

Reykjavík, 5. nóvember 2020

Nefndasvið Alþingis
Umhverfis- og samgöngunefnd
Kirkjustræti, 101 Reykjavík

(sent með tölvupósti)

Efni: Umsögn Símans hf. um frumvarp til laga um fjarskipti, 209. mál

I. Inngangur

Síminn hf. (hér eftir „Síminn“) vísar til erindis frá nefndasviði Alþingis, móttækið þann 22. október sl., þar sem félaginu var sent til umsagnar frumvarp til laga um fjarskipti, 209. þingmál. Umsagnarfrestur var veittur til og með 5. nóvember 2020.

Síminn þakkar fyrir að hafa fengið tækifæri til að veita umsögn vegna frumvarpsins, enda ljóst að um gífurlega hagsmuni er að ræða hér fyrir fjarskiptafyrirtæki og neytendur.

Um er að ræða sama frumvarp og lagt var fyrir Alþingi veturinn 2019/2020 og vísast til athugasemda félagsins dags. 5. júní 2020. Í erindi þessu telur Síminn nauðsynlegt að nefna nokkur atriði til viðbótar.

II. Athugasemdir við 38. gr. frumvarpsins

Það er nauðsynlegt að gera nokkrar breytingar á 38. gr. frumvarpsins til þess að um lögmæta innleiðingu sé að ræða og snúa athugasemdir Símans að 3. og 5. mgr. 38. gr. frumvarpsins.

2.1 Athugasemdir við 3. mgr. 38. gr. frumvarpsins

Orðalag 3. mgr. 38. gr. er svohljóðandi:

„Póst- og fjarskiptastofnun getur að fenginni réttmætri beiðni, eða eftir atvikum að eigin frumkvæði, í sérstökum tilfellum lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki eða aðra eigendur aðstöðu um að veita aðgang að leiðslum og köplum og tilheyrandi aðstöðu í byggingum eða að fyrsta samantektar- eða dreifipunkti ef sá punktur er staðsettur utan byggingar. Skilyrði fyrir því að leggja á slíkar kvaðir er að tvöföldun slíkra nethluta sé efnahagslega óhagstæð eða ómöguleg í framkvæmd. Kvaðir geta falið í sér skyldu til aðgangs, gagnsæis, jafnræðisskyldu og skiptingar kostnaðar.“

Síminn leggur til að textinn „eða eftir atvikum að eigin frumkvæði, í sérstökum tilfellum“ verði felldur á brott þar sem hann er ekki í samræmi við ákvæði tilskipunarinnar.

Ákvæðið sem hér er verið að innleiða er 1. hluti 3. mgr. 61. gr. EECC tilskipunarinnar og er eftirfarandi:

„3. In particular, and without prejudice to paragraphs 1 and 2, national regulatory authorities may impose obligations, upon reasonable request, to grant access to wiring and cables and associated facilities inside buildings or up to the first concentration or distribution point as determined by the national regulatory authority, where that point is located outside the building. Where it is justified on the grounds that replication of such network elements would

be economically inefficient or physically impracticable, such obligations may be imposed on providers of electronic communications networks or on the owners of such wiring and cables and associated facilities, where those owners are not providers of electronic communications networks. The access conditions imposed may include specific rules on access to such network elements and to associated facilities and associated services, on transparency and non-discrimination and on apportioning the costs of access, which, where appropriate, are adjusted to take into account risk factors."

Ljóst er að innleiðingin sem felst í frumvarpinu er ekki í samræmi við texta EECC tilskipunarinnar.

Í íslenska frumvarpinu er tekið fram að PFS geti lagt kvaðir á fyrirtæki að eigin frumkvæði. Skilyrðið skv. EECC tilskipuninni er að um sé að ræða réttmæta beiðni en ekki að stjórnvald geti lagt á slíkar kvaðir að eigin frumkvæði. Það er þannig engin heimild í EECC tilskipuninni fyrir stjórnvöld að leggja á kvöð á fyrirtæki sem er ekki í markaðsráðandi stöðu, nema um sé að ræða réttmæta beiðni frá öðru fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt EECC tilskipuninni er forsenda fyrir álagningu kvaða að réttmæt beiðni liggja fyrir.

Síminn telur þýðingarlaust að veita stjórnvaldi heimild til þess að leggja á kvaðir að eigin frumkvæði, án þess að liggja fyrir beiðni, þar sem slíkar kvaðir eru kostnaðarsamar og innleiðing þeirra er dýr. Ef það er enginn aðili sem óskar eftir aðgangi þá er um þýðingarlausu aðgerð. Þess vegna verður skilyrðið að vera bundið við réttmæta beiðni. Ef það er ekki eftirspurn eftir tilteknum aðgangi er vandséð hvers vegna stjórnvöld eiga að grípa inni í. Ef um samkeppnisleg vandamál er að ræða þá koma þau fram í ferlum sem lúta að markaðsgreiningum.

Ennfremur segir í íslenska textanum að aðeins sé heimilt að leggja kvöð *í sérstökum tilfellum*. Þetta orðalag er ekki í textanum heldur er nákvæmlega tilgreint í hvaða tilfellum heimilt sé að leggja umrædda kvöð á. Þar eru ákveðin skilyrði sem eru lögð til grundvallar en textinn „í sérstökum tilfellum“ kemur ekki fram í textanum í EECC tilskipuninni. Þess vegna þarf textinn „í sérstökum tilfellum“ að vera fjarlægður og áherslan á þau tilteknu skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo heimilt sé að leggja kvöðina á.

Þá bendir Síminn á að fyrsti samantektarpunktur er almennt götuskápur og þar af leiðandi felur ákvæðið í sér heimild til þess að leggja kvöð á fjarskiptafyrirtæki um aðgang að svörtum ljósleiðara.

Einnig bendir Síminn á að laga þurfi orðalag í niðurlagi ákvæðis og orðið „jafnræðisskylda“ verði breytt í „janfræðis“ þar sem orðið skylda kemur þegar fram í setningunni. Þá vantar tilvísun til þess að tekið sé tillit til áhættu.

