjórnvalds sem þarf aðeins að renna stoðum undir ákvörðun sína og stjórnvalds sem þarf að réttlæta ákvörðun sína og bera sönnunarbýrðina fyrir því að álagning íþyngjandi kvaða sé nauðsynleg. Rétt innleiðing á Kóðanum fæli það í sér að PFS þyrfti að leggja fram gögn sem réttlæta niðurstöður sínar, en ekki aðeins gögn sem „renna stoðum undir“ þær. Engin rök standa til þess að ákvæðið íþyngi íslenskum fjarskiptafélögum meir en samsvarandi ákvæði í öðrum löndum innan EES-svæðisins. Minnt er á þessu sambandi að beiting 56. gr. frumvarpsins, verði það að lögum, felur í sér skerðingu á stjórnvarskrárvörðum eignaréttindum, sbr. 72. gr. laga nr. 33/1944.

III.8 – Ákvæði 61. gr. - Eftirlit með smásöluþjónustu

Með ákvæði 61. gr. frumvarpsins stendur til að innleiða ákvæði 83. gr. Kóðans. Með ákvæðinu er PFS heimilað að leggja kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum smásöluþjónustu ef PFS kemst að því í kjölfar markaðsgreiningar að þar ríki ekki virk samkeppni og að kvaðir á heildsölustigi muni ekki leiða til þess að markmið laganna náist. Í ákvæðinu er hins vegar ekki mælt fyrir um það með hvaða hætti markaðsgreining skuli fara fram eða hvernig það skuli metið að fyrirtæki hafi umtalsverðan markaðsstyrk. Í samsvarandi ákvæði Kóðans er hins vegar byggt á því að umtalsverður markaðsstyrkur skuli metinn með hliðsjón af ákvæði 63. gr. Kóðans, markaðir greindir í samræmi við 64. gr. auk þess sem vísað er til þess að markaðsgreining samkvæmt ofangreindu fari fram á grundvelli 67. gr. Kóðans. Slíkar tilvísanir er ekki að finna í ákvæði 61. gr. frumvarpsins, sem gerir inntak ákvæðisins óskýrara fyrir vikið og eykur hættu á rangtúlkun.

Vísa þarf til viðeigandi ákvæða í frumvarpinu hvað varðar ofangreind atriði, þannig að markaðsgreining skuli fara fram á grundvelli 44. gr. frumvarpsins, umtalsverður markaðsstyrkur skuli metinn með hliðsjón af 45. gr. og markaðir skuli skilgreindir í samræmi við 43. gr. Með þeim hætti er samræmi í túlkun betur tryggt og innleiðing ákvæðisins rétt framkvæmd.

III. 9 - X. kafli. - Alþjónusta.

Samkvæmt 1. mgr. 84. gr. Kóðans felst í alþjónustu réttur neytenda til aðgangs að nothæfri háhraða internettengingu og (tal)símaþjónustu af skilgreindum gæðum, á föstum stað. Önnur þjónusta en sú sem tilgreind er í 84. gr. Kóðans er einfaldlega ekki alþjónusta í skilningi þess hugtaks.

Þrátt fyrir að neyðarsímsvörun hafi aldrei verið skilgreind sem alþjónusta í Evrópugerðum um fjarskipti hefur svörun neyðarsímtala verið skilgreind sem alþjónusta í reglugerð um alþjónustu á sviði fjarskipta nr. 1356/2007. Af þeim sökum hefur Neyðarlínan hingað til fengið úthlutað úr jöfnunarsjóði á þeim grundvelli.

Í ákvæði 92. gr. Kóðans segir að óheimilt sé að nýta fé til alþjónustu til að fjármagna þjónustu sem ekki telst til alþjónustu. Efnislega samsvarandi ákvæði er að finna í 245. lið aðfararorða tilskipunarinnar.¹

Með hliðsjón af framangreindu er augljóst að breyta þarf fyrirkomulagi við ráðstöfun fjármuna úr jöfnunarsjóði. Er því lagt til að bætt verði við nýrri málsgrein við ákvæði 66. gr. lagafrumvarpsins:

„Fjármunum sem aflað er frá fjarskiptafyrirtækjum til úthlutunar til alþjónustu er óheimilt að ráðstafa til annarrar þjónustu en þeirrar sem skilgreind er sem alþjónusta skv. 1. mgr. 62. gr. laga þessara.“

Væri ofangreind breyting jafnframt í samræmi við ákvörðun löggjafans við lögfestingu laga um samræmda neyðarsímsvörun nr. 40/2008, sem tóku gildi 5. júní 2008. Í upphaflegu frumvarpi til þeirra laga var svohljóðandi ákvæði í 3. mgr. 8. gr.:

¹ Þar segir: "Member States are not permitted to impose on market participants financial contributions which relate to measures which are not part of the universal service obligations. Individual Member States remain free to impose special measures (outside the scope of universal service obligations) and finance them in accordance with Union law but not by means of contributions from market participants."

„Kostnaður við uppbyggingu og rekstur vaktstöðvar, að því marki sem hann er ekki greiddur af tekjum fyrir þá þjónustu sem vaktstöðin veitir, greiðist úr ríkissjóði, m.a. með hluta af jöfnunargjaldi sem innheimt er á grundvelli fjarskiptalaga.“

Í skýringum með 3. mgr. 8. gr. frumvarps að ofangreindum lögum kemur fram að lagt sé til að viðbótarfjármögnun fái st með svokölluðu jöfnunargjaldi sem skilgreint sé í fjarskiptalögum. Í nefndarálitum allsherjarnefndar við meðferð málsins á Alþingi var ákveðið að fella framangreint ákvæði út úr frumvarpinu, m.a. með svofelldum rökstuðningi:

„Er í fyrsta lagi lagt til að fallið verði frá því fyrirkomulagi að jöfnunargjald verði notað til að greiða kostnað við uppbyggingu og rekstur vaktstöðvar. Kostnaður við uppbyggingu og rekstur vaktstöðva greiðist því úr ríkissjóði og af þeim tekjum sem vaktstöð hefur af þjónustu sinni.“²

Samkvæmt því sem fram kom í nefndarálitinu og var framkvæmt með því að fella 3. mgr. 8. gr. úr frumvarpinu er ljóst að vilji löggjafans stendur til þess að neyðarsímsvörðun verði fjármögnuð úr ríkissjóði og með þjónustutekjum. Sérstaklega er tekið fram að falla eigi frá því fyrirkomulagi að jöfnunargjald alþjónustu verði notað til að greiða kostnað við uppbyggingu og rekstur vaktstöðvar. Í rökstuðningi framsögumanns sem mælti fyrir álitum meirihluta allsherjarnefndar sagði m.a.:

„Ástæður þessa eru deilur sem hafa um allnökkurt skeið átt sér stað milli fjarskiptafyrirtækjanna og Fjarskiptastofnunar vegna álagningar þessa jöfnunargjalds og ráðstöfun þess en um það er lagalegt ágreiningsefni hvort heimilt sé að nota jöfnunargjald með þeim hætti sem um ræðir, bæði hvort lagastöðin hér innan lands sé fullnægjandi og hvort þessi tilhögun samræmist skuldbindingum okkar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Af þessum sökum, án þess að afstaða sé tekin til þess hvað sé rétt eða rangt í þeim efnum, þykir allsherjarnefnd betur fara á því að þessi kostnaður sem tengist neyðarsvörðun sé borinn af ríkissjóði frekar en fjarskiptafélögunum sérstaklega. Þess má geta að fjarskiptafélögin eru skyldug samkvæmt öðrum ákvæðum til þess að veita aðgang að neyðarnúmeri notendum að kostnaðarlausu og það breytist ekki. Það sem breytist með þessu er það að í rekstri Neyðarlínunnar verður ekki hægt að gera ráð fyrir þessu framlagi frá fjarskiptafélögunum en þess í stað mun koma framlag úr ríkissjóði.“

Vilji löggjafans hvað framangreint varðar er því skýr, en töluverð og athuganir liggja að baki því að kanna heppilegasta fyrirkomulagið. Það skyti því skökku við nú, ef samþykkt væri lagafrumvarp í ósamræmi við skýran vilja Alþingis, sem hefur hingað til staðið til þess að neyðarsímsvörðun verði ekki fjármögnuð með jöfnunargjaldi alþjónustu. Að öðrum kosti væru fjármunir, sem ætlaðir eru til fjármögnunar alþjónustu, nýttir til reksturs annarrar þjónustu. Væri það í hróplegu ósamræmi við tilgang ákvæða gr. 84-92 í Kóðanum. Sú tillaga er því gerð að tekinn verði af allur vafi um það að neyðarsímsvörðun verði ekki fjármögnuð með jöfnunargjaldi sem fjarskiptafyrirtæki greiða í jöfnunarsjóð alþjónustu.

