

| | | |
|---|------------|---------------|
| Til | Vår dato | Vår referanse |
| Kommunal- og moderniseringsdepartementet Postboks 8112 Dep 0032 OSLO | 01.11.2021 | ØH |

IKT-Norges hørings svar – forslag til ny ekomlov og forskrift mm

1. INNLEDNING

IKT-Norge viser til departementets høringsbrev av 2. juli 2021, hvor det bes om innspill til forslag til ny lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven), ny forskrift om elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester (ekomforskriften), endringer i forskrift om nummerressurser for elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester og ny forskrift om stedlig virkeområde for lov om elektronisk kommunikasjon vedrørende Svalbard, Jan Mayen, Bilandene og Antarktis.

IKT-Norge er en uavhengig interesseorganisasjon som jobber for å styrke rammebetingelsene for det digitale næringslivet og være en pådriver for digitalisering og omstilling. Våre medlemmer er store og små bedrifter fra ulike næringer over hele landet, med et felles ståsted i teknologi og digitale løsninger. Ytterligere informasjon om oss er tilgjengelig på www.ikt-norge.no.

Regjeringen har nylig fremlagt en ny Regjeringsplattform som tydelig viser hvordan teknologi vil være avgjørende for å lykkes med de store utfordringer samfunnet står overfor. Dette gjelder både for å utvikle offentlig sektor, transformere eksisterende industri, og å skape nye næringer for å løse klimautfordringene.

Men teknologi vil ikke kunne spille denne helt fundamentale rollen i disse løsningene, hvis vi ikke lykkes i å utvikle ny teknologi, og å maksimere samfunnsnyten av eksisterende. En viktig driver for at vi lykkes med dette, er rammene samfunnet legger. I denne sammenheng er den nye ekom-loven svært viktig.

Lovforslaget er omfattende og reiser en rekke spørsmål, både knyttet til hvordan de EØS-rettslige elementene implementeres og de særnorske forslagene departementet fremmer. IKT-Norge har konsentrert sine merknader til noen punkter i forslaget om ny ekomlov og ny ekomforskrift, som anses særlig sentrale for flere av medlemmene. Dette betyr ikke nødvendigvis at IKT-Norge ikke har synspunkter på deler av høringsdokumentene som ikke kommenteres her, men det har av praktiske årsaker vært nødvendig å gjøre en avgrensning i omfanget av dette høringssvaret. IKT-Norge er også kjent med at flere av IKT-Norges medlemmer vil levere inn egne høringssvar. Det vil i denne sammenheng selvsagt også kunne være medlemmer som i sine høringssvar fremmer synspunkter som avviker fra det som fremkommer her.

Vi vil innledningsvis gi noen overordnede innspill til lovforslaget og høringsdokumentene, før vi deretter gir innspill til enkelte temaer og/eller foreslåtte bestemmelser der vi følger lovens systematikk.

2. OVERORDNEDE MERKNADER

2.1. Den norske modellen

IKT-Norge antar at det som omtales som «den norske modellen» er godt kjent for regjeringen, men vil for ordens skyld påpeke at den er bygget på fem grunnpilarer:

- Minimumsregulering
- Teknologinøytral regulering
- Konkurransen på infrastruktur
- Forutsigbarhet
- Offentlig støtte kun i tilfeller hvor det ikke har vært økonomisk grunnlag for utbygging

Markedet for elektronisk kommunikasjon preges av rask teknologiutvikling, og nettoperatorene står overfor en rekke omfattende investeringer. Norge er også et dyrt land å bygge fysisk infrastruktur i, og et av landene med færrest kunder å dele investeringskostnadene på. Til tross for de utfordringene som ligger i geografi, størrelse, befolkningstetthet og kostnadsnivå mv. har Norge lyktes med å bygge en av verdens beste digitale infrastrukturer, både innenfor fastnett og mobil, nærmest uten offentlige investeringer.

Den rådende norske modellen med en markedsbasert utbygging, har etter IKT Norges syn skapt grunnlaget for at Norge ligger langt fremme på digital infrastruktur. Dette har utløst store private investeringer, sterk konkurranse, og effektiv utbygging. Dessuten har den muliggjort nettutbygging som har vært langt mindre avhengig av statlige subsidier enn i sammenlignbare land.

IKT-Norge ser positivt på at forslaget til nytt regelverk har som siktemål å legge til rette for videre utbygging av mobil- og bredbåndsnett og konkurranse i markedene. Det er mye nett og infrastruktur som skal bygges og utvikles i Norge også i tiden fremover, og skjerpede krav til sikkerhet, utfordringer knyttet til økende ekstremvær mv. innebærer også behov for økte infrastrukturinvesteringer. Samtidig vil nye teknologiske løsninger kunne endre forutsetningene for tidligere investeringer og skape behov for nye. Viktigheten av å stimulere fortsatte investeringer og innovasjon i ny infrastruktur innen

ekomsektoren kan etter IKT-Norges syn ikke overvurderes, og vil bety svært mye både for markedets utvikling og norske virksomheters konkurransevne i kommende år.

Etter IKT-Norges syn er det avgjørende for å realisere formålene med det nye lovforslaget at den norske modellen videreføres. I den grad lovgiver ønsker å gjøre endringer i den norske modellen bør dette tydelig begrunnes, og lovgiver bør også ha foretatt nødvendige vurderinger knyttet til konsekvensen av slike endringer. Hensynet til den norske modellen bør også, der dette er relevant, være styrende for de løsningene som velges der EØS-reglene åpner for skjønn i forbindelse med nasjonal gjennomføring.

2.2. Forbrukervern

IKT-Norge er positiv til et tydelig forbrukervern. Lovforslagets regler om sluttbrukerrettigheter er i stor grad basert på EU-regler, med krav om totalharmonisering, og IKT-Norge ser det ikke som hensiktsmessig å kommentere innholdet i EU-regelverket nærmere.

Lovgiver bør imidlertid være varsom med å gi et forbrukervern i Norge som også går utover det EU-regelverket tilsier, da dette både kan være konkurransevridende og svekke aktørenes mulighet til å konkurrere over landegrensene. Dessuten er det etter IKT-Norges syn viktig at forbrukerbegrepet ikke utvannes ved at man lovteknisk sett inkluderer andre grupper enn forbrukere i forbrukerbegrepet, se også punkt 3.3.1 nedenfor.

IKT-Norge påpeker også at det i økende grad er aktuelt å tilby elektroniske kommunikasjonstjenester sammen med andre tjenester som er underlagt forbrukerlovgivningen, og at dette skaper utfordringer med tanke på grensesnittet mellom de ulike regelsettene. Det vil kunne være særlig aktuelt å kombinere tjenester som er underlagt ekomloven med tjenester som vil være underlagt den kommende lov om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven). Det er da viktig at anvendelsesområdet for de ulike reglene er enkle å trekke både for forbrukere og næringslivsaktører. Det samme gjelder for forholdet mellom Nkom og andre tilsynsmyndigheters kompetanse ved tilgrensende lovgivning.

2.3. Lovtekniske innspill – hensynet til forutsigbarhet og teknologinøytralitet

Det er etter IKT-Norges syn avgjørende, både for tilbydere og sluttbrukere, at regelverket og håndhevingen av det er forutsigbart. En rekke av de investeringene som er foretatt har lang horisont og lang nedbetalingstid, og er gjort i tillitt til at rammeverket og myndighetenes håndheving av dette ikke vesentlig endres. Forutsigbarhet er også sentralt for å tilrettelegge også for videre investeringer og sunn konkurranse.

Det er videre viktig at lovgivningen fortsatt baseres på prinsippet om teknologinøytralitet, og at ikke lovgivningen i seg selv legger føringer på aktørenes investeringer i eller bruk av noen bestemt teknologi. Teknologinøytralitet vil etter IKT-Norges syn også bidra til å fremme lovens formål og den norske modellen. Eksempelvis må det være klart at lovforslagets § 2-11 om eCall-funksjonalitet verken kan eller bør forstås slik at det medfører en plikt for tilbydere til å opprettholde 2G-/3G-nettet for å bevare kompatibilitet med eldre sluttbrukerutstyr.

