



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

## Ákvörðun nr. 25/2019

# Tilboð Nova um ómælda gagnanotkun efnisveitunnar Snapchat

(Mál nr. 2018070017)

### I. Erindið

(1) Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) barst með bréfi kvörtun, dags. 2. júlí 2018, frá [...]¹ um að fjarskiptafyrirtækin Nova hf. (Nova) og Síminn hf. (Síminn) væru að mismuna fjarskiptaumferð með vísan til 41. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, með áorðnum breytingum vegna laga nr. 41/2018.

(2) Í erindi kvartanda var vísað til þess að Síminn hefði verið með tilboð og pakka með netþjónustu þar sem verð vegna fjarskiptaumferðar á tónlistarveituna Spotify væri fellt niður. Þá hefði Nova byrjað að fella niður verð á fjarskiptaumferð vegna þjónustuveitunnar Snapchat (Endalaust Snapp).

(3) Að mati kvartandi gengi þetta gegn „nýjum lögum um nethlutleysi[...]“ sem að tóku gildi þann 2. júlí 2018, og með því að veita þessar þjónustur væru Síminn og Nova að mismuna fjarskiptaumferð án verulegs ábáta fyrir neytendur. Það yrði að túlka hugmyndina um nethlutleysi á þann hátt að jákvæð mismunun gagnvart einni þjónustu jafngildi neikvæða mismunun gagnvart öllum öðrum þjónustum, og þar með gegn þeim notendum sem nýta sér þær.

(4) Þá taldi kvartandi að þessi viðskiptaráðstöfun stuðlaði að einokun á markaði og innsiglaði yfirburðastöðu fyrirtækja. Það gerði íslenskum fyrirtækjum erfiðara uppdráttar á markaði hérlendis þegar þau þyrftu að vera samkeppnishæf við erlend fyrirtæki í yfirburðastöðu á markaði og með niðurgreidda fjarskiptaumferð frá íslenskum fjarskiptafyrirtækjum.

---

¹ Upplýsingar felldar brott vegna trúnaðar

## II. Málsmeðferð

### 2.1 *Bréf PFS til Nova hf. og Símanum hf., dags. 6. júlí 2018*

(5) Með bréfum dagsettu þann 6. júlí 2018 var Nova og Símanum boðið að tjá sig um og gera athugasemdir við fram komna kvörtun. Félögunum var veittur frestur til 23. júlí 2018 til að koma athugasemdum sínum á framfæri. Síminn og Nova óskuðu síðan eftir lengri svarfrest vegna sumarleyfa starfsmanna og varð PFS við þeirri beiðni.

### 2.2 *Svar Nova við erindi PFS, dags. 13. ágúst 2018*

(6) Póst- og fjarskiptastofnun barst svarbréf Nova þann 13. ágúst sl. en þar var kvörtuninni og sjónarmiðum kvartanda alfarið hafnað. Félagið taldi sig ekki vera brjóta fjarskiptalög, mismuna fjarskiptaumferð né mismuna viðskiptavinum sínum með umræddu tilboði félagsins sem kallaðist „Endalaust Snapp“.

(7) Í svörum félagsins sagði ennfremur að það meðhöndlaði alla fjarskiptaumferð internets jafnt, ekki væri um að ræða neina mismunun, takmörkun eða truflun sem félagið beindi að einstökum búnaði, neytendum eða hópi neytenda. Þá vísaði félagið til þess að 41. gr. fjarskiptalaga beindist að því að fjarskiptafyrirtæki skuli ekki fara fram með tæknilegar aðgerðir sem kunna að setja slíkar tæknilegar skorður við einstökum eða afmörkuðum flutningi internetumferðar að einstakir þjónustuaðilar og viðskiptavinir þeirra eða notendur þjónustunnar beri skerðingu tæknilegra gæða af. Þá væri ekki um að ræða lagaákvæði sem fjallar um verðlag fyrir internetþjónustu.

### 2.3 *Svar Símanum við erindi PFS, dags. 21. ágúst 2018*

(8) Svarbréf Símanum barst PFS þann 21. ágúst 2018 en í því kom fram að Síminn hefði um nokkurt skeið ekki talið notkun á Spotify til notkunar á gagnamagni í farsíma, aðferð sem hefði oft verið kölluð „zero rating“.<sup>2</sup> Ástæðan fyrir því hefði verið fyrst og fremst til að hvetja til löglegrar notkunar á tónlist og að þjónustan myndi hafa jákvæð áhrif fyrir neytendur.

(9) Síminn tók jafnframt fram að þessi háttsemi, þ.e. zero rating, væri heimil skv. nýjum reglum um nethlutleysi, sbr. reglugerð ESB nr. 2015/2120, sem voru innleiddar með lögum nr. 41/2018. Það hefði verið staðfest bæði af belgíska fjarskiptaeftirlitinu sem og þýska fjarskiptaeftirlitinu. Hið síðarnefnda fjarskiptaeftirlit hefði þó gert athugasemdir við aðgengi að „zero rating“ þjónustu utan Þýskalands, m.t.t. til reikireglunnar innan EES. Þarlend fyrirtæki hefðu því þurft að aðlaga framboðið með tilliti til reglunnar.

(10) Í ljósi niðurstöðu þýska fjarskiptaeftirlitsins var það gróft mat Símanum að slíkt hefði í för með sér aukinn kostnað umfram ábata fyrir félagið og því ætlaði það að hætta með „Zero rating“ eða ómælda þjónustu Spotify. Félagið gerði þó fyrirvara um að það kynni að taka upp sambærilega þjónustu aftur ef að tilefni væri til og að teknu tilliti til þeirra sjónarmiða sem erlendar fjarskiptastofnanir hafa sett fram.