Tillaga Símans:

„Póst- og fjarskiptastofnun getur, að fenginni réttmætri beiðni, lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki eða aðra eigendur aðstöðu um að veita aðgang að leiðslum og köplum og tilheyrandi aðstöðu í byggingum eða að fyrsta samantektar- eða dreifipunkti ef sá punktur er staðsettur utan byggingar. Skilyrði fyrir því að leggja á slíkar kvaðir er að tvöföldun slíkra nethluta sé efnahagslega óhagstæð eða ómöguleg í framkvæmd. Kvaðir geta falið í sér skyldu til aðgangs, gagnsæis, **jafnræðis og eðlilegs kostnaðar, að teknu tilliti til viðeigandi áhættu.**“

2.2. Athugasemdir við 5. mgr. 38. gr. frumvarpsins

Síminn vill einnig benda á að í 5. mgr. 38. gr. frumvarpsins er röng tilvísun til 3. mgr. 38. gr. sem ætti að vera til 4. mgr. 38. gr. Umrædd 38. gr. frumvarpsins felur í sér innleiðingu

á 3. mgr. 61. gr. EECC, en 3. málsgreinin inniheldur fimm undirmálsgreinar (subparagraph).

Fyrsta undirmálsgreinin (first subparagraph) er samsvarandi 3. mgr. 38. gr. en 4. mgr. 38. gr. er samsvarandi annarri undirmálsgrein (second subparagraph). Í annarri undirmálsgrein 3. mgr. 61. gr. EECC kemur fram heimild til þess að leggja á víðtækari kvaðir að fyrsta samantektar- eða dreifipunkti, þ.e. kvaðir sem ná lengra en mælt er fyrir um í fyrstu undirmálsgrein.

Í þriðju undirmálsgrein 3. mgr. 61. gr. EECC kemur síðan hvenær óheimilt sé að leggja á kvaðir um aðgang á grundvelli annarrar undirmálsgreinar 3. mgr. 61. gr. t.d. ef um er að ræða fyrirtæki sem starfar aðeins á heildsölumarkaði og það býður fram aðgang á jafnræðisgrundvelli: „National regulatory authorities shall not impose obligations in accordance with the second subparagraph on providers of electronic communications networks where they determine that...“.

Í umræddri grein er hins vegar ekki vísað til „first subparagraph“ og þar af leiðandi eiga undantekningar skv. þriðju undirmálsgrein 3. mgr. 61. gr. ekki við um aðgang sem fellur undir fyrstu undirmálsgrein 3. mgr. 61. gr. EECC tilskipunarinnar.

Í íslenska frumvarpinu hefur þessu verið víxlað, þ.e. 5. mgr. 38. gr. frumvarpsins vísar til þess að ekki skuli leggja á kvaðir á grundvelli 3. mgr. en tilvísunin ætti að vera til 4. mgr. og þar af leiðandi orðast svohljóðandi: „Kvaðir skv. 4. mgr. skal ekki leggja á...“ og „Kvöðum skv. 4. mgr. skal ekki beitt ef þær geta hamlað útbreiðslu nýrra neta.“

Er þetta einnig skýrt þegar litið er til inngangs tilskipunarinnar en þar er fjallað um aðgangskvöðina sem er í annarri undirmálsgrein 3. mgr. 61. gr., sbr. 155 tl. aðfararorða en þar segir:

„In such cases, in order to comply with the principle of proportionality, it can be appropriate for national regulatory authorities to exempt certain categories of owners or undertakings, or both, from obligations going beyond the first concentration or distribution point, which should be determined by national regulatory authorities, on the grounds that an access obligation not based on an undertaking's designation as having significant market power would risk compromising their business case for recently deployed network elements, in particular by small local projects. Wholesale-only undertakings should not be subject to such access obligations if they offer an effective alternative access on a commercial basis to a very high capacity network, on fair, non-discriminatory and reasonable terms and conditions, including as regards price. It should be possible to extend that exemption to other providers on the same terms. The exemption may not be appropriate for providers that are in receipt of public funding.“

Síminn áréttar að fyrsta undirmálsgrein 3. mgr. 61. gr. nær til þess að leggja á kvöð um aðgang að svörtum ljósleiðara óháð markaðsstyrk og óháð undangenginni markaðsgreiningu. Fullyrðingar um að það sé ekkert í EECC tilskipuninni sem heimilar að lögð sé kvöð á fyrirtæki um aðgang að svörtum ljósleiðara, án þess að markaðsgreining fari fram, er þar af leiðandi röng.

Þvert á móti er bein heimild fyrir slíkum kvöðum og umrædd heimild hefur verið í evrópsku regluverki síðan 2009 þótt hún hafi ekki verið innleidd hér á landi, sbr. 3. mgr. 12. rammatilskipunar eins og henni var breytt með tilskipun nr. 2009/140. Með innleiðingu á EECC tilskipuninni þá er heimildin útvíkuð þannig að hún nái til aukins aðgangs. Tilgangurinn er einmitt að tryggja samkeppni þar sem kostnaður við að leggja ljósleiðara að heimili getur verið efnahagslega óhagstæður, sérstaklega þegar það er fyrirleggjandi

ljósleiðarakerfi að heimili. Þannig geta fjarskiptafyrirtæki byggt upp eigin fjarskiptakerfi en leigt aðgang að svörtum ljósleiðara.

Síminn mælist þannig til þess að 5. mgr. 38. gr. verði orðuð svohljóðandi:

„Kvaðir skv. 4. mgr. skal ekki leggja á fyrirtæki sem uppfylla skilyrði 59. gr. og bjóða fram aðra raunhæfa leið til að ná til endanotenda með því að veita fyrirtækjum aðgang að afkastamiklu háhraðaneti með réttmætum og sanngjörnum skilmálum og skilyrðum sem eru án mismununar, nema ef viðkomandi net er fjármagnað með opinberu fé. Póst- og fjarskiptastofnun getur undanþegið önnur fyrirtæki, **frá kvöðum á grundvelli 4. mgr.**, sem bjóða aðgang að afkastamiklu háhraðaneti með réttmætum og sanngjörnum skilmálum og skilyrðum sem eru án mismununar. Kvöðum skv. 4. mgr. skal ekki beitt ef þær geta hamlað útbreiðslu nýrra neta.“

Feitlitraður texti eru breytingar Símans og óhákvæmilegar til þess að innleiðing verði í samræmi við tilskipunina.

