



Chili Mobil AS
St. Jakobs plass 9
5008 BERGEN

Vår ref.:1803293-11 -
Vår dato: 20.12.2018

Deres ref.: 508239
Deres dato: 23.11.2018

Saksbehandler: Undheim, Storjord

Vedtak – pålegg om retting

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom) viser til varsel om pålegg om retting i brev til Chili Mobil AS (Chili) 26. oktober 2018. Nkom viser også til merknader til varselet i brev 23. november 2018 fra Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS på vegne av Chili. Viser også til tilleggsopplysninger til merknadene i brev 14. desember 2018.

1. Habilitetsspørsmål

Chili ber i sine kommentarer til varselet Nkom vurdere habiliteten til de ansatte ved etaten. Bakgrunnen for Chilis innsigelser til habiliteten er et leserinnlegg skrevet av Nkoms direktør Elisabeth Aarsæther «Kunden må være fri» i Inside Telecom 29. oktober 2018. Chili mener at Aarsæther i leserinnlegget tar standpunkt i en sak som enda er til behandling i Nkom. Som følge av direktørens inhabilitet anfører Chili at også underordnede i Nkom følgelig er inhabile, jf. lov 10. februar 1976 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven / fvl.) § 6, tredje ledd.

Konkret ber Chili Nkom vurdere hvorvidt ansatte ved myndigheten er «*habile til å foreta en slik helhetsvurdering av vilkårene i forhold til regelverket og således utøve det skjønn som er nødvendig i saken*». Saken om lovligheten av Chilis vilkår om begrensninger for abonnementet Fri Data løses, som vi vil komme nærmere tilbake til, etter Forordningen artikkel 3(1). Denne bestemmelsen er ikke skjønnsbasert. Likevel gjelder habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 for alle typer avgjørelser, og innsigelser til forvaltningsorganets habilitet skal som utgangspunkt behandles.

Spørsmålet er dermed om Aarsæther er inhabil etter fvl. § 6, annet ledd, og videre om dette også innebærer at ansatte i Nkom også er inhabile etter fvl. § 6, tredje ledd. Nkom er enig i at dersom Aarsæther skulle være inhabil vil også ansatte i Nkom være avskåret fra å fatte

avgjørelse i saken etter tredje ledd. Det er imidlertid ingenting i veien for at ansatte i Nkom forbereder saken.

Etter fvl. § 6, annet ledd skal man anses inhabil hvis det foreligger «*andre særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til [tjenestemannens] upartiskhet*».

Nkom er kommet til at Aarsæthers leserinnlegg ikke er egnet til å svekke hennes upartiskhet i den pågående saken. Leserinnlegget ble skrevet i sammenheng med det offentlige varselet som ble sendt til Chili i oktober. Teksten fra Aarsæther var en omskrivning av det foreløpige standpunkt Nkom tok til saken i varselet. Innlegget kom i tid etter en kronikk fra administrerende direktør i Chili, Lars Ryen Mill i Inside Telecom 10. september 2018 «Ikke ødelegg mobilkonkurransen». Leserinnlegget er intet uttrykk for et personlig standpunkt fra Aarsæther i saken, men heller en forklaring til offentligheten omkring saken om «Fri Data», som hadde, og fremdeles har, stor interesse i media.

Vi har kommet til at Aarsæther ikke er inhabil etter fvl. § 6, annet ledd, og at ansatte i Nkom følgelig heller ikke er inhabile etter fvl. § 6, tredje ledd. Nkom har ikke funnet spørsmålet tvilsomt, og har derfor ikke funnet grunn til å foreligge spørsmålet for Samferdselsdepartementet i henhold til fvl. § 8, første ledd.

2. Sakens bakgrunn

Chili lanserte abonnementet «Fri Data» i slutten av mai 2018. I anledning det nye abonnementet lanserte Chili også et nytt punkt 17 i vilkårene, spesielt tilpasset det nye produktet Fri Data.

De aktuelle delene av vilkårs punkt 17 lyder:

- «Chili Fri Data er et mobiltelefonabonnement til bruk på Kundens egen mobiltelefon.*
- a) Det er ikke tillatt å benytte Chili Fri Data til nettverksdeling med andre enheter enn Kundens mobiltelefon.*
 - b) Det er ikke tillat for maskin til maskin kommunikasjon.»*

Nkom sendte brev til Chili 18. juni 2018 med spørsmål om begrensningene i vilkårsteksten, og om potensielle brudd på nettnøytralitetsregelverket. Chili sendte sin tilbakemelding til Nkom i brev 16. juli 2018.

På bakgrunn av dette varslet Nkom 26. oktober 2018 at Chili må rette vilkårs punktet i den grad det begrenser sluttbrukers mulighet til datadeling til egne enheter, og bruk av SIM-kort tilknyttet abonnementet i annet utstyr enn egen mobiltelefon. Nkom uttrykte i varselet at en begrensning i

vilkårene om at bruken skal være personlig vil være tillatt etter ekomregelverket, herunder nettnøytralitetsregelverket.