(11) Að þessum svörum Símanum virtum taldi PFS ekki þörf á viðbótarskýringum frá félaginu eða tilefni til frekari afskipta af hálfu stofnunarinnar. Var félaginu tilkynnt um þá niðurstöðu þann 21. ágúst 2018.

---

<sup>2</sup> Á íslensku hefur „Zero rating“ verið útlagt sem gjaldfrjáls og/eða ómæld niðurhalsþjónusta.

#### **2.4 Bréf PFS til Nova hf. dags. 22. ágúst 2018**

(12) Í ljósi svarbréfs Nova, dags. 13. ágúst 2018, og með hliðsjón af leiðbeinandi reglum Fjarskiptaeftirlitsstofnunar Evrópu (BEREC) um framkvæmd reglugerðar um nethlutleysi, þá óskaði PFS með bréfi, dags. 22. ágúst 2018, að Nova útskýrði nánar tvö atriði.

(13) Annars vegar hvort að viðskiptavinum Nova væri enn kleift að nota umrædda þjónustu „Endalaust Snapp“ endurgjaldslaust eða með yfirgjaldi vegna umframnotkunar þegar gagnamagn væri uppurið eða hvort að lokað væri fyrir alla netnotkun viðskiptavina við þær aðstæður (þ.m.t. Endalaust Snapp).

(14) Hins vegar benti PFS á að samkvæmt reglunum „reikað sem heima“ í Evrópu (EES) ætti sama verðskrá að gilda í reiki og gildir um notkun gagnamagns innanlands. Því vildi stofnunin fá að vita hvort að ótakmarkað gagnamagn væri í boði fyrir neytendur þegar þeir væru staddir í Evrópu eða hvort að það væri einungis í boði á Íslandi.

#### **2.5 Svarbréf Nova við erindi PFS, dags. 10. september 2018**

(15) Með bréfi þann 10. september 2018 bárust stofnuninni svör Nova við erindi PFS. Varðandi fyrri spurningu PFS svaraði félagið því til að líkt og kæmi fram á vef Nova að viðskiptavinir í frelsi þyrftu að eiga einhverja inneign til þess að geta nýtt þjónustuna „Snappað endalaust“. Viðskiptavinir í áskrift yrðu í raun ekki án nets og því ætti lokun á netnotkun ekki við um þau númer.

(16) Varðandi síðari fyrirspurn PFS liti félagið svo á að netnotkun sem væri í boði á 0 kr. á mánuði væri ekki í boði fyrir reiki í Evrópu út frá reglum um „Fair use policy“ (reglur um sanngjarna notkun). Þar væri stuðst við reglur og leiðbeiningar sem lýst væri í köflum „Data limits - national bundles with limited data og Data limits - national bundles with unlimited data.“

#### **2.. Erindi PFS til Nova, dags. 19. september 2018**

(17) Í ljósi svara Nova, þá sendi PFS Nova erindi, þann 19. september 2018, þar sem stofnunin óskaði eftir nánari skýringum um nokkur atriði er vörðuðu tiltekna þætti þjónustunnar, þ.e. hvort þjónustan Snapchat væri mæld við umframnotkun gagnamagns, hvort gengið væri á frelsisinn eign viðskiptavinar við notkun þjónustunnar þegar gagnamagn hefði klárast og hvort að þjónustan væri mæld líkt og annað gagnamagn sem félli undir sanngjarna hámarksnotkun vegna reikis. Frestur til að svara erindi PFS var veittur til 26. september 2018.

#### **2.7 Svarbréf Nova við erindi PFS, dags. 26. september 2018**

(18) Þann 26. september sl. bárust PFS svör Nova við fyrirspurn stofnunarinnar, dags. 26. sept. 2018. Varðandi fyrirspurn PFS um hvort að Snapchat notkun væri mæld hjá viðskiptavinum í frelsi þegar gagnamagn netpakka væri að fullu nýtt skom fram að ef að viðskiptavinur ætti krónuinn eign þá væri rukkað fyrir 5 MB netpakka af þeirri inneign. Þegar slíkur netpakki væri í gildi teldi Snapchat notkun ekki sem notkun á gagnamagni.

(19) Við fyrirspurn PFS um hvort að Snapchat þjónustan væri mæld líkt og annað gagnamagn sem félli undir regluna sanngjarna hámarksnotkun, kom fram að gagnamagn Snapchat notkunar væri mælt á sama hátt og önnur netnotkun í reiki.

(20) Að lokum áréttaði félagið að það hefði engan fjárhagslegan ávinning af tilboðinu "Endalaust Snapp" og að Nova stæði að öllu leyti sjálft undir þeim kostnaði sem aukin

netnotkun tilboðsins fæli í sér. Allstór hópur viðskiptavina hefði nýtt sér tilboðið án endurgjalds og þannig notið aukins ávinnings af viðskiptum sínum við Nova.

### **2.8 Erindi PFS til Nova, dags. 12. október 2018**

(21) Með bréfi, dags. 12. október 2018, óskaði stofnunin eftir því að Nova staðfesti þann skilning stofnunarinnar að umrædd þjónusta, Snapchat, væri mæld líkt og annað gagnamagn í reiki og félli undir regluna um sanngjarna notkun. Þá óskaði PFS eftir því að félagið gerði grein fyrir því hvernig það reiknaði slíka sanngjarna notkun innan EES-svæðisins.

### **2.9 Svarbréf Nova við erindi PFS, dags. 18. október 2018**

(22) Með svari Nova til PFS staðfesti félagið þann skilning stofnunarinnar á því að Snapchat væri mælt á sama hátt og annað gagnamagn í reiki og að það félli undir sanngjarna notkun í reiki.