III. Friðhelgi einkalífs, fjarskiptaleynd, aðstoð við rannsókn sakamála o.fl.

Áður en vikið er að einstökum ákvæðum í XIII. kafla frumvarpsins telur Síminn brýnt að tiltekið sé í lögnum, eða a.m.k. í athugasemdum með frumvarpinu um XIII. kafla þess, að fjarskiptalög teljist *sérlög* gagnvart lögum nr. 90/2018 um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga (hér eftir „persónuverndarlög“). Það dugar ekki að tilgreina framangreint í tengslum við eina afmarkaða málsgrein 94. gr. í athugasemdum með frumvarpinu. Fremur gæti þ.a.l. verið gagnályktað á þann veg að það eigi ekki að líta á önnur ákvæði laganna sem sérákvæði um ákveðnar vinnslur sem fjallað er um í XIII. kafla.

Í þessu samhengi er sérstaklega vakin athygli á nýlegri álitserð Póst- og fjarskiptastofnunar frá 17. ágúst 2020¹, þar sem stofnunin finnur sérstaklega að því að Persónuvernd hafi ekki í tilteknum úrskurði litið á ákvæði fjarskiptalaga sem sérákvæði gagnvart öðru almennu ákvæði persónuverndarlaga. Þá hefur PFS einnig margítrekað túlkað fjarskiptalög sem sérlög gagnvart persónuverndarlögum í öðrum málum, a.m.k. í þeim tilvikum sem um ræðir þau ákvæði fjarskiptalaga sem varða meðferð persónuupplýsinga.

Þá er jafnframt ljóst að umræddur XIII. kafli fjarskiptalaga byggir á tilskipun nr. 2002/58/EB en tilskipunin tilgreinir sérstaklega að hún hafi að geyma sértækar reglur fyrir fjarskiptasviðið og eru ákvæði hennar viðbót og ítarlegri í tengslum við ákvæði forvera reglugerðar ESB 2016/679 („GDPR“), sbr. 2. mgr. 1. gr. og 4. lið inngangsorða tilskipunar nr. 2002/58/EB.

Sé ekki vikið að sérstöðu þessa regluverks í texta þess er hætta á að stjórnvöld túlki regluverkið með röngum hætti, sbr. t.d. úrskurð Persónuverndar í máli nr. 2018/1640 og áðurnefnda álitserð PFS um þann úrskurð. Mikilvægt er að skýr mörk séu á milli valdssviðs stjórnvalda og til þess að ekki sé verið að reka tvö mál fyrir mismunandi stjórnvöldum

a. 88. gr. – Leynd fjarskipta

Síminn gerir verulegar athugasemdir við orðalag 2. mgr. 88. gr. frumvarpsins, sem fjallar um heimildir fyrir notkun á vefkökum (e. *cookies*). Notkun á vefkökum skal að meginstefnu til byggja á upplýstu samþykki viðkomandi, líkt og ákvæðið greinir, en í framhaldinu er

¹ Álitserð PFS vegna úrskurðar Persónuverndar í máli nr. 2018/1640: <https://www.pfs.is/library/Skrar/PFS-skrar/%c3%81litsger%c3%b0%20fyrir%20S%c3%admann%20um%202.%20mgr.%2046.%20gr.%20fjarskiptalaga%20-%20til%20c3%batg%c3%a1fu.pdf>

ranglega tilgreint að slík notkun kunni líka að vera heimil í „lögmætum tilgangi“. Líkt og Síminn hefur fjallað ítarlega um í umsögnum sínum til ráðuneytisins við gerð þessa frumvarps og telur vert að ítreka nú, gefur umrætt orðalag bæði ranglega til kynna að notkun vefkaka sem byggja á upplýstu samþykki sé *ekki* gerð í „lögmætum tilgangi“ auk þess sem tilgreindar eru sérstaklega tvær afmarkaðar heimildir í athugasemdum með frumvarpinu um 2. mgr. 88. gr. sem eru taldar falla undir „lögmætan tilgang“. Óbreytt ákvæði er bæði afar óljóst og ógagnsætt fyrir alla þá aðila sem ber að tryggja lögmæta notkun á vefkökum. Í stað þess að notast við óljóst og opið orðalag í lagaákvæði um „lögmætan tilgang“ og tilgreina sérstaklega tvær afdráttarlausar, þröngar heimildir sem falla þar undir í athugasemdum með frumvarpinu, verður að tilgreina frekar með afdráttarlausum hætti heimildirnar í lagaákvæðinu sjálfu.

Í þessu samhengi mætti líta á fordæmi sambærilegs ákvæðis úr norsku fjarskiptalöggjöfinni (n. *lov om elektronisk kommunikasjon „ekomloven“*), en því var bætt við löggjöfina árið 2013. Þar hljóðar ákvæðið sem svo (áherslubreyting Símans feitletruð):

§ 2-7 b. Bruk av informasjonskapsler/cookies

Lagring av opplysninger i brukers kommunikasjonsutstyr, eller å skaffe seg adgang til slike, er ikke tillatt uten at brukeren er informert om hvilke opplysninger som behandles, formålet med behandlingen, hvem som behandler opplysningene, og har samtykket til dette. **Første punktum er ikke til hinder for teknisk lagring av eller adgang til opplysninger:**

- 1. utelukkende for det formål å overføre kommunikasjon i et elektronisk kommunikasjonsnett**
- 2. som er nødvendig for å levere en informasjonssamfunnstjeneste etter brukerens uttrykkelige forespørsel.**

