

Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Høringsvar sendt postmottak@kmd.dep.no

Vår dato
1. november 2021

Vår referanse

Deres dato
2. juli 2021

Deres referanse

21/3980

Vår saksbehandler

Anne B. S. Hammerstad/Haakon Gjesdahl

HØRINGSVAR – FORSLAG TIL NY EKOMLOV, NY EKOMFORSKRIFT OG ENDRINGER I NUMMERFORSKRIFTEN

1. Innledning

Vi viser til høringsbrev og notat av 2. juli 2021 fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet med forslag til ny ekomlov, ny ekomforskrift og endringer i nummerforskriften. Allente ble i epost fra departementet 12. oktober innvilget utsatt frist til 1. november 2021 grunnet i koordineringsbehov.

Med virkning fra 5. mai 2020 ble eierskapet til Canal Digital AS (Canal Digital) og VCB Sweden AS (Viasat) overtatt av Allente Group AB, etter forutgående godkjennelse fra EU-kommisjonen. Allente Group AB er 50% eid av hhv Telenor og Nordic Entertainment Group og distribuerer gjennom Canal Digital og Viasat tv-pakker til over 1,1 millioner husholdninger i Norden, hovedsakelig via satellitt og IPTV, under varemerket Allente (i det følgende betegnes Canal Digital og Viasat samlet som Allente). TV-pakkene som distribueres består av lineære fjernsynskanaler, start-forfra og ukesarkiv knyttet til de lineære sendingene samt arkivinnhold, såkalte SVOD-tjenester (abonnementsbaserte strømmetjenester) og leiefilm (TVOD). Allente tilbyr også bredbånd i Sverige og fast trådløst bredbånd i Norge.

Lovforslaget tar i hovedsak sikte på å gjennomføre ekomdirektivet (EU) 2018/1972 i norsk rett, samt (hjemler) gjennomføring av flere forordninger (f.eks. BEREC) og ekom-utstyrsdirektiver, videreføring av eller tilpasninger til andre ekom-relevante rettsakter som kommunikasjonsverndirektivet- og forslag til forordning («ePrivacy»). Det vil være begrenset med valgmuligheter nasjonalt til å fravike det harmoniserte EU-regelverket. Dette innebærer også begrenset mulighet for høringsinstansene til å påvirke utformingen av loven som følger av direktivene. Ut fra disse forutsetningene, og at ikke alle deler av ny ekomlov er relevante for Allente, har vi noen få innspill til lovutkastet.

2. Informasjonskapsler (cookies)

Departementet foreslår en ny § 3-7 om bruk av informasjonskapsler/cookies, som da vil erstatte gjeldende § 2-7b som ble inntatt i ekomloven i 2013 og bygger på kommunikasjonsverndirektivet (EU) 2002/58, artikkel 5 nr. 3, som ble endret til at abonnenten eller brukeren skal ha gitt sitt samtykke til behandlingen ved direktiv (EU) 2009/136.

Forslag til kommunikasjonsvernforordning (EU) 2017/0003 (COD) legger opp til å erstatte kommunikasjonsverndirektivet, og intensjonen i januar 2017 var at forordningen skulle tre i kraft samtidig med personvernforordningen dvs. 25. mai 2018.

Forslag til kommunikasjonsvernforordning har vært endret flere ganger siden 2017. Forordningen har vært meget omstridt spesielt grunnet de innskjerpede, strengere personvernregler for cookies samt (elektroniske) kommunikasjonstilbyderes håndtering av metadata, og flere forsøk i Ministerrådet og Parlamentet har strandet. Utfordringen i forslaget, og som er så vanskelig å enes om og regulere i praksis, er å finne balansen mellom et evt. behov for strenge personvernregler og bedriftenes og organisasjonenes muligheter for å utvikle og tilby effektive elektroniske kommunikasjonstjenester.

