

NOTAT

Til: Posten Norge AS v/ Kristin Bergum

Fra: Advokatfirmaet BA-HR DA
Saksansvarlig advokat: Beret Sundet

Dato: Oslo, 18. august 2017

Vurdering av hjemmelsgrunnlag for kostnadsfordeling

1. Innledning

1.1 Oppdraget

I forbindelse med etableringen av en ordning for forvaltning av et felles sonenøkkelsystem for posttilbydere, herunder kostnadsfordelingen for en slik ordning, sendte Samferdselsdepartementet «Utkast til endringer i postforskriften om kostnadsfordeling for etablering, utvikling og drift av sonenøkkelsystem mv.» på høring 3. juli 2017. Høringsfristen er 8. september 2017. I høringsutkastet foreslår Samferdselsdepartementet en løsning hvor kostnadene knyttet til etablering, utvikling og drift av sonenøkkelordningen deles mellom deltakerne i ordningen i forhold til størrelsen på deres relevante omsetning i et totalmarked for posttjenester.¹

Posten Norge AS («Posten») har bedt oss om å foreta en vurdering av om Samferdselsdepartementet har tilstrekkelig hjemmel til å vedta en kostnadsdeling som foreslått.

1.2 Konklusjon

Basert på de føringer som ligger i Innst. 291 L (2016-2017) og uttalelser fra statsråden og flere stortingsrepresentanter i den påfølgende stortingsforhandlingen, må begrepet «forholdsmessig» i postloven § 33 etter vår vurdering tolkes innskrenkende, slik at det utelukker en kostnadsfordeling basert på deltakernes andel av relevant omsetning. Ved denne forståelsen av postloven § 33, vil forskriften sendt på høring av Samferdselsdepartementet ikke ha tilstrekkelig hjemmel i lov. Om den til tross for dette skulle bli vedtatt må den settes til side.

1.3 Faktisk bakgrunn

Posten forvalter i dag en sonenøkkelordning som Posten selv opprettet i 1993. Ved postloven § 33 er Posten pålagt å gi tilbydere med tillatelse fra myndigheten tilgang til sonenøkler kostnadsfritt. Per i

¹ Dette med unntak for kostnadene knyttet til omkoding eller utskifting av nøkkelsylinder hvor det i samsvar med postloven § 33 tredje ledd foreslås at den deltaker som er ansvarlig for omkodingen eller utskiftingen skal dekke kostnaden. Når ansvar ikke kan påvises skal kostnadene fordeles «forholdsmessig».

dag er det Posten som forvalter ordningen og betaler kostnadene for ordningen. Når flere tilbydere gis tilgang til nøklene, vil kostnadene forbundet med opprettholdelse av ordningen øke. Dette er anerkjent i Prop. 122 L (2016-2017) på side 22:

Direkte kostnader knyttet til administrasjon av gjeldende ordning er av Posten anslått til mellom to og tre millioner kroner årlig. I tillegg vil det påløpe kostnader til ansettelser, opplæring, utdeling av nøkler, sikker lagring av nøkler, løsninger for inn- og utkvitteringer av nøkler og lokal oppfølging. Dersom systemet skal benyttes av flere tilbydere, vil rutinene måtte forbedres og videreutvikles, noe som vil medføre ekstra investeringer i systemet. Dersom flere tilbydere skal gis tilgang til sonenøkkelsystem for åpning av hovedlokk i postkasseanlegg, kreves det en utvikling og oppgradering av de rutiner og systemer som Posten har i dag. I forbindelse med etablering vil det blant annet påløpe kostnader ved oppstart og utarbeidelse av regler, systemer og avtaleverk.