Chili leverte sine merknader til varselet 23. november 2018. I merknadene skriver Chili i oppsummeringen at varselet fra Nkom har fått økonomiske konsekvenser for selskapet ved at flere kunder bruker mer data enn tidligere. Selskapet skriver at de derfor ser seg nødt til å endre vilkårene til å tillate datadeling til egne enheter, samt oppjustere prisene. Chili endret sine abonnementsvilkår 29. november 2018. Prisen for «Fri Data» ble samtidig endret fra 399 kroner per måned til 499 kroner per måned, gjeldende fra 1. januar 2019.

Vilkårspunkt 17 har nå fått en endret ordlyd:

«Chili Fri Data er et mobiltelefonabonnement til personlig bruk.

Kunden kan surfe ubegrenset i Norge til en fast månedspris. Når Kunden har benyttet 5 GB på én dag, fyller Kunden enkelt på med 3 GB via SMS. Kunden kan fylle på ubegrenset antall ganger uten at det koster noe ekstra.

I EU/EØS [...]

Abonnementet Chili Fri Data kan ikke benyttes i modem/ruter og/eller for maskin-til-maskin kommunikasjon.

Bruken av abonnementet anses ikke lenger å være personlig hvis Kundens forbruk er unormalt, herunder hvis Kundens forbruk av data vurderes å vesentlig overstige tilsvarende kunders gjennomsnittsforbruk. I slike tilfeller forbeholder Chilimobil seg retten til å begrense eller stenge Kundens dataforbindelse.»

I merknadene fremholder Chili videre, i pkt. 3 Oppsummering (side 8), «at Chili Mobil i utgangspunktet ikke ønsket å endre på sine abonnementsvilkår, og at man fortsatt har rettslig interesse i få avgjort at dagens vilkår er lovlige, både i forhold til å ikke benytte tethering og i forhold til bruk av SIM-kortet i routere/eller annen maskin til maskin kommunikasjon». Nkom legger her til grunn at vilkårene fortsatt (etter oppdateringen den 29. november 2018) inneholder en bestemmelse om begrensning av datadeling (tethering), jf. pkt. 17 fjerde ledd (SIM i bredbåndsruiter/-modem), samtidig som Chili fastholder at Nkom mangler rettslig grunnlag i nettnøytralitetsregelverket for å pålegge selskapet å tilby vilkår uten begrensninger i datadeling (tethering).

Nkom mener derfor at det er grunnlag for å fatte vedtak i saken ettersom hele spørsmålet om datadeling (tethering) fortsatt er bestridt av Chili.

3. Regelverk

Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) ble endret i 2017 da blant annet § 2-16 om nettnøytralitet ble tilføyd. I forskrift 16. februar 2004 nr. 401 om elektronisk kommunikasjonsnett og elektronisk kommunikasjonstjeneste (ekomforskriften) ble det samtidig gitt en ny bestemmelse § 2-12 som slår fast at Europaparlaments- og rådsforordning nr. 2015/2120 av 25. november 2015 (Forordningen) skal gjelde som norsk forskrift.

Forordningen er tatt inn i norsk regelverk ved hjelp av inkorporasjon. Dette betyr at ordlyden tas direkte inn ved henvisning i norsk lov eller forskrift. Dette innebærer igjen at europeiske rettskilder er særlig relevante ved tolkningen ettersom ordlyden vil være sammenfallende for medlemslandene. Forordningen innebærer en felleseuropeisk regulering av nettnøytralitet, basert på et samlet europeisk standpunkt.

Formålsbestemmelsen i Forordningens artikkel 1 nr. 1 lyder:

«This Regulation establishes common rules to safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic in the provision of internet access services and related end-users' rights.»

Forordningen artikkel 3 omhandler «Safeguarding of open internet access». Artikkel 3, nr. 1, første avsnitt lyder:

«End-users shall have the right to access and distribute information and content, use and provide applications and services, and use terminal equipment of their choice, irrespective of the end-user's or provider's location or the location, origin or destination of the information, content, application or service, via their internet access service.»

Dette utdypes i Forordningens fortale avsnitt 5:

«When accessing the internet, end-users should be free to choose between various types of terminal equipment as defined in Commission Directive 2008/63/EC [...]. Providers of internet access services should not impose restrictions on the use of terminal equipment connecting to the network in addition to those imposed by manufacturers or distributors of terminal equipment in accordance with Union law.»

Forordningens artikkel 3, nr. 2 lyder:

«Agreements between providers of internet access services and end-users on commercial and technical conditions and the characteristics of the internet access services such as price, data volumes or speed, and any commercial practices conducted by providers of internet access services, shall not limit the exercise of the rights of end-users laid down in paragraph 1.»