Det er etter IKT-Norges syn en utfordring at det i lovforslaget introduseres flere nye bestemmelser og videreføres eksisterende bestemmelser, som i betydelig grad åpner for skjønnsmessige vurderinger,

jf. blant annet kravet til «rimelige og rettferdige vilkår» og «særskilte tilfeller» mv i flere bestemmelser. IKT-Norge er selvsagt innforstått med at det i norsk lovgivning er vanlig å benytte denne typen rettslige standarder, men ekområdet er et område hvor det tradisjonelt har vært en del tvister og uenighet om innholdet i forpliktelser og rettigheter. Dette understreker behovet for klare og forutsigbare regler, samt konsistent og forutsigbar håndheving av dem. I den grad det benyttes slike rettslige standarder er det etter IKT-Norges syn viktig at forarbeidene bidrar til å trekke opp de riktige vurderingstemaene for både tolkning og subsumpsjon.

For noen lovbestemmelser kan det synes som departementet gjennom høringsdokumentene går langt i å utvide bestemmelsenes virkeområde i forhold til hva en normal ordlydstolkning skulle tilsi, eller foretar en meget vid tolkning av tilsynsmyndighetens kompetanse, uten at dette drøftes eller redegjøres nærmere for. IKT-Norge mener det er uheldig at enkelte bestemmelser i lovforslaget er vidt formulert, og tilsynelatende går lenger enn det som kreves av ekomdirektivet, uten at det kan påvises et konkret behov for det, jf. nedenfor.

2.4. Forholdet til EU/EØS regler

Store deler av lovforslaget er basert på underliggende EU-rettsakter, som også setter rammene for nasjonale myndigheters implementering av disse. IKT-Norge kommenterer generelt ikke den materielle siden av EU/EØS-reglene som sådan, men fokuserer her på den norske implementeringen og/eller særnorske forslag.

Etter IKT-Norges syn bør ivaretagelse av den norske modellen være styrende for de løsningene som velges der EØS-reglene overlater et skjønn til nasjonale myndigheter i forbindelse med gjennomføringen i nasjonal rett. Det er også viktig at norske myndigheter ikke forsøker å «overby» EU/EØS-retten i regelproduksjon og forbrukervern mv.

Gjennomgående synes IKT-Norge det er noe vanskelig å få oversikt over om deler av lovforslagene og nyansene i disse er et utslag av EU/EØS-regler eller noe departementet selv foreslår. Dette forsterkes av at departementet flere steder har valgt en annen lovteknisk tilnærming enn den som følger av direktivteksten. Det gjør det vanskelig å holde regelsekkene opp mot hverandre ved vurderingen av om den norske implementasjonen er i samsvar med EØS-retten, og øker risikoen for at det oppstår utilsiktede forskjeller mellom norsk rett og EØS-retten. IKT-Norge mener det er viktig at det fremgår tydelig av forarbeidene hva som er basert på EU-regler og hvor, og ikke minst hvorfor, lovgiver eventuelt foreslår avvik fra EU/EØS-reglene.

3. MERKNADER TIL ENKELTEMAER OG BESTEMMELSER

3.1. Innledende bestemmelser, virkeområde mv.

Elektroniske kommunikasjonstjenester blir i økende grad tilbudt sammen med andre tjenester, og «bundling» av tjenester har også vært viktig for at aktørene har foretatt investeringer i infrastruktur, og for at sluttbrukerne har fått tilgang til tidsmessige og fremtidsrettede elektroniske tjenester, jf. også innledende kommentarer om den norske modellen.

I denne forbindelse er det etter IKT-Norges syn viktig å ha så klare grensesnitt mot annen lovgivning som mulig. Av lovforslagets § 1-2 første ledd siste setning fremkommer det at «Innholdstjenester som faktureres sammen med den elektroniske kommunikasjonen» omfattes av loven. IKT-Norge forstår

merknaðene slik at man først og fremst sikter til fellesfakturerte tjenester, der det synes som man tar sikte på en videreføring av dagens bestemmelse. Ordlyden går imidlertid videre enn fellesfakturerte tjenester, noe som skaper uklarhet ved at også tjenester som i utgangspunktet reguleres av annen lovgivning vil kunne omfattes av ekomloven fordi de faktureres sammen med en elektronisk kommunikasjonstjeneste. IKT-Norge mener dette kan få uheldige utslag og er usikker på om dette er tilsiktet. Vi ber lovgiver om å vurdere en mer presis avgrensning av ekomlovens virkeområde, der man særlig presiserer grensen mot lovgivning knyttet til andre digitale ytelser bedre. Etter IKT-Norges syn bør fellesfakturerte ytelser bare være omfattet av ekomlovgivningen dersom de ikke reguleres av annen lovgivning (dvs. *lex specialis*). IKT-Norge viser i denne forbindelse også til ekomdirektivets fortale, punktene 7, 10 og 11, samt punkt 3.3.2 nedenfor vedrørende koblingssalg.

Lovforslaget inneholder mange definisjoner, og flere av disse er noe vanskelig tilgjengelige da de dels er overlappende og også beror på flere innbyrdes sammenhenger. Mange er riktignok videreføring av begrepsapparatet i eksisterende lovgivning, men de nye begrepene skaper ytterligere kompleksitet. Enkelte av definisjonene legger dessuten opp til skjønnsmessige vurderinger, som er egnet til å skape uklarhet om rekkevidden av begrepene og loven der disse inngår i vurderingen av bestemmelsenes rekkevidde. Eksempelvis vil «tilhørende fasilitet» og «tilhørende tjeneste» kunne by på mange avgrensningsspørsmål mot andre fasiliteter og tjenester, uten at det er gitt særlig veiledning for hvordan grensdragningen skal gjøres i praksis. IKT-Norge etterlyser en nærmere klargjøring av dette, og mener dette er viktig både for forutberegneligheten og for å unngå tvister.

3.2. Kommunikasjonsvern og sikkerhet

3.2.1. Generelt

Lovforslaget gjenspeiler økt fokus på digital sikkerhet. IKT-Norge er enig i at digital sikkerhet er viktig, og digital sikkerhet har fått økende oppmerksomhet både i og utenfor bransjen de senere årene. Det er viktig med en harmonisert tilnærming til dette fra myndighetens side, både når det gjelder tilsynspraksis og hvordan kravene er definert i tilgrensende lovgivning.

Etter IKT-Norges syn er det på flere områder uklare grensesnitt mellom ekomlovens sektorspesifikke regulering og de mer generelle reglene i sikkerhetsloven og personvernlovgivningen. Det er heller ikke alltid klart hvilken tilsynsmyndighet som vil ha ansvaret, eventuelt om det vil kunne være flere tilsynsmyndigheter med overlappende kompetanse i samme sak. I § 1-4 i forslaget til ny ekomlov er begrepet «myndigheten» definert som «Kongen, departementet, Nasjonal kommunikasjonsmyndighet og klagenemnda for elektronisk kommunikasjon», dessuten vil det i mange sammenhenger også være grensesnitt mot myndighetene etter annet regelverk. Etter IKT-Norges syn er det viktig at det er klart hvilken konkret myndighet det pekes på, og at det enkelte myndighetsorgans kompetanse begrenses til det vedkommende myndighet skal forvalte og har kompetanse på. Det bør eksempelvis ikke tillegges lokale myndigheter å ta avgjørelser eller gjøre antakelser knyttet til nasjonale sikkerhetsinteresser, eller til Nkom å ta stilling til personvernspørsmål.

Lovforslaget går flere steder også langt i å ta inn regler som først og fremst synes å skulle beskytte nasjonale interesser og funksjoner. IKT-Norge har forståelse for at elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester kan være viktige for nasjonale interesser og funksjoner, og at det for en del tjenester også kan være behov for et forhøyet sikkerhetsnivå som følge av dette, men dette gjelder ikke alle tjenester og nett som faller inn under lovens virkeområde. IKT-Norge mener man bør være varsom med å innføre

generelle regler knyttet til beskyttelse av nasjonale interesser og funksjoner gjennom sektorlovgivningen. Dersom man velger å innføre slike regler gjennom sektorlovgivningen, bør dette etter IKT-Norges syn følge samme prinsipper som for beskyttelse av nasjonale interesser og funksjoner for øvrig. Det bør i denne sammenheng tydelig fremgå at kravene som springer ut av nasjonale funksjoner og interesser som hovedregel kommer i tillegg til, og ikke kan anses som en integrert del av, de generelle kravene som stilles til sikkerhet i nett og tjenester innenfor sektoren.