I tillegg til kostnader forbundet med etablering og løpende drift, påløper det i gjeldende ordning årlige kostnader for utskifting og omkoding grunnet tapte nøkler på mellom tre og fem millioner kroner. Dersom flere tilbydere skal disponere nøklene, vil sannsynligheten for bortkomne nøkler øke og kostnadene knyttet til utskifting og omkoding vil øke. (vår understrekning)

I forbindelse med at utkast til forskrift med regler om kostnadsfordeling er sendt ut på høring, har Posten reist spørsmål ved om en modell hvoretter kostnadene fordeles basert på relevant omsetning, har hjemmel i eksisterende regelverk. En slik løsning vil innebære at Posten må bære det alt vesentlige av kostnadene til ordningen. Ettersom kostnadene øker som følge av at flere tilbydere gis tilgang, slik erkjent i proposisjonen, vil Posten bli påført økte kostnader sammenlignet med Postens nåværende kostnader knyttet til opprettholdelse av ordningen. Dette som følge av at økningen i kostnader på systemnivå og i de sonene flere tilbydere deltar, vil være langt høyere enn den andelen av kostnadene nye deltakere skal dekke basert på den foreslåtte kostnadsfordelingen.

2. Hjemmelsspørsmålet

Det sentrale spørsmålet er om Samferdselsdepartementet har hjemmel i postloven § 33 til å vedta en forskrift hvoretter kostnadene knyttet til etablering og drift av sonenøkkelfordelingen deles mellom deltakerne i ordningen i forhold til størrelsen på deltakernes relevante omsetning i et totalmarked for posttjenester.

Etter endring av 9. juni 2017 lyder postloven § 33 tredje og fjerde ledd som følger:

Tilbydere som deltar i sonenøkkelsystem, skal dekke kostnadene til etablering, utvikling og daglig drift av sonenøkkelsystemet forholdsmessig mellom seg. Tilbyder som er ansvarlig for omkoding eller utskifting av nøkkelsylinder i en sone, skal bære kostnadene for dette. Når ansvaret ikke kan fastslås, skal kostnadene fordeles forholdsmessig mellom tilbyderne i sonen som deltar i sonenøkkelsystemet.

Myndighetene kan gi forskrift og fatte enkeltvedtak om organisering og drift av felles sonenøkkelsystem, om tilgangen til sonenøkkelsystem og om krav til tilbydere som gis tilgang til slike system, herunder om:

[...]

2. finansiering av felles sonenøkkelforvaltning på system- og sonenivå, fordeling av kostnader mellom tilbydere, herunder for å tre inn og ut av systemet, og soliditet og sikkerhetsstillelse (vår understrekning)

Ordlyden «forholdsmessig» tilsier at det skal skje en fordeling i forhold til noe, eksempelvis antall tilbydere, antall nøkler, omsetning, bruk, antall ansatte med tilgang til nøklene eller basert på et annet grunnlag. Hva en «forholdsmessig fordeling» skal basere seg på gir ikke ordlyden i seg selv anvisning på.

Forarbeidene til bestemmelsen, Prop. 122 L (2016-2017) utdyper de ulike alternative fordelingsnøkler nærmere, jf. side 25:

[...] Kostnadene fordeles forholdsmessig mellom tilbyderne som deltar i systemet for eksempel basert på andel omsetning, antall omdelingsdager mv. [...]

At fordeling etter andel omsetning er en alternativ fordelingsnøkkel er også nærmere beskrevet på side 26 som merknad til forskriftshjemmelen i postloven § 33 fjerde ledd nr. 2 spesielt:

[...] Myndigheten gis kompetanse til å fastsette finansiering av felles sonenøkkelforvaltning på system- og sonenivå [...] Begrepet forholdsmessig medfører at myndigheten gis kompetanse til å fastsette prinsipper for fordeling av kostnader mellom tilbyderne både på system og sonenivå. Forholdsmessig fordeling medfører at kostnadene fordeles etter en fordelingsnøkkel, og ikke begrenses til en likedeling. For eksempel kan myndigheten beslutte fordeling basert på andel omsetning, antall omdelingsdager mv.

Basert på ordlyden og uttalelsene i proposisjonen, synes fordeling i forhold til størrelsen på deltakernes relevante omsetning å være en *mulig* fordelingsnøkkel.