### **2.10 Bréf PFS til kvartanda, dags. 21. janúar 2019**

(23) Með bréfi dags. 21. jan. 2019 gaf PFS kvartanda kost á því að gera athugasemdir við fyrrgreind svör fjarskiptafyrirtækjanna. Þá tók stofnunin fram að ef að kvartandi teldi vera þörf á frekari afskiptum PFS að málinu var þess jafnframt óskað að hann tæki fram til hvaða aðgerða hann vildi að stofnunin gripi til. Svarfrestur var veittur til 4. febrúar 2019.

### **2.11 Athugasemdir kvartanda til PFS, dags. 4. febrúar 2019**

(24) Með tölvupósti dags. 4. febrúar 2019 bárust stofnuninni athugasemdir kvartanda. Hann taldi vilja löggjafans hvað varðaði „zero-rating” vera mjög skýran í áliti, um upptöku reglugerðar (ESB) nr. 2015/2120 (TSM) í EES-samninginn, sem umhverfis- og samgöngunefnd Alþingis sendi utanríkisráðuneytinu, dags. 17. mars 2016. Þar kæmi m.a. fram að „zero-rating” gæti leitt af sér mismunun og þar með einokun á stórum hlutum internetsins og stafi af því lýðræðisógn. Kvartandi vísaði til eftirfarandi orða álitsins:

*„Við upptöku gerðarinnar í EES-samninginn og innleiðingu hennar í landsrétt bendir nefndin á að rétt kunni að vera að horfa til þeirra landa sem þegar hafa tekið upp reglur um nethlutleysi, m.a. Holland, Indland og Brasilía, og meta hvort rétt sé að ganga lengra í vernd notenda internetsins en ákvæði reglugerðarinnar kveða á um þannig að meginregla um nethlutleysi njóti ríkrar verndar. Í þessu sambandi bendur nefndin sérstaklega á „zero-rating”-fyrirkomulag og mismunun í verði sem getur gert það að verkum að fjársterk fyrirtæki í yfirburðastöðu, oft samfélagsmiðlar eða streymissíður, geti einangrað tiltekna hluta internetsins frá notendum og þannig stjórnað netnotkun. Slíkt fyrirkomulag felur í sér lýðræðisógn og gengur þvert gegn meginreglunni um nethlutleysi og telur nefndin að kanna beri hvort mögulegt sé að koma fyrir það.”*

(25) Að lokum tók kvartandi fram að erlendir dómar varðandi zero-rating væru vissulega áhugaverðir en þeir hefðu enga lögsögu hér. Að mati kvartandi þá stæðist ekki túlkun umræddra fjarskiptafyrirtækja á lögnum hérlendis.

### **2.12 Erindi PFS til Nova, dags. 16. apríl 2019**

(26) Með erindi sínu, dags. 16. apríl 2019, upplýsti PFS Nova um athugasemdir kvartanda. Þá óskaði stofnunin eftir því að Nova greindi frá því á rökstuddan hátt hvernig þjónustan Endalaust Snapp samrýmdist sjónarmiðum sem væri að finna í leiðbeiningum BEREC um framkvæmd reglugerðar um nethlutleysi.

(27) PFS tók fram að það væri ekki sjálfgefið að ómælt niðurhal tiltekinna veitna væri brot á reglum um nethlutleysi og vísaði stofnunin þar til fyrrnefndra leiðbeininga BEREC. Með leiðbeiningunum hefðu fjarskiptaeftirlitsstofnanir á EES-svæðinu fengið í hendur samræmda leiðsögn um eftirlit, framfylgni og opinbera upplýsingagjöf varðandi málefni sem falla undir reglugerðina um nethlutleysi og við úrlausn einstakra mála. Leiðbeiningarnar nýttust einnig markaðsaðilum til að skipuleggja starfsemi sína varðandi nethlutleysi í samræmi við þær skyldur sem að umrædd reglugerð hefur sett á fjarskiptafyrirtæki. Þá leggðu þær traustari grunn undir túlkun reglnanna og stuðluðu að samræmdri beitingu þeirra innan EES svæðisins.

(28) PFS fjallaði síðan stuttlega um eftirfarandi málsgreinar í leiðbeiningum BEREC um framkvæmd nethlutleysisreglna er vörðuðu ómælda niðurrhalsþjónustu og nethlutleysi.

(29) Í 36. mgr. leiðbeininganna segir að fjarskiptafyrirtæki megi tvinna saman fjarskiptaþjónustu með ákveðinni efnisþjónustuveitu. Þar er nefnt sem dæmi að fjarskiptafyrirtæki geti boðið fría áskrift að tónlistarefnisveitu í tiltekinn tíma til allra nýrra áskrifenda og slíkt gangi ekki gegn 1. mgr. 3. gr. reglugerðar um nethlutleysi svo lengi sem að fjarskiptaumferð sé ekki mismunad.

(30) Í 40. mgr. leiðbeininganna er fjallað um ómælda niðurrhalsþjónustu (e. zero rating), en slík þjónusta er þegar niðurhal vegna notkunar ákveðinnar veitu er ekki talið til notkunar á gagnamagni viðkomandi fjarskiptaþjónustu. BEREC vísar þar til tvenns konar tegunda ómældra niðurrhalsþjónusta og að þær geti haft mismunandi áhrif á endanlega notendur og þar með réttindi þeirra skv. reglugerð ESB nr. 2015/2012 um nethlutleysi.

