

Skrifstofa Alþingis - nefndarsvið
Umhverfis- og samgöngunefnd
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 25. júlí 2020

Efni: Umsögn um frumvarp til fjarskiptalaga, lagt fram á 150. Löggjafarþingi, þingskjal nr. 1353, 775. Mál.

I. Inngangur

Huawei Sweden AB hafa farið þess á leit við ADVEL lögmenn að rýna frumvarp til fjarskiptalaga sem nú er til umfjöllunar í Umhverfis- og samgöngunefnd Alþingis með tilliti til áhrifa hugsanlegrar lagasetningar á stöðu framleiðanda fjarskiptabúnaðar sem eiga viðskipti við íslensk fjarskiptafyrirtæki og þær kröfur sem gerðar kunna að vera til slíks búnaðar. ADVEL lögmenn hafa um árabil veitt ráðgjöf á sviði fjarskipta- og samkeppnisréttar, verið í fyrirsvari fyrir fjarskiptafyrirtæki í samskiptum við eftirlitsaðila og tekið þátt í opinberri stefnumótun með setu í fjarskiptaráði.

Ástæða er til þess að fagna heildarendurskoðun fjarskiptalaga og innleiðingu fjarskiptatilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins nr. 2018/1972/ESB sérstaklega enda er mikilvægt að regluverk íslensks fjarskiptamarkaðar sé í samræmi við þær reglur sem gilda á Evrópska efnahagssvæðinu. Þá er og brýnt að stuðla að hagkvæmri uppbyggingu háhraða neta og öryggi fjarskipta enda ljóst að háhraðanet framtíðar verða burðarás í samkeppnishæfni landsins og lífsgæðum íbúa þess. Er því mikilvægt að gæta að því að skilyrði laganna um háhraðanet eða 5G net og þjónustu verði ekki til þess að kostnaður við uppbyggingu kunni að reynast íslenskum fjarskiptafyrirtækjum óviðráðanlegur og að samkeppni á markaði verði ekki raskað.

Í umsögn Samkeppniseftirlitsins um frumvarpið, dags. 11. júní 2020, er þannig sérstaklega áréttað að inngrip ríkisins í uppbyggingu háhraðaneta með því að setja sérstök skilyrði um uppruna búnaðar geti haft veruleg áhrif á samkeppnisaðstæður á fjarskiptamörkuðum, m.a. innbyrðis samkeppnisstöðu einstakra keppnauta á markaði. Slík íhlutun geti skert verulega möguleika landsins til að nýta samkeppnishvata við uppbyggingu 5G sem er ein forsenda þess að unnt sé að halda kostnaði niðri og tryggja viðvarandi uppbyggingu og viðhald. Fyrir liggir að innviðasamkeppni á þessu sviði sé einn mikilvægasti drifkrafturinn til að stuðla að uppbyggingu fjarskiptainniða. Að sama skapi bendir Póst- og fjarskiptastofnun á í umsögn sinni um frumvarpið, dags. 5. júní 2020, að ákvæði 87. gr. frumvarpsins geti haft afgerandi áhrif á samkeppnisstöðu farnetsrekenda héraendis.

Með athugasemdum þessum verður r leitast við að varpa frekara ljósi á þau álitaefni sem þarfnast skoðunar að því er varðar 87.gr. frumvarpsins, eftir atvikum í samanburði við nálgun nágrannaríkja að því er varðar skilmála fyrir uppbyggingu 5G þjónustu og þá sérstaklega skilyrði vegna öryggismála.

II. Innleiðing 5G þjónustu á Norðurlöndum og öryggissjónarmið

Í greinargerð með frumvarpi til fjarskiptalaga er vísað til þess að litið hafi verið til framkvæmdar á Norðurlöndunum að því er lýtur að skilmálum fyrir uppbyggingu 5G þjónustu og öryggismál. Að mati ADVEL lögmanna er því gagnlegt að skoða nánar lagaramma og framkvæmd í nokkrum nágrannaríkjum. Til upplýsingar verður hér farið stuttlega yfir framkvæmd í Noregi, Svíþjóð og Finnlandi, en í Danmörku hafa ekki verið sett sambærileg skilyrði. Þó er rétt að hafa í huga að reglur um öryggismál og heimildir til að setja fyrirtækjum skilyrði við innkaup eða notkun búnaðar helgast ávallt að einhverju leyti af bæði innlendum öryggiskröfum sem og markaðsaðstæðum í hverju landi fyrir sig.

a. Noregur

Í Noregi eru það einkum tvö regluverk sem koma til skoðunar í þessu sambandi. Annars vegar fjarskiptalög (n. Ekomloven) og hins vegar lög um öryggi ríkisins (n. Lov om National Sikkerhet / Sikkerhetsloven).

Fjarskiptalögin fela í sér almennar reglur um rekstur fjarskiptaneta og veitingu fjarskiptaþjónustu, fjarskipta öryggi, tíðniúthlutun og réttindi neytenda. Á grundvelli þeirra hafa verið settar nokkrar reglugerðir (n. forskrift) sem fela í sér nánari útfærslu á ákvæðum laganna. Ekki er að finna í fjarskiptalögum eða reglugerðum ákvæði sem snúa að framleiðendum búnaðar umfram þær almennu kröfur ESB staðla sem búnaður er nýttur er í fjarskiptastarfsemi þarf að uppfylla.