² Sjá: <http://www.althingi.is/altxt/135/s/0924.html>

III.10 - XI. kafli. Skilmálar, gjaldskrár, gæði og neytendavernd.

a) Um upplýsingaveitur og yfirgjaldsþjónustu

Nauðsynlegt er nú, þegar heildarendurskoðun á fjarskiptalögum stendur yfir, að endurskoða fyrirkomulag við innheimtu viðskiptakrafna fyrir upplýsingaveitur. Í því sambandi er brýnt að hafa hugfast að samkvæmt lögum nr. 95/2008 er innheimtuleyfi skilyrði innheimtu fyrir þriðja aðila. Í dag er framkvæmdin sú að upplýsingaveitur, aðilar sem bjóða upp á þjónustu tengda símanúmerum, bjóða upp á yfirgjaldsþjónustu þegar notendur hringja inn í símaver viðkomandi félaga. Fjarskiptafyrirtækjum er síðan gert að innheimta fyrir þessa þjónustu á sama reikning og innheimt er fyrir þjónustu fjarskiptafyrirtækja, sbr. reglugerð PFS nr. 780/2010. Sökum þessa er innheimtuáhættan og innheimta viðskiptakrafna færð frá upplýsingaveitum til fjarskiptafyrirtækja, þótt fjarskiptafyrirtækin komi ekki að verðlagningu eða beri ábyrgð á þjónustunni með nokkrum hætti.

Sú breyting hefur átt sér stað frá upphaflegum drögum, að nú verður fjarskiptafyrirtækjum heimilt að senda notendum sérstakan reikning fyrir yfirgjaldsþjónustu, sbr. 74. gr. frumvarpsins. Þrátt fyrir að framangreind breyting feli í sér bót fyrir fjarskiptafyrirtækin þá er alls ekki öruggt að breytingin leiði til þess að neytendur geri sér grein fyrir því að gjaldið megi rekja til þjónustu sem keypt var af þriðja aðila. Fyrirkomulagið í núverandi mynd er því vægast sagt óeðlilegt og þarfnast frekari breytinga.

Innheimtuþjónusta fjarskiptafélaga fyrir upplýsingaveitur felur m.a. í sér eftirfarandi þjónustubætti:

- Móttaka erinda viðskiptavina, símtöl, tölvupóstar og netspjall.
- Útskýringar á gjaldtöku á reikningum ásamt úrlausn ágreiningsefna og kvartana.
- Eftirlit með skuldastöðu viðskiptamanna.
- Umsjón og eftirlit með gerð skuldaskomulaga ásamt móttöku greiðslna vegna þeirra.
- Umsjón með innheimtumálum á öllum stigum þ.m.t. stofnun bankakrafna.
- Dagleg innheimtustýring og sending innheimtuviðvörunar sem er fruminnheimta samkvæmt innheimtulögum.
- Milliinnheimta og færsla mála í löginnheimtu.
- Umsjón með samþykktum nauðasamninga, greiðslu og eftirlit með viðskiptavinum í greiðslustöðvun og gjaldþrotaskiptum.
- Leiðrétting á reikningum viðskiptavina og útgáfa kreditreikninga
- Endurgreiðslur vegna óréttmætrar gjaldtöku eða ofgreiðslna.
- Ábyrgð á viðskiptamannabókhaldi og uppgjöri þess við upplýsingaveitur.
- Afstemming á reikningum upplýsingaveitna hjá Símanum.
- Móttaka og ráðstöfun innborgana frá bönkum og ytri innheimtuaðilum.
- Afskriftir á viðskiptakröfum upplýsingaveitna.

Líkt og sjá má er þjónustan margslungin, erfið viðureignar og umfangsmikil.

Þar fyrir utan hefur t.a.m. Síminn ekki heimild til að takmarka þjónustu þegar greiðsluhæfi viðskiptavinar er takmarkað eða líkur eru á vanskilum. Þá þarf Síminn að afla heimildar upplýsingaveitna til að lækka kröfur þegar tilefni er til.

Í innheimtuþjónustu fyrir upplýsingaveitur er innifalinn allur rekstrarkostnaður s.s. kostnaður vegna prentunar og útsendingu reikninga, birting reikninga í heimabönkum og bankakostnaður vegna greiðslu reikninga. Jafnframt er innifalinn allur kostnaður við innheimtutilraunir s.s. sending innheimtuviðvörunar og millinnheimtubrifa, vinnulaun lögmannna og réttargjöld.

Þar sem upplýsingaveitur sinna ekki innheimtu á eigin kröfum og bera ekki beina ábyrgð gagnvart endanotendum, eru þau að mestu ónæm fyrir óánægju vegna verðlagningar.

Kvartanir vegna þjónustu lenda á starfsfólki fjarskiptafyrirtækja. Þar fyrir utan spara upplýsingaveitur sér umtalsverðan kostnað sem lendir á fjarskiptafyrirtækjum með því að sjá ekki um innheimtu sjálf, reikningagerð, útsendingu reikninga, innheimtu, reikningasvörun o.s.frv. Upplifun viðskiptavina er hins vegar sú að um sé að ræða þjónustu fjarskiptafyrirtækis. Þeir hafa því takmarkaðan skilning á því að um sé að ræða gjaldtöku sem er ákveðin og stjórnað af upplýsingaveitum, en ekki fjarskiptafyrirtækinu sem neyðist til að vera í fyrirsvari. Engin góð rök standa til þess að hafa fyrirkomulagið áfram með þessum hætti. Þess vegna er nauðsynlegt að breyta því núna.

Síminn telur eðlilegt að innheimtan verði alfarið færð yfir í hendur upplýsingaveitna eða að fjarskiptafélögum verði í sjálfsvald sett að innheimta þóknun af þjónustuaðilum yfirgjaldsþjónustu fyrir slíka þjónustu.

Síminn leggur því til eftirfarandi viðbót við ákvæði í grein 74. gr. lagafrumvarpsins:

„Þjónustuaðili yfirgjaldsþjónustu skal greiða fjarskiptafyrirtæki fyrir þjónustu við reikningagerð, innheimtu og umsýslu með kröfur gagnvart áskrifanda vegna gjaldfærslu af yfirgjaldsþjónustu.“

Þá leggur Síminn einnig til breytingar á 74. gr. frumvarpsins sem snýr að alþjónustu. Í ákvæðinu segir að neytendur að því er varðar alþjónustu eigi rétt á því að fá reikning sundurliðaðan án þessa að greiðsla komi fyrir. Síminn leggur til að orðin „án þessa að greiðsla komi fyrir“ verði felld á brott. Það er óumdeilt að kostnaður fellur til við að senda út reikninga og fá hann greiddan. Er því eðlilegt að unnt sé að krefjast greiðslu fyrir þjónustuna, en hér um bil öll önnur þjónustufyrirtæki geta krafist greiðslu sem endurspeglar kostnað þeirra við reikningagerð.

Síminn telur jafnframt að lagfæra þurfi 75. gr. frumvarpsins sem fjallar um vanskil og færa greinina til nútímahorfs. Í stað þess að lokun nái einungis til „símabjónustu“ er rétt að vísað sé til „fjarskiptaþjónustu“. Ákvæðið gæti þá hljóðað eftirfarandi hætti:

„Heimilt er að loka fyrir fjarskiptaþjónustu vegna vanskila, enda hafi notanda verið gefin skriflega aðvörun a.m.k. mánuði fyrir lokun.

Fyrsta mánuð eftir lokun skal þó vera mögulegt að hringja í notandann. Óheimilt er að loka fyrir þjónustu vegna vanskila á yfirgjaldsþjónustu.

Ef gerð hefur verið tilraun til að komast hjá gjaldtöku á ólögmetan hátt eða reynt að koma gjaldskyldu yfir á óskyldan aðila er fjarskiptafyrirtæki heimilt að loka viðkomandi þjónustu án viðvörunar.“

III.11 - XIII. kafli. Friðhelgi einkalífs, fjarskiptaleynd, aðstoð við rannsókn sakamála o.fl.

a) 88. gr. Leynd fjarskipta

Mikilvægt er að ákvæði 2. mgr. 88. gr. verði endurskoðað í heild sinni. Svo virðist sem tilskipun 2009/136/EB, sem breytir m.a. ákvæði 3. mgr. 5. gr. tilskipunar 2002/58/EB, muni ekki innleidd sérstaklega í EES-samninginn. Af þeim sökum er nauðsynlegt að breyta ákvæði 88. gr. frumvarpsins. Framangreint skiptir miklu máli í ljósi þess að krafan um öflun *upplýsts samþykkis* skv. 1. málsl. 2. mgr. 88. gr. á ekki við nema tilskipun 2009/136/EB hafi verið innleidd í EES-samninginn, ella dugar að veita viðkomandi notanda/áskrifanda upplýsingar um

vinnsluna og veita honum andmælarétt skv. tilskipun 2002/57/EB. Skiptir framangreint grundvallarmáli þegar kemur að því að meta lögmæti vinnslunnar sem hér um ræðir.

