



DÓMUR DÓMSTÓLSINS

22. desember 2016*

(Veiting fjarskiptaþjónustu – Tilskipun 2002/21/EB – Rafrænt fjarskiptanet – Rafræn fjarskiptaþjónusta – Almenn t fjarskiptanet)

Mál E-6/16,

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

Fjarskipti hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

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

DÓMSTÓLLINN,

skipaður dómurunum Carl Baudenbacher, forseta, Per Christiansen, framsögumanni, og Páli Hreinssyni,

dómritari: Gunnar Selvik,

hefur, með tilliti til skriflegra greinargerða frá:

- Stefnanda, Fjarskiptum hf., í fyrirvari er Reimar Pétursson, hrl.;
- Stefnda, Póst- og fjarskiptastofnun, í fyrirvari er Ragnar Tómas Árnason, hrl.;

* Beiðni um ráðgefandi álit á íslensku.

- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Carsten Zatschler, Maria Moustakali og Clémence Perrin, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði;
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Gerald Braun, lögfræðilegur ráðgjafi, og Luminița Nicolae frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

með tilliti til skýrslu framsögumanns,

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

kveðið upp svofelldan

Dóm

I Löggjög

EES-réttur

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

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

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

3 Í 10. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

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

4 Í 18. lið formálsorða tilskipunarinnar segir:

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

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

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

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

(a) „rafrænt fjarskiptanet“: sendikerfi og, ef við á, skiptistöðvar, beinar og önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum, þ.m.t. gervitunnglanet, föst net (línu- eða pakkaskipt, þ.m.t. Netið) og farnet á jörðu niðri, rafdreifikerfi, að því marki sem þessi kerfi eru notuð til að senda merki, net fyrir hljóð- og sjónvarp og kapalsjónvarpsnet án tillits til þeirra upplýsinga sem sendar eru;

(c) „rafræn fjarskiptaþjónusta“: þjónusta sem að jafnaði er veitt gegn þóknun og felst að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki á rafrænum fjarskiptanetum, þ.m.t. fjarskiptaþjónusta og sendiþjónusta á netum sem notuð eru til að útvarpa, en undanskilin er þjónusta þar sem efni, sem sent er með rafrænum fjarskiptanetum eða -þjónustu, er boðið fram eða því ritstýrt. Hún nær ekki yfir þjónustu í upplýsingasamfélaginu, sem skilgreind er í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, sem felst ekki að öllu eða mestu leyti í því að flytja merki um rafræn fjarskiptanet;

7 (d) „almennt fjarskiptanet“: rafrænt fjarskiptanet sem notað er að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskipta-þjónustu sem er öllum aðgengileg; 1. mgr. 1. gr. sem og a- og d-lið 2. gr. hefur verið breytt með tilskipun 2009/140/EB (Stjtið. ESB 2009 L 337, bls. 37) sem hefur ekki enn verið tekin upp í EES-samninginn.

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

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

Landsréttur

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

10 Í 3. gr. fjarskiptalaga segir:

Merking orða í lögum þessum er sem hér segir:

...

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

...

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

...

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

...

II Málavextir og meðferð málsins

- 11 Stefnandi rekur vefsvæðið vodafone.is og kynnir þar þjónustuframboð sitt, vörur til sölu og býður viðskiptavinum sínum aðgang að sérstakri þjónustu sem nefnist „Mínar síður“ og hefur verið í boði síðan 2004. Meðal þjónustu sem í boði er á „Mínar síður“ er svokallað VEF-SMS, það er sending smáskilaboða frá símanúmeri sendanda í annað símanúmer.
- 12 Frá árinu 2008 hefur undir liðnum „Mínar síður“ verið hægt að senda einum eða fleiri móttakendum skilaboð, vista móttakendur í nafnaskrá og tengja þá saman í hópa. Frá árinu 2010 gátu áskrifendur einnig vistað þar skeytasögu sína.
- 13 Brotist var inná vefsvæði stefnanda hinn 30. nóvember 2013. Upplýsingum þúsunda notenda „Mínar síður“, var stolið og þær birtar á internetinu, þar á meðal efni smáskilaboða, notendanöfn og lykilorð.
- 14 Þegar innbrotið átti sér stað var vefkerfi stefnanda þannig uppsett að hver áskrifandi gat skráð sig inn á vefþjóninn „Mínar síður“, á vefsvæði stefnanda, með netvafra á eigin endabúnaði, þ.e. tölvu eða snjalltæki. Áskrifandinn auðkenndi sig með símanúmeri og lykilorði til að fá aðgang að sínu svæði á „Mínar síður“. Því næst valdi viðkomandi símanúmer móttakanda og skrifaði smáskilaboð. Um leið og áskrifandi valdi að senda smáskilaboðin miðlaði vefþjónninn merkjunum yfir í hugbúnað sem einnig er að finna á vefvæði stefnanda. Hugbúnaðurinn vann svo með merkin frá skilaboðasendingunni og áframsendi til gagnagrunns á vefsvæðinu til vistunar, nema áskrifandinn hefði valið að vista ekki skilaboðin í skeytasögu sinni, og áfram í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda sem síðan miðlaði þeim áfram um farsímanetið í símanúmer móttakanda.
- 15 Í desember 2013 skrifaði stefndi bréf þar sem hann óskaði upplýsinga frá stefnanda um innbrotið. Stefnandi svaraði bréfleidis í janúar 2014. Hélt stefnandi því fram að gildissvið fjarskiptalaga, og þar með valdsvið stefnda, næði ekki yfir vefsvæði sitt.
- 16 Með ákvörðun í mars 2014 komst stefndi að þeirri niðurstöðu (a) að það sendikerfi sem flutti merki af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara teldist fjarskiptanet í skilningi 13. töluliðar 3. gr. fjarskiptalaga, (b) að sú þjónusta sem veitt var á vefsvæði stefnanda og fól í sér sendingu smáskilaboða af internetinu yfir í farsíma teldist fjarskiptaþjónusta í skilningi 15. töluliðar 3. gr. sömu laga, og (c) að sá hluti fjarskiptanets sem miðlaði merkjum af vefsvæði stefnanda yfir í SMS-miðlara í farsímakerfi stefnanda og veitti viðskiptavinum stefnanda sem tengdust „Mínar síður“ með símanúmeri sínu aðgang að þjónustunni, teldist hluti af almennu fjarskiptaneti stefnanda í skilningi 5. töluliðar 3. gr. laganna. Vefsvæði stefnanda og sú þjónusta sem þar var í boði voru því talin falla undir gildissvið fjarskiptalaga og valdsvið stefnda. Ákvörðunin tók ekki til geymslu og skráningar gagnanna á vefsvæði stefnanda, þar sem taka átti þau atriði til nánari skoðunar í yfirstandandi rannsókn stefnda.

- 17 Stefnandi kærði ákvörðun stefnda til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Hinn 11. október 2014 staðfesti úrskurðarnefndin ákvörðunina.
- 18 Í kjölfarið höfðaði stefnandi mál þetta fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem hann krefst ógildingar á ákvörðun stefnda og úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Ógildingarkrafan byggir á því að stefndi og úrskurðarnefndin hafi túlkað hugtökin „rafrænt fjarskiptanet“, „rafræn fjarskiptaþjónusta“ og „almennt fjarskiptanet“ með röngum hætti. Að mati stefnanda eigi ekkert framangreindra hugtaka við um vefsvæði hans, sem heyri þar af leiðandi ekki undir valdsvið stefnda.
- 19 Héraðsdómur Reykjavíkur beindi eftirfarandi spurningum til dómstólsins með bréfi dagsettu 12. maí 2016, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 18. maí sama ár:
- 1. Verður a-liður 2. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002, um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun), túlkaður þannig að hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ nái yfir miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda sem tengist vefmiðlara „Mínum síðum“ á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis í gegnum vefskoðara, yfir almenna internetið og inn í hugbúnaðinn PHP-„scriptur“ á sama vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og miðlar áfram af vefsvæði fjarskiptafyrirtækisins yfir í SMS-miðlara (SMSC) í fjarskiptakerfi þess sem síðan miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers?*
 - 2. Verði spurningu nr. 1 svarað jákvætt, er spurt hvort c-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nái yfir þjónustu sem felst í þeim flutningi merkja sem á sér stað á fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, þegar i) gjald er innheimt fyrir slíka þjónustu og ii) þegar gjald er ekki innheimt fyrir slíka þjónustu.*
 - 3. Verði spurningu nr. 2 svarað jákvætt, er spurt hvort d-liður 2. gr. tilskipunar nr. 2002/21/EB verði túlkaður þannig að hugtakið „almennt fjarskiptanet“ nái yfir þá rafrænu fjarskiptaþjónustu, sem lýst er í spurningu nr. 2, og veitt er á rafrænu fjarskiptaneti, eins og lýst er í spurningu nr. 1, og hvort sem hún er i) opin almenningi, eða ii) eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptafyrirtækis.*
- 20 Vísað er til skýrslu framsögumanns um frekari lýsingu löggjafar, málsatvika, meðferðar málsins og skriflegra greinargerða sem dómstólnum bárust. Verða þau ekki rakin frekar nema að því leyti sem forsendur dómsins krefjast.