Lög um öryggi ríkisins (n. *Sikkerhetsloven*) tóku gildi 1. janúar 2019. Samkvæmt markmiðsákvæði laganna er þeim ætla að tryggja fullveldi Noregs og landamæri, lýðræðislega stjórnunarhætti og aðra öryggishagsmuni, stuðla að því að finna og berjast gegn starfsemi sem getur ógnað öryggi ríkisins en jafnframt tryggja að öryggisráðstafanir séu í samræmi við grundvallareglur laga og gilda í lýðræðisríki. Lögin gilda um allar stofnanir og fyrirtæki ríkis og sveitarfélaga og ná til birgja vara og þjónustu sem aflað er í innkaupum er varða öryggishagsmuni. Samkvæmt lögnum er ráðuneytum falin heimild til að taka ákvörðun (n. *vedtak*) um að lögin gildi einnig um starfsemi fyrirtækja sem m.a. ráða yfir upplýsingum, upplýsingatækni eða innviðum sem hafa verulega þýðingu fyrir grunnstoðir ríkisins. Mælt er fyrir um sérstaka málsmeðferð í þessu sambandi sem felur í sér aðild og andmælarétt þeirra fyrirtækja sem um ræðir. Þá er mælt fyrir um verkefni Öryggistofnunar (n. *Nasjonal sikkerhetsmyndighet*)¹ sem er þverfagleg stofnun sem heyrir undir Dómsmálaráðuneyti og eftir atvikum Varnarmálaráðuneyti.

Í lögnum og reglugerðum sem á þeim byggja er að finna ákvæði um forvarnir vegna öryggismála, upplýsingatækni öryggi, öryggi innviða og öryggisúttektir fyrirtækja og starfsmanna. Að því er varðar innkaup á vörum og þjónustu, fela lögin í sér heimild fyrir ráðuneyti til að taka ákvörðun um skilyrði gagnvart innkaupum er varða upplýsingatæknikerfi, íhluti eða innviði enda hafi falli starfsemi viðkomandi fyrirtækis undir gildissvið laganna. Slíkum fyrirtækjum ber að leggja sjálfstætt mat á hugsanlegar öryggishættur og leggja fyrir ráðuneytið. Ráðuneytið getur leitað álits viðeigandi stofnana

¹ www.nsm.no

um áhættumat á viðkomandi birgi. Ef innkaupin teljast fela í sér verulega áhættu getur ríkisstjórnin tekið ákvörðun um að banna innkaupin eða setja þeim skilyrði.

Nánari reglur er síðan að finna í reglugerð um öryggismat fyrirtækja (n. *Virksomhetsikkerhetsforskriften*). Þar er t.d. að finna ákvæði um öryggismat á birgjum. Í tilteknum innkaupum verða birgjar að hafa öryggisvottun (n. *sikkerhetsklarering*). Er það Öryggisstofnunar að veita innlendum birgjum slíka vottun en að því er varðar erlenda birgja þá er á því byggt að þeir verði að njóta vottunar ríkis sem á í formlegu öryggissamstarfi við Noreg samkvæmt samningi þar um (n. *sikkerhetsavtale*).

Ákvarðanir um að fella starfsemi fyrirtækja undir lög um öryggi ríkisins eru ekki birtar opinberlega, en ljóst er að þau ná til fjarskiptafyrirtækja enda ráða þau yfir innviðum með samfélagslegt gildi. Þann 13. desember 2019 birti norska ríkisstjórnin fréttatilkynningu² um að ríkisstjórnin hefði ákveðið að við kaup á búnaði fyrir uppbyggingu 5G þjónustu yrðu fjarskiptafyrirtækin að tryggja að 50% búnaðar kæmi frá birgjum sem hefðu staðfestu í ríki sem Noregur hefði gert samning um öryggissamvinnu við og gætu þar með framvísað öryggisvottun. Ráðherra fjarskiptamála lét þess þá getið að ríkisstjórnin hefði nokkru fyrr tilkynnt fjarskiptafyrirtækjum um þessi skilyrði. Hins vegar þótti ekki viðeigandi að greina frá þeim opinberlega áður en fjarskiptafyrirtækin hefðu hafið innkaupaferli til þess að hafa ekki skaðleg áhrif á samkeppni.

b. Svíþjóð

Samkvæmt sænsku fjarskiptalögum (s. *Lag om elektronisk kommunikation / LEK*) ber að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti, bæði að því er varðar innviði og starfsemi fjarskiptafyrirtækja. Lögin mæla fyrir um að rekstur þráðlaus búnaðar og notkun tíðna sé háð tímabundnu leyfi eftirlitsaðila (s. Post-och Telestyrelsen /PTS) á grundvelli tiltekinnar málsmeðferðar. Í lögum er að finna almenn skilyrði sem leyfishafi þarf að uppfylla en nánar er mælt fyrir um efnisatriði er snú að öryggismálum í reglugerð PTS (s. Post-och telstyrelsens föreskrifter om krav på driftsäkerhet).