Einnig virðist orðalag fyrri undantekningarheimildarinnar sem 2. másl. 2. mgr. 88. gr. tekur til (um notkun á vefkökum í þeim tilgangi að „framkvæma fjarskiptin yfir fjarskiptanet“), og fjallað er um nánar í athugasemdum með frumvarpinu, taka mið af tilskipun 2009/136/EB, en ekki orðalagi tilskipunar 2002/58/EB. Með hliðsjón af framangreindu stenst því ekki að fullu fullyrðingin í skýringum með ákvæðinu í greinargerð um að það „[byggj] á 3. mgr. 5. gr. tilskipunar 2002/58/EB en ákvæði hennar var síðar breytt árið 2009, sbr. tilskipun 2009/136/EB“.

Til viðbótar framangreindu, um 1. másl. 2. mgr. 88. gr., þykir Símanum vert að benda á að í athugasemdum sem fylgja með frumvarpinu um þann málslið segir m.a. eftirfarandi;

„Með upplýstu samþykki er átt við að upplýsingaskylda samkvæmt persónuverndarlögum sé uppfyllt gagnvart notanda áður en samþykkis er aflað.“

Að mati Símans er villandi að tilgreina sérstaklega að einungis *upplýsingaskyldan* skv. ákvæðum persónuverndarlaga þurfi að vera uppfyllt til þess að umrætt samþykki teljist vera upplýst í þessum skilningi, enda gera persónuverndarlög mun ítarlegri kröfur til upplýsts samþykkis en einungis í tengslum við upplýsingaskyldu, sbr. einnig 10. gr. laga nr. 90/2018, þótt hún sé vissulega stór og mikilvægur þáttur.

Einnig segir eftirfarandi í athugasemdunum;

„Hér er almennt um að ræða vefkökur frá öllum aðilum sem ætlaðar eru í öðrum tilgangi en lögmætum.“

Framangreind setning er að mati Símans beinlínis röng, þar sem það hlýtur að vera að vinnslan skv. 1. másl. 2. mgr. 88. gr. sem byggir á upplýstu samþykki sé framkvæmd í *lögmætum tilgangi*, ella væri hún ekki lögmæt í skilningi persónuverndarlaga sbr. einnig athugasemdir hér neðar.

Skyldi tilskipun 2009/136/EB verða innleidd fyrir gildistöku nýrra fjarskiptalaga, telur Síminn engu að síður að tilvísun 2. másl. 2. mgr. 88. gr. í „lögmætan tilgang“ standist ekki, enda getur vinnsla farið fram í lögmætum tilgangi þótt hún fari fram í öðrum tilgangi en þeim sem sérstaklega er tilgreindur í athugasemdunum með frumvarpinu (þ.e. til að tryggja virkni vefsíðu eða veita þjónustu sem óskað hefur verið eftir). Til að mynda er vinnsla í markaðssetningartilgangi líka lögmætur tilgangur. Sé ætlunin að lögin tilgreini afdráttarlaust þann tilgang sem löggjafinn telur lögmætan fyrir þá vinnslu sem hér um ræðir yrði það að koma fram með skýrum hætti í lagaákvæðinu sjálfu en ekki í athugasemdum með frumvarpinu. Standi ákvæðið óbreytt leiðir það til þess að mun víðtækari vinnsla falli undir ákvæðið þar sem margs konar vinnsla getur farið fram í „lögmætum tilgangi“.

Þá er þversögn falin í því að nota það orðalag sem lagt er upp með í 2. másl. 2. mgr. 88. gr., þar sem það virðist þar með gefa til kynna að vinnsla persónuupplýsinga í tengslum við notkun á vefkökum á grundvelli upplýsts samþykkis skv. 1. másl. sama ákvæðis sé ekki framkvæmt í lögmætum tilgangi. Það getur ekki staðist þar sem reikna verður með að um þá vinnslu gildi líka lög nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga en samkvæmt 8. gr. þeirra laga þarf við framkvæmd allrar vinnslu persónuupplýsinga (þ.m.t. um vefkökur) að huga að því að uppfylltar séu meginreglurnar sem tilgreindar eru í ákvæðinu. Helst ber þar að nefna 1. tölul. 1. mgr. 8. gr. laganna, um að persónuupplýsingarnar séu „unnar með lögmætum, sanngjörnum og gagnsæjum hætti gagnvart hinum skráða“. Ávallt yrði því að huga að meginreglum 8. gr.

persónuverndarlaga við vinnslu persónuupplýsinga í tengslum við vefkökur, burtséð frá því hvaða heimild byggir er á. Þótt fjarskiptalög myndu sem sérlæg tilgreina að einungis ákveðnar heimildir kæmu til greina við vinnslu þessara sérstöku persónuupplýsinga skv. 2. mgr. 88. gr. laganna telur Síminn engu að síður að það sé villandi að tilgreina að einungis undantekningarheimildir fyrir slíkri vinnslu falli undir „lögmætan tilgang“, en ekki vinnsla þeirra upplýsinga sem fer fram á grundvelli upplýsts samþykkis.

Verði gerð breyting á ákvæðinu á þann veg að tilgangur vinnslunnar sem löggjafinn telur heimilt í undantekningartilvikum, í stað orðalags um „lögmætan tilgang“, mætti einnig tilgreina í ákvæðinu að slík vinnsla yrði að vera *nauðsynleg* til þess að ná þeim tilgangi sem undantekningartilvikin varða. Slík breyting væri a.m.k. eðlilegri að mati Símans þar sem hér er um undantekningarheimildir að ræða í 2. másl. 2. mgr. 88. gr., enda getur ýmis vinnsla farið fram í lögmætum tilgangi þótt hún sé ekki talin nauðsynleg.

Ef til vill væri unnt að vísa til þess í ákvæðinu að vinnslan verði að öðru leyti að uppfylla skilyrði laga nr. 90/2018 um meginreglur við vinnslu persónuupplýsinga, í stað þess að tilgreina sérstakar meginreglur í ákvæðinu sjálfu (t.d. um lögmætan tilgang eða nauðsyn), en með þeim hætti er þá verið að áréttu að vinnsla af þessum toga verði að uppfylla þær meginreglur sem tilgreindar eru í 8. gr. laganna, þ.m.t. varðandi lögmætan og nauðsynlegan tilgang.

Eins og vikið er að hér ofar er að mati Símans a.m.k. þörf á að tilgreina sérstaklega undantekningarheimildir, fyrir notkun á vefkökum sem ákvæði 2. másl. 2. mgr. 88. gr. tekur til, í lagaákvæðinu sjálfu en *ekki í athugasemdum* með frumvarpinu um umrætt ákvæði eins og er lagt til í drögum. Slík framsetning væri líka í samræmi við sambærilegt ákvæði í bæði tilskipun 2002/58/EB og tilskipun 2009/136/EB.

Með hliðsjón af öllu ofangreindu er sérstaklega varhugavert að halda inni ákvæði 88. gr. í óbreyttu formi, enda ekki búið að innleiða viðeigandi Evrópugerðir sem ákvæðið byggir á og 2. mgr. ákvæðisins er að svo stöddu bæði röng og villandi.

b) 92. gr. Rannsókn sakamála

Ákvæði 92. gr. frumvarpsins fjallar um aðkomu fjarskiptafélaga að öflun og afhendingu upplýsinga í þágu rannsóknar sakamála. Í niðurlagi ákvæðis 92. gr. er kveðið á um heimild ráðherra til að setja reglugerð um skyldur fjarskiptafélaga varðandi varðveislu upplýsinga og aðgang lögreglu að fjarskiptasendingum. Afar brýnt er að slík reglugerð verði sett sem fyrst. Hins vegar er ekki síður mikilvægt að fjarskiptafélögin séu höfð með í ráðum við samningu þeirra reglna, enda fjöldi óvissuatriða fyrir hendi í dag sem nauðsynlegt er að höfð séu í huga áður en reglur eru settar um afhendingu svo viðkvæmra upplýsinga sem 92. gr. lýtur að.

c) 93. gr. Símaskrárupplýsingar

Athygli er vakin á því að í athugasemdum með ákvæði 1. mgr. 93. gr., er gengið út frá því að fjarskiptafyrirtækin skuli halda úti sérstakri númera- og vistfangaskrá. Þótt hér sé ekki um breytingu að ræða frá framkvæmdinni miðað við núgildandi fjarskiptalög telur Síminn engu að síður málefnalegt og eðlilegt, í ljósi laga nr. 90/2018, að skylda á hendur ábyrgðaraðila persónuupplýsinga um vinnslu slíkra upplýsinga skuli sérstaklega áréttuð í lagatexta, en ekki einungis í athugasemdum með þessu ákvæði í frumvarpinu.

