



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 37/2010

varðandi brot Símans á trúnaðarskyldum samkvæmt 26. gr. fjarskiptalaga

I.

Inngangur

Mál þetta varðar kvörtun Nova ehf. (Nova) og Og fjarskipta ehf. (Vodafone) vegna meintra brota Símans hf. (Síminn) á trúnaðarskyldum sínum með því að nota fjarskiptaumferðarupplýsingar í markaðslegum tilgangi. Síminn hafði öðlast umræddar upplýsingar í tengslum við framkvæmd samtengisamninga félagsins við ofangreind félög. Að mati kvartenda hafi Símanum með öllu verið óheimilt að nýta þær í markaðslegum tilgangi þar sem tilgangurinn með veitingu þeirra hafi aðeins verið sá að gera samtengingu á heildsölustigi mögulega, ásamt eftirfarandi greiðsluuppgjöri. Því hafi heildsölu Símans verið óheimilt að veita smásölu Símans aðgang að umræddum upplýsingum. Síminn hefur viðurkennt að smásalan hafi ekki haft heimild til að nýta umræddar upplýsingar í markaðslegum tilgangi en hafnar því að smásalan geti ekki átt rétt á slíkum upplýsingum í ýmsum öðrum tilgangi.

Þá varðar málið ágreining um það hvort ofangreind háttsemi Símans teljist brjóta í bága við ákvæði 4. og 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga að því er varðar vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífs þeirra viðskiptavina annarra fjarskiptafélaga en Símans sem Síminn vann persónuupplýsingar um í markaðslegum tilgangi.

II.

Málavextir

2.1 Kvörtun Nova, dags. 13. apríl 2010

Með bréfi, dags. 13. apríl s.l., barst Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) kvörtun Nova vegna meints brots Símans á samtengisamningi félaganna, nánar tiltekið notkun Símans á samtengigögnum í markaðslegum tilgangi. Fram kom að Nova hefði orðið þess áskynja

að Síminn virtist notfæra sér upplýsingar um símnotkun viðskiptavina Nova með því að safna saman upplýsingum um símtöl þeirra þegar þeir hringdu í fjarskiptakerfi Símans. Upplýsingarnar hefði Síminn svo nýtt sér til að setja sig í samband við tiltekna viðskiptavini Nova og bjóða þeim hagstæðari kjör. Nova hefði fengið grun sinn staðfestan þar sem töluverður fjöldi viðskiptavina félagsins hefði haft samband og lýst undrun sinni á því að Síminn hefði undir höndum upplýsingar um símnotkun þeirra. Að mati Nova hefði Síminn með þessari hegðun brotið gegn ákvæðum samtengissamnings félaganna. Slíkt væri í andstöðu við eðlilega viðskiptahætti og virðingu fyrir persónuupplýsingum.

Samkvæmt 9. gr. samtengissamnings félaganna kæmi fram að samningsaðilar væru skuldbundnir til að ljóstra ekki upp trúnaðarupplýsingum sem þeir hefðu mótttekið frá gagnaðila. Einungis mætti nota upplýsingar í þeim tilgangi sem þær væru fengnar og að því marki sem nauðsynlegt væri við framkvæmd samningsins. Að mati Nova væri Símanum óheimilt að nota upplýsingar, sem félagið hefði öðlast vegna framkvæmdar samtengingar milli neta Nova og Símans, í sölu- og markaðsskyni gagnvart viðskiptavinum Nova. Í því fælist augljóslega að upplýsingar sem Síminn hefði aðgang að væru notaðar í öðrum tilgangi en þær hefðu verið fengnar og tengdist ekki framkvæmd samtengissamningsins á neinn hátt.

Nova fór þess á leit að stofnunin brygðist þegar í stað við framangreindri háttsemi Símans og neytti valdheimilda sinna til að stöðva ofangreinda misnotkun Símans. Fram kom að Nova hefði einnig tilkynnt umrædda hegðun til Samkeppniseftirlitsins (SE) vegna álitafna um hvernig háttsemi Símans samrýmdist þeim skyldum sem hvíldu á markaðsráðandi fyrirtæki en að mati Nova væri þar um aðskilið og sérstakt álitamál að ræða sem ekki stæði í vegi fyrir tafarlausum viðbrögðum PFS. Meðfylgjandi kvörtun Nova voru afrit yfirlýsinga tveggja viðskiptavina félagsins þar sem þeir staðfestu að hafa nýlega fengið símtöl frá sölufulltrúa Símans sem kynnt hafi þjónustuleið sem gæti verið hagstæðari en þjónustuleiðir þeirra hjá Nova. Umræddir aðilar væru þeirrar skoðunar að sú hegðun Símans að fylgjast með símnotkun þeirra væri gróf aðför að einkalífi þeirra og að slíkt stæðist varla lög eða reglur um persónuvernd eða meðhöndlun fjarskiptagagna.

2.2 Bréf SE til PFS, dags. 20. apríl 2010

Með bréfi SE til PFS, dags. 20. apríl s.l., var PFS tilkynnt um að ábending hefði borist frá Nova þar sem athygli hefði verið vakin á meintri ólögumætri háttsemi Símans á farsímamarkaði. Ábendingin hefði lotið að sérstökum tilboðum til viðskiptavina Nova sem teldust til stórnotenda. SE hefði verið upplýst um að félagið hefði jafnframt sent erindi til PFS, þ.e. þann þátt málsins sem að mati Nova fæli í sér brot gegn ákvæði í samtengissamningi Nova og Símans. Það væri hlutverk SE að skera úr um það hvort markaðshegðun eins og hér um ræddi bryti gegn ákvæðum samkeppislaga og hefði SE í hyggju að hefja rannsókn á Símanum og kanna hvort framangreindar aðgerðir félagsins samræmdust ákvæðum samkeppislaga. Þar sem ábendingin varðaði einnig atriði sem lytu eftirliti PFS óskaði SE eftir afstöðu PFS til ofangreinds.

2.3 Svarbréf PFS til SE, dags. 20. apríl 2010

Með bréfi, dags. 20. apríl s.l., svaraði PFS ofangreindu bréfi SE. PFS vísaði til fundar fulltrúa stofnananna þar sem fjallað hefði verið um valdmörk milli þeirra m.t.t. mismunandi efnisþátta kvartana Nova. Að því er varðaði valdsvið PFS hefði komið fram að meint háttsemi Símans gæti varðað við fjarskiptalög, samtengisamninga og jafnræðiskvöð sem hvíldi á Símanum samkvæmt ákvörðunum PFS. Það hefði verið sameiginlegur skilningur fulltrúa stofnananna að þessi þáttur málsins væri afmarkaðri þáttur í heildarsamhenginu en sú háttsemi sem rannsókn SE myndi lúta að. Niðurstaðan hefði verið sú að SE skyldi hafa frumkvæði að því að rannsaka málið á grundvelli samkeppnislaga. Ef sú rannsókn myndi leiða í ljós staðfestar upplýsingar um misnotkun Símans á samtengiupplýsingum myndi SE koma þeim þætti málsins á framfæri við PFS.

2.4 Bréf PFS til Nova, dags. 21. apríl 2010

Með bréfi, dags. 21. apríl s.l., tilkynnti PFS Nova um móttöku framangreindrar kvörtunar félagsins. Þá kom fram að PFS og SE hefðu fundað um verkaskiptingu og valdmörk stofnananna varðandi kvartanir Nova. Niðurstaðan hefði verið sú að vegna eðlis málsins skyldi SE taka málið til umfjöllunar. PFS myndi þar af leiðandi draga sig í hlé að svo stöddu en myndi þó fylgjast náið með framvindu mála í samvinnu við SE.

2.5 Húsleit Samkeppniseftirlitsins hjá Skiptum hf. þann 21. apríl 2010

Þann 21. apríl s.l. framkvæmdi SE húsleit hjá Skiptum hf. og dótturfélögum þess. Til rannsóknar var m.a. hvort Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með samkeppnishamlandi aðgerðum sem einkum beindust gegn Nova.

2.6 Bréf PFS til SE, dags. 19. maí 2010

Með bréfi PFS til SE, dags. 19. maí s.l., var vísað til framangreindrar kvörtunar Nova þess efnis að Síminn notfærði sér upplýsingar um símnotkun viðskiptavina Nova í tengslum við markaðssókn sína. Fram kom að SE hefði framkvæmt húsleit hjá Símanum vegna rannsóknar á ýmsum málum sem til meðferðar væru hjá stofnuninni, þ.m.t. vegna fyrrnefndar kvörtunar Nova. M.t.t. þessa óskaði PFS eftir því að SE upplýsti hvort einhver gögn eða upplýsingar hefðu fundist í fórum Símans sem gæfu tilefni til að ætla að ásakanir Nova ættu við rök að styðjast. Var Símanum sent afrit af umræddu bréfi.

2.7 Bréf LOGOS, f.h. Símans til PFS, dags. 21. maí 2010

Með bréfi LOGOS, f.h. Símans, til PFS, dags. 21. maí s.l., var vísað til ofangreinds bréfs PFS til SE. Var bent á að PFS virtist ganga út frá því að þær upplýsingar sem þar um ræddi féllu undir fjarskiptalög. Því væri félagið ósammála og hefði félaginu hvorki verið tilkynnt um að sérstakt mál væri hafið vegna þessa af hálfu PFS né hefði félaginu verið veittur kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri. Síminn myndi rökstyðja framangreinda afstöðu sína þegar og ef sérstakt mál yrði hafið vegna þessa af hálfu PFS.

2.8 Bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2010, dags. 21. maí 2010

Þann 21. maí s.l. tók SE bráðabirgðaákvörðun varðandi meint brot Símans á farsímamarkaði. Í fréttatilkynningu SE kom fram að gögn sem fundust í húsleitinni hefðu leitt til þess að SE hefði tekið ákvörðun til bráðabirgða þar sem sennilegt þætti að sú háttsemi sem til athugunar væri færi gegn ákvæðum samkeppnislaga og að málið þyldi ekki bið. Sennilegt þætti að Síminn hefði gripið til umfangsmikilla ólögmetra aðgerða í því skyni að ná mikilvægum viðskiptavinum frá Nova með sértækum verðlækkunum og óeðlilegri notkun á trúnaðarupplýsingum um símnotkun viðskiptavina þess félags. Hefði Síminn útbúið lista sem hafði að geyma sundurgreinanlegar upplýsingar um mörg þúsund viðskiptavini Nova, ekki aðeins upplýsingar um símanúmer og nöfn viðkomandi viðskiptavina Nova heldur jafnframt kennitölur, heimilisföng og í mörgum tilvikum starfsheiti þeirra. Auk þess hefðu komið fram upplýsingar um fjölda símtala hvers og eins, lengd þeirra í mínútum eða sekúndum og lengd meðalsímtals. Á grundvelli þessara upplýsinga hefði Síminn getað beitt sér gagnvart mikilvægum viðskiptavinum Nova og sennilega væri um að ræða misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu. Síminn hefði lýst því yfir að aðgerðunum hefði verið hætt. Væri lagt til grundvallar að Síminn myndi standa við þessar yfirlýsingar meðan á málsmeðferð SE stæði.

Í ofangreindri bráðabirgðaákvörðun getur að líta andmæli Símans. Síminn var ósammála því mati SE að sennilegt væri að félagið hefði með ólögmetum hætti misnotað gögn um fjarskiptaumferð í markaðslegum tilgangi á smásölumarkaði sem fæli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

2.9 Svarbréf SE til PFS, dags. 26. maí 2010

Með bréfi, dags. 26. maí sl., barst PFS svarbréf SE við framangreindri upplýsingabeidni. SE tók fram að stofnunin hefði nýlega birt bráðabirgðaákvörðun þar sem komist hefði verið að þeirri niðurstöðu að sennilegt væri að Síminn hefði gripið til umfangsmikilla aðgerða í því skyni að ná mikilvægum viðskiptavinum frá Nova með sértækum verðlækkunum og notkun á trúnaðarupplýsingum. Væri talið sennilegt að háttsemin fæli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga og stæði rannsókn ofangreinds máls yfir hjá SE. Að svo komnu máli hefði aðeins hluti þeirra tölvugagna sem afrituð hefðu verið í húsleitinni hjá Símanum og tengdum félögum verið kannaður. Að mati SE bentu þau gögn til þess að Síminn hefði notað upplýsingar um fjarskiptaumferð viðskiptavina keppinauta sinna í markaðslegum tilgangi. Með vísan til ofangreindrar upplýsingabeidni væru meðfylgjandi gögn sem SE teldi að vörðuðu beiðni PFS framsend til stofnunarinnar.

2.10 Bréf Nova, til PFS, dags. 2. júní 2010

Með bréf Nova til PFS, dags. 2. júní s.l., var vísað til bréfs stofnunarinnar til Nova þar sem fram hefði komið að niðurstaða fundar PFS og SE hefði verið á þá leið að SE myndi taka málið til umfjöllunar og PFS draga sig í hlé að svo stöddu. Ennfremur var vísað til ofangreindrar bráðabirgðaákvörðunar SE. Þar sem Síminn hefði lýst því yfir að félagið hefði hætt allri notkun á þeim upplýsingum sem málið varðaði í markaðsaðgerðum gegn

keppinautum, hefði SE ekki talið rétt að beina sérstökum fyrirmælum til Símans. Fullt tilefni væri fyrir Nova að ítreka kvörtun sína til PFS vegna háttsemi Símans. Nova teldi framangreinda bráðabirgðaákvörðun SE ekki fullnægjandi á þessu stigi heldur þyrfti að tryggja að notkun Símans á upplýsingunum yrði hætt. Ekki væri síður mikilvægt að tryggja yrði að gagnagrunninum yrði eytt. Með hliðsjón af ákvæðum fjarskiptalaga væri það hlutverk PFS að grípa til nauðsynlegra aðgerða í þessu skyni.

2.11 Boðunarbréf PFS gagnvart Símanum, dags. 4. júní 2010

Með bréfi PFS til Símans, dags. 4. júní s.l., boðaði stofnunin félaginu fyrirhugaða ákvörðun í málinu. Fram kom að gögn málsins þættu gefa til kynna að Síminn hefði gripið til umfangsmikilla aðgerða gegn Nova með það fyrir augum að ná frá félaginu mikilvægum viðskiptavinum með óeðlilegri notkun á trúnaðarupplýsingum sem ekki bæri að nota í markaðslegum tilgangi. Þeir listar sem um ræddi og Síminn hefði unnið upp úr sundurgreinanlegar upplýsingar hefðu að geyma upplýsingar um mörg þúsund viðskiptavinum annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans. Þar væri ekki einungis að finna upplýsingar um símanúmer og nöfn umræddra viðskiptavina heldur jafnframt kennitölur, heimilisföng og í mörgum tilvikum starfsheiti þeirra, ásamt upplýsingum um fjölda símtala hvers og eins, lengd í mínútum eða sekúndum og lengd meðaltalssímtals.

Það var mat PFS að upplýsingar þær sem legið hefðu til grundvallar úthringilistum Símans féllu að skilgreiningu á upplýsingum sem aflað væri í tengslum við framkvæmd á samtengisamningi skv. 5. gr. viðmiðunartilboðs Símans um samtengingu talsímaneta, sbr. og samtengisamning milli Símans og Nova. Nánar tiltekið væri um að ræða skráningu á B-númeri, tíðni og lengd símtala. Taldi PFS að fallast mætti á það sjónarmið Nova að samtenging fyrirtækjanna væri eina samskiptalagið sem færði Símanum umræddar upplýsingar og því væri um að ræða upplýsingar sem yrðu til á *heildsölustigi* í starfsemi fjarskiptafyrirtækja og féllu þ.a.l. undir viðmiðunartilboð og kvaðir þar að lútandi. Hefði fjarskiptafyrirtæki aðgang að ofangreindum umferðarupplýsingum væri því óheimilt að afhenda þær öðrum aðilum, þ.a.m. öðrum deildum innan eigin fyrirtækis, sbr. 26. gr. fjarskiptalaga. Slíkar upplýsingar skyldu eingöngu notaðar í þeim tilgangi sem þær væru veittar og skyldu fjarskiptafyrirtæki á öllum stigum halda trúnað. Þessi sjónarmið væru áréttuð í ákvörðunum PFS frá 20. júlí 2006 (M16) og 4. desember 2008 (M8-10).

PFS taldi því að Síminn hefði brotið gegn ofangreindri 26. gr. fjarskiptalaga með því að nota umræddar umferðarupplýsingar í öðrum tilgangi en þær voru fengnar, þ.e. að afhenda þær frá heildsölu til smásölu félagsins með það fyrir augum að nota þær í markaðslegum tilgangi. Fengi PFS ekki séð að sú notkun Símans tengdist umræddum samtengisamningi félaganna á nokkurn hátt. Með þessu hefði Síminn einnig að mati PFS brotið gegn ofangreindum ákvörðunum PFS, viðmiðunartilboði félagsins og samtengisamningi félagsins við Nova.

Eins og að ofan greindi teldi PFS að þær úthringiupplýsingar sem Síminn hefði stuðst við væru í reynd umferðarupplýsingar sem til yrðu vegna samtengingar neta. Jafnframt væri um að ræða persónugreinanlegar upplýsingar er vörðuðu fjarskiptanotkun einstaklinga í

skilningi 42. gr. fjarskiptalaga. Í 4. mgr. ákvæðisins kæmi fram að fjarskiptafyrirtæki væri heimilt að vinna úr umferðargögnum vegna markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða framboðs á virðisaukandi þjónustu að því leyti sem nauðsynlegt væri fyrir slíka þjónustu eða markaðssetningu *að fengnu samþykki* áskrifanda fjarskiptaþjónustu. Samkvæmt gögnum málsins yrði hins vegar ekki séð að Síminn hefði aflað sér fyrirfram samþykkis þeirra fjölmörgu einstaklinga sem hér ættu í hlut til að vinna úthringilista úr umræddum umferðargögnum. Því hefði Síminn að mati PFS brotið gegn ofangreindu ákvæði. Þá kom fram að ákvæði 7. mgr. 42. gr. gerði ráð fyrir því að fjarskiptafyrirtæki settu sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæðið og skilyrði sem Persónuvernd kynni að setja. PFS væri ekki kunnugt um að Síminn hefði sett sér slíkar reglur. Ef svo væri óskaði PFS eftir því að félagið afhenti stofnuninni afrit af reglunum og lýsti afstöðu sinni til þess hvort sú hegðun sem hér væri til umfjöllunar fengi samrýmst þeim og framangreindri 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga.