Sú framsetning sem notuð er í Noregi er mun skýrari og betur til þess fallin að stuðla að eftirfylgni við ákvæðið, enda ljóst að nær allir aðilar sem halda úti vefsíðum, vefverslunum eða vefgáttum hvers konar verða að tryggja eftirfylgni við umrætt ákvæði fjarskiptalaga. Sambærilegt ákvæði í íslenskum fjarskiptalögum verður að standast sömu gæðakröfur, þ.e. að lagaákvæðið sjálft tilgreini með skýrum hætti undantekningarheimildirnar frá hinni almennu meginreglu um notkun upplýsts samþykkis. Loks er slík framsetning einnig í samræmi við sambærilegt ákvæði í bæði tilskipun 2002/58/EB og tilskipun 2009/136/EB. Í athugasemdum með frumvarpinu ættu frekar að vera nefnd dæmi til frekari skýringar á þeim reglum sem settar eru fram í lagaákvæðinu, t.d. að þær vefkökur sem gætu fallið undir undantekninguna gætu átt við í tengslum við gerð notendaprófs á samfélagsmiðli eða í vefverslun.

Leggur Síminn til að ákvæði 2. mgr. 88. gr. verði breytt á eftirfarandi hátt:

Notkun njósnahugbúnaðar, vefhlerunarbúnaðar eða annars slíks búnaðar sem safnar og/eða geymir upplýsingar í endabúnaði notenda, veitir aðgang að upplýsingum sem geymdar eru í endabúnaði eða fylgist með athöfnum þeirra er óheimil nema að fengnu upplýstu samþykki viðkomandi. Þrátt fyrir þetta er notkun slíks búnaðar heimil með vitneskju notanda til að fá aðgang að upplýsingum og/eða til tæknilegrar geymslu:

- a) eingöngu í þeim tilgangi að senda samskipti yfir fjarskiptanet*
- b) sem er nauðsynleg til að veita þjónustu í upplýsingasamfélaginu að beiðni notanda*
 - b. 92. gr. – Rannsókn sakamála*
 - c. Áréttuð eru sjónarmið í tengslum við heimildir lögreglu til upplýsinga, sbr. athugasemdir ofar um 89. gr. Þar sem sama orðalag er notað hér í 2. mgr. 92. gr. um „ákveði[ð] símanúmer“ mætti velja því upp hvort eðlilegt sé að hafa þann möguleika inni um að geta veitt lögreglu líka upplýsingar um*

hvaða símanúmer tiltekinn einstaklingur eða viðskiptavinur var með, og jafnvel líka hvaða IP-tölu. 93. gr. – Símaskrárupplýsingar

Síminn áréttar sjónarmið í fyrri umsögnum varðandi þörf á að kveða á um skyldu fjarskiptafélaga til að halda úti sérstakri „númera- og vistfangaskrá“ og nánari skilyrði slíkrar skráningar ætti að vera *í lögum*, en ekki bara í athugasemdum með frumvarpinu um ákvæði 93. gr. eins og hér um ræðir.

Með ákvæðinu er gert ráð fyrir að fyrirkomulag í tengslum við skráningu upplýsinga í númera- og vistfangaskrá taki nokkrum breytingum, í takt við tilskipun 2018/1972/EB. Síminn vekur þó athygli á að hvergi í áðurnefndri tilskipun er fjarskiptafélagi falið sérstaklega að vera sá aðili sem *miðlar* umræddum upplýsingum beint til upplýsingaþjónustuveitu. Fremur virðist orðalagið gefa til kynna að fjarskiptafélag skuli tryggja aðgengileika að slíkum upplýsingum, sbr. orðalagið í 112. gr. tilskipunarinnar um að fjarskiptafélag sem úthlutar símanúmeri skuli „[...]meet all reasonable requests to make available, for the purposes of the provision of publicly available directory enquiry services and directories, the relevant information in an agreed format, on terms which are fair, objective, cost oriented and non-discriminatory“.

Síminn tekur undir þau sjónarmið í áðurnefndri tilskipun 2018/1972/EB og athugasemdum með frumvarpinu um ákvæði 93. gr. um að mikilvægt sé að forsendur séu til staðar fyrir virkri samkeppni hjá aðilum á markaði fyrir upplýsingaþjónustuveitur og útgefendur símaskráa, ekki síst hér á landi þar sem samkeppnin er hörð.

Hins vegar telur Síminn það afar úrelt hugsun að skuldbinda eigi fjarskiptafélögin sérstaklega til að semja sérstaklega við einkaaðila á áðurnefndum markaði um *miðlun* þessara gagna beint til upplýsingaþjónustuveita. Fremur ættu upplýsingaþjónustuveitur að geta nálgast umræddar upplýsingar miðlægt, t.d. hjá Þjóðskrá Íslands, svipað og á við um kaup aðila um aðgang að þjóðskrá.

Þar er þá einnig hægt að heimfæra svipuð sjónarmið til númera- og vistfangaskrárinnar og almennt tíðkast í tengslum við bannskrá þjóðskrár. Gætu því fjarskiptafélögin haldið úti slíkri númera- og vistfangaskrá (þar til breytingar verða á regluverki í tengslum við friðhelgi einkalífs í fjarskiptum, sbr. umfjöllun neðar), upplýsa notendur um tilvist hennar og tilgang, en miðla sinni skrá frekar til Þjóðskrár sem væri þá með undir höndum *eina heildstæða skrá* með upplýsingum *frá öllum fjarskiptafélögum*.

Upplýsingaþjónustuveitur gætu þá samið sérstaklega við Þjóðskrá um aðgang að slíkri (heildar) númera- og vistfangaskrá – án þess að þurfa nálgast hvert fjarskiptafélag. Þá ættu einstaklingar að geta breytt skráningu sinni í símaskrá ýmist beint hjá upplýsingaþjónustuveitunni sem birtir símaskrána eða til Þjóðskrár Íslands sem heldur miðlægt utan um skrána og stýrir því hvaða upplýsingaþjónustuveitur hafa aðgang að henni. Hlutverk fjarskiptafélags væri fyrst og fremst að tryggja andmælarétt einstaklinganna, um skráningu númera í símaskrá, við úthlutun símanúmers. Slíkt myndi einnig samrýmast því sem stefnt er að í Evrópu, en skv. nýjustu drögum ESB að nýrri reglugerð um friðhelgi einkalífs í fjarskiptum (s.k. „ePrivacy Regulation“) virðist gert ráð fyrir að *upplýsingaþjónustuveitan* afli *upplýsts samþykkis* frá viðkomandi einstaklingi fyrir birtingu upplýsinga um viðkomandi í símaskrá².

