

**Úrskurður**  
**úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála**

**í máli nr. 5/2011,**

**(X)<sup>1</sup>**

**gegn**

**Póst- og fjarskiptastofnun**

**I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með bréfi, dags. 18. júlí 2011, hefur (X)<sup>2</sup> kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 8/2011 vegna lokunar Símans og Vodafone á aðgangi að tiltekinni heimasíðu, dags. 4. apríl 2011. Með hinni kærðu ákvörðun taldi PFS stofnunina ekki bæra til að skera úr um það hvort lokanir Símans og Vodafone á heimasíðunni *Slembingur.org* vegna efnis sem á henni sé að finna hafi farið í bága við lög og stjórnarskrárvarin réttindi um tjáningarfrelsi.

Af hálfu kæranda er þess krafist að PFS taki málið fyrir með tilliti til þeirra raka sem fram hafi komið í endurupptökubeiðni. Þá krefst hann þess jafnframt að úrskurðarnefnd úrskurði um „að ritskoðun sú sem fjarskiptafyrirtækin hafi stundað á vefnum *Slembingur.org* hafi verið óheimil.“

PFS krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Úrskurðarnefnd óskaði eftir athugasemdum Símans og þar er þess krafist að úrskurðarnefnd vísi málinu frá í heild sinni og til vara að kröfum kæranda verði hafnað að öllu leyti.

Einnig var óskað eftir athugasemdum Vodafone og þar er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest miðað við forsendur hennar.

---

<sup>1</sup> Nafn kæranda felld út vegna trúnaðar

<sup>2</sup> Nafn kæranda felld út vegna trúnaðar

## II. Helstu málsatvik

Mál þetta varðar lokun Símans og Vodafone á aðgangi að heimasíðunni [www.slembingur.org](http://www.slembingur.org) eftir áskorun Barnaheilla, Barnaverndarstofu, Heimilis og skóla, Lýðheilsustöðvar, Lögreglustjórans á höfuðborgarsvæðinu, Ríkislögreglustjóra, SAFT, Stígamóta og Umboðsmanns barna, þar að lútandi. Lokunin var tilkynnt viðskiptavinum með fréttatilkynningu. Ástæða lokunar á aðgangi var að á síðunni var birt efni sem brotið gæti gegn ákvæðum almennra hegningarlaga.

## III. Helstu sjónarmið aðila

### 1.

Kærandi bendir á að honum hafi ekki verið veittur andmælaréttur vegna svara fjarskiptafyrirtækjanna áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Hann hafi í beiðni sinni fyrir endurupptöku svarað með ítarlegum hætti bæði röksemdum fjarskiptafyrirtækjanna og forsendum PFS sem fram hafi komið í hinni kærðu ákvörðun. PFS hafi hafnað endurupptöku á þeim forsendu að í rökum kæranda hafi enga nýjar upplýsingar komið fram sem breytt gætu niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar. Kærandi hafi mótmælt þeirri niðurstöðu með bréfi dags. 10. júní sl. og jafnframt óskað eftir formlegri ákvörðun um höfnun PFS á endurupptöku málsins. PFS hafi talið að betur færi á því að bréf kæranda frá 10. júní sl. yrði túlkað sem kæra til úrskurðarnefndar. Kærandi telur að málsmeðferð PFS beri þess keim að PFS sé óbært til að taka ákvörðun gegn ritskoðuninni af pólitískum ástæðum frekar en réttarfarslegum og helgist það af stamstarfi þeirra við þau samtök sem skoruðu á fjarskiptafyrirtækin að loka síðunni *slembingur.org*. Kærandi telur slíkt samstarf afar óeðlilegt þar sem það fari út fyrir verksvið PFS.

Að mati kæranda er hin kærða ákvörðun ekki studd viðeigandi lagaheimildum og að hans mati sé röksemdafærslan afar veik. Nánari útlistun á rökunum hans megi finna í samskiptum hans við PFS. Kærandi telur PFS vera bært til að taka málið fyrir, enda komi fram í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar að „PFS skal láta kvörtun neytenda til sín taka telji neytendur að fjarskiptafyrirtæki hafi brotið gegn skyldum sínum, samkvæmt lögum um fjarskipti eða gegn skilyrðum sem mælt er fyrir um í almennum heimildum, réttindum eða í rekstrarleyfi“. Kærandi hafi krafist

endurupptöku þar sem PFS hafi ekki tekið tillit til 8. mgr. 47. gr. laga um fjarskipti en í því ákvæði sé lagt bann við því að skjóta undan skeytum, gögnum, myndum eða öðrum merkjum. Með ritskoðun sinni séu fjarskiptafyrirtækin að mati kæranda að koma í veg fyrir að umferð berist til vefsins *slembingur.org* og frá honum til notenda. Það sama gildi um aðra vefi sem skráðir séu á sama vistfang (IP fangi).