Þá kom fram að meint brot Símans teldust vera alvarleg að áliti PFS. Í ljósi þess að dagsektarúrræði ættu hér ekki við, þar sem Síminn hefði tilkynnt Samkeppniseftirlitinu um að félagið hefði látið af umræddri háttsemi og að PFS hefði ekki lagaheimild til að leggja á stjórnvaldssektir kæmi viðurlagaákvæði 74. gr. fjarskiptalaga til skoðunar. Fram kæmi að brot á lögnum gætu varðað sektum eða fangelsi. Einnig gæti stofnunin ákveðið í samræmi við 73. gr. laganna að fella niður skráningu fyrirtækisins, afturkallað réttindi eða bætt við skilyrðum. Að mati PFS hefði ekki komið til greina að fella niður skráningu Símans né afturkalla tíðnileyfi eða önnur réttindi félagsins vegna ofangreindrar háttsemi eingöngu. Þótt PFS liti hugsanleg brot Símans alvarlegum augum væri of viðurhlutamikið og ekki í samræmi við meðalhóf að beita svo harkalegum úrræðum. Hins vegar hefði stofnunin í hyggju að kæra umrædda hegðun Símans til lögregluþyrvalda til opinberrar rannsóknar þar sem stofnunin hefði ekki lagaheimild til að ljúka málinu með stjórnvaldssekt eins og vel hefði komið til álita í tilviki sem þessu, væri slík heimild fyrir hendi.

Þá hefði PFS í hyggju að mæla fyrir um að umferðargögnum, sem kynnu að vera í fórum smásöludeildarinnar í öðrum tilgangi en fjarskiptalög, viðmiðunartilboð og samtengisamningar gerðu ráð fyrir yrði eytt. Þá hygðist PFS framkvæma eða láta framkvæma úttekt á samskiptum heildsölu og smásölu Símans vegna slíkrar upplýsingamiðlunar og viðhafa viðvarandi eftirlit með því að Síminn færi að lögum. Kæmi til þess að PFS réði sérfræðing til að annast ofangreindar úttektir hefði PFS í hyggju að gera Símanum að standa straum af kostnaðinum.

2.12 Bréf Persónuverndar til PFS, dags. 22. júní 2010

Í bréfi Persónuverndar til PFS, dags. 22. júní s.l., kom fram að Persónuvernd hefði borist afrit af ofangreindu boðunarbréfi og að umrætt mál hefði verið rætt á fundi stjórnar stofnunarinnar. Í ljósi þess að af ofangreindu boðunarbréfi mætti ráða að PFS hefði þegar tekið til skoðunar lögmæti umræddrar vinnslu Símans á persónuupplýsingum hefði ekki verið talin ástæða til að Persónuvernd tæki málið til meðferðar að svo stöddu. Hins vegar

hefði verið ákveðið að óska þess að stofnunin yrði upplýst um framvindu málsins hjá PFS og efnislega niðurstöðu þess.

2.13 Andmælabréf Símans, dags. 30. júní 2010

2.13.1 Athugasemdir við málsmeðferð PFS

Andmæli Símans við ofangreindu boðunarbréfi PFS bárust með bréfi, dags. 30. júní s.l. Félagið gerði athugasemdir við að stofnunin virti ekki skyldu sína samkvæmt 9. gr. laga nr. 69/2003 til að leita sátta með deiluaðilum áður en ákvörðun væri tekin. Þar sem ljóst væri að málsmeðferð PFS viki frá hinni lögboðnu skyldu væri þess krafist að málsmeðferð í málinu yrði hafin að nýju.

Síminn gerði enn fremur athugasemdir við það að málsmeðferð PFS samræmdist ekki meginreglum stjórnáskiluráttarins og góðum stjórnáskiluráttum. Kvörtun Nova hefði borist PFS þann 13. apríl en það hefði ekki verið fyrir en 19. maí sem Símanum hefði orðið kunnugt um að stofnunin hefði tekið umrætt má til meðferðar. Af boðunarbréfi PFS til félagsins, dags. 4. júní, hefði síðan mátt draga þá ályktun að stofnunin hefði lokið rannsókn málsins og komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn tilteknum ákvæðum fjarskiptalaga og hefði í hyggju að hrinda hinni boðuðu ákvörðun í framkvæmd án þess að félagið hefði fengið að tjá sig um það. Rétt hefði verið að veita Símanum færi á að koma að sjónarmiðum sínum áður en PFS tilkynnti félaginu um fyrirhugaða ákvörðun. Það að ekki væri leitað eftir afstöðu aðila máls fyrir en á lokastigi málsmeðferðar færi á svig við andmæla reglu og rannsóknarreglu stjórnáskiluráttarins. Þá hefði PFS gengið fram með mun harkalegri hætti en nauðsynlegt bæri til að ná því markmiði sem að væri stefnt og því væru skilyrði um meðalhóf ekki uppfyllt. Að lokum hefði PFS ekki virt lögætisreglu stjórnáskiluráttarins.

2.13.2 Lýsing á miðlun fjarskiptaumferðarupplýsinga

Síminn gæti ekki fallist á það að umferðarupplýsingar tilheyrðu eingöngu heildsölunni þar sem þær hefðu einnig þýðingu fyrir smásöluna. Þar sem miðlun slíkra upplýsinga gæti verið nokkuð flókin væri rétt að gera grein fyrir því hvernig henni væri háttáð, í því skyni að sýna fram á að upplýsingarnar væru nauðsynlegar fyrir smásöluna og miðlun þeirra til smásölustigsins því eðlileg og lögæt.

Við hvert símtal í farsímakerfi yrðu til færslur sem nefnast *umferðargögn* (CDR-gögn). Að minnsta kosti tvær færslur yrðu til fyrir hvert símtal sem ætti sér stað milli tveggja notenda kerfisins, þ.e. upphafs færsla og lúkningar færsla. Á yfirlitsmyndum reyndi Síminn að varpa ljósi á þau CDR-gögn sem yrðu til í kerfum félagsins fyrir viðskiptavinum smásölu Símans og viðskiptavinum Alterna og Tals sem hefðu heildsöluágang að farsímneti Símans, ásamt tengingum við fjarskiptakerfi Nova. Að auki væri sýnt hvert gögnum væri miðlað úr kjarna farsímakerfis Símans (MSC) til frekari vinnslu hjá umræddum fyrirtækjum. Þar sem Síminn væri bæði heildsala og smásala væri öllum gögnum miðlað áfram til frekari vinnslu. Í tilvikum Alterna og Tals væri þeim miðlað þeim gögnum sem þau þyrftu til reikningagerðar gagnvart viðskiptavinum sínum, en

bæði fyrirtækin ættu sínar eigin símsstöðvar. Símtalsgögn yrðu einnig til í símsstöðvum þeirra en þau gögn sem notuð væru til gjaldfærslu, bæði fyrir reikninga viðskiptavina fyrirtækjanna og vegna lúkningar, væru þau gögn sem yrðu til í MSC Símans. Síminn sinnti samtengiuppgjöri fyrir bæði fyrirtækin að hluta til og væri lúkningsfærslum ekki miðlað beint áfram til þeirra.

Þar sem Síminn starfaði bæði á heildsölu- og smásöluþerfti félagið kerfi til stuðnings báðum mörkuðum. Þar kæmi fram að *gjaldfærslugögn* bærust frá MSC til *miðlunarkerfis*. Gjaldfærslugögnin hefðu að geyma upplýsingar um upphaf og lúkningu allra símtala í farsímakerfi Símans hvort sem um væri að ræða viðskiptavinum Símans eða annarra samtengdra fyrirtækja. Í miðlunarkerfinu væru gögnin geymd í 12 mánuði og ynni kerfið úr gögnunum og sendi áfram til annarra kerfa Símans. *CDR-grunnur* geymdi gögn einnig í 12 mánuði. Aðgengi að grunninum hefðu tæknimenn Símans í gegnum sérstakt leitarviðmót. Uppgjörskerfi Símans læsi gögn úr CDR-grunni þegar uppgjör vegna samtenginga, sýndarnetsaðgangs o.fl. væri framkvæmt. Inn í CDR-grunn færu gögn um upphaf og lúkningu allra símtala. Aðilar með sýndarnetsaðgang fengu færslur vegna upphafs símtala í þeirra kerfum sendar. Miðlunarkerfið sendi færslur fyrir upphaf símtala viðskiptavina Símans einnig í reikningakerfi smásölu, *ICMS*. Gögn væru geymd þar í 12 mánuði. Ekki væri hægt að fletta upp í þessum gögnum gegnum *ICMS* viðmót, heldur væri það gert í gegnum ýmis hliðarforrit þar sem einstaklingar og fyrirtæki gætu skoðað sundurliðun símtala. Þá sendi miðlunarkerfið ennfremur gögn fyrir upphaf og lúkningu allra símtala í kerfum Símans til *Vöruhúss gagna*. Þau gögn væru notuð sem grundvöllur fyrir gagnamarkaði sem væru sérhæfðir til greininga og væru geymd í 12 mánuði en unnin gögn lengur. Smásalan hefði aðgang að gögnum sem unnin væru upp úr símtölum sem ættu upphaf hjá viðskiptavinum Símans, en heildsala hefði fullan aðgang. Aðgangur takmarkaðist við unnin gögn þar sem ekki væri unnt að skoða einstaka símtalafærslur. Undantekningin væri að þeir starfsmenn Símans sem ynnu að leiðréttingu reikninga hefðu aðgang að reikningsfærðum símtalafærslum vegna símtala sem ættu upphaf sitt hjá viðskiptavinum Símans. Að lokum væri um að ræða *uppgjörskerfi* sem sækta gjaldfærslugögn úr CDR-grunni og notaði sem grundvöll fyrir heildsöluuppgjör við önnur fjarskiptafyrirtæki, þ.á.m. þeirra fyrirtækja sem væru með sýndarnetsaðgang. Símtalagögn væru ekki geymd í uppgjörskerfinu heldur aðeins unnin gögn niður á dag.

Að mati Símans væri þrennt sem styddi að *umferðargögn* væru nauðsynleg fyrir smásölu Símans og þá smásöluaðila sem keyptu þjónustu af félaginu:

1. Ef [...] ¹ myndu alfarið sjá um uppgjör vegna samtenginga yrði öllum lúkningsfærslum viðskiptavina þeirra miðlað áfram til þeirra þar sem þau gögn væru nauðsynleg sem grunnur fyrir gjaldfærslu vegna samtengingar. Þar sem þau væru skilgreind sem smásöluaðilar hlyti smásala Símans að sitja við sama bord.
2. [...] ².

¹ Fellt brott vegna trúnaðar.

² Fellt brott vegna trúnaðar.

3. Smásöluaðilar eins og [...]³ ættu sínar eigin símsstöðvar og þar yrðu einnig til símtalagögn sambærileg þeim sem notuð væru til gjaldfærslu.

Að framansögðu væri ljóst að miðlun *gjaldfærslugagna* til smásölu væri nauðsynlegur þáttur í starfsemi smásölnnar. Án þeirrar miðlunar gæti smásalan ekki gjaldfært fyrir þjónustu sína, afstemmt reikninga o.s.frv. Heildsöluaðgangur annarra smásala en Símans undirstrikaði þetta. Smásali sem gerði samning um heildsöluaðgang að farsímakerfi Símans og hefði í hyggju að endurselja þjónustuna á smásölustigi, en starfaði sjálfur ekki á heildsölustigi, myndi aldrei setta sig við að hafa ekki aðgang að umræddum upplýsingum. Þessi niðurstaða samræmdest 26. og 42. gr. fjarskiptalaga og 2. mgr. 6. gr. tilskipunar 2002/58/EB um persónuvernd í fjarskiptum. Einhver markatílvik kynnu hins vegar að rísa um miðlun gjaldfærslugagna. Síminn legði til að frekar yrði leyst úr þeim málum eftir yfirvegaða skoðun á því hvað tilheyra skyldi hverju sölustigi um sig og lýsti sig reiðubúinn til samvinnu við PFS, og eftir atvikum önnur fjarskiptafyrirtæki, um hvernig málum yrði best fyrir komið svo að fullt traust ríkti á markaðnum.

2.13.3 Um gerð og notkun úthringilista á smásölustigi

Varðandi það sjónarmið Nova að Síminn hefði nýtt upplýsingar úr samtengiuppjöri í markaðsaðgerðir smásölnnar tók Síminn fram að félagið hefði nýtt upplýsingar úr CDR-gögnum sem ættu uppruna sinn í hringingum viðskiptavina samkeppnisaðila í smásöluviðskiptavinum Símans. Almennt væri þekkt að erlend fjarskiptafyrirtæki nýttu sér upplýsingar um símtöl í viðskiptavinum sína í ýmsum tilgangi, t.d. til að láta viðskiptavinina njóta þess í formi afsláttar ef mikið væri hringt í þá. Þá leið hefði Síminn hins vegar ekki farið. Einnig mætti nefna að á bandarískum símamarkaði gildi meginreglan um að móttakandi símtals greiddi, öfugt við meginregluna sem gildi í Evrópu, þó ESB hefði þó lýst yfir áhuga á að taka upp svipað kerfi. Við slíkar aðstæður væru ofangreindar upplýsingar nauðsynlegar smásölnni til reikningagerðar.

Síminn væri ekki eina fyrirtækið sem hefði nýtt sér slíkar upplýsingar á smásölustigi. Sem dæmi mætti nefna [...]⁴ sem hefði byggt upp mól til að reikna út virði viðskiptavina. Þeir útreikningar byggðu á þeim tekjum sem sérhver viðskiptavinur skapaði. Tekjur á hvern viðskiptavin væru reiknaðar annars vegar út frá tekjum af eigin viðskiptavinum og hins vegar tekjum vegna símtala sem viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja hringdu í viðskiptavinum [...]⁵. Fyrirtækið ynni hér með B-númer til að virðisgreina viðskiptavinum sína. Síminn hefði farið þá leið við að skoða heildarmagn umferðar í farsímanet Símans en afmá síðan tengingu við B-númer og þar með persónuupplýsingar um viðskiptavinum Símans. Síminn hefði því ekki unnið með upplýsingar um bæði A-númer og B-númer eins og fram kæmi í kærnu Nova.

³ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁵ Fellt brott vegna trúnaðar.

Eðlilegt væri að smásala Símans hefði aðgang að upplýsingum um símtöl sem lyki hjá viðskiptavinum sínum, m.a. vegna [...] ⁶. Í samningum um heildsöluaðgang í Evrópu sem farsímanetsrekendur gerðu við fyrirtæki á smásölustigi væri algengt að samið væri um hlutdeild í lúkningu. Löggjöf allra ríkja á EES-svæðinu hvað þetta varðaði byggði á sömu tilskipun og ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga. Kæmist PFS að þeirri niðurstöðu að miðlun upplýsinganna til smásölustigs stæðist ekki væri stofnunin þar með að komast að þeirri niðurstöðu að framkvæmd á EES-svæðinu stæðist almennt ekki.

Þeir listar sem unnir hefðu verið vegna „stórnotenda“ hefðu innihaldið upplýsingar um þau númer sem hringt hefði verið úr í GSM smásöluviðskiptavinum Símans í einum mánuði. Ekki hefði verið skoðað í hvaða viðskiptavinum Símans umræddir aðilar hringdu, heldur eingöngu fjölda símtala og tímalengd. Listarnir hefðu verið samkeyrðir við afrit af símaskrá og því birtust í þeim þær upplýsingar um viðkomandi sem þar væru birtar. Síminn hefði sama aðgang og aðrir að símaskrá. Eini munurinn væri sá að með afriti væri hægt að fletta upp öllum númerum í einni keyrslu auk þess sem afritið geymdi kennitölu viðkomandi. Aðgangur að símaskrárafriti væri almenn þjónusta gegn endurgjaldi sem í boði væri. Markmiðið með slíkri samkeyrslu væri að hreinsa út þá sem væru bannmerktir og með óskráð númer og fyrirtækjakennitölur. Þær upplýsingar sem félagið hefði nýtt til að vinna umrædda lista hefðu því eingöngu innihaldið brot af hringimynstri umræddra aðila, þ.e. eingöngu upplýsingar um magn símtala og lengd í GSM viðskiptavinum smásölu Símans. Engar upplýsingar um önnur símtöl hefðu verið skoðaðar, né í hvaða símanúmer hjá GSM smásöluviðskiptavinum Símans umræddir aðilar hefðu hringt í. Því hefði Síminn ekki verið að vinna með persónugreinanlegar upplýsingar um fjarskiptanotkun. Framangreint sýndi að Síminn hefði verið í góðri trú og talið sig leggja sig fram um að fara í einu og öllu að lögum.