Jafnframt ber að geta þess að í uppfærðum drögum þeirrar reglugerðar, nú síðast í febrúar 2020³, hafa breytingar *ekki* verið gerðar breytingar á umræddu ákvæði um upplýsingaþjónustuveitur. Framangreind tillaga um breytt fyrirkomulag varðandi miðlun upplýsinga, fyrir tilstuðlan Þjóðskrár, samrýmist mun betur sjónarmiðum um

² Sbr. 15. gr.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=EN>.

³ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5979-2020-INIT/en/pdf>

sjálfsákvörðunarrétt einstaklinga, og blandar ekki fjarskiptafélögum í þessa vinnslu að óþörfu.

Einstaklingar eiga að geta ráðið því sjálfir hvort, og þá hjá hvaða, upplýsingaþjónustuveitu þeir séu skráðir og jafnvel hvaða upplýsingar þeir kjósi að leyfa upplýsingaþjónustuveitunni að birta í opinberri símaskrá, líkt og áður nefnd drög reglugerðar ESB um friðhelgi einkalífs í fjarskiptum gerir ráð fyrir. Að öðru leyti eru fyrri sjónarmið Símans í umsögnum félagsins frá því í febrúar og júní 2020 áréttuð, einkum í tengslum við innheimtu viðskiptaskrafa fyrir upplýsingaveitur, sbr. einnig umfjöllun um ákvæði XI. kafla frumvarpsins.

d. 94. gr. – Óumbeðin fjarskipti

Ákvæði 1. mgr. 94. gr. tilgreinir sérstaklega tiltekna aðferðir til að koma á framfæri skilaboðum fyrir beina markaðssetningu, þ.m.t. „hvers konar [rafræn] [skilaboð]“. Ítarlega er fjallað um framangreinda viðbót í upptalninguna í athugasemdum með frumvarpinu, en Síminn telur engu að síður afar óljóst hvað sé átt við með þessu, sérstaklega þar sem engin dæmi eru tilgreind í athugasemdunum. Ákvæðið mætti því vera mun skýrara með því að hafa skýrari upptalningu á samskiptaaðferðunum í lagaákvæðinu sjálft.

Þá gerir Síminn alvarlegar athugasemdir við hið nýja ákvæði 4. mgr. 94. gr. sem kveður á að heimilt sé að nota „almenn tölvupóstföng fyrirtækja og stofnana, séu þau fyrir hendi, fyrir beina markaðssetningu á vörum og þjónustu“. Þá sérstaklega þykja afar varhugaverðar þær skýringar sem fylgja með frumvarpinu um umrætt ákvæði, þar sem segir m.a. að afmörkun þess sé „skýr“ og „veitir ákvæðið ekki heimild til að senda tölvupóst í markaðslegum tilgangi á tölvupóstföng sem fyrirtæki eða stofnun úthlutar einstaka starfsmönnum sínum“.

Framangreindar athugasemdir virðast gefa til kynna að það sé óheimilt að senda slík skilaboð með tölvupósti á ákveðna starfsmenn, nema væntanlega á grundvelli *samþykkis* viðkomandi viðtakanda. Sé sá skilningur réttur er góðfúslega bent á að sá viðtakandi gæti aldrei veitt upplýst samþykki fyrir sérstakri notkun á sínu vinnunetfangi, enda hefur viðkomandi hvorki burði né heimild til þess þar sem vinnunetfang viðkomandi er sem slíkt *eign vinnuveitandans*. Þá ættu heldur ekki við sjónarmið um friðhelgi einkalífs í slíkum tilvikum, eins og gefur að skilja. Að öðru leyti er vísað til ítarlegra athugasemda Símans um umrætt ákvæði í fyrri umsögnum þess. Að minnsta kosti er fjarstæðukennt ef ætlunin með þessu ákvæði sé að meina öll slík skilaboð til einstakra starfsmanna fyrirtækja eða stofnana, enda myndi það hafa víðtæk og íþyngjandi áhrif á mörg fyrirtæki og stofnanir, þar sem tilgreindir starfsmenn eru jafnvel tilgreindir tengiliðir hjá fyrirtækjum sem senda út tölvupósta í markaðssetningartilgangi. Í ljósi framangreinds, og frekari athugasemda í fyrri umsögnum Símans, er nauðsynlegt að breyta ákvæðinu með eftirfarandi hætti:

„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, ef skilaboðin bera með skýrum hætti með sér að þau séu ætluð starfsemi eða vinnustað viðtakanda.“

Það gefur augaleið að sá háttur, að heimila einungis að senda slík skilaboð á „almenn tölvupóstföng fyrirtækja og stofnana“ mun aldrei ganga upp í framkvæmd. Slíkt myndi væntanlega leiða til þess að pósthólfir fyrir þessi „almennu tölvupóstföng“ myndu fyllast fljótt og einhver starfsmaður eða jafnvel starfsmenn yrðu að sinna því sérstaklega að sía út hvaða póstar eigi að berast hverjum innan fyrirtækisins/stofnunarinnar og senda svo áfram. Verður að ætla að fyrirtæki megi áfram senda skilaboð til sinna viðskiptavina, hvort sem er fyrirtækja eða stofnana, án þess að þurfa annað hvort að senda skilaboðin á „almennt netfang“ eða óska eftir samþykki tiltekins starfsmanns sem skráður er tengiliður viðkomandi fyrirtækis eða stofnunar. Til viðbótar öllu framangreindu er ljóst að breytingin

sem 4. mgr. felur í sér hefur *enga* þýðingu í raun og veru þar sem aldrei var uppi lagaleg óvissa eða vandkvæði varðandi sendingar á „almenn tölvupóstföng fyrirtækja og stofnana“. Breytingin þjónar því ekki hagsmunum neins – hvorki sendanda né viðtakenda eða annarra einstakra starfsmanna fyrirtækja og stofnana sem hafa áður fengið send markaðsskilaboð með tölvupósti og tengjast vinnustað viðkomandi. Er því óhætt að fullyrða að breytingin sé bæði með öllu óþarfi auk þess sem kallar á algjöra ringulreið í framkvæmd.