Tiltak for å beskytte nasjonale interesser og funksjoner bør etter IKT-Norges syn under enhver omstendighet forbeholdes tilbydere og tjenester som faktisk har betydning for nasjonale interesser og funksjoner, ved at disse utpekes etter samme prinsipper som for sikkerhetslovgivningen.

Etter IKT-Norges syn bør staten gjennomgående ta kostnadene for økte sikkerhetstiltak som først og fremst skal ivareta nasjonale interesser og funksjoner. Dette vil også hindre at sikkerhetslovgivningen får konkurransevridende utslag.

3.2.2. Forslaget til ny ekomlov § 3-1: Vern av kommunikasjon og data

IKT-Norge merker seg at det i lovforslagets § 3-1 fortsatt kreves «nødvendige sikkerhetstiltak for vern av kommunikasjon og data», samtidig som man i § 3-8 har endret kravet til sikkerhet i nett og tjenester fra «nødvendig» til «forsvarlig». Forholdet mellom disse bestemmelsene kan med fordel forklares nærmere.

IKT-Norge har videre merket seg at departementet viser til at plikten til å treffe «egnete tiltak» følger av direktivet, men det gis lite veiledning om hva som kan være et egnet tiltak. Samme sted pekes det også på at tilbyder skal varsle brukerne om eventuelle vernetiltak eller avhjelpende tiltak som brukerne selv kan treffe for å ivareta kommunikasjons- og datavernet. Dette synes ikke å være reflektert i lovforslaget.

IKT-Norge peker videre på at § 3-1 (1) viser til «sikkerhetshendelse», mens § 3-1 (2) viser til «sikkerhetsbrudd». Sikkerhetshendelser er definert i forslag til ny § 1-5 nr. 22 som «enhver handling som har medført eller kan medføre brudd på sikkerheten i elektronisk kommunikasjonsnett eller elektronisk kommunikasjonstjeneste», og omfatter altså både potensielle og faktiske brudd. Sikkerhetsbrudd er ikke definert, men omtalt i merknadene til bestemmelsen. Dersom disse begrepene er ment å ha forskjellig innhold, eksempelvis ved at begrepet «sikkerhetsbrudd» er begrenset til faktiske brudd og utelukker potensielle brudd, vil det være hensiktsmessig at departementet klargjør forskjellen. Dersom en forskjell ikke er tilsiktet bør begrepsbruken harmoniseres.

Forslaget angir at en tilbyder har en varslingsplikt overfor «myndigheten» i de tilfellene som er angitt i § 3-1 annet ledd, nummer 1 og 3. I § 1-4 i forslaget til ny ekomlov er begrepet «myndigheten» definert som «Kongen, departementet, Nasjonal kommunikasjonsmyndighet og klagenemnda for elektronisk kommunikasjon». Det er etter IKT-Norges syn uklart hvilken konkret myndighet det siktes til i § 3-1, og dette bør klargjøres.

3.2.3. Forslaget til ny ekomlov § 3-8: Sikkerhet i nett og tjenester

Departementet foreslår gjennom ny § 3-8 å justere kravene knyttet til sikkerhet og beredskap. Det grunnleggende kravet til beredskap, jf. forslagets første ledd annet punktum, endres fra «nødvendig»

beredskap til «forsvarlig» beredskap. IKT-Norge oppfatter at endringen fra «nødvendig» til «forsvarlig» beredskap er ment som en skjerpelse, men reiser spørsmål ved hva som nærmere ligger i denne endringen.

IKT-Norge vil fremheve at det er vesentlige forskjeller mellom ulike kommunikasjonsnett både med hensyn til teknologi, virkemåte, funksjon og formål. Hvilke tekniske og organisatoriske tiltak den enkelte tilbyder i praksis må gjennomføre for å oppfylle forsvarlighetskravet, vil derfor måtte variere og tilpasses den enkelte tilbyder og den type nett tilbyder tilbyr, herunder hva det enkelte nett benyttes eller er ment å benyttes til.

Kravene til sikkerhetsnivå har i praksis store konsekvenser for aktørenes beredskap og kostnader, og det er viktig at aktørene har forutberegnelighet både med tanke på pliktens materielle innhold og hvordan dette vil praktiseres. IKT-Norge har forståelse for at denne typen reguleringer må ta utgangspunkt i rettslige standarder, og at det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle, men mener likevel det er behov for ytterligere klargjøring av hva endringen fra «nødvendig» til «forsvarlig» konkret innebærer både for at aktørene skal kunne innrette seg etter dette og for tilsynsmyndighetenes praksis.

I merknadene til ny § 3-8 skriver departementet at begrepet «forsvarlig» viser til at «nett og tjenester skal være tilgjengelige og at integriteten, autentisiteten og konfidensialiteten skal beskyttes», men dette gir liten konkret veiledning. Tidligere uttalelser fra Nkom knyttet til eksisterende lovgivning etterlater også forholdsvis stort rom for individuell tolkning og skjønn, og det er behov for å klargjøre hvordan slike uttalelser skal forstås i lys av den foreslåtte endringen i påkrevd sikkerhetsnivå fra «nødvendig» til «forsvarlig».

IKT-Norge merker seg uansett at det i høringsnotatet fremheves at kravet til forsvarlig beredskap må ses i lys av det alminnelige forvaltningsprinsippet om forholdsmessighet, dvs. at de sikkerhets- og beredskapstiltak tilbyder forutsettes å iverksette, må være forholdsmessige i lys av kostnadene ved tiltaket veid opp mot den nytteverdi tiltaket vil tilføre og tjenestens betydning for brukerne. IKT-Norge noterer formuleringen i merknadene til § 3-1, om at prinsippet om forholdsmessighet mellom kostnadene og sikkerheten som oppnås må være styrende for vurderingen av hvilken sikkerhet som skal tilbys, og hvor tilbyder skal yte en sikkerhet som er tilpasset risikoen. IKT-Norge antar at tilsvarende må gjelde for vurderingen av om kravet til forsvarlig sikkerhet etter § 3-8 er oppfylt, jf. også forslagets § 3-8 annet ledd. I lys av at § 3-8 er en bestemmelse som pålegger potensielt omfattende og kostbare forpliktelser for tilbyderne, som til syvende og sist må dekkes av sluttbrukerne, mener IKT-Norge at kravet til forholdsmessighet også bør reflekteres direkte i lovteksten.

Det er i denne sammenheng også viktig at vurderinger knyttet til forsvarlig og forholdsmessig sikkerhetsnivå ikke får preg av etterpåklokskap. Hva som er beste tilgjengelige løsning på markedet til enhver tid («state of the art») bør heller ikke forstås slik at dette i praksis blir et krav til tilbyderne, og selv om opplysninger om dette åpenbart vil kunne være relevant i vurderingen av om sikkerheten er forholdsmessig og forsvarlig er det ingen nødvendig sammenheng eller avhengighet mellom forsvarlig sikkerhet og beste løsning. I denne sammenheng fremhever IKT-Norge at sikkerhet både vil og bør kunne være et eget konkurranseparameter, der sluttbrukerne ideelt sett bør kunne vurdere sitt eget behov utover det som i alminnelighet anses som forsvarlig og forholdsmessig sikkerhet.

Når det gjelder beskyttelse av nasjonale interesser og funksjoner, viser vi til merknadene ovenfor. I lys av at forslaget til § 3-8 kan medføre svært kostbare forpliktelser for tilbyderne, som igjen må dekkes av sluttbrukerne, mener IKT-Norge generelt at staten bør bære en større kostnadsbyrde enn hva forslaget legger opp til.

Som mer lovtekniske innspill, bemerker IKT-Norge at det kan være en viss friksjon mellom kravet til forholdsmessighet og uttalelsene i merknadene til § 3-8 om at det i kravet til «forsvarlighetsnivå» blant annet ligger at «tilbyder skal treffe alle nødvendige tiltak for å sikre størst mulig tilgjengelighet». Det kan også synes noe inkonsistent at det etter § 3-1 kreves «nødvendige sikkerhetstiltak» knyttet til vern av kommunikasjon og data, mens det etter § 3-8 gjelder et mer generelt krav til «forsvarlig sikkerhet». Som nevnt ovenfor, kan forholdet mellom § 3-1 og § 3-8 med fordel presiseres bedre, særlig dersom det innebærer ulike materielle krav med hensyn til sikkerhetsnivå.