EU-domstolens avgjørelse i den såkalte Planet49-avgjørelsen fra 2019 synes ikke egnet som selvstendig grunnlag for en *generell* innskjerping av cookies reguleringen. Departementet er selv inne på dette i høringsnotatet s. 35, dvs. avgjørelsens relevans for å lovfeste ny cookies bestemmelse:

«Etter departementets syn, tar ikke dommen tydelig stilling til spørsmålet om sluttbruker kan samtykke generelt til bruk av informasjonskapsler gjennom selv å krysse av for dette i innstillingene til nettleserne.» [vår understreking].

Allente mener det er prinsipielt uheldig å vedta ny cookie bestemmelse i norsk lov hvor gjeldende bestemmelse følger av et harmonisert EU-direktiv med senere endringer og etablert praksis. For kommunikasjonsvernforordningen, og dets lange, uferdige tilblivelse, har nettopp innskjerping av samtykkekrav til cookies vært ett av de to mest sentrale stridstemaer. I tillegg kommer at forslaget p.t. legger opp til en implementeringsfrist 2 år etter publisering (dvs. 2 år og 20 dager i praksis).

Vedtakelse av en ny cookies bestemmelse bidrar heller ikke til nordisk rettsenhet da de nordiske landene potensielt vil implementere cookies regler forskjellig (både innholds- og tidsmessig) særlig dersom kommunikasjonsvernforordningen ikke blir noe av, trekker ytterligere ut i tid eller endres.

Allente synes på denne bakgrunn at lovfesting av ny cookies bestemmelse basert på, slik vi vurderer det, et uferdig og mellom medlemsstatene omstridt forslag, er prematurlig og at gjeldende ekomlov § 2-7b om cookies bør videreføres uendret i ny ekomlov.

Grunnet utsatt frist for høringssvaret, har Allente registrert det felles høringssvaret fra Datatilsynet og Forbrukertilsynet knyttet til lovforslagets § 3-7 om informasjonskapsler/cookies. Selv om vi har forståelse for at Datatilsynet ønsker delt tilsynsmyndighet med NKOM for ny cookies bestemmelse, mener vi det vil være prinsipielt uheldig å innføre delt tilsynskompetanse med Datatilsynet i forslag til ny ekomlov, særlig fordi problemstillingen i så fall unndras bred, alminnelig høring men også fordi de langt fleste EØS-land har lagt tilsyn med cookies til et tilsynsorgan som håndhever reglene om elektronisk kommunikasjon, f.eks. Erhvervsstyrelsen i Danmark. Det vil si at dersom ny cookies bestemmelse skulle bli vedtatt som del av ny ekomlov bør ikke Datatilsynet gis delt tilsynsmyndighet, i hvert fall ikke før det endelig avklares hvorvidt utkast til kommunikasjonsvernforordning artikkel 9 om cookies samtykke skal følge personvernforordningens krav til samtykke.

3. Overgang fra eldre infrastruktur

Artikkel 81 i ekomdirektivet er ny, og et sentralt hensyn er å sikre at ikke konkurransen blir skadelidende når tilbyder med sterk markedsstilling går over fra eldre infrastruktur til ny, dvs. at ikke markedsutløpet favoriserer tilbyder med sterk markedsstilling. Direktivbestemmelsen og forslag til ny ekomlov § 7-12 er generelt og teknologinøytralt utformet, men både EU-kommisjonen og departementet har primært hatt overgangen fra kobber til typisk fiberbaserte aksessnett i tankene ved utforming av bestemmelsene. Departementet presiserer både i høringsnotatet s. 50 og i merknadene til bestemmelsen at hovedformålet er å regulere en gradvis utbygging av tradisjonelle kobberbaserte aksessnett med for eksempel moderne fiberbasert infrastruktur, men kan også være aktuell for andre og kommende overganger mellom ulike infrastrukturer.