Varðandi 6. mgr. 94. gr. bendir Síminn á að með tilkomu aukinnar samkeppni á markaði upplýsingaþjónustuveita er ljóst að margar símaskrár eru birtar nú til dags með opinberum hætti á vefsíðum ýmissa upplýsingaþjónustuveita eða aðila sem halda úti símaskrá. Hér er um að ræða umtalsverða breytingu frá þeirri stöðu sem var ríkjandi þegar sambærilegt ákvæði var fyrst sett inn í fjarskiptalög árið 2007, sbr. 8. gr. laga nr. 39/2007. Í ljósi þeirra miklu breytinga sem hafa átt sér stað á markað upplýsingaþjónustuveita er ljóst að óbreytt ákvæði 6. mgr. 94. gr. missir mark sitt, þar sem hæglega getur komið upp sú staða að einstaklingur bannmerki sig í einni símaskrá, en ekki í annarri, þrátt fyrir að fjarskiptafélag hafi verið í góðri trú og borið símanúmer viðkomandi saman við bannskrá tiltekinnar símaskrá. Með hliðsjón af þeim gífurlegu sektarheimildum sem frumvarpið kveður á um verður að gera þá kröfu að ákvæðið sé skýrt m.t.t. slíkra aðstæðna, þ.e. hvaða þýðingu bannmerking í stakri símaskrá skuli hafa ef slíka merkingu er ekki að finna í öðrum.

IV. Athugasemdir í tengslum við sektarheimildir

a) 101. gr. – Framfylgdarheimildir vegna óumbeðinna fjarskipta

Síminn vekur athygli á að með ákvæðum 101. gr. og 102. gr. frumvarpsins virðist vera að PFS fái heimild til að beita stjórnvaldssektum á hendur aðila vegna óumbeðinna fjarskipta, annars vegar á grundvelli lagabálka nr. 57/2005 (sbr. 101. gr.) og 102. gr., þótt um sé að ræða eitt og sama brotið. Bendir Síminn á að 94. gr. frumvarpsins fellur undir XIII kafla laganna en samkvæmt 102. gr. er einnig sektarheimild. Er þess vegna eðlilegt að sektarheimild skv. 102. gr. taki ekki til 94. gr. enda er slík heimild í 101. gr. 102. gr. –

b) Stjórnvaldssektir

Síminn gerir athugasemdir við sektarheimildir frumvarpsins, enda afar íþyngjandi án frekari rökstuðnings eða forsendna, sér í lagi þar sem gert er ráð fyrir að sektir geti jafnframt verið lagðar á *einstaklinga*, án þess að *nokkur rökstuðningur sé fyrir því hvers vegna stjórnvalda þurfi heimild til þess að leggja sektir á einstaklinga*. Gerir frumvarpið ráð fyrir hámarkssektarheimildir sem nema allt að 4% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju félagi sem á aðild að broti, en sekt einstaklings getur numið frá 10.000 kr. til 10.000.000 kr.

Í ljósi meginreglunnar um skýrleika refsheimilda verða refsíákvæði, þar með sektarheimildir stjórnvalda, að gefa með skýrum hætti til kynna hvaða háttsemi telst refsiverð. Í greinargerð með frumvarpinu virðist hafa verið litið til slíkra sjónarmiða í ákvæði 102. gr. þar sem það tilgreinir með nákvæmum hætti fyrir hvaða ákvæði laganna skuli beita stjórnvaldssektir. Þannig er nokkuð ljóst hvaða *háttsemi* gæti leitt til stjórnvaldssekta. Hins vegar er hvergi að finna skýringu eða umfjöllun í frumvarpinu eða athugasemdum með því um *umfang sektarheimilda* sem fela á Póst- og fjarskiptastofnun skv. frumvarpinu. Einu vísbendingarnar að rökum fyrir svo umfangsmikilli sektarheimild sem hér um ræðir er að finna í lið 3.6. í greinargerð með frumvarpinu, sbr. eftirfarandi;

„Við smíði þessa ákvæðis var leitað fyrirmyndar í ákvæði um heimild Persónuverndar til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt ákvæðum laga um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, nr. 90/2018, að því er varðar

fjárhæð sekta. Enn fremur var horft til samkeppnislaga að því er framsetningu varðar."

Frumvarp það sem hér er til umfjöllunar byggir ekki á sambærilegri Evrópugerð í tengslum við umrædda sektarheimild, líkt og um var að ræða við innleiðingu GDPR í íslensk lög. Telur Síminn því alls kostar ófullnægjandi að vísa til sambærilegrar sektarheimildar í persónuverndarlögum sem forsendu sektarheimildar í fjarskiptalögum. Í þessu samhengi má benda á athugasemdir sem ritaðar voru um 46. gr. frumvarps til laga nr. 90/2018 en þar segir:

„Í þessari grein er fólgið veigamikilið nýmæli sem reglugerðin kveður á um. Persónuvernd er hér veitt heimild til að leggja stjórnvaldssektir á hvern þann sem brýtur gegn einhverju þeirra ákvæða reglugerðarinnar og laga þessara sem talin eru upp í ákvæðinu. Geta sektir numið háum fjárhæðum, líklega með því hæsta sem um getur í íslenskum lögum. Þess má geta til samanburðar að samkvæmt lögum nr. 161/2002, um fjármálafyrirtæki, geta stjórnvaldssektir numið 800 millj. kr. að hámarki á lögaðila.“

Samkvæmt framangreindum texta verður að teljast óeðlilegt að sektarheimildir Póst- og fjarskiptastofnunnar, sem sinnir svo afmörkuðu og sérhæfðu hlutverki, hafi jafn háa sektarheimild og Persónuvernd sem sinnir einu víðtækasta eftirlitshlutverki landsins.