Í lögum um öryggisráðstafanir (s. *Säkerhetsskyddslagen*) sem tóku gildi 2019 er mælt fyrir um ráðstafanir til að koma í veg fyrir njósnir, eyðileggingu innviða, hryðjuverk og önnur brot er geta stefnt öryggi ríkisins í hættu. Lögin gilda um alla starfsemi sem telst vera viðkvæm fyrir öryggisógnum, þar með talin fjarskiptafyrirtæki. Samkvæmt lögum er það viðkomandi fyrirtækis eða stofnunar að leggja mat á öryggisógnir í starfsemi sinni og skjala þörf á viðeigandi ráðstöfunum. Öryggislögreglan (s. *SÄPO*) hefur gefið út leiðbeiningar sem fyrirtæki eiga að hafa til viðmiðunar. Þannig ber fjarskiptafyrirtækjum að hafa skjalfest yfirlit yfir framleiðendur einstaka búnaðar og lýsingu á hlutverki hvers birgja. Fyrirækjunum ber einnig að framkvæma áhættumat áður en ráðist er í innkaup á búnaði eða þjónustu. Í slíku áhættumati ber að líta til allra öryggisþátta, þ.m.t. hættu á eyðileggingu innviða (s. *sabotage*) eða öðrum utanaðkomandi áhrifum. Í starfsemi sem fellur undir gildissvið laga um öryggisráðstafanir ber aðilum að tryggja að gerðir séu samningar um öryggismál við utanaðkomand birgja sem mæli fyrir um hvernig birgjar uppfylli þær öryggiskröfur sem gerðar eru til starfseminnar. PTS fer með eftirlit með starfsemi fjarskiptafyrirtækja sem fellur undir gildissvið laganna á grundvelli laga, stjórnvaldsfyrirmæla og reglna SÄPO auk reglna varnarmálayfirvalda (s. *Försvarsmakten*) í einstaka tilvikum.

² <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/-viktig-steg-for-digitaliseringen-av-norge/id2682654/>

c. Finland

Fyrir finnska þinginu liggur frumvarp um breytingu á fjarskiptalögum og fleiri lögum³ þar sem m.a. er að finna ákvæði er varðar 5G þjónustu og netöryggi. Í a-lið 244. gr. frumvarpsins er þannig að finna ákvæði er varðar fjarskiptabúnað. Þar segir að ef fyrir liggja rökstuddur grunur um að búnaður sem nýttur er í þýðingarmiklum hluta fjarskiptanets (s. *kritiska delar av kommunikationsnät*) gæti ógnað öryggi ríkisins eða vörnum þess megi útiloka notkun búnaðarins. Eftirlitsstofnun fjarskiptamála (s. Transport- och kommunikationsverket) skuli að eigin frumkvæði eða samkvæmt kröfu skylda netrekanda til að fjarlægja slíkan búnað. Áður en ákvörðun um að búnaður skuli fjarlægður sé tekin, ber eftirlitsstofnuninni að veita netrekanda andmælarétt og gefa honum tækifæri á að bæta úr þeim öryggisatriðum sem teljast vera ábótavant, en í undantekningartilvikum ef yfirvofandi hættu telst vera fyrir hendi má stytta eða sleppa málsmeðferð. Eftirlitsstofnuninni er falið að setja ítarlegri reglur um tæknilegar skilgreiningar fjarskiptaneta, þ.m.t. hvaða hluti neta telst hafa sérstaka þýðingu, að fenginni umsögn Netöryggisnefndar. Ákvörðun á grundvelli ákvæðisins telst vera stjórnvaldsákvörðun sem er kæránleg til dómstóla (s. *Förvaltningsdomstolen*). Heimilt er að takmarka að einhverju leyti rétt aðila máls til aðgangs að gögnum á grundvelli sjónarmiða um öryggi ríkisins og varnir en þó þannig að gætt sé meðalhófs.

Í b-lið 244. gr. er mælt fyrir um stofnun Netöryggisnefndar (s. *Delegationen för näsäkerhet*). Í nefndinni skulu eiga sæti fulltrúar ráðuneyta og annarra opinberra stofnanna sem fara með öryggismál ásamt fulltrúum fjarskiptafyrirtækja sem reka farnet á landsvisu. Nefndinni er ætlað að vera þeim stofnunum sem fara með ákvörðunarvald til ráðgjafar auk þess að fjalla um og gefa út leiðbeiningar um þróun farneta, tæknileg málefni og skilgreiningu á því hvaða hlutar farneta teljast sérstaklega þýðingarmiklir (s. *kritiska*), ráðstafanir til að tryggja þjóðaröryggi í fjarskiptanetum og sérstaklega þýðingarmiklum hlutum þess og ráðstafanir til að mæta öryggisögnum í fjarskiptanetum.

Í a-lið 301. gr. er mælt fyrir um rétt fjarskiptafyrirtækis til bóta komi til ákvörðunar um að fjarlægja beri tiltekinn búnað úr fjarskiptaneti ef umræddur búnaður var þegar í notkun fyrir gildistöku laganna. Bæturnar taki mið af kostnaði við að fjarlægja búnaðinn og öðrum fjárhagslegum áhrifum. Í sérstökum tilvikum megi einnig mæla fyrir um bætur vegna búnaðar sem komið er fyrir eftir gildistöku laganna ef um er að ræða verulega breyttar aðstæður sem fjarskiptafyrirtækið gat ekki séð fyrir.

d. Samantekt

Það er ljóst að sú löggjöf Norðurlandanna sem hér hefur verið til skoðunar byggir einkum á hlutlægum tækni- og öryggiskröfum sem talið er nauðsynlegt að fjarskiptafyrirtæki uppfylli. Löggjöfin beinist þannig ekki að tilteknum aðilum eða ríkjum. Þá felst það í framangreindri löggjöf að aðkoma fjarskiptafyrirtækjanna sjálfra er forsenda beitingar ákvæða er lúta að öryggismati þó útfærsla sé mismunandi í hverju landi fyrir sig. Einnig er vert að benda á að framangreind löggjöf gerir almennt ráð fyrir að fjarskiptafyrirtækin eigi aðild að máli er varðar ákvörðun um skilyrði fyrir notkun búnaðar enda geta slíkar ákvarðanir haft veruleg áhrif á rekstrarforsendur fyrirtækjanna. Þá ber og að hafa í huga að áhersla er lögð á að ákvarðanir á grundvelli öryggislöggjafar samrýmist meginreglum réttarríkis og að gætt sé meðalhófs við inngríp í réttindi borgara.