Transport- og kommunikasjonskomiteens innstilling viser imidlertid at det var uenighet i behandlingen i komiteen knyttet til kostnadsfordelingen og hvilket innhold begrepet «forholdsmessig» skal ha. I Innst. 291 L (2016-2017) på side 3 fremgår det at:

Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti og Venstre har merket seg at departementet åpner for at «andel omsetning» kan benyttes som grunnlag for fordelingen av kostnadene i ordningen mellom tilbyderne. Disse medlemmer mener at andre kriterier må legges til grunn, slik at den enkelte tilbyder så langt som mulig dekker kostnadene den forårsaker ved å tre inn i ordningen og sin bruk av nøkler.

Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet gikk ett skritt videre og fremmet et alternativt forslag til ordlyd til postloven § 33, inkludert tredje ledd:

Tilbyderne som deltar i sonenøkkelsystem, skal dekke kostnadene til etablering, utvikling og daglig drift av sonenøkkelsystemet likt mellom seg eller forholdsmessig i samsvar med den enkelte tilbyders bruk av sonenøkkelsystemet. Tilbyder som er ansvarlig for omkodingsbehov og/eller behov for utskifting av nøkkelsylinder i en sone, skal bære kostnadene for dette. Når ansvaret ikke kan fastslås, skal kostnadene fordeles likt mellom

tilbyderne i sonen som deltar i sonenøkkelsystemet eller forholdsmessig i samsvar med tilbydernes bruk av nøklene i sonen. (vår understrekning)

Forslaget fra Arbeiderpartiet innebærer at kostnadene skal fordeles likt eller forholdsmessig etter bruk, noe som utelukker en forholdsmessig fordeling basert på omsetning.

Komiteens medlem fra Senterpartiet er i voteringen i Komiteen i Innst. 291 L (2016-2017) punkt 5 «Komiteens tilråkning» tilskrevet flertallets votering til tross for at det tidligere i innstillingen ikke fremkommer at Senterpartiets representant har sluttet seg til flertallet. Snarere synes representanten å være imot endringene foreslått av departementet, se punkt 3 «Komiteens merknader» og representantens uttalelser i de etterfølgende forhandlingene og voteringen.² Legges synspunktet til Arbeiderpartiet, Senterpartiet, Venstre og Kristelig Folkeparti til grunn, har flertallet av komiteens medlemmer i Innst. 291 L innstilt på at begrepet «forholdsmessig» i postloven § 33 skal utelukke en fordeling av kostnader basert på deltakernes andel av relevant omsetning.

Forarbeider skal tillegges betydelig vekt ved tolkningen av lovens ordlyd. Når det er motstrid mellom ulike forarbeider slik som i dette tilfellet må det tas stilling til hvilke forarbeider som skal tillegges størst vekt for å komme frem til et tolkningsresultat.

Av juridisk teori fremkommer det at innstillingen fra stortingskomiteens flertall er den del av en lovs forarbeider som tillegges størst vekt av Høyesterett. Det vises til Bergos doktoravhandling om Høyesteretts bruk av forarbeider:

[...] Og ser vi på den interne prioritering mellom dokumenttypene, kan det etter mitt syn pekes på en klar tendens til at Innst.O. er det sentrale og mest tungtveiende forarbeidsdokumentet for HR. [...] Ser vi på domsbegrunnelsene i HR, gir de et klart inntrykk av at NOU og Ot.prp. (og andre tidligere dokumenter) spiller en underordnet og primært utfyllende rolle sett i forhold til Innst.O. Gir innstillingen klar beskjed spiller det ingen rolle at man i Ot.prp. mente noe annet.³

Bakgrunnen for et slikt synspunkt er at innstillingen «*lages av stortingspolitikere og i tid og stort sett også i ånd ligger nærmere det formelle lovvedtaket i Stortinget*».⁴ Legges samme rettskildemessige metode til grunn som Bergo fremhever at Høyesterett bruker, innebærer dette at innstillingen taler for en innskrenkende tolkning av «forholdsmessig» slik at det utelukker en fordelingsnøkkel basert på omsetning.