3.2.4. Forslaget til ny ekomlov § 3-10: Formidling av viktig melding

Forslaget legger opp til kostnadsdeling mellom staten og tilbyderne for investeringer og drift av et system for befolkningsvarsling. I andre EU/EØS-land har man etter hva IKT-Norge erfarer gått inn for en løsning som innebærer at staten skal dekke alle kostnader forbundet med et slikt varslingssystem. IKT-Norge mener kostnader knyttet til formidling av viktig melding som utgangspunkt og hovedregel bør pålegge staten, og ikke tilbyderne. Vi etterlyser eventuelt en bedre begrunnelse for hvorfor det legges opp til en annen løsning av dette i Norge.

Uansett vil det være viktig at man finner en hensiktsmessig teknisk løsning for slike meldinger, og IKT-Norge understreker at eventuelle forskrifter eller vedtak knyttet til formidling av viktig melding bør skje i nær dialog med aktørene, slik at man kan finne løsninger som både er teknisk gjennomførbare og samfunnsøkonomiske.

3.2.5. Forslaget til ny ekomforskrift § 3-6: Tilretteleggingsplikt

Forslaget legger til grunn at forskriftsbestemmelsen i § 3-6 tredje ledd kan benyttes til å fastsette nærmere regler om kommunikasjonskontroll ved VoLTE-roaming når man har fått avklart dette med andre nordiske land og EU.

IKT-Norge bemerker at et slikt forslag per i dag er teknisk umulig/svært utfordrende, da telefonitjenesten VoLTE produseres i brukerens hjemmenett, og det er der kryptering mv skjer. Tilrettelegging av kommunikasjonskontroll ved VoLTE-roaming reiser også prinsipielle spørsmål om kommunikasjonsvern, sikkerhet og personvern. IKT-Norge støtter derfor forslaget om at dette må utredes grundig og koordineres med øvrige EU/EØS-land før det kan bli aktuelt å innta slik regulering.

3.2.6. Forslaget til ny ekomforskrift § 9-6: Sikkerhetsrevisjon

Sikkerhetsrevisjoner vil være tidkrevende, kostbare og inngripende for aktørene. IKT-Norge mener at begrepet «særlige tilfeller» gir utilfredsstillende anvisning på når en sikkerhetsrevisjon skal kunne kreves, og savner også veiledning om hvordan man skal vurdere behovet for eller pålegget om en sikkerhetsrevisjon etter forskriftens § 9-6 opp mot foreliggende sikkerhetsrevisjoner utført av tredjeparter og forholdet til etablerte standarder slik som NS ISO 27001. Etter IKT-Norges syn bør det bare helt unntaksvis være rom for å pålegge sikkerhetsrevisjoner utover det som følger av etablerte bransjestandarder mv. Normalt bør et pålegg om sikkerhetsrevisjon kreve konkrete og begrunnede

mistanker om sikkerhetsbrudd eller mangel på sikkerhetsrutiner, og kun dersom ordinær sikkerhetsrevisjon ikke er tilfredsstillende.

I utkastet til ny ekomforskrift § 9-6 fjerde ledd foreslås det at pålegget om sikkerhetsrevisjon skal regnes som en prosessledende avgjørelse som er unntatt forvaltningslovens bestemmelser om enkeltvedtak og dermed også klagemulighet. Samtidig fremkommer det tydelig av høringsnotatet at «Et pålegg om å gjennomgå sikkerhetsrevisjon for hele eller deler av virksomheten vil utgjøre et enkeltvedtak med adgang til å påklage avgjørelsen etter forvaltningsloven», som IKT-Norge mener er et riktig utgangspunkt. Forslaget om at pålegget skal regnes som en prosessledende avgjørelse er begrunnet i «at forvaltningslovens bestemmelser om klagerett på en beslutning om å iverksette en sikkerhetsrevisjon vil kunne medføre at et tilsyn trekker unødvendig ut i tid». Dette er etter IKT-Norges oppfatning en uholdbar begrunnelse for et unntak fra alminnelig forvaltningsprosess og klageadgang i forbindelse med slike enkeltvedtak.

3.2.7. Forslaget til ny ekomforskrift § 9-8: Varsel

I utkastet til ny ekomforskrift § 9-8 foreslås tilbyders varslingsplikt utvidet til å omfatte sikkerhetshendelser som har medført eller kan medføre brudd på tilgjengelighet, autentisitet, integritet eller konfidensialitet. Dette er en vesentlig utvidelse av varslingsplikten sammenlignet med dagens bestemmelse, som kun omfatter varsling om brudd på tilgjengelighet (dvs. utfall). Bestemmelsen har også meget strenge varslingskrav, der det oppstilles en 30 minutters absolutt lengste frist for varsling på døgkontinuerlig basis. Dette omfatter også hendelser som bare «kan medføre» en aktuell sikkerhetshendelse.

IKT-Norge mener at det med forslaget legges opp til en varslingsplikt som i praksis kan bli svært vanskelig å overholde, og stiller spørsmål ved om det vil være praktisk mulig for tilbyderer å sende et varsel med det innholdet som kreves etter § 9-8 tredje ledd innen 30-minutters fristen.

Det er ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor det oppstilles en så streng og absolutt frist som foreslått. Ekomdirektivets artikkel 40 krever at tilbyderer «uten unødig opphold underretter vedkommende myndighet om en sikkerhetshendelse som har hatt en vesentlig virkning på driften av nett eller tjenester» uten noen absolutt meldefrist». Etter GDPR opererer man med en absolutt 72 timers frist for varsling av sikkerhetshendelser til tilsynsmyndighetene. Kravet som oppstilles i lovforslaget er betydelig strengere enn dette.

Et slikt varslingskrav som det legges opp til vil etter IKT-Norges syn også kunne føre til ufullstendige og unødvendige varsler, samt at det vil kunne ta fokus bort fra avhjelpstiltak i en situasjon hvor varslingsplikten oppstår. Krav til hendelseslogg mv. vil etter IKT-Norges syn ivareta myndighetenes behov for å undersøke hvordan hendelsen blir håndtert.

IKT-Norge mener det bør være tilstrekkelig med et krav om varsling «uten unødig opphold», slik ekomdirektivet også legger opp til, samt at varslingsplikten forbeholdes faktiske sikkerhetshendelser og ikke hendelser som bare «kan» medføre en sikkerhetshendelse.

IKT-Norge mener det i alle tilfeller vil være viktig at Nkom fastsetter nærmere prosedyrer for varsling. Dersom det foreslåtte varslingskravet opprettholdes, er det viktig at slike prosedyrer er praktisk mulig å etterkomme for aktørene. Dette gjelder da særlig kravene til varselets innhold.

Når det gjelder varsling av kunder er det uklart når varslingsplikten inntreffer, og denne bestemmelsen fremstår også som noe unyansert. Vi vil oppfordre departementet til å vurdere unntaksregler fra varslingsplikten mot kunder etter tilsvarende prinsipper som man har for varsling av de registrerte knyttet til avvik under personvernlovgivningen.

3.2.8. Forslaget til ny ekomforskrift § 9-9: Nasjonal autonomi

I forslaget til ny ekomforskrift § 9-9 foreslår departementet en videreføring av bestemmelsen i dagens ekomforskrift § 8-3 om nasjonal autonomi. Dagens regel har imidlertid aldri trådt i kraft, og det synes klart at ikrafttredelsen av en slik regel vil innebære en betydelig reell endring og skjerpelse av de pliktene som påligger tilbyderne, både knyttet til beredskap og hvordan de innretter sin virksomhet.

Den foreslåtte bestemmelsen (og dagens bestemmelse) utløser etter IKT-Norges syn en rekke spørsmål og problemstillinger som ikke synes adressert verken i forskriftstekst eller forarbeider (verken til ny eller eksisterende forskrift).

Det er eksempelvis ikke klart hvilke krav det stilles til tilbydernes forberedelser og beredskap, hvor lang frist tilbyderne vil få på å innrette sin beredskap og virksomhet i forhold til et krav om nasjonal autonomi, hvilke krav til reaksjonstid og tjenestenivå som påligger tilbyderne i tilfelle et «hjemkall», eller hvor lenge en tilbyder skal være forpliktet til å tilby den aktuelle typen tjenester mv. i en krise- og beredskapssituasjon. Bestemmelsen skiller tilsynelatende heller ikke mellom samfunnskritiske tjenester og ikke-kritiske tjenester, men omfatter hele «tjenestetilbudet» uten hensyn til om disse har betydning for nasjonale funksjoner eller interesser.