Þá hefði umrætt úrtak ekki verið stórt í sniðum. Vissulega hefðu verið keyrðir út listar yfir öll númer samkeppnisaðila sem hringt hefðu í GSM viðskiptavinum smásölu Símans í febrúar 2010, en þeir listar sem sendir hefðu verið til söludeildar hefðu innihaldið um 5% viðskiptavina Nova og um 4% viðskiptavina Vodafone og Tals. Hringt hefði verið í viðskiptavinum Nova frá 22. mars til 15. apríl og hefði náðst í 746 viðskiptavinum og af þeim hefðu 93 ákveðið að flytja sig yfir til Símans, eða 12% af þeim sem náðst hefði í. Hringt hefði verið í viðskiptavinum Vodafone/Tals frá 15. apríl til 17. maí. Samtals hefði náðst í 1.400 viðskiptavinum og af þeim hefðu 126 ákveðið að flytja sig yfir eða um 9%. Þessar staðreyndir sýndu að sú staðhæfing PFS að Síminn hefði gripið til umfangsmikilla aðgerða stæðist ekki. Alvarleika málsins yrði að skoða í þessu ljósi sem hlyti að hafa grundvallarþýðingu varðandi afstöðu PFS til málsins. Þá hefði Síminn látið af aðgerðum þessum um leið og eftirlitsstofnanir hefðu talið orka tvímælis að þær væru löglegar.

2.13.4 Afstaða Símans – Ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga

Í hinni boðuðu ákvörðun hefði PFS komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði m.a. brotið gegn 26. gr. fjarskiptalaga og 9. gr. samtengissamnings Símans og Nova. Að mati

⁶ Fellt brott vegna trúnaðar.

Símans fjölluðu umrædd ákvæði ekki um miðlun fjarskiptaumferðarupplýsinga sem trúnaðarupplýsinga. Varðandi 26. gr. fjarskiptalaga skipti mestu máli að um væri að ræða upplýsingar sem fjarskiptafyrirtæki öðlast frá öðru fyrirtæki við gerð samninga um aðgang eða samtengingu eða að loknum samningum. Í greinargerð með ákvæðinu hefði komið fram að með greininni væru settar takmarkanir á meðferð upplýsinga sem fjarskiptafyrirtæki skiptust á þegar samið væri um aðgang eða samtengingu. Óumflýjanlegt væri í mörgum tilfellum að fyrirtæki þyrftu að gefa viðsemjanda sínum einhverjar upplýsingar sem þau myndu að öllu jöfnu kjósa að halda leyndum vegna viðskiptahagsmuna. Sérstaklega væri gert ráð fyrir að þessar upplýsingar bærust ekki til annarra deilda fyrirtækis en þeirra sem á þeim þyrftu að halda í þeim tilgangi að koma á samningi eða efna gerðan samning. Hliðstætt ákvæði hefði verið að finna í 25. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 en það hefði verið einskorðað við samtengisamninga. Í greinargerð hefði komið fram að ákvæðinu væri ætlað að fyrirbyggja misnotkun upplýsinga sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk fengi í hendur vegna sérstöðu sinnar í *krafti grunnnetsins*. Þrátt fyrir að skilyrðið um umtalsverðan markaðsstyrk hefði fallið út væri ljóst að tilvísunin til upplýsinga sem fengnar væru í krafti grunnnetsins væru ekki fjarskiptaumferðarupplýsingar.

Orðalag 26. gr. vísaði til þess að um væri að ræða upplýsingar sem félag öðlaðist við samningagerðina sjálfa til að tryggja framkvæmd samningsins en ekki til umferðargagna sem flyttust á milli fjarskiptaneta. Talað væri um upplýsingar frá öðru fyrirtæki „*við gerð samninga um aðgang eða samtengingu eða að loknum samningum*“. Í greinargerð væri vísað til þess að um væri að ræða takmörkun á meðferð upplýsinga sem fjarskiptafyrirtæki skiptust á *þegar samið væri um aðgang eða samtengingu*. Upplýsingar sem Síminn fengi við gerð samninga eða að þeim loknum gætu ekki talist upplýsingar sem yrðu til jafnóðum við framkvæmd samningsins. Óumflýjanlegt væri að fyrirtæki þyrftu að gefa viðsemjanda sínum einhverjar upplýsingar sem þau myndu að öllu jöfnu halda leyndu vegna viðskiptahagsmuna. Þegar við bættist að fjarskiptaumferðarupplýsingar væru afhentar þriðja aðila án þess að samþykki samningsaðila þyrfti til að koma yrði að telja ljóst að ákvæðið næði ekki yfir þær. Í besta falli mætti halda því fram að óvissa væri um hvort þær teldust til trúnaðarupplýsinga sem féllu undir ákvæðið. Hafa þyrfti í huga að um íþyngjandi ákvæði væri að ræða.

Til að skoða hvort upplýsingar um fjarskiptaumferð í tengslum við samtengingu væru trúnaðargögn mætti taka dæmi um símtal frá viðskiptavini Nova í farsímanet Alterna. Ekki væri til staðar samtengisamningur milli félaganna en Símanum væri skylt að flytja umferð frá Nova áfram til Alterna þar sem félögin væru með samtengisamning við Símann. Það væri því ljóst að 26. gr. ætti ekki við um upplýsingar um slíka fjarskiptaumferð. Það væri eðli samtengingar að senda áfram fjarskiptaumferð og þá ávallt upplýsingar um A og B númer í merkjasendingum. Ef trúnaður um upplýsingarnar ætti að ríkja á milli Símans og Nova þá hyrfti sá trúnaður um leið og fjarskiptaumferð og upplýsingar um hana væri vísað áfram í farsímanet Alterna. Ef Alterna gæti ekki nýtt sér upplýsingar úr samtengiumferð til gjaldfærslu þá væri Símanum heimilt að vinna slíkar

gjaldfærsluupplýsingar fyrir Alterna gegn gjaldi. PFS hefði ekki gert neinar athugasemdir við samtengisamning Símans og Alterna frá 2009 og því samþykkt umrætt fyrirkomulag.

Viðmiðunartilboð Símans um samtengingu hefði verið samþykkt af PFS og hefði félagið því haft réttmætar væntingar til þess að stofnunin hefði fallist á efni þess. Ákvörðun um að miðlun gjaldfærsluupplýsinga til smásölu teldist ólögmat væri því andstæð niðurstöðu stofnunarinnar eftir yfirferð yfir tilboðið. Slík stjórnsýsluframkvæmd væri í andstöðu við regluna um réttmætar væntingar.

Í grein 5.1.2 í samtengisamningi Símans og Nova kæmi fram að gjaldfært væri fyrir öll símtöl miðað við taltíma. Heildartími á hverju uppgjörstímabili reiknaðist sem summan af skráðum umferðarsekúndum allra símtala sem innheimt væri fyrir. Í grein 5.1.4 kæmi fram að samtengiumferð skyldi mæld og skráð frá því að hún byrjaði og væri mælingin nauðsynlegur grundvöllur reikningafærslu. Loks kæmi fram í grein 5.2.1 að reikningaútskrift fyrir samtengiumferð skyldi byggð á mælingum á samtengiumferð frá viðkomandi sammingsaðila og að með sendum reikningum skyldu fylgja skýrslur um forsendur reikningafærslunnar. Ef gagnaðili kysi einnig að mæla og skrá viðkomandi umferð væri honum heimilt að bera saman grundvöll móttækis reiknings við þá mælingu. Því væri ljóst að orðalagið „ef gagnaðili kýs“ fæli í sér að smásala Símans, Alterna, Tal, Nova og Vodafone væri heimilt að mæla og skrá upplýsingar um samtengiumferð.

Ákvæði 9. gr. samtengisamnings Símans og Nova um þagnarskyldu styddi og væri 26. gr. til fyllingar. PFS hefði yfirfarið viðmiðunartilboð Símans og samþykkt 9. gr. Þar kæmi m.a. fram að sammingsaðilar væru skuldbundnir til að ljóstra ekki upp trúnaðarupplýsingum sem þeir hefðu móttækið frá gagnaðila, þ.m.t. upplýsingum um stjórnunarlegar, fjárhagslegar eða tæknilegar aðstæður gagnaðila, aðrar aðstæður varðandi rekstur, viðskipti eða atriði sem ætla mætti að teldust trúnaðarupplýsingar, sem halda bæri leyndum. Með einfaldri orðskýringu væri ljóst að þau gögn sem vísað væri til væru afhent við sammingsgerðina og nauðsynlegar fyrir framkvæmd sammingsins. Í dæmaskyni væru taldar upp upplýsingar um aðstæður og atriði sem ætla mætti að teldust trúnaðarupplýsingar. Fjarskiptaumferðarupplýsingar væru ekki upplýsingar um slíkt. Hefði það verið ætlun Símans, viðsemjenda hans eða PFS við yfirferð á viðmiðunartilboðinu að það tæki til fjarskiptaumferðarupplýsinga hefði þurft að taka slíkt fram þar sem slíkar upplýsingar féllu ekki undir orðalag ákvæðisins. Jafnframt lægi fyrir að umræddum upplýsingum væri miðlað áfram til þriðju aðila sem ekki væru aðilar að samtengisamningnum og þeim því ljóstrað þar upp og Nova aldrei gert athugasemd við það. Slíkar upplýsingar gætu því ekki talist trúnaðarupplýsingar í skilningi 9. gr. Framangreint væri hægt að orða með þeim hætti að ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga og 9. gr. samtengisamningsins vörðuðu upplýsingar sem væru nauðsynlegar til að koma á samtengingu milli fjarskiptafyrirtækja og tryggja viðhald hennar en næði ekki til upplýsinga sem yrðu til vegna samtengingarinnar. Í 26. tölulið formála persónuverndartilskipunar ESB kæmi fram að umferðargögn mætti nota til markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða til að veita virðisaukandi þjónustu. Það væri því

beinlínis gert ráð fyrir slíkri notkun en það væri ekki samþykki annars fjarskiptafyrirtækis sem væri áskilið heldur samþykki áskrifenda fjarskiptafyrirtækisins. Ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga hefði því ekki verið brotið þar sem það bannaði ekki notkun umferðargagna. Að lögum ætti umfjöllun um það hvernig fjarskiptaumferðarupplýsingar skyldu notaðar undir 42. gr. fjarskiptalaga.

Í hinni fyrirhugðu ákvörðun hefði PFS talið að Síminn hafi brotið gegn ákvörðunum PFS frá 20. júlí 2006 og nr. 29/2008. Í þeim ákvörðunum væri einungis vísað til þess að við framfylgd jafnræðiskvaðar skyldi Síminn virða 26. gr. fjarskiptalaga. Ekki væri útskýrt nánar hvað í því fælist. Með vísan til rökstuðnings hér að framan um að Síminn teldi sig ekki hafa brotið gegn 26. gr. fjarskiptalaga eða 9. gr. samtengissamningsins hefði félagið ekki farið á svig við tilvitnaðar ákvarðanir.

2.13.5 Afstaða Símans – Ákvæði 4. og 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga

Í hinni boðuðu ákvörðun hefði PFS talið að Síminn hefði brotið gegn 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga með því að nota fjarskiptaumferðarupplýsingar í markaðslegum tilgangi. Ákvæðið kvæði á um að með samþykki áskrifanda væri fjarskiptafyrirtæki heimilt að vinna úr fjarskiptaumferðargögnum vegna markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða framboðs virðisaukandi þjónustu að því leyti sem nauðsynlegt væri fyrir slíka þjónustu eða markaðssetningu. Hugtakið *fjarskiptaumferð* væri ekki skilgreint í fjarskiptalögum og því yrði að leggja til grundvallar skilgreiningu í samtengissamningum enda hefði viðmiðunartilboð Símans verið samþykkt af PFS. Þar væri hugtakið skilgreint sem *fjarskipti á milli fjarskiptaneta eða hluta þeirra*. Því væri ljóst að fjarskiptaumferð væri umferð á milli neta vegna samtengingar þeirra. Óumdeilt væri að Símanum væri heimilt, með samþykki áskrifenda, að nota gögn um fjarskiptaumferð til markaðssetningar. Ákvæði 4. mgr. 42. gr. vísaði til *áskrifenda* og væri útilokað að leggja annan skilning í ákvæðið en að um væri að ræða áskrifendur þess fyrirtækis sem hefði í hyggju að nota upplýsingarnar. Þeir áskrifendur sem um ræddi í máli þessu væri því áskrifendur Símans sem þyrftu að hafa veitt samþykki sitt fyrir vinnslu gagnanna svo hún teldist samræmast umræddu ákvæði.

Af framangreindu leiddi einnig að smásölu Símans væri heimilt að nota gögn um fjarskiptaumferð ef samþykki áskrifanda lægi fyrir enda færi markaðssetning fjarskiptaþjónustu og virðisaukandi þjónustu fram á smásölustigi. Í almennum skilmálum Símans um fjarskiptaþjónustu, sem væru birtir opinberlega og kynntir öllum viðskiptavinum félagsins, kæmi m.a. fram að áskrifanda væri kunnugt um að félagið myndi safna saman og vinna úr persónuupplýsingum. Þegar viðskiptavinur gerði þjónustusamning við Símann samþykkti hann jafnframt skilmálana. Breytti Síminn skilmálunum með íþyngjandi hætti væri það tilkynnt með mánaðar fyrirvara. Með vísan til framangreinds teldi félagið að viðskiptavinir félagsins hefðu samþykkt að upplýsingar um fjarskiptaumferð til þeirra væru notaðar. Sú aðferð sem Síminn hefði notað væri síðan að afmá skráningu B-númers og þar með væru upplýsingar um notkun viðskiptavina félagsins ekki lengur rekjanlegar heldur einungis það magn sem hringt væri í kerfi Símans. Fjarskiptalögin legðu ekki bann við því að nota upplýsingar frá áskrifendum

Símans til að bjóða þjónustu til þriðja aðila, þ.e. viðskiptavina keppinauta félagsins. Eina skilyrðið sem væri áskilið væri það að leitað hefði verið samþykkis áskrifenda Símanns og það hefði Síminn gert. Því gæti félagið ekki talist hafa brotið gegn ákvæði 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Persónugreinanleiki umferðargagna um áskrifendur Símanns hefði verið afmáður við gerð úthringilista sem væri því til stuðnings að Síminn hefði ekki brotið gegn persónuvernd áskrifenda sinna.

Að mati Símanns tæki ákvæði 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga ekki til vinnslu persónuupplýsinga um þriðja aðila sem ekki væri viðskiptavinur Símanns og því væri mögulegt að ákvæði laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga giltu um slíka vinnslu. PFS skorti valdheimildir til að ákvarða um hvort tilvitnuðum lögum um persónuvernd hefði verið fylgt enda ætti slíkt undir Persónuvernd.

Í svari Símanns kom fram að verklagsreglur um meðferð og eyðingu gagna lægju fyrir hjá félaginu, sbr. 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Það verklag sem unnið væri eftir hefði verið skjalfest með tölvupósti 12. maí 2006. Samkvæmt reglunum væri varðveislutími gjaldfærslugagna 1 ár, umferðargagna 6 mánuðir og persónuupplýsinga 3 mánuðir eins og hver tegund upplýsinga væri skilgreind í þeim verklagsreglum. Að liðnu því tímarmarki sem við ætti hverju sinni væri gögnunum eytt. Verklagsreglurnar væru auk þess innbyggðar í högun viðeigandi upplýsingakerfa þannig að ný gögn yfirskrifuðu eldri þegar geymslutími þeirra rynni út. Reglurnar lýstu því hvernig meðferð og eyðing gagna væri háttað og ítarlegri verklagsreglur myndu líta dagsins ljós innan skamms. Teldi PFS að eitthvað mætti betur fara í verklagi Símanns teldi félagið eðlilegan framgang að mögulegir meinbugir yrðu lagaðir.

2.13.6 Afstaða Símanns – Eyðing gagna, viðvarandi eftirlit og kæra til lögreglu

Í svarbréfi Símanns kom enn fremur fram að því hefði verið lýst hvernig miðlun CDR-upplýsinga færi fram, ýmist til heildsölu Símanns, smásölu Símanns eða smásölu keppinauta Símanns. Síminn teldi þá upplýsingamiðlun vera lögum samkvæmt þar sem upplýsingarnar væru hvort tveggja nauðsynlegar fyrir heildsölu og smásölu. Síminn hafnaði því að eyða bæri upplýsingum sem smásala hefði löglega fengið. Þar sem verulegrar tortryggni gætti af hálfu PFS og SE um verklag Símanns við meðferð og eyðingu gagna stýddi Síminn að fenginn yrði óháður sérfræðingur til að gera úttekt á því hvort miðlun CDR-gagna væri eðlileg. Síminn væri þó á þeirri skoðun að slík úttekt ætti að vera einskiptis úttekt en ekki viðvarandi eftirlit. Vísaðist í þessu sambandi til 11. mgr. 14. gr. laga nr. 69/2003, þar sem PFS væri veitt heimild til að gera sérstakar kannanir til að rækja eftirlitshlutverk sitt. Orðalagið um sérstakar kannanir væri ekki hægt að túlka sem svo að með því væri átt við viðvarandi eftirlit. Það væri Símanum kappsmál að ekki ríkti óvissa um hvernig farið skyldi með umferðarupplýsingar. Því væri æskilegt að fagleg úttekt óháðs sérfræðings fjallaði um hvernig meðferð gagnanna skyldi háttað.