Allente mener at nettaksess via tilgangsproduktet fast trådløst bredbånd («FTB») også burde vært nevnt i høringsnotat og merknader sammen med fiber som eksempler på ny infrastruktur i overgangen fra kobberbaserte aksessnett, både fordi det utgjør et ikke ubetydelig antall (mulige) aksesser i dag og synes enda mer relevant som aksessprodukt i overgangen fra 4G til 5G.

I lovtkastets § 7-12 2. ledd nr. 2 heter det at myndigheten kan når det er nødvendig for å sikre konkurransen og sluttbrukernes rettigheter pålegge tilbyder med sterk markedsstilling plikter for å sikre at det tilbys tilgang til alternative tilgangsprodukter av minst sammenlignbar kvalitet som i den eksisterende infrastrukturen, og som gjør det mulig for tilgangssøkerne å nå de samme sluttbrukerne. I merknadene til bestemmelsen presiseres muligheten til å nå de samme sluttbrukerne til at: *Tilgangen som tilbys skal gjøre det mulig for tilgangssøkerne å nå de samme sluttbrukerne som ved bruk av den tidligere generasjonens infrastruktur.*

Dette punktet i lovforslaget er svært viktig for tilgangskjøpere i praksis, og er også lagt til grunn av NKOM i vedtak/varsler om vedtak i marked 3b som ilegger tilgangsplikter til FTB. Det sist varslede tilleggsvedtak mot Telenor, om gjenbruk av antenner og «låsing» av adresselister som tilgjengeliggjøres for FTB-salg, er i så henseende viktig å gjennomføre for å skape et forutsigbart tilgangsregime. Det bør ikke gå for lang tid før vedtaket trer i kraft for å motvirke etableringshindre og flaskehals for tilgangskjøperne, som når tilbyder med sterk markedsstilling ikke legger fullt ut til rette for at tilgangssøkerne når de samme sluttbrukerne på like vilkår som egen sluttkundeaktivitet. For eksempel gjelder dette ved manglende tilgjengeliggjøring av FTB-adresser.

4. Sluttbrukers rettigheter

I lovforslaget § 4-6, om bindingstid, varslingsplikt og oppsigelse, foreslås det i 4. ledd at sluttbruker som ikke godtar nye avtalevilkår for abonnementsavtale med bindingstid, på nærmere vilkår kan heve avtalen uten ekstra kostnader. Dette er i tråd med og gjennomfører ekomdirektivet artikkel 105 nr. 4 første avsnitt.

Departementet foreslår videre i utkastet § 4-6 5. ledd at hevingsretten kan utøves innen tre måneder etter at sluttbrukerne er underrettet om endringer i avtalevilkårene. Dette er en gjennomføring av ekomdirektivet artikkel 105 nr. 4 annet avsnitt. Hovedregelen etter direktivet er at hevingsretten skal kunne utøves innen én måned etter underretningen. Direktivet åpner imidlertid for at medlemsstatene kan forlenge denne fristen med inntil tre måneder, noe dermed departementet legger opp til i forslaget til gjennomføringslov.

I høringsnotatet og forslaget til merknader til loven fremgår det at bakgrunnen for forslaget er at departementet mener dette gir sluttbrukeren mulighet til å vurdere om vedkommende ønsker å

heve avtalen eller ikke basert på de siste fakturaene, og at tre måneder i et slikt perspektiv fremstår som rimelig tid.

Allente er ikke enig i departementets vurdering på dette punktet. En hevingsrett som kan utøves i inntil tre måneder etter at sluttbruker har varsel om endringer i vilkårene, fremstår som lengre enn nødvendig for å gi sluttbruker mulighet til å vurdere om hevingsretten skal benyttes. Til sammenligning krever gjeldende ekomlov § 2-4 at endringer varsles med minst én måneds frist før endringen trer i kraft. Sluttbruker kan da heve avtalen med virkning fra endringstidspunktet (og må da forutsetningsvis utøve hevingsretten før endringen trer i kraft, dvs. med én måneds frist). Etter Allentes vurdering er fristen etter gjeldende ekomlov tilstrekkelig for at sluttbruker kan områ seg og vurdere heving, og det er ikke grunn til å utvide denne til tre måneder i den nye loven.