Etter IKT-Norges syn krever en bestemmelse om nasjonal autonomi en langt grundigere utredning av de praktiske og økonomiske konsekvensene, herunder forholdet til EØS-reglene, samt en langt mer detaljert vurdering og regulering av hvordan et krav om nasjonal autonomi faktisk skal gjennomføres. Det bør i denne sammenheng etterstrebtes større grad av forutberegnelighet for aktørene, eksempelvis gjennom at de nett og tjenester som anses aktuelle for et «hjemkall» forhåndsutpekes av myndighetene, og at også øvrige aspekter rundt en slik driftssituasjon forhåndsavklares.

Merkostnader som følge av krav til nasjonal autonomi bør etter IKT-Norges syn bæres av staten, jf. også prinsippet i lovforslagets § 3-8 fjerde ledd.

3.3. Sluttbrukers rettigheter

3.3.1. Generelt

Lovforslaget regulerer både forholdet til sluttbrukere (herunder forbrukere) og mellom tilbydere (næringsdrivende), samt forholdet til myndighetene. Forbrukervernet er sentralt, og vi viser til innledende kommentarer om dette.

IKT-Norge mener det er uheldig at man i det norske lovforslaget velger å definere mikroforetak, små foretak og ideelle organisasjoner som «forbrukere» i enkelte bestemmelser. Etter vårt syn bidrar denne tilnærmingen til å utvanne forbrukerbegrepet, og tilnærmingen er også i strid med loven og direktivets definisjon av «forbruker» som en fysisk person. I ekomdirektivet synes tilnærmingen å være at man gir slike sluttbrukere tilsvarende rettigheter som forbrukere, uten å definere dem som del av gruppen «forbruker». Dette vil etter IKT-Norges syn være å foretrekke også i ekomloven, og samsvarer

bedre med det forbrukerbegrepet man ellers finner i norsk rett, begrepsbruken i de fleste EU-rettsakter om forbrukervern, og hva bransjen allerede har innrettet seg etter. Vi nevner i denne forbindelse også til diskusjonen i Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) til forbrukerkjøpsloven knyttet til forbrukerbegrepet, der det flere steder understrekes behovet for et harmonisert forbrukerbegrep både nasjonalt og i forhold til EU/EØS-reglene.

En klar avgrensning av forbrukerbegrepet er viktig for forutberegneligheten ved avtaleinngåelser, både for næringslivsaktører og forbrukere. For praktiske formål vil det trolig være særlig sentralt å få avklart hvordan eksempelvis borettslag og foreninger passer inn i den sluttbrukertaksonomien som lovforslaget legger opp til, og IKT-Norge ser gjerne at dette kommenteres særskilt i forarbeidene. IKT-Norge noterer seg de diskusjoner som tidligere har vært om dette, blant annet i nevnte Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) pkt 3.3, og hvor hovedsynspunktet og gjeldende rett synes å være at forbrukerbegrepet er begrenset til fysiske personer. Som fremhevet i nevnte Ot.prp. pkt 3.3.7 (s 50) er det heller ikke noe i veien for at partene i det enkelte tilfelle kan avtale forbrukerrettigheter også for slike sammenslutninger.

IKT-Norge bemerker i tillegg at gruppen sluttbrukere som får utvidet beskyttelse etter norske forhold vil omfatte en forholdsvis stor gruppe foretak, som ikke har noen særstatus i dagens lov og som heller ikke regnes som forbrukere i andre sammenhenger. Det er viktig at utvidede sluttbrukerrettigheter for slike grupper sluttbrukere forbeholdes de grupper de er ment for, jf. også ekomodirektivets fortale punkt 255.

Det legges flere steder i lovforslaget opp til at utvidede sluttbrukerrettigheter for sluttbrukere som ikke er «ekte» forbrukere kan bortfalle der disse «uttrykkelig har samtykket til å fravike rettighetene». Referansen til samtykke kan gi assosiasjoner til et «GDPR-samtykke», men ekomodirektivet benytter gjennomgående formuleringen «explicitly agreed», og ikke «explicitly consented» i denne sammenheng. IKT-Norge antar at dette er bevisst terminologi fra EUs side, og at ekomodirektivet bør forstås slik at ikke nødvendigvis kreves et «samtykke» som oppfyller kravene etter modell av personvernlovgivningen for å frasi seg utvidede sluttbrukerrettigheter. IKT-Norge er usikker på om den avvikende begrepsbruken i det norske lovforslaget og direktivoversettelsen er bevisst, men for å unngå sammenblanding og usikkerhet knyttet til dette begrepet mener IKT-Norge man i den norske lovteksten bør benytte det mer direktivnære begrepet «avtalt» fremfor «samtykke». Det kan også være praktisk viktig, både for tilbydere og sluttbrukere, å avklare om det i denne sammenheng vil være noen begrensninger på bruk av standardvilkår som grunnlag for bortfall av utvidede sluttbrukerrettigheter. IKT-Norge ser gjerne at dette adresseres mer spesifikt i forarbeidene, og mener det for gruppen sluttbrukere som ikke er «ekte» forbrukere normalt bør være mulig å avtale avvikende ordninger også gjennom tilstrekkelig klare standardvilkår.

Totalbyrden av rettigheter (GDPR, ePrivacy, ekomodirektivet mv.) reiser flere problemstillinger med hensyn til hvordan man skal etterleve regelverkene i praksis. Ofte vil det være slik at flere av disse regelsettene virker samtidig på samme tilbud til forbrukeren, særlig ved «bundling» av produkter og tjenester. IKT-Norge mener det bør vurderes å gi nærmere veiledning om den konkrete avgrensningen mellom ulike regelsett, og kanskje innføres en form for «best practices» for å sørge for lik praksis hos tilbyderne. I alle tilfeller bør det utarbeides klare retningslinjer om koordinering i saker som berører flere regler og tilsyn for å unngå dobbeltbehandling

3.3.2. Forslaget til ny ekomlov § 4-12: Koblingssalg

IKT-Norge forstår at bestemmelsen om koblingssalg søker å gjennomføre ekomdirektivets artikkel 107, som er fullharmonisert, og at departementets handlefrihet derfor er tilsvarende begrenset. Bestemmelsen oppstiller ikke noe forbud mot koblingssalg, men et koblingssalg medfører visse rettslige konsekvenser slik som at alle elementer i koblingssalget underlegges reglene i ekomloven §§ 4-3, 4-5 og 4-14 og at det gis en utvidet hevingsadgang.

IKT-Norge oppfatter det slik at bruken av det generiske begrepet «tjenester» innebærer at det ikke nødvendigvis vil være avgjørende for bestemmelsens anvendelse om de aktuelle tjenestene som «kobles» sammen med internettilgangstjeneste eller offentlig person-til-person kommunikasjonstjeneste i utgangspunktet faller inn under lovens virkeområde.

IKT-Norge vil fremheve at «koblingssalg» i dag er ganske vanlig; det gir tilbyderne frihet til å selge de tjenestene folk vil ha. Muligheten for koblingssalg har også vært viktig for «den norske modellen» ved å gi utbyggere større forutsigbarhet og sikkerhet for inntekter, som igjen muliggjør økt infrastrukturkonkurransen til gode for forbrukerne. Eksempelvis har det å kunne tilby kundene en pakkepris for tv og internett vært viktig for utbyggingen av bredbåndskapasitet, og tilsvarende koblinger vil også være aktuelle for å finansiere fremtidige investeringer i infrastruktur. Koblingssalg kan også gi forbrukeren et bedre tilbud enn det forbrukeren ville ha oppnådd ved kjøp av separate tjenester. Bestemmelsene om koblingssalg bør ikke gå lengre enn hva ekomdirektivet legger opp til. Siden det er krav om fullharmonisering, vil avvik også være problematisk i forhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser. I den grad det likevel skulle være rom for avvik bør disse støtte opp om den norske modellen.