Þá kæmi fram að PFS hefði í hyggju að kæra hegðun Símanns til lögreglu yfirvalda þar sem stofnunin hefði ekki lagaheimild til að ljúka málinu með stjórnvaldssekt. Kærugrundvöllur PFS stæðist ekki lög. Vilji löggjafans hefði staðið til þess að stofnunin

hefði ekki heimild til að beita fjarskiptafyrirtæki stjórnvaldssektum. Yrði því að teljast fráleitt að með því væri ætlast til þess að PFS beitti harðara úrræði og kærði málið til lögreglu. Yrði að telja slíka ákvörðun ganga langt úr hófi fram. Til að stjórnvald gæti kært mál til lögreglu yrði að vera til staðar kærueimild í lögum sem væri ekki raunin í þessu tilviki. Samkvæmt lögætisreglunni yrðu stjórnvöld að hafa lagaheimild fyrir öllum sínum aðgerðum, en telja yrði að kæra stjórnvalds til lögreglu fæli í sér stjórnvaldsákvörðun. Þá skipti máli að Síminn hefði verið í góðri trú í máli þessu og því í mesta lagi um að ræða gáleysisbrot, auk þess sem hugsanlegt brot væri augljóslega ekki eins alvarlegt eða umfangsmikið og PFS hafi álitð. Í sakamáli væri meginreglan sú að allur vafi væri túlkaður sakborningi í hag og allar líkur á því að sakfellingu yrði hafnað fyrir dómstólum. Þá væri verulegum vafa undirorpið að ákvæði 74. gr. fjarskiptalaga væri nægilega skýr refsheimild til þess að refsing yrði dæmd.

Síminn teldi réttan farveg þessa máls vera þann að PFS og Síminn færu yfir hvernig meðferð, söfnun og eyðingu gagna hjá Símanum væri háttað. Að mati Símans myndi sú skoðun leiða í ljós að félagið legði sig fram um að hlíta lögum. Teldi PFS að ágallar væru á framkvæmdinni og félagið gæti fallist á það væri félagið að sjálfsögðu reiðubúið að gera lagfæringar á ferlum sínum. Þar sem upphaf málsins mætti rekja til kvörtunar Nova væri eðlilegt að það félag hefði einnig aðkomu að málinu. Nærtækast væri að PFS stýrði málinu í sáttafarveg. Mikilvægast væri að traust ríkti milli eftirlitsstofnana og fjarskiptafyrirtækja um meðferð fjarskiptaumferðarupplýsinga.

2.14 Bréf PFS til Nova, SE og Persónuverndar, dags. 23. júlí 2010

Með bréfum PFS til Nova, SE og Persónuverndar, dags. 23. júlí s.l., gaf stofnunin umræddum aðilum færi á að tjá sig um framangreint andmælabréf Símans frá 30. júní, áður en lengra yrði haldið með málið.

2.15 Bréf PFS til Símans, dags. 23. júlí 2010

Með bréfi PFS til Símans, dags. 23. júlí s.l., afhenti stofnunin félaginu þau gögn málsins sem Síminn hafði ekki þegar fengið aðgang að. PFS hafnaði hins vegar kröfu félagsins um aðgang að nöfnum eða öðrum persónugreinanlegum upplýsingum um þá viðskiptavinum Nova sem vitnað höfðu um samskipti við starfsmenn Símans. Kom þar bæði til að Nova og viðkomandi viðskiptavinir þess félags hefðu óskað eftir því að eftirlitsstofnanir færu með ofangreindar upplýsingar sem trúnaðarmál og að umræddar stofnanir gætu haft samband við umrædda viðskiptavinum til að staðfesta framburð þeirra. Þá taldi PFS að ofangreindur framburður umræddra einstaklinga hefði enga þýðingu í málinu eins og það lægi fyrir hjá stofnuninni þar sem málalíbúnaður stofnunarinnar byggði fyrst og fremst á ápreifanlegum gögnum.

2.16 Bréf Símans til Persónuverndar, dags. 23. júlí 2010

Með bréfi Símans til Persónuverndar, dags. 23. júlí s.l., sendi félagið Persónuvernd framangreint andmælabréf sitt til PFS þar sem félagið taldi hluta málsins heyra undir

valdsvið þeirrar stofnunar. Vísaði Síminn m.a. til fréttar sem birst hafði á vef Persónuverndar um að reglum um varðveisluskyldu á fjarskiptaupplýsingum hefði ekki verið réttilega fylgt í ríkjum ESB. Fram kom að Síminn legði sig fram um að varðveisla og meðferð upplýsinga sem yrðu til í fjarskiptanetum færi lögum samkvæmt og að félagið væri reiðubúið til að gera úrbætur ef þörf krefði. Tilefni væri til að óska eftir fundi með Persónuvernd (jafnvel ásamt PFS) í því skyni að fara yfir það hvernig varðveisla og meðferð fjarskiptaupplýsinga væri háttáð til að kanna hvort einhverjar úrbætur væru nauðsynlegar.

2.17 Bréf PFS til Vodafone og Tals, dags. 28. júlí 2010

Með bréfum PFS til Vodafone og Tals, dags. 28. júlí s.l., upplýsti PFS fyrirtækin um að stofnunin hefði til meðferðar það mál sem hér er til umfjöllunar þar sem Síminn hafði gert samskonar úthringilista yfir viðskiptavini þessara félaga og gerðir hefðu verið yfir viðskiptavini Nova.

2.18 Bréf Persónuverndar til PFS og Símans, dags. 29. júlí 2010

Með bréfi Persónuverndar til PFS og Símans, dags. 29. júlí s.l., svaraði stofnunin bréfum PFS og Símans frá 23. júlí. Þar kemur m.a. fram að Persónuvernd annist eftirlit með framkvæmd laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Sértek ákvæði um persónuvernd í fjarskiptum væri hins vegar að finna í ákvæðum fjarskiptalaga sem sett hefðu verið með hliðsjón af tilskipun ESB 58/2002/EB. Þar væru m.a. reglur sem ættu að takmarka það ónæði sem notendur fjarskiptaþjónustu gætu orðið fyrir vegna markaðssetningar með hjálp fjarskiptatækni. Að lögum væri staðan því sú að Persónuvernd hefði eftirlit með því hvort hinar almennu reglur um persónuvernd hefðu verið brotnar en PFS hvort reglur um persónuvernd í IX. kafla fjarskiptalaga hefðu verið brotnar. Vandinn við skiptingu þessa væri sá að í málum varðandi brot á ákvæðum IX. kafla fjarskiptalaga reyndi iðulega einnig á almennar reglur laga nr. 77/2000 sem giltu ávallt þar sem sérákvæðum fjarskiptalaga sleppti og væru þeim að öðru leyti til fyllingar. Hin sértæku ákvæði fjarskiptalaga um persónuvernd gengu frammar hinum almennu ákvæðum um persónuvernd og við eftirlitsstörf hefði margþættur vandi skapast vegna skörunar á valdmörkum stofnana.

Undir PFS gæti t.d. fallið að skoða að hluta til hvort ábyrgðaraðili hefði brotið gegn sínum viðskiptavini við vinnslu upplýsinga um tiltekin samskipti hans við annan mann. Í hlut Persónuverndar gæti hins vegar t.d. komið að fjalla um kvörtun viðmælanda þessa viðskiptavinar yfir því að þessi sami ábyrgðaraðili hefði brotið gegn einkalífsrétti hans við vinnslu upplýsinga um samskiptin. Í því máli sem hér væri til umfjöllunar reyndi á hvoru tveggja. Hér reyndi bæði á lögmæti notkunar Símans á persónuupplýsingum um eigin viðskiptavini og um aðra. Við mat á því undir hvaða stofnun mál gegn öðrum en viðskiptavinum fjarskiptafyrirtækis félli bæri að líta til þess hvernig gildissvið laga nr. 77/2000 væri afmarkað. Samkvæmt 3. gr. laganna næði gildissvið laganna til sérhverrar rafrænnar vinnslu persónuupplýsinga, sem og handvirkrar vinnslu slíkra upplýsinga, sem væru eða ættu að verða hluti af skrá. Að öllu ofangreindu virtu væri ljóst að umrætt mál

lyti að hluta til einnig að vinnslu persónuupplýsinga í skilningi laga nr. 77/2000 svo sem varðandi vinnslu persónuupplýsinga um þriðju aðila, sem ekki væru viðskiptavinir Símans.

2.19 Svarbréf Persónuverndar til Símans, dags. 30. júlí 2010

Með bréfi Persónuverndar til Símans, dags. 30. júlí s.l., svaraði stofnunin framangreindu bréfi Símans frá 23. júlí. Fram kom að ákvæði um varðveislu fjarskiptaupplýsinga væru í 42. gr. fjarskiptalaga og að eftirlit með því að farið væri að því ákvæði heyrði undir PFS. Engu að síður gæti Persónuvernd komið á framfæri afstöðu sinni til álitaefna á þessu sviði, sbr. 6. tölul. 3. mgr. 27. gr. laga nr. 77/2000 þess efnis að stofnunin hefði það hlutverk að tjá sig um álitaefni varðandi meðferð persónuupplýsinga. Í ljósi þess væri Persónuvernd reiðubúin til að sitja fund um umrætt efni með Símanum.

2.20 Bréf Nova til PFS, dags. 20. ágúst 2010

2.20.1 Almennt

Með bréfi Nova til PFS, dags. 20. ágúst s.l., bárust athugasemdir við framangreindu andmælabréfi Símans. Fram kom að málf lutningur Símans varðandi meðferð á fjarskiptaupplýsingum fæli í sér undarlega afstöðu til trúnaðarskyldu félagsins gagnvart keppinautum og símnotendum. Málið væri svo alvarlegt að PFS hlyti að láta það hafa algeran forgang að stöðva háttsemi Símans og tryggja að Síminn misfari ekki með umrædd gögn. Ekki væri síður alvarlegt að ekkert fjarskiptafyrirtæki gæti treyst því að Síminn hagnýtti sér ekki ólöglega trúnaðar- og persónugögn sem yrðu til við samtengingu neta viðkomandi og neta Símans. Síminn fullyrti að smásala Símans, eða aðrar deildir félagsins, hefðu fullan rétt til þess að greina umferðarupplýsingar á hvern þann hátt sem það kysi þar sem félagið túlkaði fjarskiptalögin, samtengisamninga og kvaðir PFS með þeim hætti að umferðarupplýsingar féllu ekki þar undir. Því gæti ekkert á fyrirtæki á markaði verið öruggt um gögn sín eða trúnað Símans um meðferð þeirra.

Ástæða væri fyrir PFS að kanna hvort forsendur væru fyrir því að takmarka heimildir Símans til úthringinga í viðskiptavini keppinauta félagsins á meðan málið væri til meðferðar. Ljóst væri að Síminn legði nú, sem fyrr, mjög mikla áherslu á úthringingar í viðskiptavini keppinauta sinna, sbr. nýlega dagblaðaauglýsingu þar sem auglýst hefði verið eftir starfsmönnum í úthringingar. Það væri skýlaus krafa að málið fengi nauðsynlegan forgang í vinnslu og að PFS beitti af fullum þunga þeim úrræðum sem lög geymdu í því skyni að stemma stigu við þeim alvarlega skaða sem háttsemin hefði valdið eða gæti valdið ef ekki yrði brugðist tafarlaust við. Jafnframt væri brýnt að Persónuvernd og SE tækju málið einnig til viðeigandi meðferðar.

2.20.2 Málsmeðferð PFS

Fram kom að Nova væri ósammála þeirri fullyrðingu Símans að PFS hefði ekki virt ákvæði 9. gr. fjarskiptalaga varðandi sáttaumleitan. Umrætt ákvæði fæli í sér að þegar upp kæmu ákveðnar tegundir af ágreiningsmálum milli fjarskiptafyrirtækja væri unnt að

beina málinu til PFS sem sinnti þá hlutverki nokkurs konar milligönguaðila. Í ákvæðinu væri raunar tekið fram að hverju slík ágreiningsmál gætu lotið, þ.e. um skyldur sem leiddu af fjarskiptalögum. Ljóst væri að undir þessa skilgreiningu féllu einkum skyldur fjarskiptafyrirtækja til að gera gagnkvæma samninga (t.d. samtengisamninga) sem og ýmsar aðrar skyldur sem mælt væri fyrir um í fjarskiptalögum. Kvörtun Nova lyti hins vegar aðeins öðrum þræði að þeim skyldum Símans gagnvart Nova sem leiddu af fjarskiptalögum. Hún lyti ekkert síður að því hvaða skyldur Síminn hefði gagnvart viðskiptavinum Nova. Það blasti því ekki við hvernig unnt væri að leysa endanlega úr öllum þáttum málsins með hugsanlegri sátt. Þrátt fyrir alvarleika málsins, þann trúnaðarrest sem Síminn hefði valdið á fjarskiptamarkaði með hegðun sinni og það tjón sem Nova hefði orðið fyrir hefði aldrei staðið á Nova að eiga í viðræðum við Símann um það hvort unnt væri að leysa einhverja þætti málsins með samkomulagi. Öðru máli gegndi um hins vegar um Símann þrátt fyrir að félagið legði nú talsverða áherslu á að þessi leið hefði ekki verið farin af hálfu PFS. Það skyti nokkuð skökku við þar sem engin formleg viðbrögð hefðu borist frá Símanum til Nova um lausn á nokkru álitafni sem tengdust þessu máli. Að því leyti sem málið væri þannig vaxið að hægt væri að leysa afmarkaða hluti þess með sáttaviðræðum á milli fyrirtækjanna væri Nova reiðubúið að taka þátt í slíku, að því tilskildu að fram kæmu málefnaleg sjónarmið af hálfu Símans um hvernig félagið hygðist bæta þann skaða sem ólögmat háttsemi þess hefði valdið og tryggja að sambærileg brot yrðu ekki framin að nýju. Hins vegar legði Nova áherslu á að mál þetta snérist einnig um atriði sem ekki væri hægt að leysa úr með sátt á milli félaganna, heldur þyrfti til að koma formleg ákvörðun og viðurlög af hálfu PFS og eftir atvikum annarra stofnana, svo sem Persónuverndar og SE gagnvart Símanum.

Nova hafnaði alfarið þeirri kröfu Símans að félagið fengi aðgang að upplýsingum um hvaða viðskiptavinir Nova hefðu vottað um samskipti við Símann. Slíkar upplýsingar varði einkahagsmuni sem leynt eiga að fara samkvæmt 17. gr. stjórnisýslulaga, enda fóru umræddir einstaklingar fram á slíkt. Óskiljanlegt væri að gerð væri krafa um afhendingu upplýsinga um þá einstaklinga sem lagt höfðu málinu lið með yfirlýsingum sínum um hegðun sem þegar hefði verið sannað að átti við rök að styðjast.

2.20.3 Athugasemdir við lýsingu Símans á miðlun fjarskiptaupplýsinga

Síminn reyndi ítrekað að breiða yfir það alvarlega brot sem fælist í háttsemi félagsins með því að halda því fram að smásala félagsins þyrfti nauðsynlega að hafa aðgang að umferðarupplýsingum sem ættu uppruna sinn hjá heildsölnunni. Það væri væntanlega í þeim tilgangi að vinna úr þeim persónugreinanlegar upplýsingar í markaðslegum tilgangi. Nova hafnaði þessum sjónarmiðum með öllu enda um að ræða tilraun Símans til að flækja málið. Dregin væru fram dæmi, sem ekki stæðust skoðun, um það af hverju smásalan ætti að hafa aðgang að gögnunum, en ekkert væri fjallað um af hverju smásalan teldi sig hafa heimild til þess að ráðast í viðamikla persónugreiningu umferðargagna og nýtingu þeirra í markaðslegum tilgangi. Þannig reyndi Síminn að víkja sér undan meginatriði málsins, þ.e. umfjöllun um það hvort félaginu væri heimilt að útbúa gagnagrunna um símnótun viðskiptavina keppinauta félagsins og nýta í markaðslegum tilgangi. Vissulega kynni smásalan í einhverjum tilvikum að hafa þörf fyrir upplýsingar

um símaumferð í kerfum félagsins. Hins vegar hnigu öll rök, samningaákvæði og lagatextar að því að félaginu væri ekki undir nokkrum kringumstæðum heimilt að nýta sér umferðarupplýsingar á umræddan hátt.

Síminn drægi upp tæknilegar yfirlitsmyndir sem ættu að sýna hvar gögn mynduðust og hvernig mismunandi kerfi héldu utan um upplýsingarnar og miðluðu þeim. Að mati Nova væri öll umfjöllun Símans um þetta afbökun staðreynda málsins. Vissulega yrðu CDR-færslur til þegar símtal væri flutt milli fjarskiptakerfa, nánar tiltekið við samtengingu neta á heildsölustigi. Slíkar færslur geymdu upplýsingar um hvenær símtalið hefði átt sér stað, hvaðan það hefði komið og hvar það hefði endað, ásamt fleiri tæknilegum merkingum. Færslurnar væru grundvöllur þess að unnt væri að vísa hverju símtali á réttan viðmælanda og um leið grundvöllur þess að fjarskiptafyrirtækin gætu átt heildsöluviðskipti. Á heildsölustiginu væri unnið með uppsöfnuð gögn yfir tímabil (almanaksmánuðir). Gögnin væru aldrei unnin útfrá símanúmeri þess einstaklings sem hefði hafið símtal eða símanúmeri þess sem tekið hefði við símtali.

Þó að Alterna og Tal væru ekki með beina samtengisamninga við Nova þá rýrði það ekki skyldur Símans til að gæta trúnaðar um innihald CDR-færslna, heldur sýndi enn frekar að heildsölustig Símans byggji yfir upplýsingum um símtalsnotkun einstaklinga umræddra fjarskiptafyrirtækja og að ekki mætti undir nokkrum kringumstæðum afhenda þessi gögn til smásölnnar samkvæmt ákvæðum fjarskiptalaga.

Fram kæmi að svokallað miðlunarkerfi sendi gögn sem innhéldu upplýsingar um upphaf og lúkningu símtala til „Vöruhúss gagna“ og að þau væru notuð sem grundvöllur fyrir greiningar. Sagt væri að smásala hefði aðgengi að gögnum sem unnin væru upp úr upphafi símtala en að aðgengi væri takmarkað við unnin gögn þar sem ekki væri hægt að skoða einstaka símtalafærslur. Af þessum málalíbúnaði Símans mætti ráða að smásalan hefði í raun ekki aðgang að gögnum sem geyma persónulegar upplýsingar. Samt sem áður fullyrti Síminn ítrekað að nauðsynlegt væri að smásalan hefði umrædd símtalsgögn. Vandséð væri hvernig fullyrðingar af því tagi stæðust.