Þá er vert að áréttu það sem sagði fyrir í umfjöllun um ákvæði 5. gr. (hugtakanotkun), að í ákvæði 93. gr. er vísað til persónuupplýsinga endanotanda, sem getur verið einstaklingur jafnt sem lögaðili. Ákvæðið og notkun hugtaksins „endanotandi“ þarfnast skoðunar í þessu

samhengi, enda getur ekki verið um að ræða persónuupplýsingar í þeim tilfellum sem slíkar upplýsingar varða lögaðila.

d) 94. gr. Óumbeðin fjarskipti

Í athugasemdum með ákvæði 94. gr. frumvarpsins segir m.a.:

„Þannig hefur einstaklingur rétt samkvæmt þessu ákvæði til að samþykka markaðssetningu frá ákveðnum aðilum með upplýstu samþykki skv. 1. mgr. eða að tölvupóstfang hans sé notað, skv. 2. mgr.“ (Áherslubr. undirr.)

Undirritað orðalag athugasemdana er villandi, þar sem 2. mgr. ákvæðisins fjallar ekki um rétt neins aðila til að nota netföng einstaklinga, heldur fjallar það um rétt einstaklinga til að andmæla tiltekinni notkun á netföngum. Skýra mætti betur orðalag í athugasemdum að þessu leyti.

Ákvæði 4. mgr. 94. gr. frumvarpsins er svohljóðandi:

„Þrátt fyrir ákvæði 1.–3. mgr. er heimilt að nota almenn tölvupóstföng fyrirtækja og stofnana, séu þau fyrir hendi, fyrir beina markaðssetningu á vörum og þjónustu.“

Framangreint ákvæði var ekki í frumdrögum frumvarpsins, en Síminn áréttar engu að síður fyrri athugasemdir sínar vegna 94. gr. Ofangreint ákvæði virðist ekki hafa ýkja mikla þýðingu, enda hefur almennt verið litið svo á hingað til að heimilt sé að senda markpóst á almenn tölvupóstföng fyrirtækja, enda gilda ekki um slík pósthöfundum sömu sjónarmið um persónuvernd og gilda um hefðbundin tölvupóstföng.

Að því er varðar beina markaðssetningu með notkun tölvupósts, á grundvelli upplýsinga um tölvupóstföng, er hins vegar enn brýnt að skorið verði úr um þá óvissu sem hefur fyrir hendi um langt skeið varðandi notkun s.k. vinnutölvupóstfanga, þ.e.a.s. pósthöfundum einstaklinga sem aðeins eru notuð í starfi viðkomandi einstaklinga. Nánar tiltekið ætti ákvæði 94. gr. að mati Símans með afdráttarlausum hætti einungis að taka til tölvupóstfanga sem teljast ekki til vinnutölvupóstfanga viðtakanda. Ákvæðið sjálft og þær skýringar sem fylgja með frumvarpinu um ákvæðið bera með sér með skýrum hætti að ákvæðið eigi að vernda friðhelgi einkalífs einstaklinga, sbr. einnig fjölmörg dæmi úr ákvarðanaframkvæmd PFS. Þar af leiðandi er ljóst að öll tölvupóstföng einstaklinga sem notuð eru í einkatilgangi falla hér augljóslega undir. Hins vegar hefur ekki enn sem komið er komið fram í framkvæmd PFS að ákvæðið taki jafnframt til vinnutölvupóstfangs viðtakanda. Að mati Símans er því óhætt að gagnálykta á þann veg að sjónarmið um friðhelgi einkalífs eigi ekki við um vinnutölvupóstföng einstaklinga, sér í lagi þar sem notkun á vinnupósthólfi getur ekki verið talin hluti af einkalífi einstaklinga auk þess sem vinnupósthólfið sjálft og þar með vinnutölvupóstfangið eru talin vera eign vinnuveitandans. Þegar tölvupóstar eru sendir í þágu beinnar markaðssetningar og tölvupóstfang viðtakanda ber skýrlega með sér að um sé að ræða vinnutölvupóstfang viðkomandi (eins og á við um meirihluta vinnutölvupóstfanga), er í raun verið að beina markaðssetningu til vinnuveitanda viðtakanda eða starfseminnar sem þar fer fram – ekki til einstaklingsins í einkatilgangi. Oftast er um tölvupóstfang tengiliðs að ræða og því heppilegra að beina slíkum skilaboðum beint til viðkomandi fremur en að senda þau á t.d. almennt tölvupóstfang vinnuveitandans (t.d. postur@fyrirtaeki.is). Í ljósi alls framangreinds leggur Síminn til að eftirfarandi breyting verði gerð á ákvæði 4. mgr. 94. gr., þannig að hún hljóði eftirleiðis þannig:

„Ákvæði 1.-3. mgr. eiga ekki við um notkun s.k. vinnutölvupóstfanga, þ.e. tölvupóstföng sem bera skýrlega með sér að ekki sé um einkatölvupóstfang að ræða.“

Framangreint myndi skýra að miklu leyti ákvæðið, enda hefur mikil óvissa ríkt hvað framangreint varðar, þar sem ljóst er að um er að ræða persónugreinanlegar upplýsingar en hins vegar er afar hæpið að heimfæra sjónarmið um friðhelgi einkalífs til tölvupóstfanga sem einungis eru notuð í vinnutilgangi og eru eign vinnuveitanda, sem fyrr segir. Þá er afar algengt að mörg fyrirtæki séu einungis í samskiptum við lögaðila í daglegum störfum sínum og þ.a.l. ákveðna tengiliði þess lögaðila í þágu viðskipta eða þjónustu. Það skýtur því skökku við ef umrætt ákvæði ætti að leggja þá skyldu á sendandann að huga að friðhelgi einkalífs viðtakanda í aðstæðum þar sem markaðsskilaboðum er beint að vinnuveitanda viðtakanda eða þeirri starfsemi sem þar fer fram. Með framangreindri breytingartillögu er að mati Símans þó ekki verið að draga úr vernd friðhelgi einkalífs umræddra viðtakanda, þar sem bæði persónuverndarlög nr. 90/2018 og reglur Persónuverndar nr. 837/2006 um rafræna vöktun (einkum ákvæði 9. gr.) eiga áfram við um önnur álitæfni sem varða bæði notkun vinnutölvupóstfanga og vinnupósthólf viðkomandi, t.d. varðandi sjálfvirka áframsendingu skilaboða og aðgang að tölvupósthólfi. Í slíkum tilvikum er augljós þörf fyrir sérstakar ráðstafanir til að vernda friðhelgi einkalífs viðkomandi. Slík sjónarmið eiga aftur á móti ekki við í þeim tilvikum sem send eru skilaboð í þágu beinnar markaðssetningar á vinnutölvupóstfang. Þar að auki mætti jafnvel færa rök fyrir því að það sé ekki á forræði einstakra starfsmanna að t.d. andmæla móttöku slíkra skilaboða fyrir hönd síns vinnuveitanda þegar um ræðir skilaboð sem beint er að vinnuveitanda viðkomandi. Sem dæmi mætti nefna fyrirtæki sem selur skrifstofuvörur til lögaðila. Fyrirtækið hefur marga viðskiptavini og eru ákveðnir tengiliðir tilgreindir hjá viðkomandi viðskiptavinum vegna þeirra viðskipta, t.d. rekstrarstjórar eða skrifstofustjórar, með tilheyrandi skráningu vinnutölvupóstfanga. Sé ætlunin að umrætt ákvæði 94. gr. standi óbreytt mætti e.t.v. túlka það sem svo að skrifstofuvörufyrirtækið megi ekki senda markaðsskilaboð með tölvupósti til tengiliðs viðskiptavinar, á vinnutölvupóstfang viðkomandi, t.d. varðandi nýjar skrifstofuvörur sem fyrirtækið er að fara hefja sölu á og viðskiptavinur gæti haft áhuga á, nema að teknu tilliti til skilyrða ákvæðis 94. gr. Síminn telur a.m.k. að færa þurfi sérstök rök fyrir því ef ætlunin er að ákvæðið taki jafnframt til vinnutölvupóstfanga. Í ljósi ofangreinds er brýnt að ákvæðið verði uppfært með þeim hætti að það tilgreini með afdráttarlausum hætti hvort vinnutölvupóstföng falli undir gildissvið ákvæðisins, og þá á grundvelli hvaða sjónarmiða.

III.12 - XV. Kafli. Fyrirmæli og afturköllun réttinda. Stjórnvaldssektir og viðurlög.

a) 102. og 103. gr. Stjórnvaldssektir og refsingar.

Ákvæði XV. kafla lagafrumvarpsins fjallar um viðurlög við brotum á ákvæðum laganna. Miklar breytingar á núgildandi viðurlögum eru áformaðar í lagafrumvarpinu, til íþyngingar fyrir borgara og fjarskiptafélög, án þess þó að nokkur rök liggja fyrir til réttlætningar þeim breytingum. Er undirrituðum ekki kunnugt um að fylgni neytenda og fyrirtækja við fjarskiptalög hafi verið með hætti að ástæða sé til að gera breytingar á þeim viðurlagaheimildum sem í gildi hafa verið.