PFS hafi í hinni kærðu ákvörðun vísað til 21. og 27. gr. reglna nr. 1223/2007. Enda þótt stofnunin hafi ekki talið sig bæra til að dæma um lögmæti efnisins telji hún 27. gr. réttlæta athafnaleysi stofnunarinnar í hinni kærðu ákvörðun. Kærandi telur enga lagaheimild vera fyrir 21. gr. reglnanna og hafi PFS vísað til 73. gr. stjórnarskrárinnar þar sem nefnt sé að takmarkanir á þeirri heimild skuli settar með lögum. Auk þess veiti heimildin í 21. gr. of víðar undabágur til að teljast lögmæt en dómarafarmkvæmd hafi kveðið á um að slíkar takmarkanir á tjáningarfrelsi skuli túlka þröngt, sbr. Hrd. 382/2003.

## 2.

### Sjónarmið PFS

Í umsögn PFS, dags. 12. júlí 2011, kemur fram að þann 10. apríl sl. hafi kærandi farið fram á endurupptöku hinnar kærðu ákvörðunar þar sem brotið hafi verið gegn andmælarétti hans. Kæranda hafi síðan verið gefin kostur á að koma að athugasemdum og taldi PFS að engin ný atriði eða sjónarmið hefðu komið fram í athugasemdum hans sem breytt hefðu niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar og sæi PFS því ekki ástæðu til að endurupptaka hina kærðu ákvörðun. Kærandi taldi hins vegar að í endurupptökumálinu hefði ekki verið tekin nægilega afdráttarlaus afstaða til raka hans um að ákvæði reglugerðanna sem PFS hafi vísað til væru nægilega skýr lagaheimild til að heimila þá ritskoðun sem PFS hefði álitid lögmæta. Í því ljósi taldi PFS að betur færi á því að kærandi kærði hina upprunalegu ákvörðun nr. 8/2011 til úrskurðarnefndar.

Í hinni kærðu ákvörðun hafi PFS komist að þeirri niðurstöðu að stofnunin væri ekki bær til að skera úr um hvort lokanir Vodafone og Símans á aðgang að heimasíðunni *slembingur.org* vegna efnis sem á þeim hafi verið að finna hafi brotið í bága við lög og stjórnarskrárvarin réttindi um tjáningarfrelsi, sbr. 1. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Þá hafi verið tekið fram í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar að ákvæði laga nr. 81/2003 um fjarskipti, eða reglna sem settar hafi verið á grundvelli þeirra, standi ekki í vegi fyrir því að aðgangur að efni á almennum fjarskiptanetum sé takmarkaður eða lokaður, enda séu skilyrði fyrir takmörkun tjáningarfrelsis uppfyllt skv. 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, og farið

eftir upplýsinga- og tilkynningarskyldu skv. 21. gr. reglna nr. 1223/2007 um vernd, virkni og gæði IP-fjarskiptaþjónustu.

PFS víkur sérstaklega að þeim sjónarmiðum sem fram komu í bréfi kæranda dags. 20. apríl sl. og svörum stofnunarinnar þar að lútandi.