Det følger videre av Forordningens fortale avsnitt 19:

«National regulatory authorities should also have powers to impose requirements concerning technical characteristics, minimum quality of service requirements and other appropriate measures on all or individual providers of electronic communications to the public if this is necessary to ensure compliance with the provisions of this Regulation on the safeguarding of open internet access or to prevent degradation of the general quality of service of internet access services for end-users. In doing so, national regulatory authorities should take utmost account of relevant guidelines from BEREC.»

Det vises her til at de europeiske regulatørene skal legge til grunn retningslinjer fra BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications). BEREC publiserte i august 2016 slike retningslinjer med tittelen «BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules» (heretter BEREC-retningslinjene).

I BEREC-retningslinjene avsnitt 25-27 fremgår det videre hvordan Forordningens artikkel 3 (1) skal forstås, særlig ordlyden «use terminal equipment of their choice». Datadeling eller tethering eksemplifiseres her i fotnote 9 som «[T]ethering allows an end-user to share the internet connection of a phone or tablet with other devices such as laptops». BEREC-retningslinjene avsnitt 27 utdyper videre om datadeling:

«For example, the practice of restricting tethering is likely to constitute a restriction on choice of terminal equipment because ISPs “should not impose restrictions on the use of terminal equipment connection to the network in addition to those imposed by manufacturers or distributors of terminal equipment in accordance with Union law.” (Recital 5)»

4. Vurdering

I varselet ble begrensningene delt opp i tre problemstillinger. Denne oppdelingen er videre brukt av Chili i merknadene til varselet. Nkom kom i varselet til at det i nettnøytralitetsregelverket ikke er noe i veien for å begrense abonnement til personlig bruk. Denne oppfatningen fastholdes, samtidig som det presiseres at vurderingen ikke tar stilling til om eller i hvilken grad et vilkår om personlig bruk reguleres av annet regelverk. I det følgende vil vi gjennomgå de andre begrensningene:

- 1) Forbud mot datadeling til egne enheter.
- 2) Forbud mot bruk av SIM-kort i annet utstyr enn egen mobiltelefon.

Før disse punktene blir vurdert, vil vi si noe generelt om Forordningen og artikkel 3 (1) og artikkel 3 (2).

4.1 Formålsbetraktninger

I merknadene til varselet skriver Chili at Nkoms vurdering mangler støtte i formålene til nettnøytralitetsregelverket.

Chili er av den oppfatning at Nkoms konklusjon om at vilkårene til Fri Data er i strid med nettnøytralitetsregelverket bygger på en uriktig forståelse av Forordningen og hensynene bak denne.

Chili henviser til forarbeidene til endringene i ekomloven i Prop. 157 LS (2015-2016), og særlig omtalen av Forordningen på side 10. Vi finner det nødvendig å sitere det andre avsnittet i nevnte forarbeider:

«Prinsippet om nettnøytralitet innføres for første gang i det felleseuropeiske regelverket og skal bidra til å sikre et åpent og ikke-diskriminerende internett. Nettnøytralitet betyr at alle skal ha mulighet til å bruke internett på like vilkår. Internetttilbydere skal i henhold til forordningen håndtere all trafikk likt, uten diskriminering, begrensninger eller forstyrrelser og uavhengig av avsender, mottaker, utstyr, applikasjon, tjeneste eller innhold.»

Formålsbestemmelsen i Forordningens artikkel 1(1) er gjengitt over, men siteres for sammenhengens skyld også her:

«This Regulation establishes common rules to safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic in the provision of internet access services and related end-users' rights» (Vår understrekning)

Det er riktig som Chili skriver at nettnøytralitetsreglene skal sikre at sluttbrukers internetttilgang ikke diskrimineres, sensureres eller utestenges. I dette ligger også flere positive sluttbrukerrettigheter som til sammen sikrer en helhetlig regulering, jf. «related end-users's rights». For at trafikk skal behandles likt uavhengig av valgt utstyr er det grunnleggende at det finnes en tilsvarende rettighet for sluttbrukere til å bruke valgfritt utstyr. Dette ligger etter vårt syn klart innenfor formålsbestemmelsen i Forordningen, og hensynene reguleringen bygger på som også gjengis i forarbeidene.

På denne bakgrunn er det ingenting som skulle tilsi at vern av sluttbrukers rett til valg av utstyr er uforenelig med hensynene bak og formålet med nettnøytralitetsregelverket.

4.2 Forordningen artikkel 3 (2)

Chili anfører i merknadene til varselet at Nkom skulle ha gjort en helhetsvurdering etter artikkel 3 (2). I tilleggsopplysninger til merknadene i brev 14. desember 2018 gjentar Chili dette synspunktet. I dette brevet anfører Chili at anførselen styrkes på bakgrunn av en rapport fra

BEREC: «Opinion for the evaluation of the application of Regulation (EU) 2015/2120 and the BEREC Net Neutrality Guidelines» publisert 6. desember 2018. Under overskriften om artikkel 3(2) og kommersielle praksiser skriver BEREC at regulatørene skal vurdere disse sakene konkret fra sak til sak, basert på uttalte prinsipper i artikkel 3(2) i kombinasjon med artikkel 3(1).