Að frátöldu umfangi sektarheimilda er sektarheimild frumvarpsins janframt afar víðtæk og óljós, þar sem einu viðmiðin sem ákvæði 102. gr. frumvarpsins vísar til eru um „eðli og [umfang] brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot [sé] að ræða“. Til samanburðar má benda á að í persónuverndarlögum er sérstakt ákvæði sem greinir sérstaklega frá þeim viðmiðum sem ber að líta til þegar ákvarða skal hvort beita eigi stjórnvaldssekt og eftir atvikum *hversu háa* stjórnvaldssekt, sbr. 47. gr. persónuverndarlaga. Sambærileg viðmið eru ekki að finna í frumvarpi til nýrra fjarskiptalaga sem er afar varhugavert að mati Símans, sérstaklega þar sem hér er um að ræða afar víðtækar sektarheimildir til handa eftirlitsstofnun sem hefur ekki reynslu af slíkum ákvörðunum og hefur þar að auki eftirlit með fremur þröngum hópi lögaðila hér á landi (einkum fjarskiptafélögum), miðað við t.d. Persónuvernd sem hefur eftirlit með öllum aðilum sem sýsla með persónuupplýsingar eða Samkeppniseftirlitið.

Með vísun til ofangreinds telur Síminn það í fyrsta lagi fráleitt að miða eigi við sömu sektarheimildir og eru notaðar í persónuverndarlögum, án frekari rökstuðnings. Þar að auki er það ekki í samræmi við almenn meðalhófssjónarmið að kveða á um svo ítarlegar sektarheimildir án þess að mat hafi farið fram á því hvort þörf sé fyrir slíku.

Í þessu samhengi telur Síminn vert að áréttta það sjónarmið sem fram kom í fyrri umsögn félagsins sem tengist nefndaráliti við frumvarp til laga um breytingu á lögum um fjarskipti og lögum um Póst- og fjarskiptastofnun (Cert, tíðniréttindi, rekstrargjald ofl.) sem lagt var fyrir 140. löggjafarþing 2011–2012. Í nefndarálitinu kom eftirfarandi rökstuðningur fram:

„Fram kom hjá nokkrum umsagnaradilum að vafi léki á því hvort umræddar refsheimildir uppfylltu kröfur dómstóla um skýrleika þar sem um væri að ræða almenn og matskennd atvik. Meiri hlutinn bendir á þá meginreglu refsiréttar að refsheimildir eigi að vera skýrar en reglan byggist á 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Reglan felur í sér að refsíákvæði verður að vera nægjanlega skýrt og fyrirsjáanlegt til að einstaklingur geti gert sér grein fyrir því með lestri ákvæðisins og e.t.v. dómaframkvæmdar hvaða athafnir og/eða athafnaleysi geti leitt til refsíabyrgðar á grundvelli þess. Það er mat meiri hlutans að nauðsynlegt sé að móta skýrar verknaðarlýsingar við þau tilvik sem nefnd eru í 10. og 11. gr. frumvarpsins. Það skiptir miklu að skilgreining brota sé nákvæm og skýr, enda

er skýrleiki refsheimilda forsenda þess að þeim verði beitt, einkum í ljósi þess að refsíabyrgð er íþyngjandi fyrir hinn almenna borgara. Meiri hlutinn bendir á að Hæstiréttur hefur lýst refsíákvæði stjórnskipulega ómerk á þeim grundvelli að þau uppfylla ekki þær kröfur sem gera verður til skýrleika refsheimilda, sbr. dóm Hæstaréttar nr. 458/2006. Að þessu sögðu leggur meiri hlutinn til að ákvæði 10. og 11. gr. frumvarpsins verði felld brott og sæti frekari skoðun.“

Þar sem ákvæði í núverandi frumvarpi eru byggð upp með sama hætti og 10. og 11. gr. ofangreinds frumvarps telur Síminn sérstaklega mikilvægt að sömu sjónarmið ráði ferð í dag líkt og þau gerðu forðum.

Í 1. mgr. 102. gr. frumvarpsins er gert ráð fyrir því að einstaklingar geti sætt stjórnvaldssektum vegna brota á öllum þeim stafaliðum sem tilgreindir eru í ákvæðinu. Síminn fær ekki betur séð af orðalaginu að starfsmenn fyrirtækja falli þar undir. Síminn vill gera athugasemd við þessa útfærslu á ákvæðinu þar sem Síminn á erfitt með skilja hvers vegna ákvæðið þarf að ná til einstaklinga. Um er að ræða mjög víðtækar og óskýrar refsheimildir sem Póst- og fjarskiptastofnun verður heimilt að beita gegn starfsmönnum fyrirtækja. Í þessu samhengi er vert að líta til nokkura atriða.

Í fyrsta lagi verður að líta til þess að í þeim lagabálkum sem hafðir voru til hliðsjónar við mótnun innihalds 102. gr. frumvarpsins var litið til bæði samkeppnislaga nr. 44/2005 og laga um persónuvernd og vinnslu persónuupplýsinga nr. 90/2018. Ákvæði um stjórnvaldssektir í báðum þessum lagabálkum taka ekki til einstaklinga. Samkvæmt 46. gr. pvl. getur Persónuvernd lagt stjórnvaldssektir á ábyrgðaraðila eða vinnsluaðila (sem þó geta verið einstaklingar en ekki starfsmenn ábyrgðar eða vinnsluaðila, nema starfsmaður fari augljóslega út fyrir heimildir sínar og gerist þar með sjálfstæður ábyrgðaraðili) og samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið einungis lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn tilgreindum ákvæðum laganna. Sömu sjónarmið er einnig að finna í lögum um fjölmiðla nr. 38/2011.

Líkt og fram kemur í 103. gr. frumvarpsins getur einstaklingum verið refsað með sektum eða fangelsi ef ákveðin brot eru framin af ásetningi. Í þessu tilfelli myndi slík úrlausn nást undir meðferð dómstóla. Það verður hins vegar að teljast mjög óeðlilegt að starfsmenn geti þurft að sæta meðferð hjá eftirlitsstjórnvaldi vegna brota í starfi hjá vinnuveitanda sínum og átt yfir höfði sér stjórnvaldssekt að fjárhæð 10.000.000. kr. Þess ber að geta að samkvæmt 102. gr. frumvarpsins er hvorki gerð krafa um ásetning eða gáleysi. Þá ber einnig að líta til þess að um er að ræða mjög íþyngjandi og erfitt ferli fyrir einstakling þar sem málaferli hjá Póst- og fjarskiptastofnun geta verið löng, tímafrek og kostnaðarsöm.

Sú tilhögun að fella einstaklinga undir 102. gr. frumvarpsins verður einnig að skoða í ljósi reglunnar um vinnuveitandaábyrgð en í íslenskum rétti hefur verið gengið út frá því að í gildi sé óskráð regla um ábyrgð vinnuveitanda á þeim skaðverkum sem starfsmenn hans valda með saknæmum og ólögumætum hætti, vinnuveitandi telst því ábyrgur á hlutlægum grundvelli. Þá ber einnig að líta til markmiða 1. og 2. mgr. 23. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 við mat á því hvort einstaklingar skuli falla undir 102. gr. frumvarpsins.

Að lokum ber að líta til þess að í Kóðanum er hvergi sett sú krafa, né vikið að því að einstaklingar skuli falla undir sektaheimildir eftirlitsstofnanna. Síminn leggur til að heimild PFS til þess að leggja sektir á einstaklinga, sé afnumin með öllu enda enginn sýnilegur rökstuðningur fyrir því hvers vegna slíka heimild þarf. Síminn nefnir einnig að reglur stjórnsýslulaga tryggja ekki rétt einstaklinga til sanngjarnar málsmeðferðar með sama hætti og lög um meðferð sakamála.

V. Lokaorð

Síminn þakkar fyrir tækifærið til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri og áréttar einnig fyrri sjónarmið sem komu fram í erindi félagsins frá 5. júní 2020.

Síminn telur að lokum að það sé áriðandi að leitað sé leiða til þess að einfalda og hagræða í stjórnsýslukerfinu með sameiningu stofnana þar sem samlegð er með verkefnum. Æskilegt væri sameining stofnana færi fram við innleiðingu á nýju fjarskiptaregluverki eða tekið væri tillit til þess í regluverkinu. Það blasir við að á næstum misserum stendur efnahagslífið fyrir miklum áskorunum og mikilvægt er að íslenska ríkið leitast við að hagræða eins og kostur er, til þess að unnt sé að nýta fjármunina til þess að styðja við atvinnulífið í landinu.

Virðingarfyllt,
f.h. Símans hf.,

Eiríkur Hauksson, yfirlögfræðingur

Fyligiskjal:

Viðauki A – Grein 61(3), tilskipunar nr. 2018/1972 (EECC tilskipunin - Kóðinn)

Viðauki A

3. mgr. 61. gr. EECC tilskipunar er eftirfarandi og skiptist í fimm undir málsgreinar (subparagraph) – leturbreyting er Símans:

„3. In particular, and without prejudice to paragraphs 1 and 2, national regulatory authorities may impose obligations, upon reasonable request, to grant access to wiring and cables and associated facilities inside buildings or up to the first concentration or distribution point as determined by the national regulatory authority, where that point is located outside the building. Where it is justified on the grounds that replication of such network elements would be economically inefficient or physically impracticable, such obligations may be imposed on providers of electronic communications networks or on the owners of such wiring and cables and associated facilities, where those owners are not providers of electronic communications networks. The access conditions imposed may include specific rules on access to such network elements and to associated facilities and associated services, on transparency and non-discrimination and on apportioning the costs of access, which, where appropriate, are adjusted to take into account risk factors.

Where a national regulatory authority concludes, having regard, where applicable, to the obligations resulting from any relevant market analysis, that the obligations imposed in accordance with the first subparagraph do not sufficiently address high and non-transitory economic or physical barriers to replication which underlie an existing or emerging market situation significantly limiting competitive outcomes for end-users, it may extend the imposition of such access obligations, on fair and reasonable terms and conditions, beyond the first concentration or distribution point, to a point that it determines to be the closest to end-users, capable of hosting a sufficient number of end-user connections to be commercially viable for efficient access seekers. In determining the extent of the extension beyond the first concentration or distribution point, the national regulatory authority shall take utmost account of relevant BEREC guidelines. If justified on technical or economic grounds, national regulatory authorities may impose active or virtual access obligations.

National regulatory authorities shall not impose obligations in accordance with the second subparagraph on providers of electronic communications networks where they determine that:

(a) the provider has the characteristics listed in Article 80(1) and makes available a viable and similar alternative means of reaching end-users by providing access to a very high capacity network to any undertaking, on fair, non-discriminatory and reasonable terms and conditions; national regulatory authorities may extend that exemption to other providers offering, on fair, non-discriminatory and reasonable terms and conditions, access to a very high capacity network; or

(b) the imposition of obligations would compromise the economic or financial viability of a new network deployment, in particular by small local projects.

By way of derogation from point (a) of the third subparagraph, national regulatory authorities may impose obligations on providers of electronic communications networks fulfilling the criteria laid down in that point where the network concerned is publicly funded.

By 21 December 2020, BEREC shall publish guidelines to foster a consistent application of this paragraph, by setting out the relevant criteria for determining:

(a) the first concentration or distribution point;

(b) the point, beyond the first concentration or distribution point, capable of hosting a sufficient number of end-user connections to enable an efficient undertaking to overcome the significant replicability barriers identified;

(c) which network deployments can be considered to be new;

(d) which projects can be considered to be small; and

(e) which economic or physical barriers to replication are high and non-transitory.