At forarbeidene undertiden kan lede til en innskrenkende tolking av lovens ordlyd er anerkjent i juridisk teori, eks. Eckhoff:

² Innst. 291 L (2016-2017) s. 4: «Komiteens medlem fra Senterpartiet mener også at det er problematisk å utvide tilgangen til postkassenøkler. Post inneholder ofte opplysninger som kan brukes til identitetstyveri, i tillegg til at posten kan inneholde verdigjenstander. Det er viktig at den enkelte postkasseseier har en viss kontroll med hvem som har tilgang til innholdet i postkassen, og mener disse hensynene gjør at vi ikke bør åpne opp for en utvidet tilgang slik forslaget legger opp til. Dette medlem viser videre til at endringene som er foreslått for å kunne kreve inn gebyr for å dekke kostnadene med kontroll, ikke er nødvendige dersom en ikke åpner opp for utvidet tilgang til postkassene.»

³ Knut Bergo, «Høyesteretts forarbeidsbruk», Akademisk Forlag J.W. Cappelens Forlag, Oslo (2000) s. 131

⁴ Bergo s. 131

Fordi om man forkaster de nevnte overdrevne forestillinger om lovgiverens betydning, kan man godt akseptere at det legges en viss vekt på hva lovgiverne har ment eller villet. Flere grunner taler for at man bør gjøre det - selv om det dreier seg om meninger eller ønsker som ikke er kommet til uttrykk i lovteksten, og selv om de ikke helt stemmer med ens egne oppfatninger av hva som er formålstjenlig.

For det første er det vel så at lojalitet overfor lovgivere bidrar til å styrke demokratiet.[...]⁵

Komiteens uttrykte motstand mot en fordeling av kostnader i forhold til størrelsen på deltakernes relevante omsetning er også fulgt opp i de etterfølgende Stortingsforhandlingene over lovforslaget, Stortinget - Møte tirsdag 23. mai 2017 sak nr. 6 [13:11:57].⁶

Representant fra Kristelig Folkeparti, Hans Fredrik Grøvan, uttaler blant annet at

Men jeg vil understreke ett poeng der Kristelig Folkeparti er uenig i departementets forslag. Departementet åpner for at «andel omsetning» kan benyttes som grunnlag av fordelingen av kostnadene i ordningen mellom tilbyderne. Her mener vi at andre kriterier bør vurderes lagt til grunn, slik at den enkelte tilbyder så langt som mulig dekker de kostnadene den forårsaker ved å tre inn i en ordning som allerede er etablert. Her mener vi at departementet burde se på en annen løsning enn den som er foreslått. Det er et rimelighetsprinsipp som ikke er fulgt opp, etter vårt skjønn. Jeg forstår at Posten kan mene den foreslåtte løsningen ikke er helt rimelig, og heller ikke helt rasjonelt begrunnet. Men utover dette støtter Kristelig Folkeparti det som ligger på bordet her i dag i denne saken. (vår understrekning)

Senterpartiets representant, Janne Sjelmo Nordås, gir, i likhet med Senterpartiet i Innst. 291 L (2016-2017) uttrykk for at Senterpartiet er i mot lovforslaget om endring av Postloven § 33, og at «Subsidiært støtter Senterpartiet forslaget fra Arbeiderpartiet». Representanten referer med andre ord til Arbeiderpartiets alternative forslag til ny § 33 i Innst. 291 L (2016-2017) som, slik nærmere redegjort for ovenfor, innebærer en kostnadsfordeling etter likedeling eller etter bruk, og som dermed utelukker en fordeling etter omsetning. Selv om den etterfølgende uttalelsen ikke er presis viser den klart at også Senterpartiets representant eksplisitt har tatt avstand fra en kostnadsfordelingsnøkkel basert på størrelsen av relevant omsetning:

Så helt til slutt: Senterpartiet synes at det som det legges opp til av departementet om at andre kriterier enn «andel omsetning» må legges til grunn for fordelingen av kostnadene i ordningen mellom tilbyderne, slik at den enkelte tilbyder så langt som mulig dekker kostnadene den forårsaker ved å tre inn i ordningen og sin bruk av nøkler.

Ut fra den videre ordvekslingen, er også Arbeiderpartiet, i tråd med deres alternative forslag til ny § 33, for en fordeling basert på bruk og ikke omsetning, jf. siterte forslag til § 33 ovenfor. På direkte

⁵ Torstein Eckhoff, «Rettskildelære» 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget (2001) s.72

⁶ <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2016-2017/refs-201617-05-23?m=6>

spørsmål fra Arbeiderpartiets representant Kjell-Idar Juvik om kostnadsfordeling legger Statsråd Ketil Solvik-Olsen (Fremskrittspartiet) til grunn at:

Når det gjelder kostnader: Det er mulig vi snakker forbi hverandre, men det jeg oppfattet at representanten Juvik spurte om i forrige innlegg, var hvordan Posten måtte regne med å ta kostnaden ved at andre fikk tilgang, og da pekte jeg på at Posten ikke får høyere kostnad enn de har i dag. Men de har gjerne en større andel av kostnaden, for de har en større nytte av tilgangen. Men vi må finne en beregning som gjør at dette oppfattes som rettferdig for alle parter. Det er en viktig jobb å gjøre i forbindelse med høringen. Men det er ikke slik at en ved å få en aktør til som får tilgang til nøkler, så vil kostnaden gå opp, og at Posten må ta litt av den økte kostnaden også. Det er ikke hensikten fra vår side. (vår understrekning)

Statsråden går her langt i å garantere overfor Stortinget at det å åpne for tilgang til sonenøkkelloordningen for andre posttilbydere ikke skal påføre Posten økte kostnader. Dette til tross for at Prop.122 L (2016-2017), slik sitert ovenfor under punkt 1.3, klart legger til grunn at tilgang for øvrige tilbydere vil føre til en kostnadsøkning knyttet både til etableringen og til driften av sonenøkkelloordningen.

På bakgrunn av disse premissene for stortingsforhandlingen stemmer Stortinget over forslaget. Voteringen viser at et flertall på 59 representanter stemte for regjeringens forslag til ny postlov § 33, mens 43 representanter stemte for Arbeiderpartiets alternative forslag.⁷

I samsvar med ordvekslingen i stortingsforhandlingene stemte representantene fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti, Senterpartiet og Miljøpartiet de Grønne mot Regjeringens forslag og for det alternative forslaget fremmet av Arbeiderpartiet som innebærer en fordeling av kostnader basert på deltakeres bruk av ordningen. Av partiene som tilhørte flertallet, fremgår det av innstillingen og ordvekslingen fra forhandlingene at en forutsetning for at Kristelig Folkeparti og Venstre stemte for regjeringens forslag var at «forholdsmessig» ikke skulle innebære en fordeling av kostnader etter omsetning, som i sin tur vil føre til økte kostnader for Posten. Statsråden forsikret også Stortinget om at resultatet av lovendringen ikke ville påføre Posten økte kostnader.

Legges mindretallets stemmegivning til grunn sammen med den andelen av flertallet som stemte for Regjeringens forslag på den forutsetning at «forholdsmessig» ikke skulle innebære en fordeling etter omsetning, må et stortingsflertall anses å ha tatt til orde for en forståelse av begrepet «forholdsmessig» som ikke gir rom for en fordeling av kostnader basert på størrelsen av relevant omsetning. Statsrådens klare uttalelse til Stortinget om at Posten ikke skal påføres økte kostnader som følge av lovendringen tilsier også en slik begrensning av lovens ordlyd, gitt at en fordeling i forhold til omsetning klart vil påføre Posten økte kostnader.

Hvilken rettskildemessig vekt en stortingsforhandling skal ha har vært omdiskutert i teorien. Eckhoff legger til grunn at det normalt vil være de bakenforliggende forarbeidene som skal ha mest rettskildemessig vekt. Dette med en reservasjon:

⁷ Voteringen er tilgjengelig her: <https://www.stortinget.no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Voteringsoversikt/?p=68593&dnid=1#>

Normalt finner en også de grundigste drøftelser av bakenforliggende hensyn i de sakkyndiges innstilling og proposisjonen. Og som regel kan en vel også gå ut fra at drøftelsene der er preget av størst innsikt. Det gjelder i hvert fall når det dreier seg om teknikk og spesialiteter. Hvis det derimot er spørsmål om hvordan bredere samfunnsinteresser skal prioriteres, må man legge størst vekt på Stortingets oppfatning. (vår understrekning) ⁸

Eckhoff skiller her mellom «bredere samfunnsinteresser» hvor Stortingets uttalelser skal tillegges størst vekt på den ene siden, og teknikk og spesialiteter hvor departementenes uttalelser skal gis størst vekt. Stortinget er i medhold av Grunnloven gitt den lovgivende makt. «[B]redere samfunnsinteresser» må derfor forstås som å innbefatte alle politiske valg og føringer knyttet til hovedlinjene i en ny lovbestemmelse. Departementets oppgave er å utføre de politiske føringer som Stortinget fastsetter for Regjeringen.

Etter vår mening er det nettopp prioriteringer av «bredere samfunnsinteresser» som gjengis i de ovennevnte sitatene fra forhandlingene i Stortinget. Kostnadsfordelingsspørsmålet handler i større grad om et politisk standpunkt knyttet til å pålegge aktører i markedet å finansiere en ordning som kommer felleskapet til gode, enn om lovteknikk og spesialiteter. Dette taler for å tillegge stortingsforhandlingene betydelig vekt i retning av en innskrenkende tolkning av «forholdsmessig» i postloven § 33.

Ettersom ordlyden ikke gir nærmere anvisning, mens både innstillingen og uttalelser fra flere stortingsrepresentanter i den etterfølgende stortingsforhandlingen taler i retning av at begrepet «forholdsmessig» i postloven § 33 ikke skal gi rom for en tolkning hvoretter kostnadene fordeles etter omsetning, innebærer dette etter vårt syn at «forholdsmessig» i postloven § 33 må tolkes innskrenkende slik at det ikke omfatter en kompetanse til å fastsette en forskrift hvoretter kostnader fordeles etter omsetning. Dette er også i samsvar med statsråd Solvik-Olsens klare forsikringer til Stortinget om at lovendringen ikke skal praktiseres på en måte som innebærer at Posten blir påført økte kostnader.

På denne bakgrunn er det vårt syn at Samferdselsdepartementet ikke har hjemmel til å vedta en forskrift hvor kostnadene knyttet til etablering og drift av sonenøkkellordningen deles mellom deltakerne i ordningen etter størrelsen av deres relevante omsetning i et totalmarked for posttjenester.

3. Konsekvenser av manglende hjemmel

Tolkes postloven § 33 slik at «forholdsmessig» utelukker en kompetanse for departementet til å fastsette en forskrift hvor kostnadene for sonenøkkellordningen fordeles etter deltakernes omsetning, vil Samferdselsdepartementet ikke ha tilstrekkelig hjemmel i lov til å fastsette den foreslåtte forskriften. Manglende hjemmelsgrunnlag innebærer at forskriften må settes til side. Dette gjelder for alle de bestemmelsene i forskriften som ikke har tilstrekkelig hjemmel, herunder alle bestemmelsene som knytter seg til kostnadsfordeling eller som vil svikte som grunnlag hvis delene knyttet til kostnadsfordeling bortfaller.

⁸ Eckhoff s.74-75

Etter vårt syn vil det innebære at Posten kan se bort fra bestemmelsene i §§ 10-10j.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet BA-HR DA



Beret Sundet
Advokat