Ísland er í dag meðal fremstu ríkja heims hvað varðar samkeppni í fjarskiptum og aðgengi almennings að fjarskiptaþjónustu. Útbreiðsla háhraðaneta, hvort sem um fastanet eða farnet er að ræða, aðgengi að hefðbundinni talsímaþjónustu og annarri fjarskiptaþjónustu er satt að segja einstök með hlíðsjón af fámenni og strjálbýli landsins. Það kemur því undarlega fyrir sjónir að PFS skuli nú ætlaðar umtalsvert rýmri viðurlagaheimildir en þekkjast annars staðar í Evrópu og þótt víðar væri leitað.

Lagabreytingar í þá veru væru hugsanlega skiljanlegar ef mikil og stór vandamál væru fyrir hendi hér á landi og stöfuðu af viðvarandi og grófum lagabrotum á fjarskiptamarkaði, þar sem eina leiðin væri að leggja á háar sektir og beita fangelsisvíst til þess að þvinga borgara til að fara að fjarskiptalögum. Staðan hér á landi er hins vegar ekki á þessa vegu og hefur aldrei verið. Svo virðist hreinlega sem PFS hafi verið gefinn laus taumur við að semja frumvarpstextann að þessu leyti, enda virðist XV. kafli frumvarpsins aðeins þjóna hagsmunum PFS og engum öðrum aðila – sem er vægast sagt einkennilegt í réttarríki. Þarfnast kaflinn því umtalsverðra breytinga. Síminn leggst eindregið gegn þeim breytingum á fjarskiptalögum sem fela í sér auknar heimildir PFS til að beita sektum og refsingum. Slíkar breytingar eru með öllu óþarfar til þess að ná fram markmiðum laganna, rétt eins og slík íþyngjandi ákvæði hafa verið óþörf hingað til. Auknar heimildir PFS ganga auk þess þvert á áform og markmið Kóðans um að draga úr sértæku eftirliti og færa eftirlit í auknu mæli undir almenn eftirlitsstjórnvöld, sbr. umfjöllun fyrir í skjali þessu.

Samkvæmt 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins er lagt til að PFS verði heimilt að leggja stjórnvaldssektir á fjarskiptafyrirtæki, lögaðila eða einstaklinga sem teljast brotlegir gegn rúmlega fimmtíu (50) ákvæðum frumvarpsins. Upphæð einnar sektar getur numið allt að 4% af heildarársveltu fyrirtækis og allt að 10 milljónum króna ef um einstakling er að ræða. Í 103. gr. er svo kveðið á um að brot gegn tilteknum ákvæðum sem tíunduð eru í 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins geti varðað fangelsi allt að tveimur árum og að gáleysisbrot geti varðað sektum. Í kafla 3.6. í almennum kafla athugasemda við frumvarpið er fjallað um framangreindar heimildir sem lagðar eru fram. Í kaflanum er vísað til þess að aðildaríkjum sé skylt samkvæmt 29. gr. Kóðans að setja reglur um viðurlög. Af því tilefni vill Síminn vekja athygli á orðalagi þess ákvæðis, þar sem segir:

„Member States shall lay down rules on penalties, including, where necessary, fines and non-criminal predetermined or periodic penalties, applicable to infringements of national provisions adopted pursuant to this Directive or of any binding decision adopted by the Commission, the national regulatory or other competent authority pursuant to this Directive, and shall take all measures necessary to ensure that they are implemented. Within the limits of national law, national regulatory and other competent authorities shall have the power to impose such penalties. The penalties provided for shall be appropriate, effective, proportionate and dissuasive.“

Samkvæmt ákvæðinu skulu viðurlagasektir þannig aðeins taka til þeirra atvika þar sem það þykir nauðsynlegt. Að sama skapi skulu viðurlög vera viðeigandi, árangursrík, hafa varnaðaráhrif og vera í réttu hlutfalli við brot. Framangreint orðalag virðist ekki hafa verið haft til hliðsjónar við val á þeim ákvæðum sem falla undir refsheimild 102 gr. frumvarpsins. Í þessu samhengi skal það nefnt að í tilskipuninni er sérstaklega fjallað um hvaða ákvæði skuli lúta viðurlögum. Með því að líta til þriðja kafla tilskipunarinnar sem fjallar um rétt neytenda má sjá að einungis er vísað til þess að aðildarríki skuli setja reglur um viðurlög vegna brota á 106. gr. tilskipunarinnar sem fjallar um númeraflutning. Samkvæmt 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins er hins vegar lagt til að átta ákvæði XI. kafla um neytendavernd falli undir sektarheimildir ákvæðisins. Að sama skapi má líta til þess að kafla XIII. fellur í heild sinni undir 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins án þess að sérstök verknaðarlýsing sé lögð til grundvallar.

Líkt og áður segir er fjallað um 102. og 103. gr. í almennum kafla frumvarpsins en þar segir:

„Til að uppfylla kröfu um skýrleika refsheimilda er farin sú leið að tilgreina sérstaklega þau ákvæða (sic) laganna sem geta verið andlag sektar ásamt því að orða stutta verknaðarlýsingu fyrir hvert ákvæði fyrir sig, þ.e. í hverju hin brotlega háttsemi er falin.“

Þegar litið er til stafaliða 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins, liggur ljóst fyrir að ákvæðið endurspeglar ekki þá leið sem fjallað er um í athugasemdum. Að mati Símans eru fjölmörg þeirra ákvæða sem talin eru upp, almenns eðlis og falla gjarnan að atvikum sem eru matskennd. Í mörgum tilfellum er það einnig ómögulegt fyrir PFS að staðreyna að brot hafi átt sér stað, sbr. til dæmis 94. gr. frumvarpsins um óumbeðin fjarskipti. Í dæmaskyni má einnig nefna að samkvæmt frumvarpsdrögum varðar það sektum allt að 4% af heildarveltu að sundurliðun reikninga misfarist, sbr. 74. gr., að endanotandi fái ekki ráð um bestu gjaldskrá á ári hverju, sbr. 72. gr. og ef upplýsingagjöf frá starfsmanni um símaskrárupplýsingar er ekki í samræmi við 92. gr. Síminn getur ekki séð hvernig það teljist nauðsynlegt að framangreind ákvæði falli undir sektarheimildir frumvarpsins í skilningi 1. mgr. 29. gr. tilskipunarinnar. Hér mætti lengi telja upp fleiri ákvæði. Framangreind dæmi sýna með skýrum hætti að ákvæði 102. og 103. gr. frumvarpsins þarfnast endurskoðunar. Er löggjafinn eindregið hvattur til þess að vanda til verka við reglusetningu um refsingar í frumvarpinu, enda eru viðurlagakaflar jafnan einhverjir þýðingarmestu þættir hvers lagabálks. Verður með engu móti séð að verulega íþyngjandi viðurlagaheimildir séu nauðsynlegar til að ná markmiðum fjarskiptalaga enda hefur það ekki verið raunin hingað til.

Til samanburðar má einnig líta til þess að samkvæmt ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005 sem höfð voru til hliðsjónar við smíði viðurlagaákvæða frumvarpsins getur starfsmaður eða stjórnarmaður aðeins hlotið refsingu á grundvelli 10. og/eða 12. gr. laganna ef um er að ræða brot fyrirtækja eða samtaka fyrirtækja á sama sölustigi. Samkvæmt frumvarpi til nýrra fjarskiptalaga getur refsing samkvæmt lögnum náð til um fjölmargra ákvæða frumvarpsins. Ekki verður séð að þær refsheimildir sem lagðar eru til í frumvarpinu séu nauðsynlegar til að ná markmiðum fjarskiptalaga. Þá verður ekki séð að nauðsynlegt sé að sektir fyrir brot á allt að 50 mismunandi ákvæðum laganna þurfi að nema allt að 4% af ársveltu viðkomandi félags. Hér er augljóslega skotið langt yfir markið við ákvörðun og afmörkun viðurlaga og afar nauðsynlegt að vanda betur til verka og afmarka betur til hvaða ákvæða laganna sektarheimildir eiga að ná, sem og að afmarka hversu háar þær sektir geta orðið miðað við eðli brota. Ekki duga til almenn vísiákvæði þess efnis að hafa beri í huga eðli og efni brota við ákvörðun sekta, enda PFS samt sem áður í sjálfsvald sett að ákveða upphæðir sekta. Erfitt er að sjá að slíkar refsheimildir samræmist almennum sjónarmiðum um réttarríki.