Síminn hefði dregið saman þrjú atriði sem sýna ættu fram á að smásalan þyrfti nauðsynlega á umferðargögnum heildsölnnar að halda. Eitt atriðanna væri bundið trúnaði. Annað atriði vísaði til þess að Alterna og Tal væru smásalar að mati Símans og að smásala Símans yrði að sitja við sama borð. Þetta væri alrangt. Eins og fram kæmi í andmælabréfi Símans væri félagið með sérstakt uppgjörskerfi á heildsölustigi sem sæi sérstaklega um uppgjör milli fjarskiptafyrirtækja, hvort sem væri vegna samtengingar, reikis eða sýndarnetsaðgangs. Að mati Nova hnigu engin rök til þess að smásala Símans ætti rétt á CDR-færslum til gagnavinnslu á grundvelli þess að Tal og Alterna nytu heildsöluþjónustu hjá Símanum. Þriðja atriðið væri að tilteknir smásöluaðilar ættu eigin símstöðvar og að þar yrðu einnig til símtalagögn sem væru sambærileg við þau sem notuð væru til gjaldfærslu. Þessi málflutningur væri óskiljanlegur og hefði enga skírskotun til þess að smásala Símans þyrfti nauðsynlega á gögnum heildsölnnar að halda. Síminn staðhæfði að smásalar sem semdu um endursölu að farsímaþjónustu Símans myndu aldrei

sætta sig við að hafa ekki aðgang að gögnum til að gjaldfæra þjónustu sína. Vissulega væri þetta rétt, en það veitti þeim að sjálfsögðu ekki leyfi til þess að vinna úr símtalsgögnum persónulegar upplýsingar og nota þær í þeim tilgangi sem Síminn hefði gert. Þá legði Síminn til að ef einhver vafi léki á því hvaða gögn ættu að tilheyra smásölnni, þá væri Síminn reiðubúinn til þess að leggjast í skoðun á því í samvinnu við PFS og önnur fjarskiptafyrirtæki. Þessu hafnaði Nova og benti á að það væri skýrt samkvæmt ákvæðum fjarskiptalaga og samtengisamningi að smásala Símans ætti ekki að hafa neinn aðgang að símanúmerum og enn síður kennitölum þeirra sem hringdu til viðskiptavina Símans.

2.20.4 Athugasemdir við umfjöllun Símans um gerð og notkun úthringilista í smásölu

Síminn vísaði til þess að erlend símafyirtæki notuðu upplýsingar um símtöl til viðskiptavina sinna í ýmsum tilgangi. Hér væri enn reynt að afbaka málið því umrædd dæmi hefðu ekkert með málið að gera. Fyrra dæmið liti að því að veita viðskiptavini afslátt í hlutfalli við innhringingar til hans. Seinna dæmið væri tilvísun til bandaríska símamarkaðarins sem hefði þó ekkert með brot Símans að gera. Tilvísun til hugsanlegs áhuga ESB á „Receiving Party Pays“ væri enn ein þæfing Símans á málavöxtum. Athyglisvert væri að Síminn fullyrti að félagið væri ekki eina fyrirtækið sem hefði nýtt sér slíkar upplýsingar á smásölustigi.

Á bls. 9 viðurkenndi Síminn loks að úthringilistar hefðu verið unnir útfrá umferðargögnum um þá símnotendur sem mest hefðu hringt í viðskiptavini Símans. Umræddir listar hefðu verið samkeyrðir við símaskrá til að tengja símanúmerin við nöfn og kennitölur í þeim tilgangi að freista þess að fá þá í viðskipti við Símann. Gagnavinnslan virtist hafa verið sértæk, því miðað við fyrri lýsingar Símans á gagnavinnslumöguleikum smásölnnar ætti hún almennt ekki að geta sótt sér slíka lista. Ráðist hefði verið í sértæka gagnavinnslu umferðarupplýsinga til þess að Síminn næði til sín mikilvægustu stórnotendum Nova. Eftir að upp hefði komist um háttsemina hefði Síminn hins vegar reynt að bera það fyrir sig að smásalan yrði að hafa þessar upplýsingar aðgengilegar og að félagið hefði verið í góðri trú um að smásalan mætti nýta sér þær í starfsemi sinni. Nova vísaði slíku alfarið á bug. Á bls. 10 væri að finna enn frekari sönnun fyrir því að gagnavinnslan hefði ekki verið framkvæmd af smásölu Símans, heldur hefði hún verið unnin fyrir smásöluna í sértækri aðgerð. Þar kæmi fram að einhver deild Símans framkvæmdi gagnavinnslu fyrir smásölu Símans þar sem *keyrðir væru út listar yfir öll númer samkeppnisaðila sem hringdu í GSM viðskiptavini Símans*. Því væri svo lýst að eftir ákveðna vinnslu hefði listum með rúmlega 3.500 númerum og nöfnum þeirra viðskiptavina Nova sem mest hringdu í viðskiptavini Símans verið sendir til „sölu á einstaklingssviði“. Þessi lýsing tæki af öll tvímæli um umfang aðgerða Símans sem hefði komið sér upp listum sem hefðu innihaldið alla viðskiptavini Nova sem hringt hefðu í viðskiptavini Símans.

Sem betur fer hefði Nova náð að koma í veg fyrir að Síminn héldi áfram háttalagi sínu og endurtæki úthringingar sínar til „stórnotenda“ Nova. Félagið hefði þó enga vissu fyrir því hvort Síminn hefði fjarlæggt listana yfir alla viðskiptavini Nova sem hringt hefðu í

viðskiptavini Símans eða hvort Síminn hefði í hyggju að nota þessa ólögsmætu lista síðar með einhverjum hætti. Því væri mjög mikilvægt að PFS mælti í endanlegri ákvörðun sinni fyrir um að umferðargögnum sem kynnu að vera í förum smásölu Símans í öðrum tilgangi en gert væri ráð fyrir í fjarskiptalögum og samtengisamningi yrði eytt.

2.20.5 Athugasemdir við afstöðu Símans til 26. gr. fjarskiptalaga

Nova mótmælti alfarið þeirri afstöðu Símans að félagið hefði ekki brotið gegn 26. gr. fjarskiptalaga eða 9. gr. samtengisamnings Símans og Nova þar sem framangreind ákvæði fjölluðu ekki um miðlun fjarskiptaupplýsinga sem trúnaðarupplýsinga. Augljóst væri að mati Nova með hliðsjón af 26. gr. fjarskiptalaga og lögskýringargögnum að ofangreind afstaða Símans stæðist ekki. Ákvæði 26. gr. mælti fyrir um að fjarskiptafyrirtæki sem öðluðust upplýsingar frá öðru fyrirtæki við gerð samninga um aðgang eða samtengingu *eða að loknum samningum* skyldu eingöngu nota upplýsingarnar í þeim tilgangi sem þær voru veittar og skyldu á öllum stigum halda trúnað. Óheimilt væri að afhenda upplýsingarnar öðrum, þ.m.t. öðrum deildum fyrirtækis. Í athugasemdum við ákvæðið væri m.a. kveðið á um að sérstaklega væri gert ráð fyrir að þessar upplýsingar bærust ekki til annarra deilda fjarskiptafyrirtækis en þeirra sem á þeim þyrftu að halda í þeim tilgangi að koma á samningi *eða efna gerðan samning*. Því vísaði Nova á bug túlkun Símans á ofangreindu orðalagi að fjarskiptaumferðarupplýsingar féllu ekki undir upplýsingar sem 26. gr. næði yfir. Nova teldi augljóst af framangreindu orðalagi að trúnaðarskyldan sem fælist í ákvæðinu næði yfir umrædd grunn gögn sem yrðu til við samtengingu neta. Um væri að ræða upplýsingar sem fjarskiptafyrirtæki öðlaðist frá öðru fyrirtæki í tengslum við samtengisamning en sá samningur væri ástæða þess að fjarskiptafyrirtæki byggi yfir umræddum upplýsingum.

Í aðgangstilskipun ESB kæmi framangreindur skilningur Nova enn skýrar fram. Þar kæmi m.a. fram að fyrirtæki sem fengju upplýsingar frá öðru fyrirtæki um fyrirkomulag aðgangs eða samtengingar áður en, á meðan, eða eftir að samið væri, skyldu aðeins nota þessar upplýsingar í þeim tilgangi sem þær voru veittar til og undantekningarlaust virða leynd þeirra. Þá kæmi fram að upplýsingarnar skyldi ekki senda til annarra aðila, einkum ekki annarra deilda fyrirtækisins sem haft gætu ávinning af þeim. Ljóst væri að ákvæðið tiltæki skýrlega að trúnaðurinn næði yfir upplýsingar sem rekja mætti til samtengisamnings og þ.á.m. upplýsingar sem fyrirtæki öðlaðist í tengslum við framkvæmd hans, m.a. „*eftir að samið væri*“.

Það léki enginn vafi á því að háttsemi Símans fæli bersýnilega í sér brot gegn 26. gr. fjarskiptalaga. Þetta væri augljóst þegar ákvæðið sjálft, lögskýringargögn og ákvæði aðgangstilskipunar ESB væru skoðuð. Nova vísaði alfarið á bug tilraun Símans til þess að snúa út úr merkingu texta ákvæðisins eða staðhæfingum um að óvissa væri um hvort fjarskiptaumferðarupplýsingar teldust til trúnaðarupplýsinga sem féllu undir ákvæðið. Um væri að ræða veika tilraun Símans til að koma sér hjá ábyrgð á skýru lagabroti. Ofangreind ákvæði fjarskiptalaga og aðgangstilskipunarinnar kvæðu ennfremur skýrlega á um það að upplýsingar sem fjarskiptafyrirtæki öðlast frá öðru fyrirtæki í tengslum við samtengisamning skyldu einungis notaðar í þeim tilgangi sem þær hefðu verið veittar til.

Þetta væri ennfremur tekið fram í 3. mgr. 9. gr. samtengisamnings félaganna. Það væri því augljóst að Síminn hefði með háttsemi sinni brotið gegn þessu skilyrði, enda fráleitt að halda því fram að félagið hefði fengið umræddar upplýsingar frá Nova í markaðslegum tilgangi.

Síminn héldi því fram að skráning umferðarupplýsinga vegna samtenginga fæli í sér að smásala Símans mætti mæla og skrá upplýsingar um samtengiumferð, vegna þess að í orðalagi samtengisamninga sem félagið hefði gert væri kvæðið á um að ef gagnaðili kysir að mæla og skrá einnig viðkomandi umferð væri honum heimilt að bera saman grundvöll móttækis reiknings við þá mælingu. Þessu væri mótmælt af hálfu Nova. Hér vísaði Síminn í texta sem fjallaði um samtengingu á heildsölustigi, myndun reikninga fyrir samtengiumferð á heildsölustigi og hvernig aðilar gætu verið vissir um að mælingar hvors annars væru réttar. Í þessum tilvikum væri alltaf unnið með samanteknar ópersónubundnar heildartölur yfir langt tímabil. Textinn fjallaði alls ekki um rétt smásöludeilda fjarskiptafyrirtækja til að fá aðgang að grunnupplýsingum samtengingar og vinna hvers lags gagnavinnslu upp úr þeim upplýsingum í markaðslegum tilgangi.

Það blasti við hversu óeðlilegt það væri ef fjarskiptaumferðarupplýsingar teldust ekki til trúnaðarupplýsinga samkvæmt 26. gr. laganna. Til þess að unnt væri að starfrækja skilvirkt fjarskiptakerfi væri nauðsynlegt að fjarskiptafyrirtæki gerðu samtengisamninga sín á milli. Vegna þessa hefði PFS einmitt lagt á kvaðir um samteningar. Vegna slíkra samninga hefðu fjarskiptafyrirtæki aðgang að ýmsum viðkvæmum upplýsingum annarra fjarskiptafyrirtækja, þ.á.m. grunngagna sem yrðu til við samtengingu neta. Úr þessum upplýsingum væri tæknilega hægt að vinna ítarlegar greiningar, eins og atvik þessa máls leiddu berlega í ljós. Út frá umræddum upplýsingum væri þannig unnt að kortleggja hegðun hvers einasta neytanda. Það stæðist ekki á nokkurn hátt, hvorki í skilningi fjarskiptalaga né laga um persónuvernd, að Síminn hagnýtti sér og misnotaði þann möguleika. Væri ekki fyrir ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga væri vandséð að fjarskiptafyrirtæki væru tilbúin að gera samtengisamninga sín á milli.

Þá héldi Síminn því fram að notkun félagsins á fjarskiptaupplýsingum fæli ekki í sér brot gegn samtengisamningi Símans og Nova. Þessu væri harðlega mótmælt enda væri málatilbúnaður þessi enn eitt dæmið um fjarstæðukenndan útúrslúning. Síminn héldi því fram að fjarskiptaupplýsingar væru hvorki upplýsingar um *aðstæður* né *atriði* sem vísað væri til í 9. gr. samningsins án þess að styðja fullyrðingu sína neinum rökum. Það blasti við að upplýsingar um fjarskiptaumferð samningsaðila væru trúnaðarupplýsingar sem halda bæri leyndum. Þetta leiddi m.a. af þeim notkunarmöguleikum sem slíkar fjarskiptaupplýsingar byðu upp á. Þá væri í ákvæðinu sérstaklega tekið fram hvaða upplýsingar teldust ekki trúnaðarupplýsingar, þ.e. upplýsingar sem ætla mætti að yrðu á allra vitorði eða öllum aðgengilegar. Málatilbúnaður Símans um að nauðsynlegt hefði verið að taka sérstaklega fram að þagnarskyldan ætti við um fjarskiptaumferðarupplýsingar fengi því ekki staðist.

2.20.6 Athugasemdir við afstöðu Símans til 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga

Síminn héldi því fram að í ofangreindri háttsemi fælist ekki brot gegn 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Því hafnaði Nova. Staðhæfingar Símans gengu út á að samþykki áskrifenda Símans veitti félaginu leyfi til þess að vinna persónugreinanlegar upplýsingar um viðskiptavinum samkeppnisaðilanna sem hringdu til viðskiptavina Símans. Síminn hefði áður útlistað að ekki hefðu verið tekin saman gögn um það í hvaða áskrifendur Símans viðskiptavinir Nova hefðu hringt, heldur hefði „eingöngu“ verið safnað upplýsingum um fjölda símtala, fjölda mínútna og viðskiptavinir Nova verið flokkaðir eftir notkun og einkenndir kennitölu/nafni. Nú væri því hins vegar haldið fram að Síminn hefði leyfi áskrifenda sinna til þess að framkvæma gagnavinnslu á öllum fjarskiptagögnum því þau tengdust viðskiptavinum Símans á einhvern hátt. Þetta væri fráleit túlkun á ákvæðinu sem fengi engan veginn staðist. Það skyti afar skökku við ef viðskiptavinir Símans gætu, með undirritun samningsskilmála gagnvart Símanum, ráðstafað persónulegum hagsmunum annarra, þ.á.m. viðskiptavina Nova, að þeim forspurðum. Ennfremur vísaði Nova til bréfs Persónuverndar til PFS og Símans, dags. 29. júlí s.l., en þar kæmi fram að háttsemi Símans lyti að hluta til einnig að vinnslu persónuupplýsinga í skilningi laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga.

2.21 Bréf PFS til Símans, dags. 26. ágúst 2010

Í bréfi PFS til Símans, dags. 26. ágúst s.l., var félaginu veitt færi á að tjá sig um ofangreint bréf Nova. Fram kom að Síminn hefði óskað eftir að PFS héldi sáttafund með aðilum og að Nova hefði ekki mótmælt því, þó svo fyrirtækið hafi sett ýmsa fyrirvara varðandi þátttöku á slíkum fundi. Áður en til slíks fundar kæmi væri æskilegt að Síminn mótaði sér afstöðu til nánar tiltekinna atriða sem til greina kæmi að fjalla um á slíkum fundi og Nova hefði bent á í ofangreindu bréfi sínu. Atriðin væru í fyrsta lagi hvaða þættir málsins gætu að mati Símans orðið andlag sáttar, í öðru lagi hvort Síminn hefði í hyggju að ljá máls á einhvers konar bótum til Nova vegna hugsanlegs tjóns og í þriðja lagi hvernig félagið hygðist tryggja að sambærileg háttsemi endurtæki sig ekki.

2.22 Tölvupóstsamskipti milli PFS, Símans og Nova frá 8.-14. september 2010

Þann 8. september s.l. sendi PFS tölvupósta til Símans og Nova og lagði til að sáttafundur yrði haldinn í málinu þann 16. september. Þar sem Nova hafði ekki boðað komu sína á ofangreindan sáttafund sendi PFS félaginu ítrekun í tölvupósti þann 14. september. Svar barst frá Nova samdægurs. Félagið óskaði eftir upplýsingum um það hvort Síminn hefði svarað þeim spurningum sem PFS hefði lagt fyrir félagið í framangreindu bréfi. Þá þótti Nova eðlilegt að félagið fengi að kynna sér athugasemdabréf Símans við framangreindu bréfi Nova frá 20. ágúst. PFS sendi Símanum tölvupóst þann 14. september og upplýsti félagið um framangreinda afstöðu Nova til sáttafundar. PFS tók fram að þar sem það væri hegðun Símans sem hér væri til skoðunar og félagið hefði óskað eftir sáttafundi fengi PFS ekki séð að flötur væri til að koma á slíkum fundi nema að uppfylltum framangreindum skilyrðum Nova, enda gætu þau vart talist ómálaefnaleg. Nova bæri ekki skylda til að sækja sáttafund frekar en önnur fjarskiptafyrirtæki sem beina kvörtunum til PFS. PFS framlengdi svarfrest Símans til 21. september og tók það fram að í því svarbréfi

skyldi afstaða Símans koma skýrt fram um það hvort ennþá væri óskað eftir sáttafundi miðað við ofangreindar forsendur.