III Svör dómsins

Inngangur

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

Fyrsta spurningin

Athugasemdir sem lagðar voru fyrir dómstólinn

- 23 Stefnandi telur hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ ekki ná yfir þjónustu hans „Mínar síður“. Þjónustan geti ekki talist sendikerfi, skiptistöð, beinir eða annars konar úrræði sem gerir mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Þjónustan sem í boði sé á „Mínar síður“ geti hvorki flokkast sem skiptistöð né beinir og eigi miðlun merkja sér aðeins stað eftir að SMS-miðlari hefur mótttekið smáskilaboð sem notandi hefur sent. Að mati stefnanda verði að beita almennri eða þröngri lögskýringu við skýringu hugtaka tilskipunarinnar þar sem rýmkandi skýring sé til þess fallin að leggja óréttlátar byrðar á fjarskiptafyrirtæki og takmarka starfsemi þeirra andstætt markmiði tilskipunarinnar.
- 24 Stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin telja að vefkerfi stefnanda sé hluti af sendikerfi sem heimili miðlun merkja og sé því rafrænt fjarskiptanet.
- 25 Stefndi telur að skilgreiningu á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ beri að skýra rúmt og að taka skuli mið af skýru orðalagi hennar og markmiði ákvæðisins sem og tilskipunarinnar í heild. Markmiðið sé að tryggja að einn reglurammi fjalli um öll fjarskipti óháð aðferð. Skilgreiningunni sé ætlað að ná til hvers konar miðlunar merkja innan sendikerfis. Ekki beri að skýra tilskipunina með svo þröngum hætti að hún verði aðeins látin gilda um þá rafrænu fjarskiptaþjónustu sem þekkt var við setningu hennar. Hið víðtæka orðalag ákvæðisins geri ráð fyrir að taka megillit til stöðugrar tækniþróunar á þessu sviði.
- 26 Umrætt vefkerfi er, að mati stefnda, hluti af rafrænu fjarskiptaneti stefnanda. Þegar notandi sendir smáskilaboð gegnum „Mínar síður“ teljist móttaka þeirra merkja í

hugbúnaði á vefsvæði stefnanda og úrvinnsla þeirra þar miðlun merkja. Hugbúnaðurinn, eins og honum er lýst, sé nauðsynlegur til að merkjunum verði miðlað, því án hans bærust skilaboð sem send væru af „Mínar síður“ aldrei til móttakanda. Vefkerfið og hugbúnaðurinn feli einfaldlega í sér nýja aðferð til að bjóða upp á sendingu smáskilaboða sem sé sambærileg við hefðbundnar sendingar smáskilaboða milli farsíma. Það væri andstætt því markmiði, að tryggja sameiginlegan regluramma ef fyrirtækjum yrði gert kleift að sniðganga hann með notkun nýrrar tækni, sem ekki var til staðar þegar tilskipunin var sett.

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

Álit dómstólsins

- 29 Fyrsta spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því hvort hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar nái yfir kerfi sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem, með vefskoðara á internetinu, er tengdur við hugbúnað á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.
- 30 Svo að slíkt kerfi verði talið falla undir skilgreininguna á rafrænu fjarskiptaneti verður það að fela í sér sendikerfi, skiptistöðvar, beina eða önnur úrræði sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum í samræmi við a-lið 2. gr. tilskipunarinnar.
- 31 Í 5. lið formálsorða tilskipunarinnar og 1. gr. hennar er kveðið á um að markmið tilskipunarinnar sé að tryggja að einn reglurammfi fjalli um öll sendinet og -þjónustu. Ef ný tækni væri undanskilin gengi það gegn markmiði tilskipunarinnar að gera reglurammfi tæknilega hlutlausan, sem sérstaklega er tekið fram í 18. lið formálsorðanna og 1. mgr. 8. gr. tilskipunarinnar, og yrði gildissvið tilskipunarinnar jafnframt óhóflega takmarkað.

- 32 Að þessu virtu getur verið rétt að beita rýmkandi skýringu við túlkun sumra hugtaka tilskipunarinnar. Á það sérstaklega við um hugtakið „rafrænt fjarskiptanet“ í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Auk röksemda sem lúta að markmiðinu um tæknilega hlutlausan regluramma virðist orðalag a-liðar 2. gr. styðja rýmkandi skýringu. Þannig sýnir orðalagið „önnur úrræði“ að gildissviðið er ekki takmarkað við sendikerfi, skiptistöðvar og beina, heldur einnig annars konar aðferðir sem gera mögulegt að miðla merkjum eftir þræði, þráðlaust, með ljósbylgjum eða með öðrum rafsegulaðferðum. Loks er það svo, að þótt ýmis konar kerfi sem teljast til rafrænna fjarskiptaneta séu sérstaklega tilgreind, verður ráðið af notkun skammstöfunarinnar „p.m.t.“ að ekki sé um tæmandi talningu að ræða.
- 33 Í málinu sem rekið er fyrir landsdómstólnum hefur hin hefðbundna leið sendingar smáskilaboða milli tveggja farsíma verið leyst af hólmi með nútímaaðferð sem notast við hugbúnað til að miðla merkjum af vefsvæði yfir til SMS-miðlara sem sendir skilaboðin áleiðis um farsímanet í endabúnað móttakanda. Líkt og stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin hafa haldið fram, er hugbúnaður á borð við þann sem er á vefsvæði stefnanda nauðsynlegur hluti sendingarferlisins. Ef hugbúnaðinum væri ekki til að dreifa kæmust smáskilaboð sem send væru með þjónustu stefnanda „Mínar síður“ ekki inn í farsímanetið. Þar sem bæði hugbúnaðurinn á vefsvæði stefnanda og farsímanet stefnanda eru nauðsynleg við miðlun merkja virðist sem þau myndi í sameiningu rafrænt fjarskiptanet.
- 34 Því verður að svara fyrstu spurningunni með þeim hætti að skilgreininguna í a-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ verði að túlka með þeim hætti að hún nái yfir kerfi sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem tengdur er við vefskoðara á internetinu og tengist hugbúnaði á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.

Önnur spurningin

Athugasemdir sem lagðar voru fyrir dómstólinn

- 35 Stefnandi tiltekur þrjár ástæður fyrir því að hin umdeilda þjónusta falli ekki undir hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“. Í fyrsta lagi nái tilskipunin aðeins yfir þjónustu sem miðli merkjasendingum á rafrænum fjarskiptanetum. Ekki sé nægilegt að merkinu sé miðlað frá vefsíðu *til* fjarskiptanetsins. Í öðru lagi sé þjónusta þar sem miðluðu efni er ritstýrt undanskilin skilgreiningu tilskipunarinnar á hugtakinu og nái það því ekki yfir þjónustu stefnanda, þar sem notendum hennar sé veitt fullt ritstjórnarvald yfir sendingu og vistun smáskilaboða. Í þriðja lagi, taki skilgreiningin á rafrænni fjarskiptaþjónustu ekki til þjónustu í upplýsingasamfélaginu eins og hún sé skilgreind í 1. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 98/34/EB frá 22. júní 1998 sem setur reglur um tilhögun upplýsingaskipta vegna tæknilegra staðla og reglugerða (Stjttíð. ESB 1998 L 204, bls. 37 og EES-viðbætur 2001, nr. 3, bls. 87). Stefnandi telur starfsemi sína heyra undir þjónustu í upplýsingasamfélaginu og því falli hún utan gildissviðs c-liðar 2. gr. tilskipunarinnar.

- 36 Stefndi telur að miðlun merkjanna eiga sér stað á rafrænu fjarskiptaneti þar sem þeim er miðlað á vefsvæði stefnanda, en það sé nauðsynlegt skref í því að verða við beiðni notanda um sendingu smáskilaboða og því hluti af neti stefnanda. Þjónustan feli ekki í sér ritstjórnarvald yfir efninu, í samræmi við skilgreininguna, þar sem ritstjórnarvaldinu, í fyrirbyggjandi máli, verði að vera beitt af stefnanda. Sú staðreynd, að notendur hafi ritstjórnarvald yfir smáskilaboðunum sé óviðkomandi mati á því hvaða þjónusta falli undir skilgreininguna. Hvað varðar fullyrðingu stefnanda um að þjónustan sé þjónusta í upplýsingasamfélaginu, bendir stefndi á að þjónusta í upplýsingasamfélaginu sé aðeins undanskilin að svo miklu leyti að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti.
- 37 Hvað varðar mikilvægi þess hvort gjald sé innheimt vegna smáskilaboðaðþjónustunnar, bendir stefndi á að ekki skipti sköpum hvort gjald sé tekið vegna einstakra smáskilaboða sem send séu í gegnum net stefnanda. Algengt sé að viðskiptavinir greiði mánaðargjald þar sem ótakmarkaður fjöldi símtala og smáskilaboða er innifalinn. Ef þetta greiðslufyrirkomulag teldist ekki uppfylla skilyrðið um að þjónustan sé „að jafnaði veitt gegn þóknun“ myndi það jafnframt útiloka hefðbundin smáskilaboð og símtöl. Slíkt myndi grafa undan virkni tilskipunarinnar og væri að auki í algjörrri mótsögn við markmið hennar og annarrar löggjafar EES-réttar á sviði fjarskipta að því er varðar neytenda- og persónuupplýsingavernd.
- 38 ESA og framkvæmdastjórnin halda því fram að í hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ felist þrjú grundvallaratriði og telja þau öll vera til staðar í þjónustu stefnanda.
- 39 Í fyrsta lagi verði þjónustan að jafnaði að vera veitt gegn þóknun. Slík þóknun geti verið innt af hendi beint, frá þeim sem þjónustan var veitt, eða óbeint, í gegnum auglýsingar eða aðrar fjármögnunarleiðir (m.a. er vísað til máls *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, 29. mgr.) Að mati ESA virðist vera hafið yfir allan vafa að smáskilaboðaðþjónustan „Mínar síður“ hafi verið veitt gegn þóknun þar sem hún var einungis aðgengileg áskrifendum stefnanda. Framkvæmdastjórnin bendir einnig á möguleika stefnanda á að endurheimta útlagðan kostnað af veitingu þjónustunnar í gegnum gjöld sem lögð séu á áskrifendur. ESA og Framkvæmdastjórnin leggja báðar áherslu á að slík þjónusta sé þó að jafnaði veitt gegn þóknun.
- 40 Í öðru lagi verði þjónustan að felast að öllu eða að mestu leyti í miðlun merkja. ESA og framkvæmdastjórnin telja að stefnandi beri ábyrgð á sendingu merkisins gagnvart endanlegum notanda og því að tryggt sé að smáskilaboðin sendist með réttum hætti. Stefnandi hafi því stjórn á miðlun merkja, sem sé lykilatriðið við mat á þessum þætti (vísað er til máls *UPC DTH*, C-475/12, EU:C:2014:285, 43. og 44. mgr.).
- 41 Í þriðja lagi sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt undanskilin. ESA og framkvæmdastjórnin telja að miðlun merkja sé megineinkenni hinnar umdeildu þjónustu, fremur en framboð efnis eða annars konar minni háttar eða

tilfallandi þjónustubættir. Stefnandi gefi aðeins kost á sendingu smáskilaboða, en hafi ekki ritstjórnarvald yfir efninu.

Álit dómstólsins

- 42 Önnur spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því, ef fyrstu spurningunni er svarað játandi, hvort hugtakið „rafræn fjarskiptaþjónusta“ í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar nái yfir miðlun merkja á því neti óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna.
- 43 Í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar eru tiltekin þrjú skilyrði sem verða að vera uppfyllt svo að um „rafræna fjarskiptaþjónustu“ sé að ræða: (i) þjónustan sé að jafnaði veitt gegn þóknun, (ii) þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti, og (iii) undanskilin sé þjónusta þar sem efni er boðið fram eða því ritstýrt. Auk þessa fellur þjónusta í upplýsingasamfélaginu, eins og hún er skilgreind í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, utan gildissviðs c-liðar 2. gr, að því gefnu að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti.
- 44 Hvað fyrsta skilyrðið varðar, er megineinkenni endurgjalds að einhver ávinningur hljóttist af veitingu þjónustunnar (sjá, til samanburðar, áður tilvitnað mál *Jundt*, 29. mgr.) Í því tilliti telst ekki nauðsynlegt að þjónustan sé greidd af þeim sem njóta hennar (sjá, til samanburðar, mál *Bond van Adverteerders*, 352/85, EU:C:1988:196, 16. mgr.). Þóknunin getur því fengist með óbeinum hætti, til dæmis í formi auglýsinga á vefsvæði þjónustuveitanda.
- 45 Stefndi hefur bent á að algengt sé að viðskiptavinir fyrirtækja á rafrænum fjarskiptamarkaði greiði mánaðargjald og að innifalið í því séu ótakmörkuð símtöl og smáskilaboð. Í máli þessu hafa stefndi, ESA og framkvæmdastjórnin haldið því fram að hin umrædda þjónusta hafi aðeins staðið áskrifendum, sem greiði stefnanda mánaðargjald, til boða. Að þeirra mati geta þau gjöld staðið undir kostnaði við veitingu þjónustunnar og því eigi ekki að skipta sköpum hvort gjald sé innheimt vegna sendingar einstakra smáskilaboða.
- 46 Í gögnum málsins er ekki að finna upplýsingar um verðskrá fyrir þjónustu stefnanda eða hvort auglýsingar á vefsvæðinu standi straum af kostnaði við veitingu hennar. Þó er mikilvægt að taka fram að einungis er gerð sú krafa í c-lið 2. gr. tilskipunarinnar að þjónustan sem um ræðir sé „að jafnaði“ veitt gegn þóknun. Það er landsdómstólsins að ákveða hvort svo sé í málinu sem fyrir honum er rekið.
- 47 Hvað annað skilyrðið varðar, það er, hvort þjónustan felist að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti, geymir c-liður 2. gr. tilskipunarinnar skýra undanþágu vegna þjónustu í upplýsingasamfélaginu, eins og hún er skilgreind í 2. mgr. 1. gr. tilskipunar 98/34/EB, að því gefnu að hún felist ekki að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti. Engu að síður er ljóst af 10. lið formálsorða tilskipunarinnar að þótt skilgreiningin á “þjónustu í upplýsingasamfélaginu” í 1. gr. tilskipunar 98/34/EB nái yfir breitt svið efnahagsstarfsemi á netinu, falli tiltekinn hluti hennar undir gildissvið

tilskipunarinnar þar sem hún felst að öllu eða mestu leyti í miðlun merkja á rafrænu fjarskiptaneti. Þjónusta sem telst þjónusta í upplýsingasamfélaginu getur því einnig talist rafræn fjarskiptaþjónusta samkvæmt c-lið 2. gr. að því gefnu að hún uppfylli önnur skilyrði.

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

Þriðja spurningin

Athugasemdir sem lagðar voru fyrir dómstólinn

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

Álit dómstólsins

- 54 Þriðja spurning landsdómstólsins leitar aðallega svars við því, ef annarri spurningunni er svarað játandi, hvort hugtakið „almennt fjarskiptanet“ í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar eigi við, óháð því hvort rafræna fjarskiptaþjónustan sem um ræðir sé opin almenningi eða eingöngu öllum áskrifendum fjarskiptaafyrirtækis.

- 55 Kveðið er á um skilyrði þess að rafrænt fjarskiptanet teljist almennt fjarskiptanet í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar. Samkvæmt ákvæðinu skal netið notað að öllu eða mestu leyti til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg.
- 56 Í tilskipuninni er enga skilgreiningu að finna á rafrænni fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg. Þjónusta verður að teljast öllum aðgengileg þegar almenningur getur kosið að færa sér í nyt þá þjónustu sem í boði er. Stefnandi hefur haldið því fram að þjónustan „Mínar síður“ sé aðeins aðgengileg áskrifendum hans. Sem svar við þeirri röksemd bendir dómurinn á að ef engri takmörkun á fjölda mögulegra áskrifenda er til að dreifa, en ekkert í gögnum málsins bendir til þess að svo sé, geti hver sem er í raun nýtt sér þjónustuna með því að gerast áskrifandi. Ef sú er raunin, en það er landsdómstólsins að skera úr um það atriði, verður þjónustan að teljast öllum aðgengileg.
- 57 Hvað varðar það skilyrði að fjarskiptanet verði að vera að öllu eða mestu leyti notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg, verður landsdómstóllinn að leggja mat á að hve miklu leyti hið rafræna fjarskiptanet sé notað til að veita rafræna fjarskiptaþjónustu sem er öllum aðgengileg, samanborið við aðra þjónustu. Það er landsdómstólsins að meta hvort rafrænt fjarskiptanet stefnanda uppfylli þetta skilyrði.
- 58 Því skal þriðju spurningunni svarað með þeim hætti að skilgreininguna í d-lið 2. gr. tilskipunarinnar á hugtakinu „almennt fjarskiptanet“ verði að túlka á þá leið að hún taki til nets á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni, sem notað er til að veita þá þjónustu sem lýst er í annarri spurningunni, óháð því hvort sú þjónusta sé eingöngu aðgengileg áskrifendum þess tiltekna fyrirtækis, enda sé netið að öllu eða mestu leyti notað til að veita slíka þjónustu sem sé öllum aðgengileg.

IV Málskostnaður

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

Með vísan til framangreindra forsendna lætur,

DÓMSTÓLLINN

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

- 1. Skilgreininguna í a-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „rafrænt fjarskiptanet“ verður að túlka með þeim hætti að hún nái til kerfis sem heimilar miðlun merkja, sem skrifuð eru sem smáskilaboð á endabúnað notanda, sem tengjast í gegnum vefskoðara á internetinu við „PHP script“ hugbúnað á vefsvæði fjarskiptafyrirtækis, sem móttækur merkin, vinnur úr þeim og áframsendir í SMS-miðlara í fjarskiptakerfi fyrirtækisins sem svo miðlar þeim áfram um farsímanetið til móttakandi símanúmers.**
- 2. Skilgreiningin í c-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „rafræn fjarskiptaþjónusta“ nær yfir þjónustu sem felur í sér miðlun merkja á fjarskiptaneti eins og því sem lýst er í fyrstu spurningunni, óháð því hvort gjald sé innheimt fyrir þjónustuna, að því gefnu að gjald sé að jafnaði innheimt vegna veitingar hennar.**
- 3. Skilgreininguna í d-lið 2. gr. tilskipunar 2002/21/EB á hugtakinu „almennt fjarskiptanet“ verður að túlka á þá leið að hún taki til nets á borð við það sem lýst er í fyrstu spurningunni, sem notað er til að veita þá þjónustu sem lýst er í annarri spurningunni, óháð því hvort sú þjónusta sé eingöngu aðgengileg áskrifendum þess tiltekna fyrirtækis, enda sé netið að öllu eða mestu leyti notað til að veita slíka þjónustu sem sé öllum aðgengileg.**

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

Kveðið upp i heyranda hljóði í Lúxemborg 22. desember 2016.

Gunnar Selvik
Dómritari

Carl Baudenbacher
Forseti