(31) Þá kemur fram í 41. mgr. leiðbeininganna að þegar lokað er fyrir fjarskiptaumferð eða hún takmörkuð vegna þess að hámarki gagnamagns hefur verið náð en efnisveitan sem er ómæld er ekki takmörkuð gengur það gegn 3. mgr. 3. gr. fyrrnefndrar reglugerðar er varðar netmismunun en þar segir:

*„Veitendur Netaðgangsjónustu skulu ekki beita ráðstöfunum varðandi umferðarstýringu sem ganga lengra en þær sem settar eru fram í annarri undirgrein og skulu einkum ekki loka fyrir, hægja á, breyta, takmarka, trufla, spilla eða mismuna tilteknu efni, hugbúnaði eða þjónustu, eða tilteknum flokkum þeirra, nema að því marki sem nauðsynlegt er, og aðeins eins lengi og nauðsynlegt er [...].“*

(32) Í 42. mgr. leiðbeininganna segir að fjarskiptaþjónustuveitandi getur annað hvort boðið ómælda niðurrhalsþjónustu hvað varðar heilan flokk efnisveitna s.s. allar tónlistar- eða myndbandsveitur eða einungis einstaka efnisveitu s.s. tiltekinn samfélagsmiðil eða vinsæla tónlistarveitu.

(33) Í síðara tilvikinu er endanlegum notanda ekki frámunad að nota aðrar veitur. Hins vegar skapar ómæld niðurrhalsþjónusta t.d. ákveðinnar tónlistarveitu efnahagslegan hvata til að nota hana fremur en aðrar tónlistarveitur. Áhrif þess að mæla ekki gagnamagn tiltekinnar veitu er því líklegri til að grafa undan grundvallaratriðum er varðar réttindi endanlegra notanda eða leiða til aðstæðna þar sem að valfrelsi notandans er í raun takmarkaðra en ef ekki væri mæld gagnanotkun allra sambærilegra veitna, sbr. 7. gr. formálsorða reglugerðar um nethlutleysi en þau eru svohljóðandi:

*„Til að neyta réttar síns til að hafa aðgang að og til að dreifa upplýsingum og efni og til að nota og bjóða hugbúnað og þjónustu að eigin vali, ætti endanlegum*

*notendum að vera frjálst að semja við veitendur Netaðgangspjónustu um gjaldskrá fyrir tilgreint gagnamagn og hraða Netaðgangspjónustunnar. Slíkir samningar sem og viðskiptahættir veitenda Netaðgangspjónustu ættu ekki að takmarka nýtingu þessa réttar og sniðganga þannig ákvæði þessarar reglugerðar um verndun opins Netaðgangs. Landsbundin stjórnvöld og önnur lögbær yfirkvöld ættu að hafa vald til að hlutast til um samninga eða viðskiptahætti sem vegna umfangs leiða til aðstæðna þar sem val endanlegra notenda er verulega takmarkað í raun. Í þessu skyni ætti mat á samningum og viðskiptaháttum m.a. að taka tillit til markaðsstöðu þeirra veitenda Netaðgangspjónustu og efnisveita, hugbúnaðar og þjónustu sem eiga hlut að máli. Gera ætti þá kröfu að landsbundin stjórnvöld og önnur lögbær yfirkvöld, sem hluta af starfi þeirra við eftirlit og framfylgd, hlutist til um samninga eða viðskiptahætti þegar þeir myndu leiða til þess að grafið væri undan grundvallaratriðum er varða réttindi endanlegra notenda.“*

(34) Í 43. gr. leiðbeininganna segir síðan að við mat á samningum eða viðskiptaháttum líkt og ómældri niðurrhalsþjónustu, m.t.t. 2. mgr. 3. gr. reglugerðarinnar, skal taka tillit til markmiða reglugerðarinnar um að vernda jafna meðferð án mismununar á umferð við veitingu netaðgangspjónustu, sbr. 1. gr. reglugerðarinnar, og tryggja jafnframt að vistkerfi netsins sé áfram drifkraftur nýsköpunar, sbr. 1. mgr. formálsorða reglugerðarinnar. Þá skal einnig líta til ofangreindra 7. gr. formálsorðanna um íhlutun gegn slíkum samningum eða viðskiptaháttum.

### **2.13 Svar Nova til PFS, dags. 10. maí 2019**

(35) Með svarbréfi Nova, dags. 10. maí 2019 áréttaði fyrirtækið að það hefði engan fjárhagslegan ávinning af tilboðinu „Endalaust Snapp“ og að það stæði sjálft undir öllum þeim kostnaði sem aukin netnotkun tilboðs fæli í sér. Allstór hópur viðskiptavina hefði notið tilboðsins án endurgjalds og þannig notið aukins ávinnings af viðskiptum sínum við Nova.

(36) Hvað varðaði fyrirspurn PFS um sjónarmið BEREC vegna „zero-rating“ þá útlistaði Nova rök félagsins í samhengi við þær greinar sem að félagið taldi PFS hafa í huga þ.e. 36. gr. og 40.- 43. gr. leiðbeininganna.

(37) Í 36. gr. væri fjallað um að fjarskiptafyrirtæki megi tvinna saman fjarskiptaþjónustu með efnisþjónustuveitu svo lengi sem að fjarskiptaumferð sé ekki mismunad. Í dæminu sem væri tekið í greininni væri nefnd tónlistarveita sem ætla mætti að almennt myndi tengjast fjárhagslega áskriftarþjónustu fjarskiptafyrirtækis. Í tilfalli Endalaust Snapp hjá Nova væri engri fjarskiptaþjónustu mismunad og engin fjárhagslegur ávinningur. Nova taldi því að umrætt tilboð væri vel innan marka 36. gr. leiðbeininganna.