³ https://www.eduskunta.fi/SV/vaski/HallituksenEsitys/Sidor/RP_98+2020.aspx

III. Verkfærakista Framkvæmdastjórnar ESB

Í greinargerð með frumvarpi til fjarskiptalaga er einnig vísað til þess að tekið hafi verið mið af svonefndri verkfærakistu Framkvæmdastjórnar ESB; *Cybersecurity of 5G networks – EU Toolbox of risk mitigation measures*. Leiðbeiningarnar voru birtar í janúar 2020 í kjölfar tilmæla Framkvæmdastjórnarinnar um netöryggi 5G neta innan sambandsins, birt 26. mars 2019 og skýrslu aðildarríkja ESB um samræmt áhættumat vegna netöryggis 5G neta er birt var 9. október 2019.

Í verkfærakistunni er veitt yfirlit yfir ESB gerðir sem geta komið til skoðunar í áhættumati, þ.e. regluverk ESB á sviði fjarskipta, reglur um rýni erlendra fjárfestinga og aðgerðir í milliríkjaviðskiptum, reglur um opinber innkaup, nýsköpunarsjóðir og áætlanir sambandsins, ríkisaðstoðarreglur og reglur um vinnslu og öryggi persónuupplýsinga. Það er því ljóst að verkfærakistan einskorðast ekki við reglur er gilda á innri markaðnum og þar með varða gildissvið EES samningsins heldur er þar einnig að finna verkfæri er varða sameiginlega viðskiptastefnu ESB (e. common commercial policy) er fellur utan gildissviðs samningsins.

Samandregið má segja að verkfærakistan feli í sér þrjú megingtilmæli til aðildarríkjanna; a) að styrkja beri öryggiskröfur til farneta b) meta skuli áhættusnið (e. risk profile) birgja og mæla fyrir um viðeigandi takmarkanir gagnvart birgjum sem teljast áhættusamir (e. *high risk*) og c) tryggja að viðeigandi stefna um fjölbreytni í búnaði (e. *multi-vendor strategy*) eigi við um starfsemi fjarskiptafyrirtækja til að koma í veg fyrir eða takmarka að fyrirtæki reiði sig um of á einn birgi.

Í verkfærakistunni eru síðan leiðbeiningar og töflur sem aðildarríkin geta nýtt við ákvarðanir um setningu viðeigandi reglna, þ.m.t. valdheimildir eftirlitsaðila, áhættumat og skilyrði. Leiðbeiningar þessar eru hins vegar ekki bindandi fyrir aðildarríkin enda fellur það undir valdsvið hvers aðildarríkis um sig að framkvæma öryggis- og áhættumat háð innlendum hagsmunum og forsendum þar sem m.a. er litið til framleiðsluþátta og kostnaðar, áhrif á einstaka geira efnahagslífsins (birgja og þjónustuveitendur) og efnahagsleg og samfélagsleg áhrif í viðtækari skilningi.

IV. Nánar um ákvæði 87. gr. frumvarpsins

a. Almenn um 87. gr.

Ákvæði 87. gr. frumvarpsins snúa að meginstefnu til að valdheimildum annars vegar Póst- og fjarskiptastofnunar og hins vegar ráðherra sem fer með fjarskiptamál til að hlutast til um val á búnaði sem nýttur er í rekstri fjarskiptaneta. Ekki er fjallað um öryggiskröfur eða öryggismat sérstaklega eða gert ráð fyrir valdheimildum eftirlitsaðila til að gefa út reglur eða tilmæli um t.d. öryggismat, skilgreiningu á áhættu eða hvað teljist vera viðkvæmir hlutar fjarskiptanets. Það er því ljóst að hér er um afar víðtækar valdheimildir að ræða og gagnsæi gagnvart fjarskiptafyrirtækjum um forsendur beitingar heimildanna að sama skapi afar takmarkað.

Þrátt fyrir að í greinargerð með frumvarpinu sé vísað til þess að litið hafi verið til framangreindar verkfærakistu framkvæmdastjórnar ESB og framkvæmd í nágrannaríkjum er ljóst að Ísland sker sig verulega úr að því er varðar skýrleika réttarheimilda og réttaröryggi hagsmunaaðila. Í Noregi og Svíþjóð hafa þannig verið sett sérstök lög um öryggi ríkisins þar sem mælt er fyrir um hlutverk eftirlitsaðila, kröfur til fyrirtækja, áhættugreiningar og eftir atvikum vottun birgja. Að sama skapi er í Finnlandi gert ráð fyrir að koma á fót sérstakri Netöryggisnefnd þar sem bæði opinberir aðilar og fjarskiptafyrirtæki eiga aðkomu. Það eru því ekki eingöngu mælt fyrir um áhættumat öryggistofnanna heldur einnig tryggt

að ákvarðanir tengdar öryggishagsmunum byggi á fullnægjandi lagastoð þar sem gætt sé að fyrirsjáanleika og réttaröryggi hagsmunaaðila.

Í umsögn Samkeppneftirlitsins er lögð áhersla á að vegna hinna undirliggjandi almannahagsmuna af því að nýta samkeppnishvata í innviðauppbýggingu sé mikilvægt að löggjafinn tryggi að allur undirbúningur á aðgerðum skv. 87. gr. sé eins vel úr garði gerður og kostur er. Þannig verði bæði að skilgreina með ítarlegum hætti hvaða öryggishagsmuni ætlunin sé að vernda og meta hvort og hvaða áhrif fyrirhugaðar aðgerðir hafi á samkeppni, þ.á.m. samkeppnisaðstæður keppinauta, kostnað við uppbyggingu innviða og áhrif á viðhald og áframhaldandi þróun. Af umsögn Samkeppniseftirlitsins má því draga þá ályktun að nauðsynlegt sé að mæla fyrir um með mun skýrari hætti hvernig skilgreina beri öryggishagsmuni og þar af leiðandi mæla skýrar fyrir um hvert hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar sem eftirlitsaðila og eftir atvikum annarra opinberra aðila eigi að vera. Að sama skapi felst í mati á öryggishagsmunum að gera verður grein fyrir til hvaða ráðstafanna sé unnt að grípa til að bæta úr annmörkum eða koma í veg fyrir tiltekið ástand eða háttsemi.

Hér er vert að horfa til þess að það kynni að hafa alvarleg áhrif á samkeppni á markaði ef aðgerðir stjórnvalda yrðu til þess að færa einum framleiðanda búnaðar einokunaraðstöðu hér á landi. Líkt og vísað er til í umsögn Póst- og fjarskiptastofnunar hafa íslensk fjarskiptafyrirtæki til þessa einkum nýtt búnað frá tveimur framleiðendum; Síminn notast við búnað frá Ericsson og Sýn (Vodafone) og Nova hafa nýtt búnað frá Huawei. Þetta eru tveir helstu framleiðendur 5G búnaðar í dag. Hugveitan Oxford Economics hefur unnið skýrslu fyrir Huawei um efnahagsleg áhrif þess að grípa til ráðstafana sem útiloka ákvæðin búnað í 5G netum í Evrópu. Þar kemst hugveitan að þeirri niðurstöðu að útilokun Huawei sem birgja á íslenskum fjarskiptamarkaði myndi hafa verulega skaðleg áhrif á samkeppni, auka kostnað við uppbyggingu háhraðaneta um frá 3 milljörðum til 5 milljarða evra og seinka innleiðingu þjónustunnar um nokkur ár.⁴

b. Um 2. mgr. 87. gr.

Í 2. mgr. er mælt fyrir um að Póst- og fjarskiptastofnun hafi heimild til að binda leyfi skv. 27. gr. (um rekstur þráðlaus sendibúnaðar) skilyrðum er stuðli að fjölbreytni búnaðar eða grípa til annarra viðeigandi ráðstafanna telji stofnunin, á grundvelli öryggishagsmuna, hættu á að farnetskerfi á landsvísu séu eða geti orðið mjög háð búnaði frá einum framleiðanda..

Að mati ADVEL lögmanna verður því hvorki ráðið af orðalagi ákvæðisins né greinargerð með frumvarpinu hvaða öryggishagsmunir komi hér til skoðunar eða hvaða sjónarmið eigi við um mat þá því hvort fyrirtæki teljist vera „mjög háð“ búnaði tiltekins framleiðanda.

Í ákvæðinu segir að Póst- og fjarskiptastofnun sé heimilt að setja skilyrði fyrir notkun búnaðar eða grípa til annarra viðeigandi ráðstafanna. Ekki er að finna í greinargerðinni neinar leiðbeiningar um hvers konar skilyrði megi setja í þessu sambandi eða hvað gæti talist til annarra viðeigandi ráðstafanna. Þannig er t.d. ekki mælt fyrir um að Póst- og fjarskiptastofnun skuli birta leiðbeiningar um hvaða viðmiða sé horft til við mat á því hvort farnetskerfi teljist „mjög háð“ einum framleiðanda eða hvers konar skilyrði megi setja við slíkar aðstæður. Að sama skapi er ekki gert ráð fyrir neinu sérstöku áhættumati á framleiðendum eða birgjum eða nánar kveðið á um aðkomu fjarskiptafyrirtækja að slíku mati umfram það sem leiðir af almennum andmælarétti aðila máls. Þegar af þessari ástæðu er sú nálgun sem lögð er til í frumvarpinu afar frábrugðin þeirri framkvæmd sem byggt er á í nágrannaríkjum.

⁴ <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/The-Economic-Impact-of-Restricting-Competition-in-5G-Network-Equipment>

Þá vekur einnig athygli að heimild til íhlutunar í þessu skyni er almenn og nær til allra hluta farnetskerfa sem eru leyfisskyldir en ekki t.d. til afmarkaðra hluta neta sem skilgreina má sem viðkvæma. Að sama skapi verður ekki séð að ummæli í greinargerð um að ákvæðið hróflí ekki við þeim kerfishlutum sem nú þegar er búið að byggja upp eigi sér stoð í orðalagi ákvæðisins. Þannig er heimildin fyrir hendi þegar stofnunin veitir leyfi skv. 27. gr. Leyfi til notkunar þráðlauss sendabúnaðar skv. 27. gr. eru tímabundinn og þurfa fjarskiptafyrirtæki því að einhverju marki að sækja um leyfi til notkunar búnaðar sem þegar hefur verið tekinn í notkun. Ekki verður því séð að orðalag 2. mgr. 87. gr. sbr. einnig 27. gr. girði fyrir að Póst- og fjarskiptastofnun væri unnt að setja skilyrði fyrir notkun búnaðar sem þegar er fyrir hendi. Ákvæðið leiðir því til töluverðrar óvissu fjarskiptafyrirtækja sem er til þess fallin að hafa áhrif á fjárfestingarákvarðanir þeirra enda ekki hægt að ganga að því vísu að ný skilyrði verði ekki sett við endurnýjun leyfis skv. 27. gr. Þá ber og að líta til þess að ekki er fjallað um stöðu fjarskiptafyrirtækja ef skilyrði Póst- og fjarskiptastofnunar hafa áhrif á búnað sem þegar hefur verið fest kaup á. Fjarskiptafyrirtæki gætu þannig öðlast bótarétt á hendur ríkinu enda gæti ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar falið í sér eignarnám í skilningi 72. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, lög nr. 33/1944. Í þessu sambandi er vert að hafa í huga að í frumvarpi sem liggur fyrir finnska þinginu er skýrt er kveðið á um bótarétt fyrirtækja við slíkar aðstæður og inntak þess réttar.

Í greinargerð með frumvarpinu segir að viðmið stjórnvalda varðandi þennan þátt sé almennt og beinist ekki að einum framleiðanda frekar en öðrum. Hugsanlega muni fjarskiptafyrirtækin áfram tryggja fjölbreytileika búnaðar. Það verður hins vegar ekki ráðið af orðalagi ákvæðisins né greinargerð með frumvarpinu hvert inntak markmiðsins um fjölbreytileika búnaðar.

Í umsögn Samkeppniseftirlitsins um frumvarpið er eins og áður segir áréttað sérstaklega að íhlutun ríkisins af þessum toga getur haft veruleg áhrif á samkeppnisaðstæður á fjarskiptamörkuðum. Innleiðing stefnu sem miðar að því að tryggja fjölbreytileika búnaðar verður þannig ávallt að taka mið af innlendum samkeppnisaðstæðum, þ.e. gerð markaðarins, stöðu fjarskiptafyrirtækja á markaði og burði til fjárfestinga.

Hér má einnig líta til umsagnar Póst- og fjarskiptastofnunar um frumvarpið þar sem fram kemur að eftirlit með birgðakeðju fjarskiptafyrirtækja kalli sérstaklega á þekkingu og ekki síst reynslu hlutaðeigandi séfræðinga af kerfisuppbyggingu og netrekstri. Rétt er að hafa í huga í þessu sambandi að birgðakeðja fjarskiptabúnaðar er alþjóðleg enda er búnaður samansettur af margskonar íhlutum sem framleiddir eru á heimsvísu.

c. Um 3. mgr. 87. gr.

Í 3. mgr. er kveðið á um að ráðherra sem fer með fjarskiptamál geti kveðið á um í reglugerð að tiltekinn búnaður farnetskerfa skuli vera frá framleiðanda í ríki sem Ísland á öryggissamstarf við eða ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins, að fengnum umsögnum ráðherra sem fara með utanríkis- og varnarmál, almannavarnir og löggæslu.

Umrætt ákvæði er einstakt bæði ef litið er til Norðurlandanna sem og verkfærakistu framkvæmdastjórnar ESB enda er hvergi annars staðar miðað við að upprunaland búnaðar ráði eitt og sér áhættumati og áhættustjórnun. Í greinargerð með frumvarpinu er reyndar viðurkennt að verkfærakistan miði eingöngu við að takmörkunum kunni að verða beitt gagnvart birgjum sem teljist áhættusamir skv. áhættumati. Iðulega séu öryggisstofnanir ríkja leiðandi í slíku mati. Þar sem sambærilegar stofnanir séu ekki til hér á landi og rót þessara krafna sé einkum öryggissamstarf við önnur ríki sé raunhæfast að fara þá leið sem lögð er til í frumvarpinu.

Af greinargerðinni má þannig ráða að tilgangur ákvæðisins sé ekki að grípa til nauðsynlegra öryggisráðstafanna á grundvelli innlands áhættumats og öryggishagsmuna íslenska ríkisins heldur til þess að verða við kröfum eða tilmælum annarra ríkja. Þetta vekur upp áleitnar spurningar um hvernig almennt er staðið að mati á öryggishagsmunum ríkisins og ráðstöfunum til að tryggja öryggi. Að sama skapi er ljóst að víðtæk lagaheimild ráðherra til að setja reglugerð um uppruna fjarskiptabúnaðar, án skilyrða um málsmeðferð eða réttindi hagsmunaaðila, gerir íslenska ríkið afar viðkvæmt fyrir þrýstingi frá erlendum aðilum sem byggja ef til vill á öðrum hagsmunum. Vísast hér einnig til umfjöllunar um 4. mgr. 87. gr. hér á eftir.

Í fyrsta lagi er hér vert að vekja athygli á að skv. orðanna hljóðan miðar ákvæðið við að búnaður skuli vera frá ríki sem Ísland á í öryggissamstarfi við. Ekki er skilgreint nánar í hverju öryggissamstarf felst í skýrslu vinnuhóps ráðuneyta um öryggi 5G kerfa frá febrúar 2020 er t.d. vísað til þess að Ísland eigi í öryggissamstarfi við Norðurlönd, Evrópusambandið, Atlantshafsbandalagið og Bandaríkin. Hins vegar er ljóst að inntak og eðli samstarfs við þessa aðila er afar mismunandi og nær til ólíkra þátta. Það verður því ekki séð að þetta skilyrði eitt og sér tryggi öryggi fjarskiptabúnaðar. Hér má til samanburðar vísa til þess að kröfur norsku ríkisstjórnarinnar um búnaði í 5G neti byggja á þarlandum reglum um öryggisvottun birgja en ekki upprunalandi búnaðar. Í Finnlandi er ráðgert að ákvörðun um að heimila ekki notkun tiltekins búnaðar byggji á álitni Netöryggisnefndar en einnig að fjarskiptafyrirtækjum verði gert mögulegt að bregðast við öryggismati áður en slík ákvörðun er tekin Það er því ljóst að t.d. aðildarsamningur NATO felur ekki í sér kröfu um að ein tiltekin leið sé farin í aðildarríkjum bandalagsins.

Í öðru lagi er sérstakt að setja skilyrði um að búnaður stafi frá framleiðanda í ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins án samhengis við áhættumat. Þannig verður t.d. ekki séð að EES samningurinn skuldbindi íslenska ríkið á einhvern hátt til þess að útiloka búnað frá þriðju ríkjum (utan EES) enda stendur Ísland utan við sameiginlega viðskiptastefnu ESB og gerir t.d. sjálfstæða fríverslunarsamninga við þriðju ríki sem einnig kunna að fela í sér skuldbindingar um markaðsaðgang.

Að öðru leyti eru efnisleg skilyrði fyrir beitingu heimildarinnar afar óskýr. Líkt og bent er á í umsögn Samkeppniseftirlitsins er hins vegar nauðsynlegt að skilgreina með ítarlegum hætti hvaða öryggishagsmuni sé ætlunin að vernda, eigi inn grip stjórnvalda að vera markvisst og ganga ekki lengra en þörf krefur. Í greinargerð með frumvarpinu segir að þeir viðkvæmu hlutar innlendra farneta sem komi til skoðunar séu einkum tvenns konar.

Annars vegar komi til skoðunar hlutar sem tengist öryggissamstarfi ríkisins og eftir atvikum beinum skuldbindingum þess, væntanlega á grundvelli alþjóðasamninga (ekki er vísað nánari til þess í greinargerðinni hvaða slíkar skuldbindingar stafa) og til viðbótar innlendar öryggiskröfur t.d. vegna neyðarfjarskipta. Það er með öllu óskiljanlegt hvernig þessir tveir þættir spila saman, þ.e. öryggissamstarf við önnur ríki og tengdar skuldbindingar og svo öryggiskröfur neyðarfjarskipta. Ekki er kveðið á um neitt áhættumat eða mat á öryggiskröfum í ákvæðinu. Greinargerðin veitir heldur ekki neinar vísbendingar um hvers konar öryggishagsmuni eigi að vernda eða hvaða aðstæður eða atvik gætu ógnað slíkum hagsmunum. Það er því með öllu óljóst hvernig þessari heimild gæti orðið beitt.

Hins vegar sé um að ræða viðkvæma hluta miðlægs stjórnubúnaðar farnetskerfa. Þróun í fjarskiptatækni sé ör og skilin á milli miðlægs hluta og sendahluta fjarskiptakerfa geti verið óljós. Mikilvægt sé að fjarskiptafyrirtæki hafi sem skýrasta mynd af öryggiskröfum á hverjum tíma en að sama skapi þurfi stjórnvöld að fylgjast með stefnu samstarfsríkja, einkum ef viðmið formgerist í samevrópskum kröfum og reglugerðum. Þrátt fyrir ummæli um að mikilvægt sé fyrir fjarskiptafyrirtæki að hafa sem skýrasta mynd af öryggiskröfum skortir hins vegar alfarið gagnsæi um hvernig og á hvaða grundvelli ráðherra geti beitt reglugerðarheimild né heldur er í ákvæðinu eða greinargerð að finna neinar leiðbeiningar um

hvaða viðmiðum skuli beitt eða við hvaða öryggiskröfur skuli miðað. Þá verður ekki séð að heimildin sem slík sé til þess fallin að bregðast við samevrópskum kröfum. Í fyrsta lagi kemur skýrt fram í verkfærakistunni að mat á öryggishagsmunum sé á valdsviði hvers ríkis. Í öðru lagi varða viðeigandi reglur innri markaðarins almennt staðla og tæknikröfur sem gera verður til fjarskiptabúnaðar til þess að taka megí hann í notkun en ekki uppruna eða þjóðerni framleiðanda.

Samandregið er það áhyggjuefni að mælt sé fyrir um heimild til ráðherra til að kveða á um í reglugerð að eingöngu megí nota búnað af tilteknum uppruna án þess að í nokkru sé litið til áhættumats eða öryggishagsmuna. Hér ber sérstaklega að horfa til þess að nágrannaríkin hafa sett traustan lagaramma um öryggishagsmuni og áhættumat. Að því er varðar nauðsyn þess að stjórnvöldum sé unnt að verða við kröfum sem eiga rót sína að rekja til alþjóðasamstarfs hlýtur að verða að gera þá kröfu að íhlutunarheimild stjórnvalda sé þá skilyrt við að fyrir liggi skýrar alþjóðlegar skuldbindingar sem Ísland hefur undirgengist.

Að auki ber aftur að vísa til þesslöggjöf nágrannaríkjanna almennt skilgreint hvað myndi teljast vera ógn við öryggi ríkisins, til að mynda aðgerðir sem stofna lífi og heilsu fólks í hættu, ógna innviðum og grunnstoðum samfélagsins, efnahag og stöðu ríkisins í alþjóðasamfélaginu. Þá ber og að áréttta að löggjöf nágrannaríkjanna freistar þess jafnframt að tryggja réttaröryggi borgaranna og almennt þau gildi sem Norðurlöndin byggja á er varðar gagnsæi og vandaða stjórnsýslu.