Det er også relevant å sammenligne med fristen for å heve avtalen etter forslaget til digitalytelseslov, som ble sendt på høring av Justis- og beredskapsdepartementet 3. desember 2020, med høringsfrist 3. mars 2021, og som vil gjennomføre digitalytelsesdirektivet (EU 2019/770) i norsk rett. I § 42 i dette lovforslaget gis forbruker hevingsrett ved endringer i den digitale ytelsen som påvirker ytelsen negativt for forbrukeren på en ikke uvesentlig måte. Fristen for å utøve hevingsretten foreslås i tråd med digitalytelsesdirektivet å settes til 30 dager etter at forbrukeren fikk varsel om endringen, eller innen 30 dager etter at endringen ble foretatt, hvis dette er det seneste tidspunktet.

Fristen for å utøve hevingsretten etter forslaget til ekomlov må også ses i lys av at hevingsretten oppstår ved enhver endring av vilkårene som ikke utelukkende er til fordel for sluttbrukerne, eller ikke er av rent administrativ karakter eller skyldes pålegg fra myndighetene. Hevingsretten vil dermed kunne oppstå ved også ved eventuelle endringer av negativ karakter som har mindre betydning for sluttbrukeren, eller ved endringer som totalt sett er positive for sluttbrukeren, selv om enkelte elementer isolert sett er negative. Det fremstår da som ubalansert at sluttbrukeren likevel kan heve en avtale med bindingstid i så lang tid etter at sluttbrukeren fikk underretning om endringen. Til sammenligning vil endringene som gir hevingsrett etter forslaget til digitalytelsesloven normalt være av større betydning for forbrukeren enn vilkårsendringer som gir hevingsrett etter ekomloven, mens fristen for å utøve hevingsretten etter forslaget til digitalytelsesloven er kortere enn forslaget til ekomlov. Også i et slikt perspektiv fremstår forslaget om en hevingsfrist på tre måneder i ekomloven § 4-6 som unødvendig lang.

Allente mener derfor at det er tilstrekkelig at hevingsfrist etter ekomloven § 4-6 5. ledd settes til én måned etter underrettelsen, i tråd med hovedregelen i ekomdirektivet artikkel 105 nr. 4 annet avsnitt.

5. Forslag om ny klagenemnd

Allente støtter forslaget om ny klagenemnd som vil gis vedtakskompetanse på de fleste områder av ny ekomlov, og som dermed vil endre dagens ordning med departementet som klageinstans.

I høringsnotatet s. 132 heter det bl.a. nærmere om forslaget at

Departementet vil utrede nærmere hva som skal legges inn under nemndas kompetanseområde, og vil foreslå en avgrensning i forskrift etter en egen høring. Klager som ikke gjelder forvaltningens avgjørelser på ekomområdet, og som i dag avgjøres henholdsvis av Brukerklagenemnda for elektronisk kommunikasjon og av domenenavnklagenemnda, vil imidlertid ikke bli en del av den nye nemndas saksområde.

Departementet foreslår en rammebestemmelse for den nye nemnda i ekomloven. I forslag til bestemmelse legges det opp til at klagenemnda kan prøve alle sider av det påklagde vedtaket. Når det gjelder markedsvedtak så må imidlertid nemnda ta hensyn til pålegg og uttalelser gitt av ESA for å sikre harmoniseringen av markedsvedtak i EØS, jf. § 14-3. Det foreslås videre at det er nemnda som skal ta stilling til anmodninger om utsatt iverksetting etter forvaltningsloven § 42.

Allente støtter alle disse elementene i forslaget.

Med vennlig hilsen

Haakon Gjesdahl

Advokat/Attorney at law, MNA

Allente

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og trenger ikke signatur.