(38) Í 40. gr. væri fjallað um 0 kr. rukkun og ómælda niðurrhalsþjónustu (e. zero-rating) og um að áhrifin geti verið mismunandi á endanotendur. Þá væri í 41. gr. leiðbeininganna dýpkað á útfærslu á því hvernig zero-rating gagnaumferð skyldi meðhöndluð þegar hámarki gagnamagns hefði verið náð. Þar kæmi fram að takmarka þyrfti notkun ómældu þjónustunnar þegar hámarki gagnamarks hefði verið náð. Í tilviki tilboðsins Endalaust Snapp hjá Nova þyrfti að vera til staðar gagnapakki sem ekki hefði verið að fullu nýttur, svo hægt væri nýta tilboðið. Notkunin væri því takmörkuð eins og önnur netnotkun þegar hámarki gagnamagns hefur verið náð. Nova teldi því að tilboðið Endalaust Snapp hjá Nova og rúmast vel innan leiðbeiningar 41. gr. BEREC.

(39) Í 42. gr. leiðbeininga segir að fjarskiptaþjónustuveitandi geti annað hvort boðið ómælda niðurrhalsþjónustu hvað varðar heilan flokk efnisveitna s.s. allar tónlistar- eða myndbandsveitur eða einungis einstaka efnisveitu s.s. tiltekin samfélagsmiðil eða vinsæla tónlistarveitu. Í síðara tilvikinu er endanotanda ekki frámunað að nota aðrar veitur. Í tilviki tilboðsins Endalaust Snapp hjá Nova væri um að ræða þjónustu sem Nova flokkaði undir samskipti og að mati Nova átti sér ekki aðra viðlíka á þeim tíma, enda megin notkun forritsins að senda stutt myndskaið, myndir eða texta sem einungis væri aðgengilegur móttakanda í stutta stund og vistaðist ekki sjálfkrafa á tæki hans. Naut Snapchat að þessu leyti nokkurrar sérstöðu á markaði. Út frá greininni mætti einnig líta svo á að um væri að ræða vinsælan samfélagsmiðil, þó svo að eðli Snapchat væri um margt ólíkt eðli annarra vinsælla samfélagsmiðla. Í tilviki tilboðsins Endalaust Snapp hjá Nova væru engar hindranir eða takmarkanir á þjónustum sem kynnu að vera sambærilegar eða teljast samkeppnisþjónustur. Nova teldi því að tilboðið Endalaust Snapp hjá Nova rúmaðist vel innan leiðbeininga 42. gr. leiðbeininganna. Þá kom einnig fram að Endalaust Snapp væri í boði Nova án nokkurrar aðkomu Snapchat.

(40) Í 43. gr. leiðbeininga BEREC væri m.a. fjallað um að við mat á samningum eða viðskiptaháttum líkt og ómældri niðurrhalsþjónustu skyldi taka tillit til markmiða reglugerðarinnar um að vernda jafna meðferð án mismununar á umferð við veitingu netaðgangþjónustu og tryggja jafnframt að vistkerfi Netsins væri áfram drifkraftur nýsköpunar. Í tilviki tilboðsins Endalaust Snapp hjá Nova væru engar hindranir eða takmarkanir á þjónustum og því ekkert sem myndaði mismunun á umferð við veitingu netaðgangþjónustu. Nova telur því að tilboðið Endalaust Snapp hjá Nova rúmaðist vel innan leiðbeininga 43. gr. BEREC og gæti að vissu leyti virkað enn frekar sem drifkraftur í nýsköpun við veitingu á þjónustu er snýr að samskiptum milli viðskiptavina.

### III.

#### Lagaumhverfi

##### 3.1 Almenn

(41) Póst- og fjarskiptastofnun er sú stofnun sem með lögum hefur verið falið að annast framkvæmd laga um fjarskipti og hafa eftirlit með fjarskiptum, sbr. 1. tl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt 10. gr. sömu laga skal PFS láta kvörtun neytenda til sín taka telji neytendur að fjarskiptafyrirtæki hafi brotið gegn skyldum sínum samkvæmt lögum um fjarskipti eða gegn skilyrðum sem mælt er fyrir um í almennum heimildum, réttindum eða í rekstrarleyfi.

(42) Hlutverk stofnunarinnar felst m.a. í því að gæta hagsmuna almennings með því að stuðla að betri vernd neytenda í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki, sbr. b.-liður 4. tl. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

##### 3.2 Lög nr. 41/2018 um breytingu á lögum um fjarskipti, nr. 81/2003

(43) Með lögum nr. 41/2018 um breytingu á lögum um fjarskipti, nr. 81/2003, með síðari breytingum (EES-reglur, nethlutleysi, CE-merkingar á fjarskiptabúnaði), voru ákvæði reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2015/2120/EB, svokallaðri TSM-reglugerð um nethlutleysi (e. net neutrality), og tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2014/53/ESB, um samræmingu laga aðildarríkjanna um að bjóða þráðlausan fjarskiptabúnað, svokölluð RED-tilskipun, innleidd í fjarskiptalög.

(44) Samkvæmt greinargerð með frumvarpi laga nr. 41/2018 þótti löggjafanum ekki þörf á að setja sérstök lög um nethlutleysi. Talið var best að innleiða meginákvæði TSM reglugerðarinnar um nethlutleysi í fjarskiptalög en setja lagastoð fyrir önnur ákvæði

reglugerðarinnar sem hægt væri að innleiða að fullu samkvæmt orðanna hljóðan með reglugerð ráðherra, líkt og almennt tíðkaðist við innleiðingu Evrópureglugerða.