2.23 Ákvörðun PFS nr. 26/2010 um aðild Vodafone að málinu frá 14. september 2010

Þar sem Síminn hafði mótmælt kröfu Vodafone um aðgang að gögnum málsins, að því er varðaði meinta misnotkun á upplýsingum um viðskiptavinum Vodafone, tók PFS formlega ákvörðun um aðild félagsins að málinu, þ.m.t. um rétt þess til aðgangs að gögnum þess, sbr. ákvörðun nr. 26/2010 frá 14. september s.l. Niðurstaðan var á þá leið að Vodafone nyti stöðu aðila máls á grundvelli stjórnsýslulaga nr. 37/1993 að því er varðaði meinta misnotkun Símans á upplýsingum um viðskiptavinum fyrirtækisins. Var Símanum jafnframt gert skylt að afhenda Vodafone sérstaklega tilgreind málsgögn innan tiltekinna tímamarka.

2.24 Bréf Símans til PFS, dags. 22. september 2010

Með bréfi Símans til PFS, dags. 22. september s.l., viðurkenndi Síminn að notkun smásölu Símans á umferðarupplýsingum í markaðslegum tilgangi hefði ekki verið lögum samkvæmt og harmaði að hafa nýtt umræddar upplýsingar með þeim hætti sem gert var. Síminn teldi mikilvægt að PFS nálgæðist málið með uppbyggilegum hætti með það að markmiði að leikreglur yrðu skýrar til framtíðar og setti skýrar reglur sem eyddu óvissu. Yrði þetta gert í samstarfi við öll fjarskiptafyrirtæki á markaði. Jafnframt að úttekt óháðs faglegs aðila á meðhöndlun umferðarupplýsinga í samstarfi við Símann yrði fyrirtækinu gagnleg og að rétt væri að PFS og Síminn ræddu nánari útfærslu úttektarinnar, eftir atvikum með aðkomu annarra fjarskiptafyrirtækja. Þá væri spurning hvort rétt væri að beina hluta málsins til Persónuverndar. Mikilvægt væri að úr málinu yrði leyst heildstætt þannig að ekki þyrfti að leysa úr sömu eða sambærilegum álitamálum fyrir fleiri en einu stjórnvaldi. Annað hvort yrði því Persónuvernd fengin úrlausn þessa máls með PFS eða PFS kæmist að þeirri niðurstöðu að sú stofnun væri ein valdbær til að skera úr um öll álitamál sem uppi væru í málinu. Að lokum væri rétt að sameina kvartanir Nova og Vodafone í eitt mál.

2.25 Bréf Nova til PFS, dags. 30. september 2010

Með bréfi Nova til PFS, dags. 30. september s.l., tjáði félagið sig um ofangreint bréf Símans til PFS frá 22. september. Að mati Nova lægi málið algerlega ljóst fyrir. Með því að hagnýta sér í markaðslegum tilgangi trúnaðargögn sem til hefðu orðið við samtengingu neta Nova og Símans hefði Síminn augljóslega brotið gegn ákvæðum fjarskiptalaga og ákvæðum samtengisamnings félaganna. Enginn vafi léki á því að umrædd háttsemi Símans væri ólögmat og óeðlileg í öllum skilningi. Það væri enn augljósara nú þegar fyrir lægi viðurkenning Símans á ólögmati umræddrar háttsemi. Því væri hafnað að lagaumhverfið sem gildi um umrædda háttsemi hefði valdið einhverri þeirri óvissu sem gæti afsakað umrædda háttsemi. Þvert á móti hefði ólögmati háttsemi Símans legið ljós fyrir frá upphafi. Niðurstaða málsins gæti því ekki orðið önnur en sú að PFS staðfesti kröfur Nova, þ.e. að tekin yrði formleg ákvörðun um brot Símans og félagið

beitt ýrústru viðurlögum. Athyglisvert væri að Síminn legði til einhvers konar samvinnu um með hvaða hætti málum sem þessum skyldi skipað til framtíðar. Nova ítrekaði að reglur um meðferð upplýsinganna væru alls ekki óljósar. Reglurnar væru skýrar og Síminn hefði gengið til háttsemi sinnar fullkomlega meðvitaður um hvað félagið væri að gera. Teldi PFS ástæðu til að setja reglur til framtíðar um málefnið væri Nova að sjálfsögðu reiðubúið að koma að slíkri vinnu. Það gæti hins vegar ekki breytt niðurstöðu þessa tiltekna máls.

2.26 Bréf Vodafone til PFS, dags. 6. október 2010

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 6. október s.l., bárust stofnuninni kröfur og sjónarmið félagsins í málinu. Fram kom að Síminn hefði viðurkennt að hafa nýtt sér upplýsingar um viðskiptavinum félagsins með samsvarandi hætti og gagnvart viðskiptavinum Nova. Vodafone liti svo á að Síminn hefði með framangreindu bréfi, dags. 22. október, fallið að mestu frá andmælum þeim sem fram kæmu í bréfi fyrirtækisins, dags. 30. júní, enda viðurkennt af hálfu félagsins að notkun smásöluunnar á umferðarupplýsingum í markaðslegum tilgangi hefði ekki verið lögum samkvæmt. Sökum þessarar stefnubreytingar Símans teldi Vodafone ekki þörf á að fjalla ítarlega um andmælabréf Símans, dags. 30. júní, en tæki undir athugasemdir Nova, dags. 20. ágúst s.l., þar sem málatilbúnaður Símans hefði algerlega verið hrakinn. Því væri rétt að PFS tæki ákvörðun í samræmi við hina fyrirhuguðu ákvörðun. Í ljósi þess að Vodafone væri orðinn aðili málsins væri rétt að PFS tæki í ákvörðun sinni einnig afstöðu til brota Símans gegn hagsmunum Vodafone og viðskiptavina hans.

Vodafone taldi ekki að réttarstaðan væri eitthvað óljós um heimildir Símans til að vinna úr umferðarupplýsingum með þeim hætti sem gert hefði verið. Að mati Vodafone væri ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga alveg skýrt um þetta atriði, ásamt því sem slíkt bann hefði verið kunnert Símanum sérstaklega í ákvörðun PFS frá 20. júlí 2006 (M16). Engin þörf væri á því að PFS setti „skýrar reglur sem eyddu óvissu“ í samstarfi við öll fjarskiptafyrirtæki á markaði eða að þörf væri á úttekt óháðs faglegs aðila á meðhöndlun umferðarupplýsinga hjá Símanum. PFS hefði að lögum umsjón með framkvæmd fjarskiptamála hérlendis og því ljóst að Símanum bæri að fara að fyrirmælum stofnunarinnar. Þá leiddi það af almennum reglum stjórnsluréttar að telja yrði PFS vera „óháðan faglegan aðila“ þegar stofnunin fjallaði um umrætt málefni. Stofnunin hefði ennfremur heimild til að leita eftir nauðsynlegri tæknilegri aðstoð án þess að þurfa að semja sérstaklega við Símann um slíkt. Vodafone myndi þó að sjálfsögðu koma til fundar með fulltrúum PFS um málefnið ef eftir yrði leitað.

Í andmælabréfi Símans hefði komið fram að félagið hefði haft samband við 1.400 viðskiptavinum Vodafone/Tal og að af þeim hefðu 126 ákveðið að flytja viðskipti sín. Vodafone krefðist þess að PFS staðreyndi hvort þessar upplýsingar væru réttar og hver skipting milli viðskiptavina Vodafone og Tals hefði verið og hvaða viðskiptavinir Vodafone hefðu ákveðið að flytja viðskipti sín til Símans. Yrði talið óheimilt að afhenda slíkar persónugreindar upplýsingar væri gerð krafa um að PFS veitti þær ópersónugreindar, þar sem fram kæmu upplýsingar um umfang viðskipta þessara

einstaklinga og við hvaða umfang Síminn hefði miðað þegar hann ákvað að flokka þá sem hringt hefði verið í sem „stórnotendur“.

Vodafone teldi rétt að mál þetta yrði framsent Persónuvernd til meðferðar vegna eftirlitshlutverks stofnunarinnar skv. 1. mgr. 37. gr. laga nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, ásamt því sem PFS eða Persónuvernd kvæði á um að Símanum yrði gert að senda öllum þeim sem samband var haft við afsökunarbeiðni þar sem skýrt kæmi fram viðurkenning Símans á því að hafa brotið gegn 26. gr. og 42. gr. fjarskiptalaga. Ennfremur tæki félagið undir kröfu Nova þess efnis að PFS mælti fyrir um að umferðargögn sem kynnu að vera í fórum smásölu Símans í öðrum tilgangi en gert væri ráð fyrir í fjarskiptalögum og samtengisamningum yrði eytt.

2.27 Bréf Símans til PFS, dags. 22. október 2010

Með bréfi Símans til PFS, dags. 22. október s.l., bárust athugasemdir Símans við ofangreindu bréfi Vodafone. Síminn hafnaði þeirri fullyrðingu að með bréfi Símans, dags. 22. september, hefði Síminn fallið að mestu frá andmælum þeim sem fram hefðu komið í bréfi Símans til PFS, dags. 30. júní. Þess hefði verið krafist að PFS staðreyndi hvort upplýsingar um fjölda fluttra númera væru réttar og að veittar yrðu upplýsingar um umrædda viðskiptavini. Síminn hefði þegar veitt umræddar upplýsingar og væru þær að sjálfsgöðu réttar. Þá hefði þess verið krafist að veittar yrðu upplýsingar um umfang viðskipta umræddra viðskiptavina og viðmið Símans við gerð úthringilista. Kröfugerð Vodafone væri órökstudd að þessu leyti og ekki væri vísað til þess á hvaða lagagrundvelli hún væri byggð. Þá lægi ekki fyrir nein slík úttekt af hálfu Símans. Teldi Síminn kröfugerðina fráleita og að henni bæri að hafna með öllu. Loks skyldi þess getið að smásala Símans hefði þegar eytt þeim upplýsingum sem farið væri fram á að yrði eytt.

III.

Forsendur og niðurstaða

3.1 Inngangur

Í máli þessu snýr ágreiningurinn að meintum brotum Símans á trúnaðarskyldum sínum með því að nota fjarskiptaumferðarupplýsingar í markaðslegum tilgangi. Síminn öðlaðist umræddar upplýsingar í tengslum við framkvæmd samtengisamninga félagsins við önnur fjarskiptafyrirtæki. Kvartendur telja að Símanum hafi með öllu verið óheimilt að nýta umræddar upplýsingar í markaðslegum tilgangi þar sem tilgangurinn með veitingu þeirra hafi eingöngu verið að gera samtengingu neta mögulega. Því hafi heildsölu Símans verið óheimilt að veita smásölu félagsins aðgang að umræddum upplýsingum. Síminn hefur viðurkennt að hafa nýtt upplýsingar sem fyrirtækið hefur öðlast vegna framkvæmdar samtengisamninga á heildsölustigi í markaðslegum tilgangi á smásölustigi í bága við ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga. Hins vegar hefur Síminn ekki fallist á að miðlun upplýsinganna frá heildsölu til smásölu sé í sjálfu sér ólöglegt enda geti smásölunni verið nauðsynlegt að fá aðgang um umræddum gögnum í ýmsum öðrum tilgangi en til

markaðssetningar. Þá hefur Síminn jafnframt í athugasemdum sínum við bréf Vodafone hafnað því að hafa fallið frá andmælum sem fram komu í bréfi félagsins frá 30. júní.

Þá varðar málið ágreining um það hvort ofangreind háttsemi Símans teljist brjóta í bága við ákvæði 4. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga að því er varðar vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífs viðskiptavina annarra fjarskiptafélaga en Símans sem Síminn vann persónuupplýsingar um í markaðslegum tilgangi.

3.2 Málsmeðferð PFS

Í andmælubréfi sínu, dags. 30. júní s.l., gerði Síminn athugasemdir við að stofnunin virti ekki skyldu sína samkvæmt 9. gr. laga nr. 69/2003 til að leita sátta með deiluaðilum áður en ákvörðun væri tekin og krafðist þess að málsmeðferð yrði hafin að nýju.

Í 1. mgr. 9. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun kemur fram að komi upp deilur milli fjarskiptafyrirtækja um skyldur sem leiða af lögum um fjarskipti geti deiluaðili beint málinu til PFS. Þá kemur fram að PFS skuli leita sátta með aðilum og skera úr ágreiningi með ákvörðun ef samkomulag næst ekki. Fyrirmæli laga um að PFS skuli leita sátta með aðilum bindur aftur á móti ekki hendur stofnunarinnar um að setja mál í tiltekinn farveg telji hún það þjóna markmiðum fjarskiptalaga, en í 4. mgr. ákvæðisins segir: „Póst- og fjarskiptastofnun getur á ákveðnum tilfellum gripið inn í deilur aðila að eigin frumkvæði til þess að ná markmiðum laga um fjarskipti, laga um pósthjónustu eða laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

Hins vegar er ekki rétt að horft hafi verið framhjá því að Síminn og Nova gætu náð sáttum um tiltekna þætti málsins. Eins og fram kemur í málavaxtalýsingunni hér að framan freistaði PFS þess að koma á sáttafundi á milli Símans og Nova. Nova hafði ákveðnar efasemdir um tilgang slíks fundar þar sem félagið taldi brot Símans augljóst og að það varðaði ekki aðeins Nova heldur einnig viðskiptavini félagsins, en félagið gæti ekki ráðstafað hagsmunum þeirra í slíku sáttaferli. Félagið lýsti sig hins vegar reiðubúið til að mæta til slíks fundar að tilteknum skilyrðum uppfylltum. PFS kom þeim boðum til Símans en afstaða Símans til sáttafundar með slíkum formerkjum var ekki svarað. Auk þess viðurkenndi Síminn brot sitt að hluta til eftir þau bréfaskipti sem lýst er hér að framan. PFS telur því að hvorugur aðilinn hafi sýnt mögulegum sáttaumleitunum PFS nægilega mikinn áhuga til að af slíkum sáttafundi gæti orðið, auk þess sem mjög óljóst er um hvað slík sátt ætti að ná. Nova og Vodafone hafa lagt hart að PFS að taka ákvörðun í því máli sem hér er til umfjöllunar án frekari tafa. Verður málið því tekið til meðferðar hér með, enda hafa sjónarmið allra aðila komið fram og málið telst fullrannsakað.

Síminn gerði ennfremur athugasemdir við það að málsmeðferð PFS samræmdist ekki meginreglum stjórnisýsluréttarins og góðum stjórnisýsluháttum. Af boðunarbréfi PFS hefði mátt draga þá ályktun að stofnunin hefði lokið rannsókn málsins og komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn tilteknum ákvæðum fjarskiptalaga án þess að félagið hefði fengið að tjá sig um það. Slík málsmeðferð færi á svig við andmæla-reglu og rannsóknarreglu stjórnisýslulaga. Þá hefði PFS gengið fram með mun harkalegri hætti en

nauðsynlegt bæri til að ná því markmiði sem að væri stefnt og því væru skilyrði um meðalhóf ekki uppfyllt. Að lokum hefði PFS ekki virt lögætisreglu stjórnsýsluréttarins.

PFS hafnar alfarið ofangreindum sjónarmiðum Símans. Ofangreint boðunarbréf laut einmitt að því að gefa félaginu færi á að tjá sig um hina fyrirhuguðu ákvörðun áður en hún yrði tekin. Það nýtti Síminn sér með ítarlegu andmælabréfi, dags. 30. júní, auk þess sem félagið fékk fleiri færi á að tjá sig um málið sem það nýtti sér. Því er algjörlega fráleitt að halda því fram að brotið hafi verið á andmælarétti Símans eða að rannsóknarskyldu hafi ekki verið sinnt. Eins og fram kemur í málavaxtalýsingu hér að framan spanna bréfaskipti málsins hátt í þriðja tuginn. Þá verður að telja að tilvísanir Símans til brota PFS á meðalhófsreglu og lögætisreglu stjórnsýsluréttarins séu algjörlega órökstuddar. Því ber að hafna þeim kröfum Símans að einhverjir þeir formlegu annmarkar séu á málsmeðferð PFS sem leiði til ógildingar ákvörðunar þessarar.

3.3 Meðferð Símans á trúnaðarupplýsingum

Í 26. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 getur að líta ákvæði sem lýtur að innbyrðis samskiptum fjarskiptafyrirtækja og meðferð þeirra á trúnaðarupplýsingum sem þau öðlast við gerð eða framkvæmd samninga um aðgang eða samtengingu. Ákvæðið hljóðar svo:

„Fjarskiptafyrirtæki sem öðlast upplýsingar frá öðru fyrirtæki við gerð samninga um aðgang eða samtengingu eða að loknum samningum skulu eingöngu nota upplýsingarnar í þeim tilgangi sem þær voru veittar og skulu á öllum stigum halda trúnað. Óheimilt er að afhenda upplýsingarnar öðrum, þar á meðal öðrum deildum fyrirtækis, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.“

Í frumvarpsathugasemdom við ofangreint ákvæði segir að með greininni séu settar takmarkanir á meðferð upplýsinga sem fjarskiptafyrirtæki skiptast á þegar samið er um aðgang eða samtengingu. Óumflýjanlegt væri í mörgum tilfellum að fyrirtæki þyrftu að gefa viðsemjanda sínum einhverjar upplýsingar sem þau myndu að öllu jöfnu kjósa að halda leyndum vegna viðskiptahagsmuna. Sérstaklega væri gert ráð fyrir að þessar upplýsingar bærust ekki til annarra deilda fjarskiptafyrirtækis en þeirra sem á þeim þyrftu að halda í þeim tilgangi að koma á samningi eða efna gerðan samning. Hliðstætt ákvæði hefði verið í 2. mgr. 25. gr. áðurgildandi fjarskiptalaga nr. 107/1999 en það hefði einskorðast við samtengisamninga. Samkvæmt síðastgreindu er ljóst að ákvæðið hefur frá árinu 1999 varðað trúnað í tengslum við gerð og framkvæmd samtengisamninga en einskorðast ekki lengur við slíka samninga.