Síminn vill einnig vekja athygli á nefndarálitum við frumvarp til laga um breytingu á lögum um fjarskipti og lögum um Póst- og fjarskiptastofnun (CERT, tiðniréttindi, rekstrargjald o.fl.). Framangreint frumvarp var að mestu leyti sambærilegt og það frumvarp sem nú liggur fyrir í tengslum við viðurlagaákvæði. Að mati meirihluta nefndarinnar voru ákvæði 10. og 11. gr. frumvarpsins ekki talin nægilega nákvæm og skýr og af þeim sökum var lagt til að ákvæðin yrðu felld brott og sættu endurskoðun. Telur Síminn að sömu sjónarmið eigi við þau frumvarpsdrög sem nú hafa verið lögð fram.

Í áður nefndri 29. gr. Kóðans kemur fram að ríki hafa val um hverskonar sektarheimildir og upphæðir skulu færast til eftirlitsaðila við innleiðingu tilskipunarinnar. Samkvæmt 2. mgr. 102. gr. frumvarpsins er lagt til að stjórnvaldssektir geti numið allt að 4% af heildarveltu síðasta rekstrarárs fjarskiptafyrirtækis, sem fyrr segir. Í dag hefur PFS heimild til þess að leggja stjórnvaldssektir sem nema frá 10.000 kr. til 10.000.000 kr., en sektir skulu þó aldrei vera hærrí en sem nemur 3% af veltu síðasta almanaksárs hjá hlutaðeigandi aðila. Ljóst er því að lagafrumvarpið mun hafa í för með sér margfalda aukningu á refsheimildum stofnunarinnar. Eðlilegt er að veigamikil rök liggja að baki slíkri kúvendingu í refsheimildum eins stjórnvalds, en engin slík rök virðast þó vera fyrir hendi.

Þegar litið er með almennum hætti á hlutverk PFS, sektarheimilda annara stofnanna, sektarheimilda nágrannaríkja og íslenskan fjarskiptamarkað í sögulegu ljósi fæst ómögulega séð hvers vegna PFS þarfnast svo stórvægilegrar sektarheimildar. Hvergi í frumvarpinu er það rökstutt af hverju svo viðurhlutamiklar sektarheimildir séu nauðsynlegar til að ná

markmiðum fjarskiptalaga, þrátt fyrir að um algjöra grundvallarbreytingu sé að ræða á refsheimildum stofnunarinnar.

Í þessu samhengi má nefna að samkeppni á fjarskiptamarkaði hefur þrífist ákaflega vel hér á landi. Þetta sést glögglega með árangursríkri innkomu Nova og Hringdu á fjarskiptamarkaðinn og áður Tals og Hive svo dæmi séu nefnd. Það má einnig líta til þess að innviðauppbýgging á fjarskiptakerfum hér á landi, bæði fastlínu og farsímadreifikerfum er í fremstu röð, bæði í Evrópu og öðrum hlutum heimsins. Verð fyrir fjarskiptapjónustu hefur að sama skapi farið lækkandi og þykir mjög lágt á heimsvísu þegar tekið er mið af kaupmætti neytenda. Framangreindur árangur hefur náðst án óhóflegra sektarheimilda PFS og án þess að PFS hafi þurft að grípa til sekta til að stuðla að aukinni samkeppni á mörkuðum.

Í ljósi þess að lítið var til samkeppnislaga, nr. 44/2005, við smíði 102. gr. frumvarpsins er mikilvægt að áréttta að hlutverk PFS er að mörgu leyti ólíkt því hlutverki sem Samkeppniseftirlitið sinnir. Í fyrsta lagi er hlutverk PFS bundið við afmarkaðan hluta ákveðinnar starfsemi en hlutverk Samkeppniseftirlitsins nær til allra sviða samfélagsins. Í öðru lagi hefur PFS almennt og mun víðtækara eftirlit með fjarskiptafélögum, auk þess sem PFS getur stundað inngrip í starfsemi fyrirtækja með mjög atviksbundnum og nákvæmum hætti. PFS getur til að mynda úrskurðað í málum vegna kvartanna sem berast stofnuninni, PFS framkvæmir markaðsgreiningar og getur einnig lagt sértækar íþyngjandi eftirlitskvaðir á fjarskiptafyrirtæki. Þess ber einnig að geta að samkvæmt gildandi fjarskiptalögum sem og fyrirliggjandi frumvarpi er PFS heimilt að stöðva rekstur fjarskiptafyrirtækja að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Það gefur því auga leið að PFS hefur úr fleiri úrræðum að tefla en Samkeppniseftirlitið sem eiga betur við um sértækt fjarskiptaeftirlit en víðtækar sektarheimildir.

Líkt og áður sagði um ákvæði 102. gr. frumvarpsins mun fyrirhuguð sektarheimild, sem gæti í tilfelli Símans numið 1.132.000.000 kr. (einn milljarður eitt hundrað þrjátíu og tvær milljónir), sé lítið til síðasta uppgjörsárs, náð til ákvæða fjarskiptalaga sem snúa til dæmis að rétti neytenda. Í því samhengi er vert að líta til laga um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu. Samkvæmt 2. mgr. 22. gr. laganna eru stjórnvaldssektir Neytendastofu bundnar 10.000.000 kr. hámarki. Nokkur munur er því á sektarheimildum PFS og Neytendastofu, enda þótt bæði stjórnvöldin geti lagt á sektir fyrir brot á lögum sem ætlað er að vernda hag neytenda. Þetta gefur skýrlega til kynna að heildstætt mat hefur ekki farið fram á því hvaða sektarheimildir eðlilegt sé að PFS skuli hljóta, né hvaða ákvæði skulu falla undir heimildina. Í athugasemdum við 102. gr. frumvarpsins er vísað til þess, að upphæð sektarinnar sæki fyrirmynd sína til laga um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga nr. 90/2018. Samkvæmt 46. gr. laganna er kveðið á um að hægt sé að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem nema allt að 4% af árlegri heildarveitu fyrirtækja en umrædd sektarheimild er með þeim hæstu sem þekkist á Íslandi. Það skýtur skökku við að hámarkssektarheimild, samkvæmt fyrirliggjandi frumvarpi sé eingöngu ákvörðuð út frá lögum um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Í því samhengi má nefna að ákvæði persónuverndarlaga gilda um alla vinnslu persónuupplýsinga hjá öllum ábyrgðar og vinnsluáðilum sem hafa staðfestu hér á landi. Umfang eftirlits hjá Persónuverndar og PFS er því mjög frábrugðið. Þá má einnig líta til þess að réttur til verndar persónuupplýsinga er hluti af friðhelgi einkalífs og er tryggður í stjórnarskrá, alþjóðasáttmálum og landslögum. Það liggur ljóst fyrir að um er að ræða gríðarlega mikilvæg réttindi sem tryggja þarf að sé framfylgt. Að mati Símans þarf að leggja heildstætt mat á hver eðlileg sektarheimild PFS ætti að vera í stað þess að horfa í blindni til stakra lagabálka. Komi til þess að sektarheimildin verði ekki lækkuð telur Síminn eðlilegt að gerður sé stigsmunur á upphæð stjórnvaldssekta eftir alvarleika brota, líkt og gert er í persónuverndarlögum. Þá er einnig mikilvægt sett verði skýrari fyrirmæli um hvaða atriði hafa áhrif á ákvörðun stjórnvaldssekta líkt og gert er í 47. gr. laga um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga. Samkvæmt 2. mgr. 102 gr. frumvarpsins kemur einungis fram að „við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot er að ræða“. Með þessu orðalagi verður PFS fært fullt ákvörðunarvald um umfang og eðli brota sem og upphæð sektarfjárhæðar. Telur

Síminn nauðsynlegt að PFS verði bundið skýrari skilyrðum við mat á ákvörðunum um beitingu stjórnvaldssekta, nái ákvæðin fram að ganga.

Þá er rétt að áréttta að fjarskiptaeftirlit sem PFS sinnir samkvæmt lögum er ætlað að fyrirbyggja brot gegn ákvæðum laga, en ákvarðanir PFS eru að miklu leyti teknar með það að markmiði að leggja skyldur á herðar aðilum. Eftirliti annarra eftirlitsaðila, á borð við Samkeppniseftirlitið og Persónuvernd svo dæmi sé nefnt, er hins vegar þannig háttað að þeir taka einkum ákvarðanir eftir að tiltekin háttsemi hefur verið framin, eða ex post. Sektorheimildir þeirra aðila taka því mið af því eðli eftirlitsins og ættu eðli máls samkvæmt að vera rýmri en heimildir eftirlitsaðila sem getur í raun handstýrt aðilum á markaðnum ef vilji er fyrir hendi. Í ljósi þess munar sem er á eðli þessara eftirlitsstofnana er því mikilvægt að leggja ekki heimildir þeirra að jöfnu og ætla ekki PFS í ofanálag sektorheimildir sem eru til jafns við þær sem aðrir eftirlitsaðilar hafa, sem hafa ef til vill fá önnur úrræði en þau að leggja á sektir.

Ef horft er á samanburð við önnur ríki má einnig sjá að fyrirhuguð fjárhæð stjórnvaldssekta samkvæmt frumvarpinu er í engum takti við fyrirhugaðar sektorheimildir eftirlitsstofnunnar PTS í Svíþjóð. Ástæða þess að hér er vísað til fyrirbyggjandi breytinga á sænskri fjarskiptalöggjöf er sú, að fjarskiptaeftirlit Svíþjóðar hefur búið yfir svipuðum heimildum og PFS síðastliðin ár. Samkvæmt frumvarpsdrögum þar í landi er lagt til að sektorheimildir eftirlitsins verði bundnar við ákveðin ákvæði laganna og fjárhæð þeirra nemi 5.000 – 10.000.000 sænskra króna (130 milljón íslenskar krónur). Til þess að setja þessar tölur í samhengi má líta til þess að heildarvelta Telia í Svíþjóð árið 2018 var 83.6 milljarðar sænskra króna. Fyrirhuguð hámarkssekt vegna brota á fjarskiptalögum í Svíþjóð nemur því innan við 0.02 prósentum af heildarveltu fyrirtækisins. Af þessu dæmi einu má glögglega sjá að fyrirhuguð sektorheimild PFS hér á landi gengur fram úr öllu meðalhófi.

Síminn vill einnig benda á, að ef fjarskiptafyrirtæki eigi að halda áfram þeirri frampróun og nýsköpun á fjarskiptamarkaði, neytendum til hagsbóta, er óráðlegt að binda fyrirtæki óttahlekkjum með óhóflegum og íþyngjandi sektorheimildum eftirlitshafa. Slík tilhögun mun leiða til þess að fyrirtæki fari of varlega sem dregur úr nýsköpunarkrafti sem er engum til hagsbóta og vinnur gegn þeim tilgangi Kóðans að stuðla að fjárfestingum. Augljóst er því að jafn ríkar sektorheimildir og lagt er upp með í frumvarpinu geta hæglega dregið úr fjárfesta og hluthafa fjarskiptafélaga til að setja fjármuni í nýja uppbyggingu fjarskiptaneta.

Þá má ennfremur benda á að í lögum eru fyrir hendi margar til að leggja á stjórnvaldssektir fyrir eitt og sama athæfið sem gæti e.t.v. brotið gegn þremur lagabálkum á sama tíma. Gæti þannig Samkeppniseftirlitið lagt á aðila sektir fyrir allt að 10% af heildarveltu, Persónuvernd lagt sektir á sama aðila fyrir 4% af heildarveltu og svo loks gæti PFS líka lagt á sama aðila enn aðra sekt, fyrir allt að 4% af heildarveltu viðkomandi félags. Ef löggjafinn telur á annað borð æskilegt að lagaumhverfi fjarskiptafélaga stuðli að vexti þeirra og framgangi, er hann augljóslega á rangri leið þegar kemur að stefnumörkun sinni fyrir sektorheimildir stjórnvalda. Það er tímabært að láta sig málið varða.

Með allt framangreint að leiðarljósi telur Síminn þær breytingar sem lagðar eru til í 102. og 103. gr. frumvarpsins margar ónauðsynlegar og í verulegu ósamræmi við tilskipun (ESB) 2018/1972. Sektorheimildir skulu enda aðeins standa eftirlitsaðilum til boða ef nauðsyn krefur. Til samræmis við meirihluta nefndarálits sem vísað var til hér að ofan virðist einnig vera sem ákvæðin uppfylli ekki kröfur dómstóla um skýrleika refsheimilda. Að mati Símans ganga ákvæði 102. og 103. gr. frumvarpsins alltof langt og það má færa rök fyrir því að dagsektorheimildir sem þvingunarúrræði falli betur að mörgum þeirra ákvæða sem fram koma í 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins. Síminn telur nauðsynlegt að ákvæðin verði tekin til alvarlegrar endurskoðunar og þau ákvæði verði einungis tiltekin sem nauðsynlegt er að falli undir viðurlagaheimildir PFS. Að sama skapi telur Síminn að upphæð stjórnvaldssekta sé óeðlilega

há og leggur Síminn til að sú heimild verði felld á brott eða stórlega lækkuð í samræmi við þau sjónarmið sem reifuð voru í þessum kafla.

Það er ákaflega nauðsynlegt að löggjafinn láti sig það varða og marki sanngjarna stefnu um það hvaða málefni geta kallað á svo ríflegar sektargreiðslur og fyrir hvaða málefni og brot á reglum er réttlætanlegt að sekta jafnríflega fyrir brot og lagt er til með frumvarpinu. Það er í öllu falli í hróplegu ósamræmi við hugmyndir borgaranna um réttaröryggi, að láta stjórnvaldi eftir einhlítt mat á því hvort tiltekin brot á lögum réttlæti sektir að upphæð 1.000 krónur eða 1.000 milljónir. Augljóst er að enginn einstaklingur myndi sætta sig við slíka óvissu. Sömu sjónarmið þurfa að eiga við hér, enda þótt fjarskiptafélög séu andlög slíkra ákvarðana.

III.13 - Breytingar á lögum nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun

a) Almennt um verkaskiptingu við fjarskiptaeftirlit og tengdar stofnanir

Í 109. gr. frumvarpsins er mælt fyrir tillögum að breytingum á lögum um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003, hér eftir pfsl.

Áður en vikið verður að athugasemdum um einstök atriði telur Síminn það verðuga umræðu hvort stofnanauppbygging og verkaskipting sé almennt með réttum hætti hvað varðar PFS. Hér að framan var fjallað um það að eitt af markmiðum nýs fjarskiptaregluverks er að koma í veg fyrir árekstur eftirlitsstofnana. Fjarskiptalög sem eru sérlæg eru sérstök að því leyti að í lögnum er komið inn á mörg svið sem einnig eru í almennum lögum um tiltekin réttarsvið, svo sem lögum um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga nr. 90/2018, lögum um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu nr. 57/2005, og samkeppnislögum nr. 44/2005. Síminn lendir ítrekað í því að mál sem varða sömu atvik fá umfjöllun hjá fleiri en einu stjórnvaldi, með því mikla óhagræði sem því fylgir fyrir alla hlutaðeigandi aðila. Dregur það úr skilvirkni stjórnsýslunnar og skilvirkum rekstri fyrirtækja að leiðsögn eða niðurstaða hjá einu stjórnvaldi geti leitt til allt annarrar málsmeðferðar og niðurstöðu hjá öðru stjórnvaldi. Telur Síminn því að það sé athugunar virði að meta hvort annað hvort væri rétt að sameina tilteknar stofnanir eða skerpa á verkaskiptingu stofnana til að koma í veg fyrir mögulegan árekstur. Þannig verður í fljótu bragði ekki séð hvers vegna reglur frumvarpsins um persónuvernd eigi ekki frekar heima í persónuverndarlögum hvers vegna skilgreining markaða, markaðsgreining og mat á því hvort þörf sé á því að leggja á sértækar eftirlitskvaðir eigi ekki frekar heima hjá Samkeppniseftirlitinu. Í báðum tilvikum er um að ræða stjórnvöld sem sérhæfð eru annars vegar í persónuvernd og hins vegar í samkeppnisrétti. PFS er hins ekki sérhæft stjórnvald á þeim réttarsviðum og starfsmenn stofnunarinnar ekki sérfræðingar á þeim réttarsviðum. Er það til þess fallið að draga úr gæðum við meðferð stjórnsýsluvalds við töku matskenndra ákvarðana. Það sama má segja um Neytendastofu sem væri etv. betur til þess fallin að fjalla um neytendavernd í fjarskiptum en PFS.

b) Tillögur um breytingar á 3. gr. PFSL

Í b. lið 109. gr. frumvarpsins eru lagðar til ýmsar breytingar á 3. gr. laga nr. 69/2003 um PFS.

Að nokkru leyti koma breytingartillögurnar til móts við þá gagnrýni sem fjallað er um hér að framan í umfjöllun um IX. kafla frumvarpsins en ganga þó ekki nægilega langt og eru því ófullnægjandi innleiðing á texta Kóðans. Í stað þess að setja ákvæðin í texta pfsl. telur Síminn mun eðlilegra að innleiðingin fylgi ákvæðum fjarskiptalaga sem fjalla um markaðsgreiningar og hið sértæka eftirlit. Eru athugasemdir þar að lútandi sem fjallað er um hér að framan því ítrekaðar.

Telur Síminn að rétt væri að gaumgæfa betur að framangreindu við endanlega útfærslu lagasetningar í samráði við hagsmunaaðila og stjórnvöld. Nægur tími er til stefnu þar sem lögin eiga ekki að taka gildi fyrr en í byrjun næsta árs.

Ennfremur má velta upp þeirri spurningu hvort úreitt sé það fyrirkomulag að fjarskipta- og pósteftirlit sé á hendi sömu stofnunar. Sú verkaskipting á sér sögulegar skýringar en ekki verður séð að í samfélagi nútímans fari eftirlit með þessum tveimur réttarsviðum saman, enda gjörólíkar þjónustur í eðli sínu.

c) Opinn heildsöluaðgangur að óvirka hluta ríkisstyrktra fjarskiptaneta

Í frumvarpi því sem kynnt var hagsmunaaðilum áður en það var lagt fyrir Alþingi var kveðið á um að veita skyldi opinn heildsöluaðgang að almennum fjarskiptanetum sem byggð væru upp með ríkisstuðningi. Nánar tiltekið hljóðaði ákvæðið þannig:

„(3. gr. c.) Opinn heildsöluaðgangur ríkisstyrktra fjarskiptaneta.

Veita skal opinn heildsöluaðgang að almennum fjarskiptanetum sem byggð eru upp með ríkisstuðningi. Verð fyrir aðgang að slíkum fjarskiptanetum skulu byggja á verðsamanburði. Póst- og fjarskiptastofnun sker úr um ágreining um aðgang að ríkisstyrktum fjarskiptanetum, þ.m.t. um dýpt aðgangs, tæknilega skilfleti og heildsöluverð.

Póst- og fjarskiptastofnun er heimilt að veita undaþágu frá kröfu um að heildsöluaðgangur skuli byggja á verðsamanburði ef fyrirhuguð nýting á fjarskiptanetinu mun ekki standa undir slíku heildsöluverði.“

Í frumvarpi því sem nú liggur fyrir Alþingi hefur ofangreint ákvæði hins vegar verið felld alfarið brott, án skýringa. Sá opni heildsöluaðgangur að ríkisstyrktum fjarskiptanetum sem lögð voru drög að í fyrri útgáfu frumvarpsins var að rekja til leiðbeininga ESA um úrlausn ágreinings um aðgang að ríkisstyrktum innviðum.

Í 23. mgr. fyrrnefndra leiðbeininga ESA segir:

„Given the degree of competition that has been achieved since the liberalisation of the electronic communications sector in the Union, and in particular the competition that exists today on the retail broadband market, a publicly funded network set up within the context of an SGEI should be available to all interested operators. Accordingly, the recognition of an SGEI mission for broadband deployment should be based on the provision of a passive (34), neutral (35) and open infrastructure. Such a network should provide access seekers with all possible forms of network access and allow effective competition at the retail level, ensuring the provision of competitive and affordable services to end-users.“

Ekki er að finna nokkra haldbæra ástæðu til þess að ekki væri unnt að fara eftir framangreindum leiðbeiningum ESA ef vilji væri fyrir hendi hjá löggjafanum. Engin góð rök standa til þess að ríkisstyrktir óvirkir innviðir ættu ekki að standa fjarskiptafélögum til boða og greiða fyrir uppbyggingu fjarskiptakerfa.

Væri farið að fyrrgreindum leiðbeiningum ESA væri betur tryggt jafnræði aðila á fjarskiptamarkaði til aðgangs að óvirkum innviðum sem þegar hafa verið kostaðir af almenningi, auk þess sem nokkurri óvissu væri eytt og uppbygging frekari fjarskiptainnviða gerð skilvirkari og hagfelldari, aðilum á fjarskiptamarkaði og neytendum öllum til hagsbóta. Slíkur aðgangur að ríkisstyrktum fjarskiptanetum væri til þess fallinn að auka samkeppni á markaði og tryggja neytendum lægra verð fyrir fjarskiptaþjónustu. Er því afar miður að ekki skuli kveðið á um slíkan aðgang í lagafrumvarpinu. Í þessu samhengi skal enn minnt á að eitt af helstu markmiðum Kóðans er að efla fjárfestingu í fjarskiptainnviðum. Augljóst er að tryggur aðgangur að ríkisstyrktum innviðum væri mjög til þess fallinn að vinna að markmiðum Kóðans. Óskiljanlegt er hvers vegna horfið hefur verið frá áformum sem styðja eindregið við þau markmið. Er löggjafinn eindregið hvattur til þess að kanna ástæður þess og bæta á ný inn ákvæði sem tryggir getur fjarskiptafélögum slíkan aðgang enda hvergi að finna reglur í landsrétti eða vegna EES-samningsins sem koma í veg fyrir að Alþingi Íslendinga lögfesti reglur sem heimila aðgang að óvirkum innviðum sem byggðir hafa verið upp af opinberum aðilum.

d) Kæruheimild PFS á úrskurðum úrskurðarnefndar PFS

Í 2. tl. i.-liðar 109. gr. frumvarpsins er lagt til að PFS verði heimilað að kæra úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála án þess að leita fyrst samþykkis ráðherra. Síminn leggst gegn þessari breytingu. Kæruheimildir lægra setts stjórnvalds á úrskurði æðra setts stjórnvalds eru fátíðar og eru skýr undantekning frá þeirri meginreglu stjórnsýsluréttarins að lægra sett stjórnvald skuli una úrskurði æðra setts stjórnvalds.

Í athugasemdum með frumvarpinu er ástæða þessarar lagabreytingar sögð sú að ákvæðið í núverandi mynd þyki ekki samræmast 1. mgr. 8. gr. Kóðans um sjálfstæði fjarskiptaeftirlitsstofnunar. Af því tilefni vill Síminn vekja athygli á tilvitnuðu ákvæði Kóðans, sem er svohljóðandi:

„Without prejudice to Article 10, national regulatory authorities shall act independently and objectively, including in the development of internal procedures and the organisation of staff, shall operate in a transparent and accountable manner in accordance with Union law, and shall not seek or take instructions from any other body in relation to the exercise of the tasks assigned to them under national law implementing Union law. This shall not prevent supervision in accordance with national constitutional law. Only appeal bodies set up in accordance with Article 31 shall have the power to suspend or overturn decisions of the national regulatory authorities.“

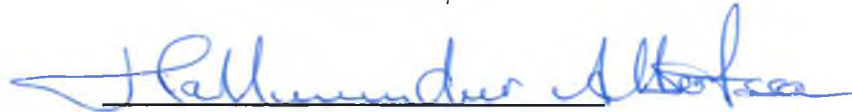
Enda þótt fjarskiptaeftirlitsstofnanir eigi sannarlega að vera sjálfstæðar í störfum sínum, er einfaldlega ekki stafkrók að finna í tilvitnuðu ákvæði 1. mgr. 8. gr. Kóðans, sem réttlætir heimild slíkrar stofnunar til að leita til dómstóla til þess að hnekkja ákvörðun úrskurðarnefndar eða annars áfrýjunarstjórnvalds. Þvert á móti má það beinlínis ráða af niðurlagi ákvæðisins að jafnvel þótt slík fjarskiptaeftirlitsstofnun skuli vera sjálfstæð og hlutlaus, eigi áfrýjunarstjórnvald að hafa einhlítt vald til þess að hnekkja ákvörðunum fjarskiptaeftirlitsstofnunar. Hvergi í Kóðanum má finna þess merki að eftirlitsstofnunum skuli tryggður réttur til þess að bera úrskurði slíkra stjórnvalda undir dómstóla.

Leggur Síminn því til að heimild PFS til að skjóta úrskurðum úrskurðarnefndar til dómstóla verði felld úr lögum. Í öllu falli er sú breyting sem lögð er til í frumvarpinu, að auka ráðrúm PFS til að kæra úrskurði úrskurðarnefndarinnar til dómstóla, með öllu ástæðulaus og á sér ekki stoð í 1. mgr. 8. gr. Kóðans.

e) Málskostnaður vegna kæru til úrskurðarnefndar

Í ákvæði 5. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003 er kveðið á um aðferð við ákvörðun þóknunar nefndarmanna úrskurðarnefndar fjarskiptamála. Í núverandi mynd heimilar ákvæðið nefndarmönnum að ákveða sjálfum eigin þóknun fyrir nefndarstörf. Afleiðing þessa fyrirkomulags er að málskot til nefndarinnar eru dýrari fyrir kærendur en að skjóta málum til dómstóla. Fyrirkomulag þetta er vægast sagt óeðlilegt og dregur úr vilja hagsmunaaðila til að leita réttar síns eftir þeim leiðum sem lögin bjóða. Framangreint fyrirkomulag á sér ekki fordæmi hjá sambærilegum úrskurðarnefndum, sbr. t.a.m. áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Er löggjafinn því eindregið hvattur til að breyta ákvæðinu þannig að kostnaður vegna starfa nefndarmanna greiðist úr ríkissjóði en fyrirtæki beri sjálf kostnað við málarekstur. Væri það auk þess til samræmis við kostnað við málarekstur fyrir sambærilegum stjórnslunefndum, svo sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Virðingarfyllt,
f.h. Símans hf.,



Hallmundur Albertsson, lögmaður