(45) Jafnframt kemur fram í frumvarpinu að kjarni nethlutleysis sé í raun neytendavernd sem tekur til samskipta fjarskiptafyrirtækja við viðskiptavini sína, t.d. varðandi upplýsingagjöf í viðskiptasamningum, en einnig til aðgerða fjarskiptafyrirtækja varðandi tækni- og kerfislega þætti sem hafa áhrif á stýringu fjarskiptaumferðar. Í stórum dráttum skiptist efnislegt inntak nethlutleysis í fimm þætti eða opið internet, skilyrði fyrir framboði á sérþjónustu, gagnsæi og upplýsingagjöf til neytenda, lágmarkskröfur til internetþjónustugæða og loks jafnræði fjarskiptaumferðar og bann við ómálaefnalegri stýringu.<sup>3</sup>

### 3.3 3-6. mgr. 41. gr. fjarskiptalaga

(46) Með b-lið 3. gr. laga nr. 41/2018 bættust fjórar nýjar málsgreinar við 41. gr. fjarskiptalaga, nánar tiltekið 3. - 6. mgr. en ákvæði þessi varða innleiðingu á fyrrgreindum meginþáttum nethlutleysis samkvæmt TSM-reglugerðinni.

(47) Með 3. mgr. 41. gr. fjarskiptalaga var innleidd meginreglan um hið opna internet sem þegnum aðildarríkja EES skal standa til boða, sbr. 3. gr. TSM-reglugerðarinnar.

*„Notendur skulu eiga rétt á því að fá aðgang að upplýsingum og efni, miðla því, nota og bjóða fram þjónustu, með því að nota búnað að eigin vali, óháð staðsetningu sinni eða fjarskiptafyrirtækis eða uppruna eða áfangastað upplýsinganna, efnisins og þjónustunnar sem fer um netaðganginn. Ákvæði 1. másl. gildir þó ekki um notkun eða aðgang að efni eða þjónustu sem brýtur gegn öðrum lögum eða dómsúrskurði.“*

(48) Ofangreind regla tengist meginmarkmiði hins evrópska fjarskiptaregluverks um að allir þegnar EES-ríkja skuli eiga rétt til aðgangs að efni og þjónustu á internetinu og að ekki megi skerða þennan rétt án þess að uppfyllt séu skilyrði til skerðingar á grundvallarréttindum samkvæmt mannréttindasáttmála Evrópu.

(49) Í 4. mgr. 41. gr. fjarskiptalaga kemur síðan fram meginreglan um að meðhöndla skuli netumferð á jafnræðisgrundvelli en hún er svohljóðandi:

*„Fjarskiptafyrirtæki sem veitir aðgang að internetþjónustu skal meðhöndla alla fjarskiptaumferð jafnt, án mismununar, takmarkana eða truflunar og óháð sendanda eða móttakanda, því efni sem sótt er eða miðlað, þeirri þjónustu sem notuð er eða boðin fram og þeim búnaði sem er notaður.“*

(50) Það er gert ráð fyrir vissum undantekningum frá ofangreindri 4. mgr. 41. gr. fjarskiptalaganna en í 5. mgr. ákvæðisins segir að heimilt sé að beita umferðarstýringu á netumferð sé stýringin nauðsynleg, gagnsæ, hófleg og án mismununar. Fela slíkar undantekningar einkum í sér málefnalegar og nauðsynlegar ráðstafanir fjarskiptafyrirtækja til að hafa áhrif á flæði fjarskiptaumferðar, t.d. þegar það er tæknilega nauðsynlegt eða þegar áskrifdir gera ráð fyrir tilteknum gagnaflutningshraða eða gagnapaki. Ekki er heimilt að beita

---

<sup>3</sup> Alþingi (2018). Frumvarp til laga um breytingu á lögum um fjarskipti, nr. 81/2003, með síðari breytingum (EES-reglur, nethlutleysi, CE-merkingar á fjarskiptabúnaði). Sótt af <https://www.althingi.is/altext/148/s/0540.html>



umferðarstýringu í viðskiptalegum og/eða samkeppnislegum tilgangi, t.d. með því að beina viðskiptavinum í eða frá tiltekinni þjónustu.

(51) Loks er í 6. mgr. 41. gr. kveðið á um að ráðherra setji reglugerð um framkvæmd nethlutleysis m.a. um leyfilegan tilgang og skilyrði fyrir beitingu umferðarstýringa, sbr. a- og b- lið ákvæðisins.

### **3.4 3. gr. TSM reglugerðarinnar**

(52) Reglugerð um framkvæmd nethlutleysis nr. 1128/2018 öðlaðist gildi þann 26. nóv. 2018 og með setningu hennar tóku gildi 1.-6. gr. og 8.-10. gr. reglugerðar Evrópuþingsins og ráðsins (ESB) 2015/2120 frá 25. nóvember 2015 um ráðstafanir varðandi opinn netaðgang og um breytingu á tilskipun 2002/22/EB um alþjónustu og réttindi notenda að því er varðar rafræn fjarskiptanet og þjónustu og reglugerð (ESB) nr. 531/2012 um reiki á almennum farsímanetum innan Sambandsins. Nánar tiltekið þá fjallar TSM-reglugerðin um nethlutleysi, þ.e.a.s. að öll umferð um internetið skuli meðhöndluð á jafnræðisgrundvelli og að þannig sé stuðlað að því að það verði vettvangur óheftra boðskipta, nýsköpunar og viðskipta eftir bestu getu. Í 3. gr. TSM reglugerðarinnar er fjallað um verndun opins netaðgangs en þar segir:

1. Endanlegir notendur skulu hafa rétt á aðgangi að og til að dreifa upplýsingum og efni, til að nota og bjóða hugbúnað og þjónustu, og til að nota endabúnað að eigin vali, án tillits til staðsetningar endanlega notandans eða þjónustuveitandans eða staðsetningar, uppruna eða ákvörðunarstaðar upplýsinganna, efnisins, hugbúnaðarins eða þjónustunnar, í gegnum Netaðgangspjónustu sína.