Í fyrsta lagi kveður kærandi Vodafone ekki hafa farið eftir skilyrðum 21. gr. reglna nr. 1223/2007 um vernd, virkni og gæði IP-fjarskiptaþjónustu þar sem fyrirtækið hafi ekki tilkynnt viðskiptavinum sínum beint um þá ákvörðun að loka fyrir umferð um vefsíðuna *slembingur.org* heldur hafi aðeins verið send út fréttatilkynning þar sem tilkynnt hafi verið um lokunina. PFS kveður ákvæði 21. gr. reglnanna leggja þá skyldu á fjarskiptafyrirtækin að gefa viðskiptavinum sínum upplýsingar um hugsanlegar umferðarlokanir og ritskoðun efnis viðskiptavina. Ekki sé þar að finna nánari útfærslu um með hvaða hætti fjarskiptafyrirtækjum beri að upplýsa viðskiptavinum sínum um slíkt. Því verði ekki séð af ákvæðinu að fjarskiptafyrirtækjum beri að tilkynna hverjum viðskiptavinum fyrir sig um lokunina enda sé ákvæðið sett m.a. með það fyrir augum að koma í veg fyrir að fyrirtæki geti lokað fyrir umferð um vefsíður með leynilegum hætti og án þess að viðskiptavinir geti nálgast upplýsingar um slíkar lokanir. Verði því að mati PFS ekki talið að Vodafone hafi vanefnt upplýsingaskyldu sína samkvæmt ákvæðinu.

Í öðru lagi telur kærandi Vodafone ekki hafa gætt meðalhófs þar sem óumflýjanlegt hafi verið að loka IP fangi þar sem *slembingur.org* hafi verið hýstur. PFS áréttar að í hinni kærðu ákvörðun hafi stofnunin bent fjarskiptafyrirtækjum á að þeim beri að standa að lokunum á síðum með sem minnst íþyngjandi hætti og gera það sem mögulegt sé til að koma í veg fyrir að lokun hafi áhrif á fleiri síður en hafi verið ætlað að ná til.

Í þriðja lagi gerir kærandi athugasemd við að Vodafone hafi ekki haft upp á rekstraraðila vefþjónsins í Bandaríkjunum til að upplýsa hann um lokunina. Að mati PFS hafi Vodafone ekki borið skylda til þess þar sem ákvæði 21. gr. framangreindra reglna kveði á um að upplýsingaskylda fyrirtækisins nái aðeins til viðskiptavina þess. Því hafi Vodafone ekki borið af hafa upp á þeim einstaklingi sem standa á bak við tiltekna heimasíðu sem hýst sé í Bandaríkjunum. Í fjórða lagi telji kærandi PFS bæra til að dæma um hvort ástæður fyrir hindrun aðgangsins séu lögmætar og að fjarskiptalög leggi bann við lokun á aðgangi heimasíða þvert á það sem segi í hinni kærðu ákvörðun. Reglugerðir sem kveði á um annað eigi því að mati kæranda að víkja fyrir lögum eða vera túlkaðar þröngt. PFS kveður stofnunina annast framkvæmd laga um fjarskipti og sé stofnunin aðeins bær til að skoða þau álitaefni sem varði starfssvið hennar. Í 5. mgr. 1. gr. fjarskiptalaga sé tekið fram að

lögin gildi ekki um efni sem sé á fjarskiptanetum. Túlka verði fjarskiptalög samkvæmt þeirri meginreglu að þau sporni ekki gegn birtingu á tilteknu efni á fjarskiptanetum heldur þurfi að meta lögmæti birtingarinnar út frá skilyrðum sem geti átt við einstök tilvik en þá ráðist það af ákvæðum almennra hegningarlaga nr. 19/1940 hvort slík birting teljist lögleg eða ekki. Mat á slíkum skilyrðum sé ekki í höndum PFS heldur dómstóla.

Fjarskiptalög leggi ekki bann við því að lokað sé fyrir umferð um heimasíður. Í 5. tl. 1.mgr. 27. gr. reglna nr. 1223/2007 um grunnþjónustu segi að fjarskiptafyrirtæki skuli ekki hindra aðgang viðskiptavina sinna að internetinu nema ef um annað sé sérstaklega samið eða það sé gert í samræmi við reglurnar. Sá fyrirvari sé gerður að þjónustan skuli vera lögleg. Ákvæðið endurspeglar þá meginreglu að rétturinn til tjáningarfrelsis sé ekki fortakslaus. Reglurnar séu þó hlutlausar um þær aðstæður og skilyrði sem þurfi að vera fyrir hendi til þess að takmörkun á tjáningarfrelsi geti talist lögmæt og setji þær því engar skorður á tjáningarfrelsið. PFS hafi því ekki heimild til að fjalla um hvort tiltekið efni í fjarskiptanetum sé löglegt. Valdsvið PFS sé þröngt og einskorðað við fjarskiptalög og þær reglur sem settar hafa verið með stoð í þeim. Hafi stofnunin því ekki vald til að skera úr um hvort brot á tjáningarfrelsi eigi sér stað og sé það í höndum dómstóla að skera úr um slíkt.

#### IV. Niðurstöður

Úrskurðarnefndin telur að kæruheimild sé fyrir hendi í máli þessu enda er ekki ágreiningur um það.

Í máli þessu hefur ákvörðun PFS nr. 8/2011 frá 4. apríl 2011 um kvörtun vegna lokunar á aðgangi á tilteknum heimasíðum verið kærð til úrskurðarnefndarinnar.

Fram er komið að eftir að ákvörðunin hafði verið tekin sendi kærandi bréf, dags. 20. júní 2011, þar sem krafist var endurupptöku ákvörðunarinnar. Var beiðnin m.a. á því reist að andmælaréttur hefði verið brotinn á kæranda við meðferð umræddrar ákvörðunar þar sem hann hefði ekki fengið tækifæri til að tjá sig um andsvör fjarskiptafyrirtækjanna Símans og Vodafone. Í bréfinu er m.a. tekin afstaða til andsvara umræddra fjarskipafyrirtækja. Með bréfi PFS 30. maí 2011 kemur fram að enginn ágreiningur sé um þetta en beiðni kæranda um endurupptöku var engu að síður hafnað á þeim grundvelli að engin ný atriði eða sjónarmið hefðu komið fram í bréfinu sem breytt hefðu niðurstöðu ákvörðunar PFS.

Kærandi var aðili að fyrrgreindu máli nr. 8/2011. Samkvæmt 13. gr. stjórnarsýslulaga skal aðili máls eiga þess kost að tjá sig um efni þess áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, enda liggja ekki fyrir í gögnum málsins afstaða hans og rök fyrir henni eða slíkt sé augljóslega óþarft. Í andmælaréttinum felst nánar að aðili eigi rétt til aðgangs að gögnum málsins og þeim upplýsingum sem fram hafa komið, þar með talin kröfugerð ef um það er að ræða. Í réttinum felst einnig að svo sé um hnúta búið að aðili eigi þess kost að kynna sjónarmið sín nægjanlega.

Andmælaeignin er grundvallarregla í íslenskum rétti. Á hana reynir sérstaklega þegar ný gögn eða upplýsingar hafa bæst við í máli aðila sem geta haft þýðingu við úrlausn málsins. Andsvör fjarskiptafyrirtækjanna Símans og Vodafone höfðu þýðingu í máli kæranda því að þar koma fram skýringar og sjónarmið þessara aðila á því hvers vegna lokun var beitt. Var því óheimilt að taka ákvörðun í málinu fyrr en kæranda hafði verið gefinn kostur á að kynna sér andsvörin og tjá sig um þau.

Úrskurðarnefndin telur enn fremur að það hjálpi ekki upp á sakirnar þótt kæranda hafi átt þess kost að kynna sér andsvörin og tjá sig um þau í tengslum við beiðni hans um endurupptöku málsins, enda verður að telja að PFS hafi borið að endurupptaka málið, sbr. 2. mgr. 25. gr. stjórnarsýslulaga, og gefa kæranda þannig kost á nýrri málsmeðferð.

Af framansögðu leiðir að ekki verður hjá því komist að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi og fela PFS að taka málið til nýrrar meðferðar og ákvörðunar.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2008 um Póst- og fjarskiptastofnun.

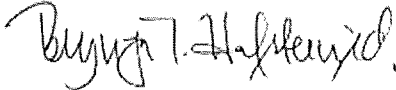
#### **V. Úrskurðarorð**

Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 8/2011 frá 4. apríl 2011 er felld úr gildi. Er stofnuninni falið að taka mál þetta til nýrrar meðferðar og ákvörðunar.

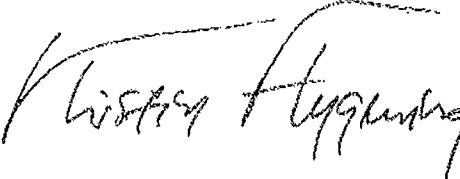
Málskostnaður nefndarinnar, 360.000 kr., greiðist úr ríkissjóði

Reykjavík, 22. september 2011.

  
Stefán Már Stefánsson



Brynja I. Hafsteinsdóttir



Kirstín P. Flygenring