Det er noe uklart for IKT-Norge hva som skal til for at noe anses som et koblingssalg etter den foreslåtte bestemmelsen, og IKT-Norge er bekymret for at norske myndigheter utvider bestemmelsens virkeområde utover det ekomdirektivet gir grunnlag for. Etter IKT-Norges syn er det problematisk at det etter merknadene synes å kunne foreligge et koblingssalg på bakgrunn av en «nær tilknyttet avtale», uten at de ulike tjenestene nødvendigvis tilbys som en «pakke». IKT-Norge kan ikke se at dette følger av direktivteksten, og er usikker på om den forståelse departementet gir uttrykk for vil innebære en korrekt implementering av ekomdirektivets artikkel 107, som i den norske oversettelsen omtaler «pakkesalg». Det må i utgangspunktet være legitimt å selge ulike nært tilknyttede tjenester i sammenheng, uten at det anses som et «koblingssalg» eller forsøk på omgåelse av reglene om koblingssalg, eksempelvis som følge av at det er ulike tilbydere for tjenestene. Begrepet koblingssalg (evt «pakkesalg») bør etter IKT-Norges syn forbeholdes situasjoner der det er tatt et bevisst valg om å tilby ulike tjenester som en «pakke», og ikke få anvendelse på situasjoner hvor forskjellige tjenester mer eller mindre tilfeldig omsettes i en eller annen form for kontekstuell nærhet til hverandre.

I alle tilfeller er det uklart hva som ligger i begrepet «nær tilknyttet avtale», og dette begrepet bør forklares nærmere i tilfelle det skal legges til grunn for forståelsen av begrepet «koblingssalg». Av kommentarene ovenfor følger det også at IKT-Norge mener dette begrepet i så fall bør forstås snevert.

Det er etter IKT-Norges syn uklart hvem som er pliktsubjekt etter bestemmelsen om koblingssalg, herunder om det er tjenestetilbyder eller den som opptrer som forbrukerens avtalepart: Det synes også uklart hvordan situasjoner der ulike tjenester i «pakken» leveres av forskjellige tjenestetilbydere

skal vurderes, særlig dersom man legger til grunn at det er tilstrekkelig med en «nær tilknyttet» tjeneste for at et koblingssalg skal anses å foreligge.

Når det gjelder den utvidede hevingsretten som følger med et koblingssalg, jf § 4-12 tredje ledd, mener IKT-Norge at den foreslåtte lovteksten avviker fra det som følger av ekomdirektivet. Etter den foreslåtte lovteksten kan det fremstå som at den utvidede hevingsretten ved koblingssalg gjelder uavhengig av årsaken til hevingsretten. Etter direktivets artikkel 107 punkt 2 er imidlertid slik utvidet hevingsrett betinget av at det er «manglende samsvar med avtalen eller manglende levering», og denne nyansen synes ikke reflektert i den foreslåtte ordlyden.

IKT-Norge ønsker at første setning i § 4-12 tredje ledd endres til en mer direktivnær ordlyd, og foreslår konkret følgende ordlyd (endring i kursiv):

Har forbrukeren rett til å heve avtale før eventuell bindingstid er utløpt *på grunn av manglende samsvar med avtalen eller manglende levering*, skal hevingsretten gjelde alle elementer i et koblingssalg.

IKT-Norge mener også at konsekvensene av en utvidet heving (altså hevingsoppgjøret) med fordel kan adresseres nærmere i forarbeidene. Poenget med den utvidede hevingsretten synes først og fremst å være å sørge for at sluttkunden skal kunne komme seg ut av hele «avtalepakken» der det foreligger en kvalifiserende hevingssituasjon, og ikke bare enkeltelementer av den. Ekomdirektivet legger opp til at konsekvensene av heving vil reguleres av nasjonal rett, og IKT-Norge mener i denne sammenheng at en utvidet hevingsadgang ikke bør gis større virkning enn hensynene bak bestemmelsen gir grunnlag for.

IKT-Norge antar i denne sammenheng at partene i avtalen etter norsk rett, og innenfor rammene av relevant forbrukerlovgivning, vil kunne regulere konsekvensene av heving nærmere. Der det er snakk om løpende ytelser vil det etter IKT-Norges syn være naturlig at hevingsadgangen som hovedregel og utgangspunkt begrenses til fremtidige leveranser (altså heving «ex nunc»), og at eventuelle mangler ved ytelse(e) frem til hevingstidspunktet behandles etter reglene om erstatning eller prisavslag for den enkelte ytelse. For de deler av et koblingssalg som faller inn under kjøpslovgivingen vil det i hevingsoppgjøret kunne være aktuelt å gjøre fratrekk for nytteverdi mv.

3.3.3. Forslaget til ny ekomlov § 4-14: Bytte av internettilgangstjeneste

Forslaget § 4-14 gjennomfører ekomdirektivet artikkel 106 nummer 1, som regulerer skifte av tilbyder og nummeroverførbarhet. I bestemmelsens femte ledd oppstilles et forbud mot bruk av informasjon fra bytteprosessen i egen markedsføring mot en sluttbruker i en periode på 14 dager etter at byttet er gjennomført; et forbud mot såkalte “win-back”-kampanjer. I merknadene til § 4-14 fremgår det at hensynet bak bestemmelsen er konkurransen i markedet, og bestemmelsen synes å være inspirert av gjeldende ekomforskrift § 3-6, som inneholder et forbud for telefonitilbydere å benytte informasjon i forbindelse med flytting av telefonnummer (portering), til å rette egen markedsføring mot sluttbrukere som har bestemt seg for å bytte tilbyder.

IKT-Norge kan ikke se at denne bestemmelsen innebærer en gjennomføring av artikkel 106 i ekomdirektivet, og siden det er krav om fullharmonisering synes forslaget å avvike fra det direktivbestemmelsen gir hjemmel for å innføre i nasjonal rett. Bestemmelsen regulerer de pliktene

tilbydere har i forbindelse med bytte av operatør, men ikke hvilke skranker som gjelder for eventuell markedsføring mot tidligere kunder.

IKT-Norge kan ikke se at det er godgjort noe konkret behov for å innføre en bestemmelse som går lenger enn det som følger av direktivet, eller hvorfor dagens «win back» forbud for telefon skal utvides på denne måten. IKT-Norge bemerker også at slik markedsføring som i utkastet forbyr som regel stiller sluttbrukeren i en svært fordelaktig posisjon, der avgivende tilbyder ofte tilbyr en bedre og/eller billigere tjeneste enn det mottakende tilbyder har tilbudt sluttbrukeren. Forslaget vil derfor kunne være uheldig både for den enkelte sluttbruker og for konkurransen i markedet.

3.4. Tiltak som kan fremme utbygging av nye nett med svært høy kapasitet

Lovforslaget har et nytt kapittel 9 om «Tiltak som kan fremme utbygging av nett med svært høy kapasitet og gi lettelse for tilbyder med sterk markedsstilling». De nye bestemmelsene reiser flere spørsmål, blant annet når det gjelder hva som konkret ligger i kravet om «rimelige og rettferdige» forpliktelser, og «tilgang på rettferdige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår», jf. § 9-3 tredje ledd. IKT Norge imøteser en nærmere avklaring av hvordan disse begrepene skal forstås.

IKT-Norge peker i denne sammenheng på at saminvesteringer kan reise utfordringer i relasjon til konkurranselovgevingen. I merknadene til forslaget § 9-1 uttales det i denne sammenheng at

Tilbyder med sterk markedsstilling som ønsker å inngå saminvesteringsavtale, bør derfor undersøke med konkurransemyndighetene om saminvesteringstilbudet er forenlig med konkurransereguleringen.

IKT Norge mener det her bør foretas en samordning mellom tilsynsmyndighetene, slik at aktørene ikke må forholde seg til flere tilsynsmyndigheter i denne type spørsmål.

3.5. Tilrettelegging for infrastrukturbygging

3.5.1. Forslaget til ny ekomlov § 10-2: Plikt til samlokalisering for tilbydere

Etter § 10-2 (2) kan samlokalisering etter bestemmelsen kun pålegges «i særlige områder» der dette er «nødvendig for å nå målene etter første ledd».

Begrepet «særlige områder» synes ikke nærmere definert eller omtalt i høringsdokumentene, og departementet oppfordres til å presisere hva som nærmere ligger i dette begrepet, for å avklare rekkevidden av bestemmelsen.

3.5.2. Forslaget til ny ekomlov § 10-3: Tilgang til nett og fasiliteter i og utenfor bygninger

Myndighetene kan etter § 10-3 pålegge tilbydere av elektronisk kommunikasjonsnett, eiere av slike nett eller andre som har disposisjonsrett, plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om å inngå eller endre avtale om «tilgang til kabler og tilhørende fasiliteter i bygning eller til første tilkoblingspunkt hvor dette er plassert utenfor bygning». «Tilhørende fasilitet» er i § 1-5 (13) definert som fysisk infrastruktur og annen innretning eller element i tilknytning til et elektronisk kommunikasjonsnett eller en elektronisk kommunikasjonstjeneste, som muliggjør eller støtter eller kan støtte tilbud av elektronisk kommunikasjonstjeneste via slikt nett eller tjeneste.