Þessi málsgrein hefur ekki áhrif á lög Sambandsins, eða landslög sem samrýmast lögum Sambandsins, varðandi lögmæti efnis, hugbúnaðar eða þjónustu.

2. Samningar á milli veitenda Netaðgangspjónustu og endanlegra notenda um viðskiptaleg og tæknileg skilyrði og eiginleika Netaðgangspjónustu, s.s. verð, gagnamagn eða hraða, sem og viðskiptahættir veitenda Netaðgangspjónustu skulu ekki takmarka nýtingu réttinda endanlegra notenda sem mælt er fyrir um í 1. mgr.

3. Þegar Netaðgangspjónusta er veitt skulu veitendur Netaðgangspjónustu meðhöndla alla umferð eins, án mismununar, takmarkana eða truflunar og óháð sendanda eða móttakanda, því efni sem nálgast er eða dreift, þeim hugbúnaði eða þjónustu sem notuð er eða þeim endabúnaði sem notaður er.

Ákvæði fyrstu undirgreinar skulu ekki koma í veg fyrir að veitendur Netaðgangspjónustu innleiði sanngjarnar ráðstafanir varðandi umferðarstýringu. Til að teljast sanngjarnar skulu slíkar ráðstafanir vera gagnsæjar, án mismununar og hóflegar og ættu ekki að vera í viðskiptalegum tilgangi heldur byggja á grundvelli raunverulega ólíkra krafna til tæknilegra þjónustugæða fyrir tiltekna flokka umferðar. Slíkar ráðstafanir skulu ekki vakta tiltekið efni og skal ekki viðhaldið lengur en nauðsynlegt er.

Veitendur Netaðgangspjónustu skulu ekki beita ráðstöfunum varðandi umferðarstýringu sem ganga lengra en þær sem settar eru fram í annarri undirgrein og skulu einkum ekki loka fyrir, hægja á, breyta, takmarka, trufla, spilla eða mismuna tilteknu efni, hugbúnaði eða þjónustu, eða tilteknum flokkum þeirra, nema að því marki sem nauðsynlegt er, og aðeins eins lengi og nauðsynlegt er, til þess að:

a) fara að lagagerðum Sambandsins eða landslöggjöf sem samrýmist lögum Sambandsins og veitandi Netaðgangspjónustunnar fellur undir eða að ráðstöfunum sem samrýmast lögum

Sambandsins sem hrinda slíkum lagagerðum Sambandsins eða landslöggjöf í framkvæmd, þ.m.t. dómsúrskurðum eða ákvörðunum þar til bærra opinberra yfirvalda,

b) varðveita heildstæði og öryggi netsins, þeirrar þjónustu sem veitt er í gegnum netið og endabúnaðar endanlegra notenda,

c) koma í veg fyrir yfirvofandi umferðarteppu á netum og draga úr áhrifum umferðarteppu sem á sér stað í undantekningartilvikum eða er tímabundin að því tilskildu að sambærilegir flokkar umferðar séu meðhöndlaðir eins.

[...]“

#### IV. Forsendur og niðurstaða

(53) Mál þetta varðar kvörtun frá neytanda vegna tilboða fjarskiptafyrirtækjanna Nova og Símans. Tilboðin fólu í sér að gagnamagn veitnanna Snapchat og Spotify var ómælt. Að mati kvartanda voru fjarskiptafyrirtækin með þessum tilboðum að mismuna fjarskiptaumferð án verulegs ábata fyrir neytendur og taldi hann það varða við 41. gr. fjarskiptalaga.

(54) Gjaldfrjálsar/ómældar niðurrhalsþjónustur, sem að kvörtunin lýtur að, fela í sér að notandi er ekki rúkaður fyrir gagnanotkun á ákveðnum efnisveitum eða þjónustum. Líkt og fram kemur í kafla II. var bæði Nova og Símanum gefinn kostur á að tjá sig um kvörtunina. Það var álit Símans, að teknu tilliti til þeirra sjónarmiða sem að evrópskar systurstofnanir PFS hefðu sett fram, að umrætt tilboð gæti haft í för með sér aukinn kostnað umfram ábata fyrir félagið og af þeim sökum ákvað fyrirtækið að hætta með ómælt niðurrhal veitunnar Spotify. Að þeirri ráðstöfun virtri var ekki talin þörf á frekari afskiptum af hálfu PFS og félaginu tilkynnt um þá niðurstöðu stofnunarinnar.

(55) Töluverð bréfaskipti áttu sér stað milli Nova og PFS vegna þessa máls en það má m.a. rekja til þess að stofnunin taldi nauðsynlegt að fá fram tilteknar upplýsingar frá Nova, svo að hægt væri að leggja nauðsynlegt mat á eðli tilboðsins og hvort að það samræmdist reglum um nethlutleysi. Má þar nefna atriði líkt og hvernig viðkomandi fjarskiptaumferð væri meðhöndluð og hvaða skilmálar væru til staðar.

(56) Líkt og rakið er í kafla III. eru ákveðnar skyldur lagðar á herðar netaðgangspjónustuveitenda svo að nethlutleysis sé gætt. Ákvæði 41. gr. fjarskiptalaga og reglugerð nr. 1128/2018 um framkvæmd nethlutleysis, sem innleiddi ákvæði TSM reglugerðarinnar skv. heimild í 6. mgr. 41. gr. fjarskiptalaga, leggja ekki blátt bann við því að fjarskiptafyrirtæki mæli ekki gagnanotkun tiltekinna efnisveitna. Slíkar ráðstafanir geta verið heimilar svo lengi sem þær takmarka ekki nýtingu réttinda notenda sem kveðið er á um í 3. mgr. 41. gr. fjarskiptalaga, sbr. 2. mgr. 3. gr. TSM reglugerðarinnar sem öðlaðist lagalegt skuldbindingargildi hér á landi með reglugerð ráðherra nr. 1128/2018.