Þar sem ekki er starfrækt sérstök öryggistofnun hér á landi er nærtækast að líta til þeirrar nálgunar sem lögð er til í Finnlandi. Eins og reifað er hér að framan er þar miðað við að koma á fót sérstakri Netöryggisnefnd þar sem eiga sæti fulltrúar ráðuneyta, stofnanna og fjarskiptafyrirtækja. Þar með er tryggt að nauðsynleg sérfræðipækking á öryggismálum, kerfisuppbyggingu og netrekstri sé til staðar. Þá er og mikilvægt með vísan til grundvallarsjónarmiða um réttaröryggi og meðalhóf að fjarskiptafyrirtæki eigi þess kost að bregðast við athugasemdum um netöryggi eftir atvikum með því að leggja til úrbætur eða leiðir til þess að ná fram þeim markmiðum sem stefnt er að.

d. Um 4. mgr. 87. gr.

Í 4. mgr. er lagt til að umsagnir ráðherra utanríkis- og varnarmála, almannavarna og löggæslu, skuli vera undanþegnar upplýsingarétti og ákvæðum stjórnsýslulaga (og eftir atvikum annarra laga) um réttindi aðila máls. Í greinargerð segir að hér sé um sérákvæði að ræða enda geti hagsmunir tengdir almanna- og þjóðaröryggi verið í húfi. Verði ákvæðið að lögum er verið að skapa hættulegt fordæmi um að einföld tilvísun til almannahagsmuna og þjóðaröryggis án þess að nokkuð sé skýrt um inntak eða ástæður víki til hliðar meginreglum um réttindi borgara í lýðræðisríki. Þetta er sérstaklega alvarlegt í ljósi þess að 3. mgr. mælir ekki fyrir um neina málsmeðferð, viðmið um áhættumat eða skilgreiningu á öryggi. Til samanburðar má hér vísa til fyrirhugaðrar framkvæmdar í Finnlandi þar sem gert er ráð fyrir að fjarskiptafyrirtæki sem ber að fjarlægja búnað sem talin er ógna öryggi eigi aðild að máli, fái tækifæri til að bregðast við öryggiskröfum og ef allt um þrýtur öðlist bótarétt vegna íhlutunar yfirvalda. Hér er og vert að hafa í huga að sú leið sem lögð er til í frumvarpinu er til þess fallin að skerða eignarrétt fjarskiptafyrirtækja og verður því að standast þær kröfur sem felast í 72. gr. stjórnarskrárinnar, þ.m.t. að almannapörf sé nægjanlega tilgreind.

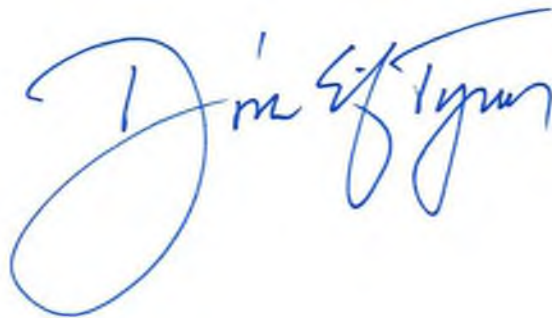
Í öllu falli hlýtur að verða að gera þá kröfu að fyrir liggi stjórnvaldsákvörðun um að undanþiggja gögn máls upplýsingarétti og/eða ákvæðum laga um réttindi aðila með rökstuðningi fyrir nauðsyn slíkrar ákvöðrunar eftir atvikum á grundvelli skýrra alþjóðlegra skuldbindinga.

V. Samantekt

Horfa þarf til öryggismála við uppbyggingu 5G þjónustu á Íslandi bæði að því er varðar tæknilegra hluta, rekstraröryggis neta og alþjóðlegra skuldbindinga. Tilvísun til öryggishagsmuna getur hins vegar ekki rutt úr vegi réttaröryggi fyrirtækja eða viðurkenndri málsmeðferð í lýðræðisríki. Er því brýnt að taka ákvæði 87. gr. til endurskoðunar þannig að tryggja megi gagnsæi og fyrirsjáanleika fyrir fjarskiptarekendur sem og raunverulega öryggishagsmuni landsins byggt á fullnægjandi áhættumati og skýrum öryggiskröfum. Ljóst er að kostnaður fjarskiptafyrirtækja af uppbyggingu 5G kerfa verður gríðarlegur og er því mikilvægt að auka ekki á fjárhagslega áhættu með óskýrum kröfum eða inngripum sem ekki byggir á fullnægjandi greiningu á áhættuþáttum. Hér má einnig líta til athugasemda Samkeppniseftirlitsins og nauðsyn þess að gæta að því að athafnir stjórnvalda verði ekki til þess að skekkja samkeppni á markaði. Að sama skapi verður að tryggja Póst- og fjarskiptastofnun traustan lagaramma til að starfa eftir og aðgang að nauðsynlegri sérfræðiþekkingu til þess að geta sinnt þeim verkefnum sem stofnuninni eru falin.

Undirrituð er reiðubúin til þess að veita nefndinni frekari upplýsingar eða nánari reifun á þeim sjónarmiðum sem hér hafa verið rakin verði þess óskað.

Virðingarfyllt,
f.h. ADVEL lögmanna



Dóra Sif Tynes, LLM