Forordningens artikkel 3 (2) åpner for at avtaler mellom tilbyder av internettilgang og sluttbruker om tekniske eller kommersielle praksiser kan godtas i enkelte tilfeller. Det følger imidlertid av bestemmelsens ordlyd at slike ordninger uansett ikke kan begrense sluttbrukers rettigheter etter artikkel 3(1).

En vurdering av en kommersiell praksis etter artikkel 3(2) innebærer, som Chili skriver, en omfattende helhetsvurdering av det aktuelle abonnementet/ praksisen, der man blant annet ser på tilbyders markedsposisjon, innvirkning på sluttbrukers valgfrihet, og utbredelse av praksisen.

Det er to ulike spørsmål en behandler etter artikkel 3(1) og artikkel 3(2). I den førstnevnte vurderes om et konkret begrensning utgjør et direkte brudd på de positivt uttrykte sluttbrukerrettighetene i bestemmelsen, her rett til valg av utstyr.

I artikkel 3(2) skal man vurdere om en kommersiell eller teknisk praksis kan godkjennes, med utgangspunktet at det ikke kan begrense rettighetene etter artikkel 3(1). I denne saken har Nkom har konkludert med at begrensningene mot datadeling og SIM-kort i andre enheter innebærer brudd på sluttbrukers rettighet til fritt valg av utstyr i artikkel 3(1). Man kan si at en slik vurdering må komme før en eventuell vurdering etter artikkel 3(2). Dersom det skulle sies at begrensningene i vilkårene ikke var brudd på artikkel 3(1), kunne det være aktuelt med en vurdering etter artikkel 3(2). Det er derimot ikke det som er det aktuelle spørsmålet i Nkoms varsel eller vedtak.

4.3 Datadeling til egne enheter og bruk av SIM-kort i annet utstyr

I denne delen vurderer Nkom om forbud mot datadeling til egne enheter og bruk av SIM-kort i annet utstyr enn egen mobiltelefon er lovlig etter nettnøytralitetsregelverket.

Med datadeling til egne enheter menes f.eks. bruk av «hotspot» til å dele internettilkoblingen fra mobiltelefonen til andre enheter som PC, nettbrett eller TV. Dette er det samme som kalles «tethering» i BEREC-retningslinjene i en fotnote til avsnitt 25-27.

Med bruk av SIM-kort i annet utstyr enn egen mobiltelefon menes der SIM-kortet tilknyttet Fri Data abonnementet flyttes til nettbrett eller lignende. Vi har i dette vedtaket skilt ut bruk av SIM-kort i ruter, og vil gjennomgå dette temaet under punkt 4.4.

Begge disse begrensningene er i strid med nettnøytralitetsregelverket. Vi vil i det følgende vise at dette har støtte i Forordningen, BEREC-retningslinjene, og europeisk praksis.

Forordningen artikkel 3(1)

Etter ordlyden i bestemmelsen har sluttbruker en positiv rettighet til selv å bestemme hva slags utstyr hun eller han vil benytte ved sin internettilknytning, jf. «equipment of their choice».

Sammenholdt med fortalens punkt 5 der det fremkommer at en tilbyder ikke skal oppstille begrensninger på bruk av utstyr for elektronisk kommunikasjon, sier Forordningen at tilbyder ikke har mulighet til å sette begrensninger for hvilket utstyr sluttbruker kan benytte for sin internettilkobling.

En uttrykkelig rettighet for sluttbruker til selv å bestemme hvilket utstyr man ønsker innebærer også at sluttbruker skal ha mulighet til å dele data med andre enheter. Her er datadeling og bruk av SIM-kort i andre enheter helt parallelle, selv om retten til å flytte SIM-kort til andre enheter muligens kommer mer uttrykkelig til syne i Forordningens ordlyd.

For å tolke Forordningen er det, som tidligere nevnt, gitt felleseuropeiske retningslinjer som skal sikre en ensartet tolkning av nettnøytralitetsregelverket.

BEREC-retningslinjer

Det følger av retningslinjene at forbud mot datadeling «is likely to constitute a restriction on choice of terminal equipment». At akkurat dette emnet er uttrykkelig nevnt fremstår for Nkom som et sterkt holdepunkt for at forbud mot datadeling er i strid med Forordningen artikkel 3(1). At teksten er formulert som at et forbud innebærer et sannsynlig brudd, endrer etter vårt syn ikke meningsinnholdet og den bekreftelsen av Forordningens ordlyd som gis i retningslinjene.

Chili har anført at det aktuelle avsnitt 27 i BEREC-retningslinjene ikke kan forstås på en slik måte, og må leses i sammenheng med avsnittet før. Av denne grunn siterer vi her teksten sammenhengende:

«Moreover, NRAs should consider whether there is an objective technological necessity for the obligatory equipment to be considered as part of the ISP network. If there is not, and if the choice of terminal equipment is limited, the practice would be in conflict with the Regulation. For example, the practice of restricting tethering is likely to constitute a restriction on choice of terminal equipment because ISPs “should not impose restrictions on the use of terminal equipment connecting to the network in addition to those imposed by manufacturers or distributors of terminal equipment in accordance with Union law” (Recital 5).».

Chili mener at avsnittet kun kan tas til inntekt for at datadeling (tethering) er uforenlig med Forordningen i de tilfeller der tilbyder pålegger sluttbruker obligatorisk utstyr uten at det er nødvendig av tekniske grunner. Nkom er enig med Chili i at sluttbrukerens rett etter artikkel 3 (1), til selv å velge hvilket utstyr man vil nyttiggjøre seg internettforbindelsen med, innebærer at tilbyderen ikke ensidig kan pålegge sluttbrukeren å benytte obligatorisk utstyr. Dette betyr ikke samtidig at et forbud mot datadeling (tethering) vil stå seg *utenfor* de tilfeller hvor sluttbrukeren eksplisitt pålegges av tilbyderen å bruke obligatorisk utstyr. Et eksempel på dette vil være der abonnenten kan benytte hvilken som helst mobiltelefon, men ikke annet utstyr. En slik forståelse av artikkel 3 (1) er etter Nkoms oppfatning for snever og harmonerer verken med bestemmelsens ordlyd, eksemplifiseringen av «tethering» i retningslinjenes avsnitt 27, eller relevant europeisk praksis som Nkom vil vise til i det følgende.

Europeisk praksis

Ved tolkning av felleseuropeisk regelverk er det viktig for Nkom å se hen til lignende saker og praksis fra andre europeiske land. Ettersom det ikke tidligere har vært sammenlignbare saker i Norge, og det faktum at Forordningen er forholdsvis ny, vil slik praksis og erfaring være av stor betydning for Nkom.

Noen av sakene inneholder formelle uttalelser/vedtak fra landets regulatør, mens andre har løst seg før det har kommet så langt. Vi velger å også inkludere disse da de gir et inntrykk av den tydelige retningene alle sakene har endt i, enten ved avgjørelse fra myndigheten, eller ved at tilbyderen av eget tiltak har endret produktet i tråd med regelverket. Sistnevnte tas til inntekt for at tilbydere har valgt å endre praksis så snart man er blitt gjort oppmerksom på problemstilling og regelverk knyttet til datadeling innen nettnøytralitetsreguleringen.

Det er for øvrig ikke riktig som Chili skriver i sine kommentarer at «...*forordningens regler ikke kan sette til side av den praksisen det vises til av Nkom.*». Som det fremgår under viser tvert imot tilsynsmyndighetenes oppfølging av nettnøytralitetsregelverket at dette gjøres i samsvar med regelverket.

1. Plenti (Danmark)

Den danske tilbyderen Plenti hadde et abonnement med fri bruk av data. Abonnementet inneholdt begrensninger, blant annet at datadeling var begrenset per måned. I august 2017 fattet danske Energistyrelsen en avgjørelse om at begrensninger på datadeling var i strid med Forordningen.

I sine merknader til Nkoms varsel har Chili anført at saken ikke er relevant for saken, ettersom den omhandler roamingtjenester utenfor Danmark. Nkom vil bemerke at det er riktig at det har

vært en sak som omhandlet Plenti og internasjonal gjesting, men dette er ikke den aktuelle saken Nkom viser til her.

Saken om nettnøytralitet er avgitt av Energistyrelsen 22. august 2017, og er vedlagt dette vedtaket. Energistyrelsen går i avgjørelsen gjennom Forordningens artikkel 3(1) og BEREC-retningslinjene avsnitt 27 for så å oppsummere:

«En begrensning af adgangen til at anvende internetdeling antages således at stride mod forordningens regler.»

Det fremkommer videre at Plenti argumenterte for at enkelte kunder har et uvanlig høyt dataforbruk, og at gjennom begrensningen på datadeling har selskapet ønsket å imøtegå slike utfordringer. Til dette svarer Energistyrelsen:

«Energistyrelsen har forståelse for Plentis ønske om at begrense enkelte kunders meget store dataforbrug. Styrelsen vurderer dog ikke, at en begrensning på datadeling (tethering) er den rette vej frem, idet dette strider mod forordning (EU) 2015/2120 [...]»

Nkom mener det er store likhetstegn mellom den danske Plenti-saken og den pågående saken om Chili Fri Data. Vi legger her også vekt på at Energistyrelsen med tydeligheten konkluderer med brudd på nettnøytralitetsreglene.

2. Oister (Danmark)

Den danske tilbyderen Oister lanserte i begynnelsen av 2018 et abonnement med fri bruk av data. Abonnementet inneholdt en begrensning på datadeling på 60 GB i måneden.

Det er altså store likhetstrekk mellom dette abonnementet og det abonnementet Energistyrelsen avgav sin avgjørelse om til Plenti. Det er mulig at det er derfor dette abonnementet ble endret før Energistyrelsen fikk behandlet saken.

Direktør i Oister uttalte følgende til danske Ekstrabladet¹:

«[V]i er blevet opmærksomme på, at internetdeling skal foregå uden begrensning», og videre at «derfor har vi med det samme ændret betingelserne, så man frit kan dele data fra sin mobiltelefon med andre enheder,... »

¹ <https://ekstrabladet.dk/kup/elektronik/teknologi/oister-aendrer-nyt-mobilabonnement-stillede-ulovligt-krav-til-kunderne/7044310>

Oppsummert viser de to danske sakene at både regulatør og bransje nå har en omforent forståelse og praktisering av datadeling som sammenfaller med Nkoms vurderinger av Chilis vilkår.

3. Three (Storbritannia)

Regulatøren i Storbritannia (Ofcom) tok 6. mars 2018 initiativ til undersøkelser mot Hutchison 3G UK Limited (Three). Undersøkelsene gjalt blandt annet om begrensninger på datadeling var i strid med Forordningen.

Saken ble lukket 1. august 2018 etter at Three endret abonnementet slik at begrensninger på datadeling ble fjernet. Ofcom skriver følgende i avslutningsnotatet²:

*«The principles from these Regulations require telecoms providers to:
[...]*

3. *allow customers to connect (or “tether”) to the internet using equipment of their choice (e.g. create a personal hotspot with their mobile phone so they can connect their laptop or tablet to the internet) and to use their full data allowance to do this.»*

4. Vodafone (Storbritannia)

Samme dag som nevnt i pkt. 3 initierte Ofcom undersøkelser mot Vodafone Limited (Vodafone) vedrørende selskapets etterlevelse av nettnøytralitetsregelverket i EU. Det ble da avdekket at også Vodafone praktiserte begrensninger på datadeling (tethering). Ofcom skriver følgende i avslutningsnotatet³:

«During the investigation, we also identified concerns with potential restrictions on tethering (for example, using a smartphone to connect a computer or tablet to the internet) for the products under consideration, but Vodafone has clarified that it does not impose restrictions and is clarifying that in its messaging to consumers»

De britiske sakene gir et klart uttrykk for hvordan Ofcom forstår Forordningen og dens forbud mot begrensninger på datadeling, uavhengig av enkeltsak. Det at Three endret vilkårene på eget initiativ uten at det var nødvendig for britiske tilsynsmyndigheter å fatte vedtak i saken, og at Vodafone har vært tydelig i sin kommunikasjon til kundene, underbygger at tilbyderne innretter seg etter å ha fått ny forståelse av regelverket og regulatørens syn på begrensninger på datadeling.

² https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/latest/bulletins/competition-bulletins/all-closed-cases/cw_01218

³ https://www.ofcom.org.uk/about-ofcom/latest/bulletins/competition-bulletins/all-closed-cases/cw_01219

5. Telenor (Sverige)

Telenor Sverige hadde i sine vilkår for abonnement med kontantkort begrensninger om at datadeling var forbudt. Den svenske regulatøren PTS (Post- og telestyrelsen) innledet sak⁴ mot Telenor den 29. januar 2018.

Telenor Sverige svarte på spørsmålene fra PTS at «*vilkoret inte tillämpas och endast finns kvar på grund av ett förbiseende*». Telenor Sverige fjernet så vilkåret. På denne bakgrunn falt grunnlaget for PTS' sak bort, og saken ble avsluttet.

Nkom mener også denne saken er av betydning, da den i sammenheng med andre lands praksis viser at regulatørene reagerer mot vilkår der datadeling forbys eller begrenses. I likhet er det av betydning at Telenor i denne saken straks retter vilkåret, med begrunnelsen at teksten fortsatt var der på grunn av en overseelse.

6. Tele2 (Nederland)

Den nederlandske regulatøren (ACM) konkluderte i 2017 med at Tele2 måtte endre sine vilkår, slik at begrensninger på datadeling ble fjernet. ACM publiserte i sakens anledning en nyhetssak⁵, der regulatørens standpunkt til datadeling (tethering) fremkommer tydelig:

«The Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) had reminded Tele2 that internet providers cannot restrict customers from sharing the internet connection on their smartphones with other devices. Sharing one's internet connection is called 'tethering,' and is a right that consumers have under the European regulation on net neutrality.»

«According to European net neutrality rules, internet users cannot be restricted in their online behavior or in the choice of terminal equipment they wish to use to go online with. This means they should be allowed to choose what devices they wish to use to go online with. These can be, for example, smartphones, tablets, laptops or desktop computers. They are additionally allowed to share their smartphones' internet connections with other devices. Telecom companies are allowed to require their customers to use devices that meet European technical specifications.»

⁴ https://pts.se/globalassets/startpage/dokument/legala-dokument/beslut/2018/telefoni/avskrivningsbeslut-telenor-180312328176-0_tmp.pdf

⁵ <https://www.acm.nl/en/publications/publication/17329/ACM-requires-telecom-company-Tele2-to-adjust-its-conditions>

Nkom vil bemerke at også den nederlandske saken viser at europeiske tilsynsmyndigheter har en enhetlig tilnærming når det gjelder datadeling etter nettnøytralitetsregelverket, i tråd med Forordningen og BERECs retningslinjer.

Nkom legger etter dette at Forordningen artikkel 3 (1) må forstås slik at det ikke er adgang til å oppstille forbud mot datadeling til egne enheter.

4.4 Særlig om bruk av SIM-kort i ruter

I Chilis oppdaterte vilkår (per 29. november 2018) er følgende begrensning inntatt i punkt 17, fjerde avsnitt:

«Abonnementet Chili Fri Data kan ikke benyttes i modem/ruter og/eller for maskin-til-maskin kommunikasjon.»

Chili skriver i merknadene til varselet at de i utgangspunktet er enig i at de samme prinsipper gjør seg gjeldende for datadeling og bruk av SIM-kort i annet utstyr. Chili mener derimot at dette ikke kan gjelde for bruk av SIM-kort i bredbåndsruter eller -modem. Selskapet argumenterer for at abonnementet er et mobilabonnement, og at det ikke kan brukes som et bredbåndsabonnement. Mobilnettene utgjør i så måte en begrenset ressurs, og et forbud mot bruk av SIM-kort i rutere også vil bidra til å sikre at det er ressurser nok til alle med reelt behov for mobildata. Videre anføres at et forbud er nødvendig for å sikre at abonnementet ikke brukes til noe annet enn det var ment til. Chili viser her til at fraværet av et forbud mot bruk av SIM-kort i bredbåndsruter eller -modem vil innebære at prisen på Fri Data må økes drastisk.

Chili viser videre til forskrift 16. februar 2004 nr. 426 om nummerressurser for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester (nummerforskriften), og denne forskriftens regulering av hvilke formål 8- og 12-sifrede nummer skal brukes til. Utgangspunktet er at 8-sifrede nummer skal brukes til telefoni, mens 12-sifrede nummer skal benyttes til maskin-til-maskin kommunikasjon (M2M). Chili anfører at siden Nkom kan iverksette sanksjoner mot tilbydere for nummerbruk i strid med tillatelse, må Chili ha mulighet til å forby bruk av SIM-kort ment til bruk for mobiltelefoni i rutere og modem.

Etter Chilis oppfatning vil en interesseavveining etter Forordningen medføre at kunden ikke har en beskyttelsesverdig interesse i å plassere SIM-kort for abonnement beregnet på personlig bruk/menneskelig grensesnitt i en kommunikasjonsenhet der regulatør har lagt opp til bruk av egne nummerressurser. Slik bruk vil etter selskapets oppfatning være urimelig og kan ikke hjemles i Forordningen.

Når det gjelder henvisning til Nkoms forvaltning av nasjonale nummerressurser og nummerseriene avsatt til henholdsvis landmobile tjenester, er det riktig at det både finnes

regulering og at Nkom har mulighet til å sanksjonere nummerbruk i strid med tildelingskriterier fastsatt i nummerforskriften. De relevante hjemlene knyttet til skillet mellom mobilnummer og M2M følger av nummerforskriften § bokstav g) og h). Disse bestemmelsene lyder:

«g) nummer for landmobile tjenester: stedsuavhengig nummer fra nasjonal nummerplan som brukes til mobiltefontjeneste med tilleggstjenester».

«h) nummer for maskin-til-maskin kommunikasjon: stedsuavhengig nummer fra nasjonal nummerplan som brukes til automatiserte eller delautomatiserte kommunikasjonstjenester for tale eller datatrafikk der nummeret ikke har selvstendig betydning for brukeren».

Hovedproblemstillingen er i det følgende om en slik sontring mellom nettnøytralitets- og nummerregelverket har nærmere betydning i nærværende sak, og om det i så fall kan konstateres en motstrid mellom nummerforskriften / nummerplanen på den ene siden og Forordningen på den andre. Herunder om abonnementet skifter karakter fra å være et mobilabonnement til et M2M-abonnement om man tillater kunden å plassere SIM-kortet i en ruter.

Abonnementet Fri Data markedsføres som et mobilabonnement, og inkluderer i tillegg til data; SMS, MMS og tale. Dette i likhet med de fleste andre mobilabonnement på markedet. Den store forskjellen er den store mengden inkludert data. Reglene om begrensning av bruk av 8-sifrede nummer til maskin-til-maskin kommunikasjon ble gitt slik at de rene «datatjenestene» ikke skulle legge beslag på nummerressurser i mobilnummerserien, altså abonnement uten SMS, MMS og tale. Denne saken stiller seg annerledes da disse tjenestene er tilstede i produktet, mens det er *muligheten* til *kun* å bruke data som anses problematisk fra Chili sin side.

Nkom mener at Chilis anførsel knyttet til nummerregelverket ikke har noen nærmere relevans i reguleringen av datadeling (tethering) opp imot Forordningen artikkel 3 (1). Uansett vil abonnementet fremdeles fremstå som et mobilabonnement, med mulighet til SMS, MMS og tale, selv med betydelig mer inkludert data. Sluttbrukers valgfrihet til å bruke SIM-kortet i ruter er ikke i strid med nummerforskriften / nummerplanen.

Forordningen skiller for øvrig ikke mellom mobilabonnement eller abonnement for mobilt bredbånd. Nkom kan derfor heller ikke se at argumentasjon knyttet til potensielt overforbruk av delte radioressurser i mobilnettene er relevant vurderingstema opp mot Forordningen artikkel 3 (1). Det legges etter forordningen artikkel 3 (1) heller ikke opp til noen interesseavveining slik Chili har argumentert for vedrørende berettigede forventninger hos kunde mv.

Chili har også fremholdt at dersom selskapet må tillate bruk av SIM-kort i ruter så vil Chili være forhindret fra å utføre øvrige plikter og forutsetninger som ligger til grunn i kundeforholdet. Manglende mulighet for kommunikasjon med kunden gjennom SMS, MMS og tale trekkes frem som eksempler.

Nkom er av den oppfatning at selskapet i tilfeller der det ikke oppnås kontakt via SMS og/eller oppringing, kan finne alternative varslingsmetoder, som for eksempel e-post. I Chilis oppdaterte vilkår ser vi også at Chili introduserer en ordning der datakvoten strupes dersom sluttbruker ikke sender en SMS med påfyll. Dette vil medføre at kunden uansett må flytte SIM-kortet fra ruter til en mobiltelefon før bruken kan fortsette.

Basert på ovenstående konkluderer Nkom i medhold av Forordningen artikkel 3 (1) med at Chili ikke kan oppstille begrensninger i sluttbrukers rett til å flytte SIM-kort mellom egne enheter, herunder bredbåndsruter/-modem eller lignende.

5. Oppsummering

Nettnøytralitetsregelverket setter skranker for hva slags begrensninger en tilbyder kan legge på datadeling og flytting av SIM-kort til andre enheter. Sluttbruker har en positiv rettighet etter Forordningen artikkel 3 (1) til selv å velge hva slags utstyr hun eller han ønsker å bruke ved internetttilgangen.

Chilis begrensninger på datadeling, og bruk av SIM-kort i andre enheter er dermed ulovlig etter nettnøytralitetsregelverket, jf. ekomloven § 2-16, jf. ekomforskriften § 1-16, jf. Forordningen artikkel 3(1).

Oppsummert vil følgende begrensninger være tillatt etter nettnøytralitetsregelverket:

- Forbud mot bruk utover personlig bruk

Derimot vil følgende begrensninger være i strid med nettnøytralitetsregelverket:

- Forbud mot datadeling til egne enheter
- Forbud mot bruk av SIM-kort tilknyttet mobilabonnementet i annet utstyr enn egen mobiltelefon, herunder forbud mot bruk av SIM-kort i ruter eller modem.



6. Pålegg om retting

I medhold av ekomloven § 10-6 fatter Nkom følgende vedtak:

Chili Mobil AS pålegges å endre sine vilkår slik at forbud mot datadeling / tethering og forbud mot bruk av SIM-kort i andre enheter enn egen mobiltelefon fjernes, herunder begrensninger knyttet til bruk av SIM-kort i modem / ruter og / eller for maskin-til-maskin kommunikasjon.

Pålegget om retting trer i kraft fra vedtakets dato. Chili bes sende en redegjørelse til Nkom om hvordan selskapet har innrettet seg etter vedtaket. Frist for slik redegjørelse settes til 2. januar 2019. Beslutning om utsatt iverksettelse av vedtaket kan kun fattes av Samferdselsdepartementet, jf. ekomloven § 11-6, fjerde ledd, jf. forvaltningsloven § 42.

Vedtaket kan påklages, jf. ekomloven § 11-6 og forvaltningsloven § 28. Fristen for å klage er normalt tre uker, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. På grunn av forestående juleferieavvikling og helligdager mener Nkom at det er grunnlag for en forlenget klagefrist, jf. forvaltningsloven § 29, fjerde ledd. Fristen for å klage er derfor satt til fire uker fra vedtakstidspunktet. En eventuell klage rettes til Samferdselsdepartementet og sendes Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, jf. forvaltningsloven §§ 28 og 32.

Med hilsen

Hans Jørgen Enger
seksjonssjef

Eldar Undheim
rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk og ekspedert uten underskrift