(57) Hins vegar getur ómælt niðurrhal við vissar aðstæður verið andstætt ákvæðum TSM reglugerðarinnar þ.e.a.s. ef þeir takmarka rétt notenda til aðgangs að upplýsingum og efni og sniðganga þannig ákvæði um nethlutleysi. Þegar svo ber undir ættu eftirlitsstofnanir að hafa vald til að hlutast til um samninga eða viðskiptahætti sem vegna umfangs leiða til þeirra aðstæðna að val notenda er í raun verulega takmarkað. Í því skyni ætti mat á samningum og

viðskiptaháttum m.a. að taka tillit til markaðsstöðu veitenda netaðgangspjónustu og efnisveitunnar sem hlut á að máli sbr. formálslið 7 í TSM reglugerðinni.

(58) Á samstarfsvettvangi evrópskra eftirlitsstofnana, BEREC (e. Body of European Regulators for Electronic communications) hafa verið útfærðar leiðbeiningar til eftirlitsstofnana sem samræma leiðsögn um eftirlit, framfylgni og opinbera upplýsingagjöf vegna nethlutleysis. Þar kemur fram í 42. mgr. að veitandi fjarskiptaþjónustu geti boðið upp á ómælda niðurrhalsþjónustu hvað varðar heilan flokk efnisveitna s.s. allar tónlistar- eða myndbandsveitur eða einungis einstaka efnisveitu, s.s. tiltekinn samfélagsmiðil eða vinsæla tónlistarveitu.

(59) Ljóst er að umrætt tilboð Nova náði til eins samfélagsmiðils, Snapchat, og var tilboðið að frumkvæði og á ábyrgð og kostnað Nova. Almennt séð er ákjósanlegast að ómældar niðurrhalsþjónustur nái til heils efnisflokks, þ.e.a.s. allar svipaðar eða sambærilegar efnisveitur hafi sama rétt til aðgangs að slíku tilboði hjá fjarskiptafyrirtæki, enda er markmiðið með reglunum að koma í veg fyrir að raunverulegt val neytenda sé skert.

(60) Í svörum Nova kom m.a. fram að fyrirtækið teldi sig ekki vera að brjóta fjarskiptalög, mismuna fjarskiptaumferð né mismuna viðskiptavinum sínum með því að bjóða upp á „Endalaust Snapp“. Tilboðið hafi verið tímabundið, í boði án aðkomu fyrirtækisins Snapchat og að Nova stæði að öllu leyti sjálfst undir þeim kostnaði sem aukin netnotkun tilboðsins fól í sér.

(61) Þegar horft er til TSM reglugerðarinnar og leiðbeininga BEREC um framkvæmd hennar, lítur PFS svo á að umrætt tilboð hafi ekki verið líklegt til að leiða til aðstæðna þar sem val endanlegra notenda hafi verið verulega takmarkað í raun. Svör Nova bera þess merki að um einhliða söluhvetjandi aðgerð hafi verið ræða, sem að hafi staðið viðskiptavinum félagsins til boða í tiltekinn tíma og án aukins kostnaðar. Að mati PFS hafi Nova ekki verið að hygla Snapchat umfram öðrum efnisveitum enda hafi hvorki verið fyrir að fara neins konar samningi milli Nova og Snapchat um að hygla þjónustu þess síðar nefnda, né væri um einhvers konar neitun, hindrun eða takmörkun fyrir aðrar veitur, sem að mætti telja sambærilegar eða í samkeppni, og tilboðið þannig ekki skert endanlegt val neytenda í raun. Þá var notendum ekki frámunað að nota aðrar veitur á meðan þjónustan stóð til boða.

(62) Að mati PFS hefur ekkert komið fram í málinu sem að bendir til þess að viðkomandi fjarskiptaumferð hafi verið sérstaklega stýrt eða hún takmörkuð. Því verður ekki talið að með tilboðinu hafi Nova takmarkað eða mismunað fjarskiptaumferð í skilningi 41. gr. fjarskiptalaga né að tilboðið hafi verið andstætt 2. mgr. 3. gr. reglugerðar Evrópuþingsins og Ráðsins (ESB) 2015/2120 um ráðstafanir varðandi opinn Netaðgang, sem öðlaðist lagalegt skuldbindingargildi hér á landi með reglugerð ráðherra nr. 1128/2018.

*Ákvörðunarorð*

1. Tilboð Nova ehf. um ómælda gagnanotkun efnisveitunnar Snapchat braut ekki gegn 41. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti né 2. mgr. 3. gr. reglugerðar Evrópuþingsins og Ráðsins (ESB) 2015/2120 um ráðstafanir varðandi opinn Netaðgang, sem öðlaðist lagalegt skuldbindingargildi hér á landi með reglugerð ráðherra nr. 1128/2018.
2. Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Samkvæmt 4. mgr. 13. gr. sömu laga getur aðili einnig borið ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar beint undir dómstóla án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd. Slíkt mál skal höfðað innan þriggja mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um ákvörðun stofnunarinnar. Málskot frestar ekki réttaráhrifum ákvarðana stofnunarinnar. Málskot beint til dómstóla hindrar að úrskurðarnefnd sé heimilt að taka kæru til málsmeðferðar.

*Reykjavík, 11. nóvember 2019*

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Maríjon Ósk Nóadóttir