Fyrirmynd 26. gr. fjarskiptalaga er að finna í 3. tölul. 4. gr. aðgangstilskipunar ESB 2002/19/EB. Í 1. tölul. greinarinnar er kveðið á um réttindi og skyldur fjarskiptafyrirtækja til að gera samtengisamninga sín á milli. Kveðið er á um slík réttindi og slíkar skyldur til samtengingar í 24. gr. fjarskiptalaga. Í 3. tölul. aðgangssorða framangreindrar tilskipunar segir svo að aðildarríkin skuli krefjast þess að fjarskiptafyrirtæki sem fá upplýsingar frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum áður en, á meðan eða eftir að samið er um fyrirkomulag vegna aðgangs eða samtengingar noti upplýsingarnar einungis í þeim tilgangi sem þær voru veittar til og virði undantekningarlaust leynd þeirra upplýsinga sem voru sendar eða

geymdar. Upplýsingarnar sem fjarskiptafyrirtækin fá í hendur með ofangreindum hætti skulu ekki sendar til annarra aðila sem haft gætu ávinning af slíkum upplýsingum í samkeppni, t.d. annarra deilda fyrirtækisins.

PFS hefur útnefnt Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á fjölmörgum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðarins í kjölfar markaðsgreininga á undanförunum árum. Síminn var m.a. útnefndur með slíkan markaðsstyrk á öllum samtengingarmörkuðunum í fastanetinu með ákvörðun PFS frá 4. desember 2008. Á umræddum mörkuðum fyrir aðgang, lúkningu og flutning símtala í talsímanetinu voru ýmsar kvaðir lagðar á Símann, m.a. um jafnræði. Þar er jafnræðiskvöðin útfærð á þann hátt að meðferð upplýsinga sem félagið öðlast við gerð slíkra samninga skuli vera í samræmi við 26. gr. fjarskiptalaga. Jafnræðiskvöð hvílir einnig á Símanum á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum, sbr. ákvörðun PFS frá 20. júlí 2006. Þar segir að Síminn skuli haga starfsemi sinni með þeim hætti að meðferð upplýsinga sem fram koma við gerð og framkvæmd samtengisamninga sé í samræmi við 26. gr. fjarskiptalaga og að óheimilt sé að afhenda öðrum upplýsingar um viðskipti við önnur fyrirtæki um lúkningu símtala, þ.á.m. öðrum deildum fyrirtækisins.

Núgildandi viðmiðunartilboð Símans er frá 1. júní 2009 en samkvæmt grein 1.3.2 leysti það eldri viðmiðunartilboð og samtengingarsamninga Símans við önnur fjarskiptafyrirtæki af hólmi. Í 5. gr. er fjallað um uppgjör milli aðila, útskrift reikninga og greiðslur. Heildartími á hverju uppgjörstímabili reiknast sem summan af skráðum umferðarsekúndum allra símtala sem innheimt er fyrir og er mælingin nauðsynlegur grundvöllur reikningafærslu samningsaðila. Samningsaðilar skulu senda skýrslur um forsendur reikningsfærslunnar strax að loknu uppgjörstímabili. Reikningaútskrift fyrir samtengingarumferð skal byggð á skýrslum og mælingum á samtengingarumferð frá viðkomandi samningsaðila og skulu skýrslur um forsendur reikningafærslunnar fylgja sendum reikningum. Í 9. gr. viðmiðunartilboðsins er síðan að finna eftirfarandi ákvæði um þagnarskyldu:

„Samningsaðilar skuldbinda sig til að ljóstra ekki upp trúnaðarupplýsingum sem þeir hafa móttakið frá gagnaðila, þ.m.t. upplýsingum um stjórnunarlegar, fjárhagslegar eða tæknilegar aðstæður gagnaðila, aðrar aðstæður varðandi rekstur, viðskipti eða atríði sem ætla má að teljist trúnaðarupplýsingar, sem halda ber leyndum.

Upplýsingar, sem eru eða ætla má að verði á allra vitorði eða öllum aðgengilegar, teljast ekki trúnaðarupplýsingar, nema slíkt stafi af broti á ákvæði þessu.

Upplýsingar skal aðeins nota í þeim tilgangi sem þær voru fengnar og að því marki sem nauðsynlegt er við framkvæmd samningsins.“

Gögn málsins gefa til kynna að Síminn hafi gripið til umfangsmikilla markaðsaðgerða sem beindust að öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Tilgangurinn var markvisst sá að ná frá félögum mikilvægum viðskiptavinum með óeðlilegri notkun á trúnaðarupplýsingum sem ekki ber að nota í markaðslegum tilgangi. Síminn hefur viðurkennt að umrædd notkun á framangreindum upplýsingum hafi ekki verið lögum samkvæmt. Að mati PFS er um að ræða yfirgripsmiklar aðgerðir af hálfu Símans. Þeir listar sem Síminn vann upp úr umræddum umferðargögnum höfðu að geyma sundurgreinanlegar upplýsingar um

mörg þúsund viðskiptavini annarra fjarskiptafyrirtækja. Þar var ekki aðeins um að ræða upplýsingar um símanúmer og nöfn viðkomandi viðskiptavina heldur jafnframt kennitölur, heimilisföng og í mörgum tilvikum starfsheiti, auk upplýsinga um fjölda símtala hvers og eins, lengd í sekúndum og lengd meðalsímtals.

Að mati PFS falla þær upplýsingar sem lágu til grundvallar ofangreindum úthringilistum að þeim skilgreiningum á upplýsingum sem njóta eiga trúnaðar og aflað er í tengslum við framkvæmd á samtengisamningum í 5. gr. ofangreinds viðmiðunartilboðs Símans og þar með samtengisamningum þeim sem félagið hefur gert við önnur fjarskiptafyrirtæki. Nánar tiltekið er um að ræða skráningu á B-númeri, tíðni og lengd símtala. Samtenging kerfa Símans við kerfi annarra fjarskiptafyrirtækja er eina samskiptalagið sem færir félaginu umræddar upplýsingar. Því er um að ræða upplýsingar sem verða til á *heildsölustigi* í starfsemi fjarskiptafyrirtækja og falla þ.a.l. undir viðmiðunartilboð og viðeigandi kvaðir þar að lútandi. Samkvæmt ofangreindum ákvörðunum PFS frá 2006 og 2008 bar Símanum að haga starfsemi sinni með þeim hætti að meðferð upplýsinga, sem fram koma við gerð og framkvæmd samtengisamninga væri í samræmi við 26. gr. fjarskiptalaga. Óheimilt væri að afhenda öðrum upplýsingar um lúkningu símtala, þ.m.t. öðrum deildum Símans. PFS telur augljóst að Síminn hafi virt ofangreindar ákvarðanir að vettugi að þessu leyti með framangreindri háttsemi sinni. Eingöngu ber að nota slíkar upplýsingar í þeim tilgangi sem þær voru veittar og skulu fjarskiptafyrirtæki sem fá slíkar upplýsingar á öllum stigum halda trúnað.

Eins og fram hefur komið hér að framan setur ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga fjarskiptafyrirtækjum verulegar takmarkanir varðandi meðferð upplýsinga sem fjarskiptafyrirtæki skiptast í tengslum við samtengingu. Verður að telja slíka takmörkun eðlilega og í raun nauðsynlega forsendu fyrir veitingu samtengingar, en samtenging telst til einnar meginstoða fjarskiptaréttarins. Því er gríðarlega mikilvægt fyrir fjarskiptamarkaðinn, sem byggist á samkeppnislegum sjónarmiðum, að með slíkar upplýsingar sé farið sem fullkomið trúnaðarmál milli fyrirtækja og að slíkar upplýsingar séu ekki nýttar innan fjarskiptafyrirtækjanna í markaðslegum tilgangi eða öðrum óskyldum tilgangi.

Samkvæmt 2. mgr. 9. gr. ofangreinds viðmiðunartilboðs Símans skulu aðrar upplýsingar en þær sem ætla megi að séu eða verði á allra vitorði eða öllum aðgengilegar njóta slíks trúnaðar. Ljóst er að framangreind undanþága, sem eðlilegt er að túlka þröngt, á alls ekki við um þær upplýsingar sem um er fjallað í máli þessu og Síminn hefur notað í markaðslegum tilgangi. Slíkar upplýsingar eru að sjálfsögðu ekki á allra vitorði eða öllum aðgengilegar. PFS hafnar einnig veikburða og oft fjarstæðukenndum málalíbúnaði Símans um að þær umferðarupplýsingar sem uppruna sinn eiga í heildsölu Símans vegna framkvæmdar á samtengisamningum og notaðar voru til að vinna umrædda úthringilista eigi ekki undir ofangreind ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga eða 9. gr. ofangreinds viðmiðunartilboðs. Með slíkri túlkun er vegið að þeim verndarhagsmunum sem tilvitnað lagaákvæði á að tryggja, sbr. og nefnt þagnarskylduákvæði samtengisamningsins, þ.e. að fjarskiptafyrirtæki nýti sér ekki þá aðstöðu til ávinnings að búa yfir upplýsingum sem

nauðsynlegar eru vegna uppgjörs á samtengiumferð. Síminn heldur því t.a.m. fram að aðeins þær upplýsingar sem fram koma við samningagerðina eigi undir ákvæðið en ekki þær upplýsingar sem streyma á milli fyrirtækjanna sem afleiðing af samtengisamningnum. Slík túlkun er með öllu ótæk, auk þess sem hún á sér ekki stoð í orðalagi lagaákvæðisins sjálfs en samkvæmt því tekur það jafnframt til upplýsinga sem fjarskiptafyrirtæki öðlast að loknum samningum. Það sama má segja um þá staðhæfingu Símans að leynd falli brott þegar félagið framsendi [...] ⁷ slíkar umferðarupplýsingar. Framangreind fyrirtæki eru í raun sýndarnetsaðilar og á ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga að sjálfsögðu einnig við um meðferð þeirra á umræddum upplýsingum.

Síminn fjallar í löngu máli um miðlun umferðarupplýsinga og gerð umræddra úthringilista á smásölustigi í andmælabréfi sínu frá 30. júní. Síminn freistar þess m.a. að líkja stöðu smásölu fyrirtækisins við stöðu [...] ⁸ sem hafa gert heildsölusamninga við Símann varðandi reiki- og sýndarnetsaðgang. PFS hafnar ofangreindum rökum alfarið enda er smásala Símans ekki með slíkan heildsöluaðgang heldur er fremur í svipaðri stöðu og hreinn endursali væri í á kerfi Símans (e. reseller). Slíkir endursalar fá eðli málsins samkvæmt ekki aðgang að eins viðamiklum gögnum og aðilar með heildsöluaðgang. Öllum sjónarmiðum Símans varðandi samanburð á stöðu smásölu Símans og slíkra heildsöluaðila er því hafnað, m.a. að eðlilegt sé að [...] ⁹. Miðlun svokallaðra „gjaldfærslugagna“ vegna viðskiptavina annarra fjarskiptafyrirtækja á því ekkert erindi til smásölu Símans enda sjá viðkomandi fjarskiptafyrirtæki um að innheimta gjöld hjá sínum viðskiptavinum en ekki Síminn. Þá telur PFS að tilvísanir Símans til bandarískrar framkvæmdar í fjarskiptamálum eða tilhögunar hjá tilteknu evrópsku fjarskiptafyrirtæki varðandi afsláttarfyrirkomulag til þeirra viðskiptavina sem mikið er hringt styðji það ekki að smásölunni séu slíkar upplýsingar nauðsynlegar.

Að ofangreindu virtu er ljóst að umræddar umferðarupplýsingar sem uppruna eiga að rekja til framkvæmdar Símans á samtengisamningum við önnur fjarskiptafyrirtæki tilheyra heildsöluarmi fyrirtækisins. Símanum ber að haga innri starfsemi sinni þannig að slíkar upplýsingar berist ekki til annarra deilda fyrirtækisins nema brýna nauðsyn beri til. Ef nota þarf slíkar upplýsingar, t.d. til að greina tæknibílanir og villur í fjarskiptasendingu, afstemma reikninga, sundurliða reikninga viðskiptavina Símans eða rekja og/eða fyrirbyggja svikastarfsemi ber Símanum að haga innra skipulagi sínu með þeim hætti að slíkt fari fyrst og fremst fram innan heildsölu félagsins. Reynist nauðsynlegt að miðla smásölunni upplýsingum til tiltekinnar afmarkaðra verkefna, sem eðlilegt er að unnin séu innan smásölnnar, ber að haga henni með þeim hætti að einungis þeim upplýsingum sem nauðsynlegar eru til af leysa slík verkefni af hólmi sé miðlað og að þeim sé eytt um leið og slíkum verkefnum er lokið. Verkefni tengd markaðssetningu Símans gagnvart viðskiptavinum annarra fjarskiptafyrirtækja koma þarna alls ekki til álita.

⁷ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁸ Fellt brott vegna trúnaðar.

⁹ Fellt brott vegna trúnaðar.

Vodafone krefst þess í málinu að PFS staðreyni hvort þær upplýsingar að Síminn hafi haft samband við 1.400 viðskiptavinir Vodafone/Tals séu réttar, hver skipting milli viðskiptavina félaganna hafi verið og hvaða viðskiptavinir Vodafone hefðu ákveðið að flytja viðskipti sín til Símans. Yrði talið óheimilt að afhenda slíkar persónugreindar upplýsingar væri gerð krafa um að PFS veitti þær ópersónugreindar, þar sem fram kæmu upplýsingar um umfang viðskipta þessara einstaklinga og við hvaða umfang Síminn hefði miðað þegar hann ákvað að flokka þá sem hringt hefði verið í sem „stórnotendur“.

PFS er ekki í aðstöðu til að sannreyna að Síminn hafi haft samband við samtals 1.400 viðskiptavinir Vodafone og Tals. Hins vegar hefur stofnunin ekki sérstaka ástæðu til að renja upplýsingar um fjölda viðskiptavina ofangreindra félagi sem Síminn hafði samband við. PFS mun ekki í ákvörðun þessari geta um skiptingu milli viðskiptavina Vodafone og Tals. PFS mun taka þá kröfu til skoðunar í sérstöku máli haldi Vodafone þeirri kröfu til streitu. Þá hafnar PFS því að veita upplýsingar um hvaða fyrrum viðskiptavinir Vodafone hefðu kosið að færa sig til Símans í kjölfar umrædds átaks Símans þar sem slík krafa er órökstudd og ljóst er að umræddir aðilar eru ekki lengur viðskiptavinir Vodafone. Brot Símans veitir Vodafone ekki heimild til að nota slíkan lista til að beina spjótum sínum að umræddum aðilum að nýju. Þá segist Síminn ekki hafa stuðst við sérstaka aðferðafræði eða viðmiðanir við að einangra svokallaða „stórnotendur“ og ætlar PFS ekki að leggja sérstakt mat á slík mörk. Mestu máli skiptir að Síminn hefur viðurkennt að hafa brotið gegn ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga með því að nota umferðarupplýsingar um fjölmarga viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja í markaðslegum tilgangi.

Vodafone fór ennfremur fram á að PFS kvæði á um að Símanum yrði gert að senda öllum þeim sem samband hefði verið haft við afsökunarbeiðni þar sem skýrt kæmi fram viðurkenning Símans á því að hafa brotið gegn 26. gr. og 42. gr. fjarskiptalaga. PFS telur sig ekki hafa heimild til að skylda aðila sem brotlegir hafa gerst við ákvæði fjarskiptalaga að biðjast opinberlega afsökunar á gjörðum sínum. PFS telur nægilegt að viðurkenning Símans á að hafa brotið gegn 26. gr. fjarskiptalaga sem fram kemur í ákvörðun þessari liggi fyrir. Ákvörðun þessi verður birt opinberlega.

Samkvæmt öllu ofangreindu hefur Síminn brotið gegn ofangreindri 26. gr. fjarskiptalaga með því að nota umræddar umferðarupplýsingar í öðrum tilgangi en þær voru fengnar, þ.e. með afhendingu þeirra frá heildsölu til smásölu félagsins með það fyrir augum að nota þær í markaðslegum tilgangi. Með sömu háttsemi hefur Síminn brotið gegn ofangreindum ákvörðunum PFS frá 2006 og 2008, ofangreindu viðmiðunartilboði félagsins og afleiddum samtengisamningum við önnur fjarskiptafyrirtæki. PFS telur fulla ástæðu til að framkvæma eða láta framkvæma fyrir sig úttekt á samskiptum heildsölu og smásölu Símans í kjölfar þessarar ákvörðunar. Komi til þess að PFS ráði óháðan sérfræðing til að annast umrædda úttekt er Símanum gert að greiða fyrir hana, sbr. heimild í 11. mgr. 14. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

3.4 Vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkaréttar

Í IX. kafla fjarskiptalaga er fjallað um vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífs. Í 1. 42. gr. laganna segir að gögnum um fjarskiptaumferð notenda sem geymd eru og fjarskiptafyrirtæki vinni úr skuli eyða eða gera nafnlaus þegar þeirra er ekki lengur þörf við afgreiðslu ákveðinnar fjarskiptasendingar. Í 2. mgr. segir svo að gögn um fjarskiptanotkun sem nauðsynleg eru til reikningsgerðar fyrir áskrifendur og uppgjör fyrir samtengingu megi geyma þar til ekki sé lengur hægt að vefengja reikning eða hann fyrnist. Í 3. mgr. er kveðið á um að fjarskiptafyrirtæki skuli þrátt fyrir 1. og 2. mgr. varðveita lágmarksskráningu gagna um fjarskiptaumferð notenda í 6 mánuði í þágu rannsókna opinberra mála og almannaoýggis. Í 4. mgr. segir svo:

Með samþykki áskrifanda er fjarskiptafyrirtæki heimilt að vinna úr gögnum skv. 1. mgr. vegna markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða framboðs á virðisaukandi þjónustu að því leyti sem nauðsynlegt er fyrir slíka þjónustu eða markaðssetningu. Samþykki má afturkalla hvenær sem er.