Det vil være nyttig å få ytterligere eksemplifisert hvilke tilgangsmuligheter bestemmelsen åpner for, jf. blant annet merknaden i høringen om at bestemmelsen «i hovedsak» gjelder passiv infrastruktur, og også det nærmere grensesnittet mot bredbåndsutbyggingsloven. Bredbåndsutbyggingsloven § 14 synes å kunne overlappes med ny ekomlov § 10-3 (1) for de tilfeller der anmodende tilbyder er «bredbåndsutbygger», jf. definisjonen i bredbåndsutbyggingsloven § 5, og ber om tilgang til «tilkoblingspunkt eller fysisk infrastruktur i bygninger med flere bruks- eller eierseksjoner», som tilbydere av elektroniske kommunikasjonsnett eier eller har bruksrett til, eiere av slike nett eller andre som har disposisjonsrett til slike fasiliteter.

Vilkårene for tilgang etter ny ekomlov § 10-3(1) og bredbåndsutbyggingsloven § 14 er relativt like, men ikke helt identiske. Videre gir bredbåndsutbyggingsloven § 14(3) anvisning på en noe annen prosess enn § 10-3, herunder en tidsfrist for avslag på anmodninger på 2 måneder, og eventuelt tvisteløsning etter § 15. Hvorvidt det anmodes om tilgang etter bredbåndsutbyggingsloven § 14 eller ny ekomlov § 10-3(1) kan derfor få betydning for aktørens plikt og rett til tilgang. I henhold til bredbåndsutbyggingsloven § 2(3) har ekomloven forrang ved eventuell motstrid. Av forslaget til merknader fremgår det at § 10-3 suppleres av bredbåndsutbyggingsloven. Det kan være hensiktsmessig at departementet klargjør virkeområdet til de to bestemmelsene i de tilfellene de tilsynelatende regulerer tilgang til samme nivå i nettet.

§ 10-3 inneholder i tillegg en rekke skjønnspregede og uklare begreper, som potensielt vil kunne gi opphav til ulik fortolkning og tvist, jf. blant annet inngangsvilkåret i § 10-3 om at «når duplisering av infrastruktur er vanskelig å gjennomføre eller vil være økonomisk ineffektivt». Også vurderingstemaet etter annet ledd åpner for skjønnspregede vurderinger. Det er en fordel om disse begrepene søkes klargjort i merknadene.

Etter IKT-Norges syn gir bestemmelsen også en svært vid hjemmel for prisfastsettelse, noe som også reduserer forutberegneligheten knyttet til bestemmelsens anvendelse.

3.5.3. Forslaget til ny ekomlov § 10- 4: Etablering av småcellebaseeestasjoner

IKT Norge støtter forslaget til ny ekomlov § 10-4, og mener adgangen til å gi avslag bør praktiseres restriktivt, og også at departementet bør vurdere å gi bestemmelsen anvendelse for alle eiendommer, bygninger og anlegg kontrollert av det offentlige, inkludert offentlig kontrollert virksomhet.

3.5.4. Forslaget til ny ekomlov § 10-5: Tilgang til infrastruktur for mobile tjenester

Bestemmelsen i lovforslagets § 10-5 gir tilsynelatende anvisning på en nokså snever adgang til å gi pålegg om felles utnyttelse av eller tilgang til infrastruktur basert på en rekke vilkår. Vilkårene er basert på til dels uklare og skjønnsmessige kriterier, som bidrar til usikkerhet. IKT Norge mener bestemmelsen og dens tiltenkte anvendelsesområde med fordel kan klargjøres.

3.5.5. Forslaget til ny ekomlov § 10-6: Kartlegging av bredbåndsdekning

IKT-Norge forstår den foreslåtte bestemmelsen slik at aktører kan måtte oppgi informasjon om eksisterende bredbåndstilbud og prognoser om videre utbygging i en periode fremover i tid på opptil tre år, og at man også vil kunne være forpliktet til å oppgi sine nærmere utbyggingsintensjoner i et område hvor prognosene tilsier at det ikke vil bli bygget ut relevant nett.

Sett i lys av merknadene og direktivet synes bestemmelsen også å åpne for at myndigheten kan offentliggjøre områder uten forventet utbygging basert på innhentet informasjon om aktørers prognoser. Begrensningen i § 10-6(4) om offentliggjøring av forretningssensitive opplysninger synes ikke å hindre offentliggjøring av slik informasjon.

Hva gjelder fremgangsmåten for informasjonsinnhenting om utbyggingsintensjoner, synes det å være enkelte uklarheter knyttet til foreslått ordlyd i § 10-6 (2) og (3) og det som fremgår (delvis) av merknadene og direktivet.

- Av (2) fremgår det at myndigheten kan invitere et foretak/offentlig myndighet til å erklære om de har utbyggingsplaner i identifiserte områder: Først dersom en slik invitasjon medfører en erklæring om utbyggingsplaner, kan myndigheten kreve at andre foretak/offentlig myndigheter erklærer hvorvidt de har utbyggingsplaner i slike områder.
- Av (3) fremgår ikke prosessen med at myndigheten først må invitere foretak/offentlige myndigheter til å erklære sine utbyggingsintensjoner, før tilsvarende erklæring kan kreves av andre aktører, og den frivilligheten som ligger i en naturlig forståelse av begrepet «invitere». Ordlyden klargjør heller ikke hvordan myndigheten blir kjent med en aktørs intensjon om å bytte ut nett med svært høy kapasitet i et område som er identifisert etter (2).

IKT- Norge ber om en klargjøring av bestemmelsens omfang, og vil oppfordre til varsomhet omkring bruk og offentliggjøring og deling av innsamlet informasjon knyttet til aktørenes utbyggingsplaner. Vi viser i denne sammenheng særlig til følgende:

- Bestemmelsens ordlyd og utforming synes å fravike noe fra direktivet, og forslag til merknader til bestemmelsen tilknyttet myndighetens innhenting av informasjon om fremtidige utbyggingsintensjoner i § 10-2 (2) og (3). Det er uklart for IKT-Norge om det er tilsiktet noen forskjell, og vi viser til våre generelle kommentarer om forholdet til EU/EØS-regler i pkt 2.4 ovenfor.
- Den norske modellen er basert på «selg først, bygg etterpå»-prinsippet, og i lys av det tidsperspektivet bestemmelsen legger opp til vil man etter IKT-Norges syn kunne risikere å gi et feilaktig bilde av at områder ikke vil bygges ut av kommersielle aktører fordi aktørene på tidspunktet for innsamling av informasjonen ikke har nok eller tilstrekkelig sikker informasjon til å si noe om sine prognoser for et område så langt frem i tid (inntil 3 år). Merknadene gir inntrykk av at aktørenes prognoser kan få betydning for tildeling av offentlige bredbåndsmidler og nasjonale bredbåndspaner. En slik bruk av informasjonen vil imidlertid kunne hindre kommersiell utbygging av nett til fordel for offentlig subsidiert utbygging. IKT- Norge minner i denne sammenheng om fortalen til ekomdirektivet punkt 62, der det fremheves i tilknytning til innsamling av opplysninger at berørte myndigheter bør overholde prinsippet om fortrolighet og unngå å påføre noe foretak en konkurransemessig ulempe.
- Informasjon om aktørers fremtidige markedsadferd vil etter forholdene kunne anses som konkurransesensitive opplysninger. IKT-Norge stiller spørsmål ved om forholdet til konkurranseloven, og hvilke eventuelle konkurransevridende effekter slik offentliggjøring og utveksling som bestemmelsen legger opp til kan ha, er tilstrekkelig vurdert i denne sammenheng.

IKT-Norge bemerker også at begrepet «bredbånd», som benyttes i § 10-6 (1), ikke er definert i lovforslaget. Dersom det med dette er ment noe annet enn definisjonen av «nett med svært høy kapasitet» bør det klargjøres, i motsatt fall bør man benytte samme terminologi her.

3.6. Tilsyn

3.6.1. Forslaget til ny ekomlov § 15-2: Opplysningsplikt

Den foreslåtte bestemmelsen i § 15-2 gjennomfører ekomdirektivets artikkel 20 og 21. Etter forslaget kan Nkom «kreve opplysninger fra enhver når det er nødvendig» for gjennomføringen av ekomloven eller forpliktelser som følger av internasjonale overenskomster som Norge har sluttet seg til.

Ordlyden «enhver» går etter IKT-Norges syn lenger enn det som følger av ekomdirektivet, som legger opp til at krav om å fremlegge opplysninger rettes mot «undertakings providing electronic communications networks and services, associated facilities, or associated services».

IKT-Norge stiller spørsmål ved hvorfor man her går lengre enn direktivet uten at dette drøftes eller redegjøres nærmere for i høringsdokumentet.

3.6.2. Forslaget til ny ekomlov § 15-12: Overtredelsesgebyr

Forslagets § 15-12 gir blant annet departementet hjemmel for å utstede overtredelsesgebyr på grunnlag av uaktsomhet.

Bestemmelsene om overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som må anvendes innenfor de rammene som følger av menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 3, jf. menneskerettighetsloven § 3. I redegjørelse til Prop. 155 LS (2020-2021) av 12. mai 2021 anbefalte derfor også Justisdepartementets lovavdeling at det ved illeggelse av overtredelsesgebyr overfor foretak inntil videre stilles krav om subjektiv skyld, slik at den som har opptrådt på vegne av foretaket må utvise alminnelig uaktsomhet. Informasjon om dette er tilgjengelig på Stortingets nettsider¹.

IKT-Norge vil oppfordre departementet til å utrede og ta hensyn til den rettsutviklingen som har funnet sted knyttet til krav om subjektiv skyld ved illeggelse av foretaksstraff etter Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-797-A med videre henvisning til praksis fra den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Det er klare likhetstrekk mellom foretaksstraff og administrative sanksjoner, og det er derfor en mulighet for at rettsutviklingen også vil ha betydning for skyldkravet ved illeggelse av administrative sanksjoner.

3.7. Konfliktløsning og klage

3.7.1. Forslaget til ny ekomlov § 16-6: Klage på enkeltvedtak

IKT-Norge ser positivt på forslaget til opprettelse av en klagenemnd for å behandle klager over enkeltvedtak fattet av Nkom i saker som omfattes av ekomloven, og vurderer det som positivt at departementet flytter behandlingen av klage på enkeltvedtak ut av departementet og over til et uavhengig organ, da dette vil kunne føre til en raskere saksbehandling.

¹ <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2020-2021/inns-202021-554l-vedlegg.pdf>

Som det fremgår av høringsnotatet, vil klagesaker på ekområdet ofte være omfattende og komplekse og nødvendiggjøre både juridisk, teknisk og økonomisk kompetanse. IKT-Norge støtter derfor vurderingen av at det er nødvendig at nemnda gis tilstrekkelige ressurser og å sikre at den får en sammensetning som vil gi den faglig tyngde og legitimitet blant tilbyderne og andre brukere av klageordningen. Det vil etter IKT-Norges syn kunne være utfordrende å finne medlemmer som har nødvendig faglig bakgrunn, og som samtidig ikke har en relasjon til aktører i markedet som innebærer at de ikke er eller anses habile. IKT-Norge ber også departementet om å avklare hva som blir de faktiske implikasjonene dersom det ikke er mulig å finne et tilstrekkelig antall nemndsmedlemmer. Det er etter IKT-Norges syn viktig at departementet er oppmerksom på slike utfordringer, og at dette evalueres og følges opp nøye i forbindelse med både etablering av klagenemnda og den løpende saksbehandling.

Flere av de spørsmålene nemnda vil behandle, vil angå tolkningen av EØS-rett. IKT-Norge antar at nemnda vil være å anse som en «domstol» etter Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA) artikkel 34, som derfor vil ha rett til å innhente rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen. Det vises her til det som ble lagt til grunn i forbindelse med forslaget til etableringen av Konkurransklagenemnden, jf. NOU 2014: 11, s. 126.

For at klagenemnden skal fungere som en effektiv ordning i tråd med direktivets formål, er det etter IKT-Norges syn avgjørende at departementet utarbeider klare saksbehandlingsregler, inkludert tidsfrister. Saksbehandlingsreglene må være klare før nemnda settes i arbeid.

IKT-Norge vurderer det også som viktig å få klarhet i virkningen av at nemndas avgjørelser ikke kan stride mot pålegg gitt av ESA, jf. forslag til §16-6 annet ledd. I merknadene til bestemmelsen uttales det at nemnda må «ta hensyn til» pålegg av ESA, noe som etter IKT-Norges syn gir uttrykk for en skjønnsmessig kompetanse som ville stride med Norges EØS-forpliktelser. Departementet bør avklare om det er en utilsiktet meningsforskjell. Dersom det ikke er tilfellet, må departementet oppklare det i forarbeidene til bestemmelsen.

Det samme gjelder spørsmålet om klage til nemnda er en forutsetning for å ta saken til domstolen, noe som fremstår uklart etter forslaget til ny § 16-8.

3.7.2. Forslaget til ny ekomlov § 16-7: Ugyldighet

Lovforslaget legger opp til en videreføring av dagens regel knyttet til gyldigheten av avtaler som strider mot loven. Poenget med å ha en slik ugyldighetsbestemmelse som er foreslått, og som også følger av eksisterende lov, bør etter IKT-Norges syn være å gi private parter adgang til å angripe avtaler i som er i strid med loven gjennom ordinære tvisteløsningsmekanismer.

I merknadene til bestemmelsen uttales det imidlertid at «Loven legger opp til at ugyldighetsvurderingen kan gjøres av myndigheten eller av en domstol». Det er uklart for IKT-Norge hva som er ment med denne merknaden, og IKT-Norge kan ikke se at en slik adgang fremgår verken av ordlyden eller av direktivet.

Utgangspunktet må være at vurderingen av om en avtale er gyldig forbeholdes domstolene eller andre tvisteløsningsorganer partene måtte ha avtalt, og at privatrettslige forhold faller utenfor det forvaltningsmyndighetene skal og kan ta stilling til. Forvaltningsprosessen er ikke egnet til å løse

privatrettslige tvister mellom partene i en avtale, og forvaltningen er heller ikke kompetansemessig satt opp til å løse spørsmål om privatrettslig ugyldighet.

IKT-Norge kan ikke se at det er behov for å fravike sedvanlig fordeling mellom forvaltningsmyndigheter og domstoler i spørsmål relatert til ekomloven, og er negativ til at forvaltningsmyndighetene tillegges kompetanse til å vurdere av en avtales gyldighet. En eventuell slik regel bør etter IKT-Norges syn begrunnes nøye, og den bør fremkomme klart av lovteksten. Man bør i denne sammenheng også foreta en grundig analyse av hvilke konsekvenser en slik regel kan ha, og sette opp klare rammer for myndighetens kompetanse knyttet til slike spørsmål.

3.8. Overgangsregler

Lovforslagets § 18-3 og forskriften § 12-3 om at klager som er til behandling når loven/ forskriften trer i kraft skal behandles etter de nye reglene, synes ikke forenelig med Grunnloven § 97. Vi kan heller ikke se at det i høringsdokumentene foretas noen vurdering av bestemmelsen opp mot forbudet mot å gi lover tilbakevirkende kraft.

Det er mulig departementet bare sikter til prosessuelle regler, men dette reflekteres verken av ordlyden i bestemmelsene eller høringsdokumentene for øvrig. IKT-Norge mener uansett at også en slik prosessuell regel vil være problematisk, både praktisk sett og i forhold til Grunnloven § 97. Det vil i så fall vil være behov for langt mer nyanserte og detaljerte overgangsbestemmelser.

Vi vil oppfordre departementet til å vurdere både grunnlovsmessigheten og eventuelt hensiktsmessigheten av departementets forslag på nytt.

4. AVSLUTNING:

IKT-Norge takker for anledningen til å gi bransjens innspill på ny lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) og ny forskrift om elektroniske kommunikasjonsnett- og tjenester mm. Norge er helt avhengig av at vi lykkes med innovasjon og omstilling for å løse de store samfunnsoppgavene fremover, og det er da avgjørende at vi får de rette rammebetingelsene på plass. Vi kan stille opp på kort varsle hvis departementet ønsker ytterligere presiseringer eller diskutere andre sider ved denne høringen.

Med vennlig hilsen



Øyvind Husby

Administrerende direktør
IKT-Norge