Þá kemur fram í 5. mgr. 42. gr. að þjónustuveitandi skuli upplýsa áskrifendur fyrir fram um hvaða gögn um fjarskiptanotkun séu tekin til úrvinnslu og hversu lengi úrvinnsla muni standa. Samkvæmt 6. mgr. skulu þeir einir sinna úrvinnslu slíkra gagna sem eru undir stjórn fjarskiptafyrirtækja og sjá um gerð reikninga eða stjórnun fjarskiptaumferðar, fyrirspurnir notenda, uppljóstrun misferlis, markaðssetningu fjarskiptaþjónustu eða virðisaukandi þjónustu og skal úrvinnsla einskorðast við það sem nauðsynlegt er í þágu slíkrar starfsemi. Ákvæði 7. mgr. 42. gr. bættist við fjarskiptalögin með lögum nr. 78/2005. Ákvæðið hljóðar svo:

Fjarskiptafyrirtæki skulu setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði þessarar greinar og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja.“

Ákvæði 42. gr. fjallar um svokölluð *umferðargögn*, þ.e. geymslu, vinnslu og aðra meðhöndlun þeirra. Í frumvarpsathugasemdum kom fram að umræddur kafli um vernd persónuupplýsinga og friðhelgi einkalífs væri að mestu nýr og saminn með hliðsjón af tilskipun ESB um sama efni (2002/58/EB). Ákvæði 42. gr. væri byggt á 6. gr. tilskipunarinnar. Í 1. mgr. væri gerð krafa um eyðingu gagna um fjarskiptaumferð áskrifenda og notenda eftir að þeirra væri ekki lengur þörf við stýringu og afgreiðslu fjarskiptanna. Við sendingu hvers konar fjarskipta yrðu til í netum og stoðkerfum ýmsar upplýsingar, t.d. um leiðir sem valdar hefðu verið fyrir sambandið hverju sinni, lengd fjarskipta, tímasetningu og magn. Ekki væri nauðsynlegt að geyma öll þessi gögn eftir að sambandið hefði verið rofið. Í 2. mgr. væri heimild til þess að geyma þann hluta gagnanna sem nauðsynlegur væri fyrir gerð reikninga og gildi heimildin til þess tíma þegar reikningur yrði ekki lengur vefengdur eða hann fyrndist. Hið sama gildi um upplýsingar sem vörðuðu uppgjör fyrir samtengingu neta og þjónustu.

Þá kom fram að þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. væri rekstraraðila heimilt að vinna úr gögnum um fjarskiptaumferð í þeim tilgangi að markaðssetja fjarskiptaþjónustu eða vegna

framboðs á virðisaukandi þjónustu. Sem dæmi mætti nefna leiðbeiningar um ódýrustu kosti í þjónustunni, upplýsingar um leiðir, upplýsingar um götu- og vegumferð, veðurspár og ferðamannaupplýsingar, ef áskrifandi eða notandi sem gögnin væru um hefði veitt samþykki sitt fyrirfram. Samþykkið mætti afturkalla hvenær sem væri. Krafa væri gerð um það að þjónustuveitandi upplýsti áskrifendur eða notendur fyrirfram um hvaða gögn hann ætlaði að taka til vinnslu og hversu lengi unnið yrði úr gögnunum í þeim tilgangi sem heimilaður hefði verið. Að lokum væru taldir upp þeir hópar meðal starfsmanna rekstraradila sem hefðu ákveðin verkefni með höndum og mættu vinna við úrvinnslu upplýsinga samkvæmt þessari greininni. Nauðsynlegt væri til að tryggja öryggi gagna að þau færu aðeins um hendur þeirra sem nauðsynlega þyrftu að taka þátt í löglegri vinnslu þeirra.

Í 26. tölul. aðgangsorða ofangreindrar persónuverndartilskipunar kemur fram að gögn um áskrifendur megi einungis geyma að því marki sem nauðsynlegt væri til að fjarskiptafyrirtæki gæti veitt þjónustuna, gefið út reikninga og innheimt gjöld fyrir samtengingu og einungis í takmarkaðan tíma. Öll frekari vinnsla slíkra gagna sem fyrirtækið kynni að hafa hug á í því skyni að markaðssetja fjarskiptaþjónustu eða veita virðisaukandi þjónustu væri því aðeins heimil að áskrifandinn hefði veitt samþykki sitt á grundvelli réttra og ítarlegra upplýsinga um það hvers konar vinnsla væri áformuð og um rétt áskrifandans til að veita ekki eða afturkalla samþykki sitt. Umferðargögnum, sem notuð væru til markaðssetningar fjarskiptaþjónustu eða til að veita virðisaukandi þjónustu, skyldi eytt eða þau aðskilin frá nafni eftir að þjónustan hefði verið veitt. Þjónustuveitendur skyldu ávallt upplýsa áskrifendur um það hvers konar gögn þeir væru að vinna og tilgang og tímalengd vinnslunnar. Í 29. tölul. aðfararorðanna segir svo að þjónustuveitanda sé heimilt að vinna umferðargögn um áskrifendur og notendur í einstökum tilvikum ef nauðsynlegt er til að greina tæknibílanir og villur í fjarskiptasendingum, gefa út reikninga og til að koma upp um og stöðva svik sem felast í ógreiddri notkun fjarskiptaþjónustu. Þá segir í 30. tölul. að kerfi til að bjóða fram fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu skyldu hönnuð þannig að magni nauðsynlegra persónuupplýsinga væri haldið í algjöru lágmarki. Hvers konar starfsemi sem gengi lengra en að senda fjarskiptasendingar og skrifa reikning fyrir þeim skyldi byggð á samanlögðum umferðargögnum sem ekki væri hægt að tengja tilteknum áskrifendum eða notendum.

Eins og fram kemur hér að framan fjallar ákvæði 42. gr. að meginstefnu til um samskipti fjarskiptafyrirtækja og áskrifenda hvers félags um sig. Ákvæði 4. mgr. 42. gr. fjallar t.a.m. aðeins um samskipti fjarskiptafyrirtækis og áskrifenda þess fyrirtækis en ekki samskipti fjarskiptafyrirtækis og áskrifenda annarra fjarskiptafyrirtækja, enda ekki gert ráð fyrir neinum sérstökum samskiptum milli síðastgreindu aðilanna. Fjarskiptafyrirtækjum ber að líta á upplýsingar um áskrifendur annarra fjarskiptafyrirtækja sem trúnaðarupplýsingar samkvæmt 26. gr. fjarskiptalaga og er óheimilt að nýta sér slíkar persónugreinanlegar upplýsingar í markaðslegum tilgangi eða öðrum tilgangi en til uppgjörs vegna samtengisamninga, eins og niðurstaða kaflans hér að framan segir til um. Þeim rökum Símans um að viðskiptavinir félagsins hafi með því að

gangast undir almenna skilmála Símans veitt félaginu leyfi til að vinna persónuupplýsingar um þá viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja sem hringja í umrædda viðskiptavinir Símans er alfarið hafnað, enda geta umræddir viðskiptavinir Símans ekki ráðstafað hagsmunum annarra manna að því er persónuvernd og einkalíf varðar.

Að lögum er það í verkahring PFS að skera úr um hvort fjarskiptafyrirtæki hafi brotið í bága við ákvæði um persónuvernd í IX. kafla fjarskiptalaga en Persónuverndar að fjalla um hugsanleg brot fjarskiptafyrirtækja á lögum nr. 77/2000 um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga. Vinnsla Símans á úthringilistum sem hafa að geyma persónugreinanlegar upplýsingar um viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja falla utan gildissviðs hinna sérstöku persónuverndarákvæði sem fjallað er um í IX. kafla fjarskiptalaga. Hins vegar getur slík vinnsla fallið undir vinnslu persónuupplýsinga í skilningi laga nr. 77/2000. PFS framsendir því þann þátt málsins hér með til Persónuverndar til þóknana legrar meðferðar. Nova og Vodafone hafa farið þess að leit við PFS að stofnunin mæli fyrir um eyðingu gagna þeirra sem smásalan hafði undir höndum í umræddu markaðsátaki. Síminn hefur upplýst um að umræddum gögnum hafi verið eytt. Þar sem umrædd gögn falla ekki undir persónuverndarákvæði IX. kafla fjarskiptalaga telur PFS eðlilegra að Persónuvernd kanni sannleiksgildi staðhæfingar Símans og mæli eftir atvikum fyrir um eyðingu slíkra gagna sem hugsanlega kunna að vera til í samræmi við IV. kafla laga nr. 77/2000.

Eins og fram kemur hér að ofan var ákvæði því sem nú er 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga bætt við lögum með 7. gr. laga nr. 78/2005. Ákvæðið sem fjallar um að fjarskiptafyrirtæki skuli setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði greinarinnar og skilyrði sem Persónuvernd kynni að setja var nýmæli og í samræmi við athugasemdir m.a. Persónuverndar um meðferð og eyðingu gagna í vörslum fjarskiptafyrirtækjanna. Ákvæðið kveður því á um skyldu fjarskiptafyrirtækjanna til að setja sér umræddar verklagsreglur. PFS óskaði upplýsinga frá Símanum um tilvist slíkra reglna hjá félaginu. Í svari Símans er vísað til tölvupósts fyrrverandi starfsmanns félagsins til annars starfsmanns frá 12. maí 2006. PFS telur að umræddur tölvupóstur sé allsendis ófullnægjandi og ekki ígildi reglna á borð við þær sem kveðið er á um í umræddri 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Síminn skal því setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja. Reglurnar skulu bornar undir PFS til samþykktar eigi síðar en 1. mars 2011.

3.5 Viðurlög

Að áliti PFS er gríðarlega mikilvægt fyrir örugga, skilvirka og hagkvæma tilhögun fjarskiptamarkaðarins að ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga um samskipti fjarskiptafyrirtækja og meðferð þeirra á trúnaðarupplýsingum sem streyma á milli þeirra vegna aðgangs og samtengingar sé virt í hvívetna af öllum markaðsaðilum. Frávik frá því geta haft slæmar afleiðingar í för með sér fyrir samkeppni og framþróun á fjarskiptamarkaði og skapað skaðlegt vantraust á milli aðila. Lítur PFS þá háttsemi Símans að fara á svig við skýrt

ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga og grein var gerð fyrir í kafla 3.3 hér framan mjög alvarlegum augum. Eins og fram kom í boðunarbréfi PFS frá 4. júní s.l. er mál þetta þess eðlis að til álita hefði komið að mati PFS að beita fyrirtækið stjórnvaldssekt ef slík heimild hefði verið fyrir hendi fyrir stofnunina í lögum.

Í ofangreindu boðunarbréfi kom enn fremur fram að ekki kæmi til álita að fella niður skráningu Símans né afturkalla tíðnileyfi eða önnur réttindi félagsins vegna ofangreindrar háttsemi eingöngu. Til þess hefði brotið þurft að vera mjög alvarlegt og/eða ítrekað. Hins vegar hefði stofnunin í hyggju að kæra umrædda hegðun Símans til lögregluþingvalda til opinberrar rannsóknar þar sem stofnunin hefði ekki lagaheimild til að ljúka málinu með stjórnvaldssekt eins og vel hefði komið til álita í þessu tilviki ef slík heimild hefði verið fyrir hendi.

Í andmælabréfi Símans frá 30. júní kom fram að kærugrundvöllur PFS stæðist ekki lög. Vilji löggjafans hefði staðið til þess að stofnunin hefði ekki heimild til að beita stjórnvaldssektum. Því væri ekki ætlast til þess að PFS beitti harðara úrræði og með því að kæra málið til lögreglu. Til að stjórnvald gæti kært mál til lögreglu yrði að vera til staðar kærueimild í lögum sem væri ekki raunin í þessu tilviki. Þá skipti máli að Síminn hefði verið í góðri trú í máli þessu og því í mesta lagi um að ræða gáleysisbrot, auk þess sem hugsanlegt brot væri augljóslega ekki eins alvarlegt eða umfangsmikið og PFS hafi álitid. Í sakamáli væri meginreglan sú að allur vafi væri túlkaður sakborningi í hag og allar líkur á því að sakfellingu yrði hafnað fyrir dómstólum. Þá væri verulegum vafa undirorpið að ákvæði 74. gr. fjarskiptalaga væri nægilega skýr refsheimild til þess að refsing yrði dæmd.

PFS hafnar því að stofnunin hafi ekki heimild til að kæra brot á fjarskiptalögum til lögreglu. Stofnunin getur eins og hver annar kært mál til lögreglu samkvæmt lögum nr. 88/2008 um sakamál. Það getur stofnunin gert í því skyni að tryggja þau markmið fjarskiptalaga að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði ef brot eru mjög alvarleg og ógna umræddum markmiðum. Það er síðan að sjálfsgöðu í verkahring lögregluþingvalda að taka ákvörðun um hvort slík kæra leiði til rannsóknar og jafnvel saksóknar eður ei. PFS leggur heldur ekki mat á það hvort refsíákvæði fjarskiptalaga séu nægilega skýr. PFS hafnar því enn fremur að brot Símans á 26. gr. fjarskiptalaga geti talist gáleysisbrot eða að Síminn hafi verið í góðri trú með að nýta sér umræddar upplýsingar í markaðslegum tilgangi. Þá telur PFS að umrætt brot Símans sé alvarlegt og umfangsmikið. Frá því að umrætt boðunarbréf PFS leit dagsins ljós hefur Síminn viðurkennt að hafa brotið gegn ákvæði 26. gr. fjarskiptalaga með því að nýta upplýsingarnar í markaðslegum tilgangi og harmað að það hafi gerst. Hefur félagið þannig sýnt viðleitni til að upplýsa málið og ná sáttum. Þá hyggst PFS gera eða láta gera fyrir sig úttekt á samskiptum heildsölu og smásölu Símans á kostnað félagsins, m.a. til að fyrirbyggja brot af þessu tagi. Auk þess ber Símanum að setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga. Þá hefur Síminn ekki gerst uppvis að samskonar broti áður. Að öllu

ofangreindu virtu og m.t.t. meðalhófs hyggst PFS falla frá þeim áformum sínum að kæra háttsemi Símans til lögregluþfirvalda að svo stöddu.

3.6 Samandregin niðurstaða

Samkvæmt öllu ofangreindu hefur Síminn brotið gegn 26. gr. fjarskiptalaga, 3. mgr. 9. gr. viðmiðunartilboðs Símans um samtengingu talsímaneta frá 1. júní 2009, afleiddum samtengisamningum og jafnræðiskvöðum þeim sem lagðar voru á félagið með ákvörðunum PFS frá 20. júlí 2006 og 4. desember 2008, með því að hagnýta sér fjarskiptaumferðarupplýsingar sem varða heildsölusamskipti fjarskiptafyrirtækja í markaðslegum tilgangi á smásölustigi gagnvart Nova ehf. og Og fjarskiptum ehf. PFS mun framkvæma eða láta framkvæma fyrir sig úttekt á samskiptum heildsölu og smásölu Símans í kjölfar þessarar ákvörðunar. Komi til þess að PFS ráði óháðan sérfræðing til að annast umrædda úttekt skal Síminn greiða fyrir hana, sbr. heimild í 11. mgr. 14. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

Síminn skal setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði 42. gr. fjarskiptalaga og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja. Reglurnar skulu bornar undir PFS til samþykktar eigi síðar en 1. mars 2011. Persónuvernd er framsendur sá hluti máls þessa er varðar vinnslu Símans á persónuupplýsingum um áskrifendur annarra fjarskiptafyrirtækja til þóknarlegrar meðferðar.

Ákvörðunarorð

Síminn hf. hefur brotið gegn 26. gr. fjarskiptalaga, 3. mgr. 9. gr. viðmiðunartilboðs Símans um samtengingu talsímaneta frá 1. júní 2009, afleiddum samtengisamningum og jafnræðiskvöðum þeim sem lagðar voru á félagið með ákvörðunum PFS frá 20. júlí 2006 og 4. desember 2008, með því að hagnýta sér fjarskiptaumferðarupplýsingar sem varða heildsölusamskipti fjarskiptafyrirtækja í markaðslegum tilgangi á smásölustigi gagnvart Nova ehf. og Og fjarskiptum ehf.

PFS mun framkvæma eða láta framkvæma fyrir sig úttekt á samskiptum heildsölu og smásölu Símans í kjölfar þessarar ákvörðunar. Komi til þess að PFS ráði óháðan sérfræðing til að annast umrædda úttekt skal Síminn greiða fyrir hana, sbr. heimild í 11. mgr. 14. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

Síminn skal setja sér verklagsreglur um meðferð persónuupplýsinga og eyðingu gagna í samræmi við ákvæði 7. mgr. 42. gr. fjarskiptalaga og skilyrði sem Persónuvernd kann að setja. Reglurnar skulu bornar undir PFS til samþykktar eigi síðar en 1. mars 2011.

Persónuvernd er framsendur sá hluti máls þessa er varðar vinnslu Símans á persónuupplýsingum um áskrifendur annarra fjarskiptafyrirtækja til þóknanlegrar meðferðar.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, samkvæmt 6. gr. reglugerðar nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 17. nóvember 2010

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson