



Samferdselsdepartementet  
Att. Christina Christensen  
Postboks 8010 Dep  
0030 Oslo

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET			
AVD./SEK	PTS	S.BEH.	CC
11 OKT. 2006			
S.NR.	04 2258-		
ARKIV	805.1	AVSKREVET:	

Oslo 09.10.2006

## HØRING – ENDRING I EKOMLOVEN OG EKOMFORSKRIFTEN

### 1 Innledning

Det vises til Samferdselsdepartementets (SD) høringsbrev 21.08.2006 om endringer i ekomloven og ekomforskriften. Legalteam advokatfirma DA representerer Mobyson AS (heretter benevnt "Mobyson") i denne sammenheng. I det følgende presenteres Mobysons kommentarer til høringen.

### 2 Tilbakebetaling

Tilbakebetaling av ulovlig merpris vil være relevant i forbindelse med alle typer prisreguleringer der tilbyder med sterk markedsstilling krever ulovlig høy pris. Fremstillingen i det følgende vil i stor grad fokusere på Telenor, som er prisregulert i mange markeder. Slik Mobyson ser det vil synspunktene også ha relevans for andre tilbydere som er underlagt prisregulering etter ekomloven.

Etter Mobysons vurdering er det ikke rimelig at den som har krevd og mottatt en ulovlig pris, skal ha rett til å beholde den ulovlige merprisen. Videre vil plikten til kostnadsorienterte priser ha begrenset verdi med mindre det kan iverksettes effektive sanksjoner ved brudd på plikten. Slik det er i dag, må aktørene reise sivilrettslig sak for domstolene dersom de skal få tilbake ulovlig merpris de har betalt. Dette er en dyr og tidkrevende prosess, og det er få av de mindre aktørene som har ressurser til å gå til et slikt skritt. Resultatet er at tilbyder med sterk markedsstilling, som i de fleste markeder er Telenor, er tjent med å trenere enhver uenighet om pris, i håp om at aktørene gir etter fordi det krever for mye å ta opp kampen.

Telenor har et selvstendig ansvar for å sette lovlig kostnadsorientert pris; Telenor har alene all kunnskap om egne kostnader og må bære risikoen for at prissettingen er riktig. Vel er det så at kostnadsorienteringskravet ikke er et entydig begrep i enhver sammenheng, og at det til tider kan være noe ulik oppfatning av hva som er "riktig" pris.

Legalteam advokatfirma DA

www.legalteam.no • post@legalteam.no • telefon: 22 83 26 26 • telefaks: 22 83 26 27  
postadresse: Postboks 1969 Vika, 0125 Oslo • besøksadresse: Klingenberggaten 5  
org.nr. 986 705 201 MVA • driftskonto: 9046.10.74188 • klientkonto: 9046.10.74196

Medlem av Den Norske Advokatforening

Dette er likevel intet overbevisende argument mot hjemmel for tilbakebetaling; holder prissettende tilbyder seg innenfor grensene for det som anses å være lovlig pris, er det ikke grunnlag for tilbakebetaling. Pris utover dette eventuelle spennet, vil være ulovlig pris som bør tilbakebetales.

Etter Mobysons vurdering vil ikke en hjemmel om tilbakebetaling undergrave aktørenes kommersielle forhandlingsevne/-vilje. Mobyson kan heller ikke se at det vil skape et permanent behov for særskilt regulering på sikt. I de fleste tilfeller er Telenor lite villig til å forhandle pris, uten at det alltid er grunn til å tro at det skyldes at prisene er kostnadsorienterte (dvs. områder hvor incentivene for Telenor til å ta høye priser er store, og hvor det har vært få eller ingen forvaltningssaker om reduksjon av priser). Mobyson og de øvrige aktørene har i de fleste tilfeller ingen mulighet til å etterprøve om Telenors priser er kostnadsorienterte. Siden brudd på kostnadsorienteringskravet i de fleste tilfeller ikke har noen konsekvenser for Telenor, kan Telenor fortsette å være stivbeint i forhandlinger. Mobyson vil anføre at det er forskjellen i forhandlingsstyrke, herunder mangel på sanksjoner ved brudd på kostnadsorienteringskravet, som undergraver muligheten til reelle forhandlinger. Så lenge det ikke er effektiv konkurranse, vil en hjemmel for Post- og teletilsynet (heretter benevnt PT) til å vedta tilbakebetaling av ulovlig merpris, være nødvendig for å styrke de mindre aktørenes forhandlingsstyrke overfor Telenor. Den dagen det eventuelt blir effektiv konkurranse i telekommarkedene vil det antagelig ikke være behov for denne type regulering, idet konkurransen vil presse prisene ned mot marginalkostnaden.

Mobyson kan ikke se at en slik hjemmel vil føre til usikre pris- og konkurransevilkår. Telenor har vært underlagt krav om kostnadsorienterte priser i mange år og begynner å få stor erfaring med prising innen dette regimet. Det er derfor rimelig å legge til grunn at selve prisfastsettelsen ikke er et stort problem for Telenor. Telenor vil neppe være tjent med å ta for høye priser dersom det er stor sannsynlighet for at det forholdsvis raskt vil komme tilbakebetalingskrav. Får Telenor sterke incentiver til å fastsette kostnadsorienterte priser, vil aktørene etter hvert kunne begynne å stole på at Telenor tar riktige priser. Mobyson antar at det derfor på sikt ikke vil bli et skred av tilbakebetalingskrav, og at hjemmelen til å fatte vedtak om tilbakebetaling vil bidra til større forutsigbarhet om prissettingen enn i dag.

Mobyson kan heller ikke se at en hjemmel om tilbakebetaling i seg selv vil redusere investeringsincentivene til den regulerte tilbyderen. Det vil snarere være metoden for kostnadsorientering enn sanksjonsmidlet som påvirker investeringsincentivene. Gis tilbyder ikke mulighet til en viss fortjeneste i tillegg til dekning av kostnadene, vil antagelig omfanget av investeringer bli mindre enn om fortjenesten er stor. Det bør ikke legges opp til en regulering hvor det unnlates å bruke sanksjoner av den grunn. En slik strategi ville bidra til å undergrave ekomreguleringen. Videre bør SD merke seg arbeidsgruppens påpekning om at netteier ofte er den største brukeren av nettet, og at mange investeringer derfor skjer i netteiers egeninteresse.

Mobyson er enig med arbeidsgruppen i at PT bør ha en aktiv rolle i forbindelse med kontroll av kostnadsorienterte priser. Mobyson mener at en årlig rapport fra PT om etterlevelse av prisforpliktelsene (basert på Telenors ONP-rapport og annen informasjon som PT har tilgang til), ville gi aktørene et godt grunnlag for å kontrollere om prisene er lovlige; aktørene får som kjent ellers ikke tilgang til nødvendig informasjon for å avgjøre det. Videre ville en slik rapport være ressursbesparende for aktørene. Aktørene kan da fokusere på effektiv utnyttelse av sine ressurser til markedsaktiviteter i stedet for å drive med priskontroll. En slik regelmessig kontroll fra PT ville videre virke skjerpene på Telenors etterlevelse av

prisforpliktelser. Dersom PT årlig kontrollerte priser og fattet vedtak om tilbakebetaling av ulovlige priser, ville ikke trenering av prisreduksjoner i lengre tid være mulig.

Mobyson kan ikke se at det er rimelig å pålegge aktører tilleggsbetaling i de tilfeller det skulle være betalt for lav pris. Det er den regulerte tilbyderen, som sitter med all informasjon som gir grunnlag for prissettingen, og som faktisk setter prisene. Reguleringen bør gi incitamentet til å sette riktig pris, slik at det ikke blir behov for etteroppgjør. Risikoen for at prisene ikke er for lave bør derfor ligge hos prissettende tilbyder og det bør ikke gis pålegg om etterbetaling.

Arbeidsgruppen frykter at Telenor vil ta et risikotillegg dersom Telenor ikke kan ta hensyn til "for lave" priser i en tidligere periode. Etter Mobysons vurdering tilsier hensynet til at reguleringen må gi incentiver til å sette riktige priser, at det må være begrenset rett til å ta i betraktning tidligere for lave priser. En slik rett bør derfor være begrenset til forhold utenfor prissettende tilbyders kontroll, for eksempel ved markante og plutselige volumfall som ikke kunne forutses og hvor prissettende tilbyder ikke har hatt mulighet til å sikre seg kontraktsmessig. I realiteten er det lite trolig at slike uforutsette forhold vil inntreffe for Telenor. Telenor er gjennom sine standardavtaler meget godt sikret mot uventede volumfall og lignende. Blant annet kan det nevnes at eventuelle rabatter for tilbydere som har partneravtale med Telenor, innvilges først i ettertid; Telenor fakturerer etterskuddsvis etter avvirket trafikk. Videre har Telenor betinget seg en rett til å få dekning for kostnader og investeringer dersom en kontraktspart får plutselig volumfall eller sier opp en partneravtale. Mobyson kan således ikke se at det vil være noe grunnlag for Telenor til å ta et "risikotillegg".

Mobyson er enig med SD i at manglende slik hjemmel i andre land ikke kan være styrende for reguleringen i Norge på dette punktet, all den tid andre land anvender metoder for prisregulering som innebærer at prisen blir fastsatt av de nasjonale regulatoriske myndigheter på forhånd.

### **3 Overtredelsesgebyr, straff og tvangsmulkt**

Ekomloven og –forskriften inneholder en rekke regler som er sentrale for å oppnå et velfungerende og effektivt ekomarked. Det er derfor viktig at reglene etterlevs. Siden noen aktører kan ha sterke økonomiske incentiver til å handle i strid med regelverket dersom konsekvensene er små eller ubetydelige, bør loven inneholde effektive sanksjoner ved brudd.

PTs kompetanse er begrenset til å treffe forbudsvedtak, pålegging om retting og tvangsmulkt m.m. – alle med virkning fremover i tid. Tilsynsorganet mangler således i dag et effektivt sanksjonsmiddel for allerede begåtte lovbrudd. Etter Mobysons vurdering vil en hjemmel for PT til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr, avhjelpe mangelen på reaksjoner ved lovbrudd. Mobyson støtter derfor SDs forslag om å innføre dette sanksjonsmidlet ved brudd på ekomloven og –forskriften.

Mobyson er enig med departementet i at simpel uaktsomhet bør være tilstrekkelig for å ilegge overtredelsesgebyr. Dersom det stilles krav til grov uaktsomhet eller forsett, vil overtredelsesgebyr få redusert betydning som sanksjon, siden det ofte er vanskelig å bevise slik skyld. Videre er Mobyson enig i at beviskravet bør være sannsynlighetsovervekt.

#### **4 Særlige mobilregulerte soner**

Mobyson forutsetter at før det innføres mobilregulerte soner må det sikres at det kan skje med minst mulig forstyrrelser for sluttbrukernes behov for elektronisk kommunikasjon og i tråd med Datatilsynets regelverk.

#### **5 Bredbåndstelefon**

Mobyson støtter departementets forslag til at ekomloven § 1-2 endres og at det inntas en hjemmel som gir Kongen mulighet til ved enkeltvedtak eller forskrift å unnta visse tjenester /tjenestekategorier fra regelverket for elektronisk kommunikasjon.

#### **6 ENUM (databaseløsninger som oversetter telefonnumre til Internettdomenenavn)**

Mobyson har ingen kommentarer til departementets forslag om å endre ekomloven § 7-1.

#### **7 Brukerklagenemnda**

En avtalebasert brukerklagenemnd gjelder bare de tilbydere som inngår avtale. Enkelte tilbydere velger å ikke være med. Kundene til disse tilbyderne har ikke rett til å få behandlet klager hos nemnda. Dette er lite tilfredsstillende både for brukere som ikke får behandlet klager hos nemnda, for tilbyderne som blir underlagt ulike regler og for bransjen som helhet, som er tjent med ryddige forhold. Mobyson er derfor enig med SD i at tilbydernes og forbrukernes rettigheter på dette området bør forankes direkte i ekomloven og/eller forskriften, herunder deltagelse i og finansiering av nemnda.

#### **8 Spam og skadelig kode**

Etter Mobysons vurdering er det ikke behov for offentlig regulering på dette området, fordi det antas at tilbudet vil bli tilfredsstillende uten påbud og fordi det ikke er nødvendig å regulere et område som markedet ivaretar i tilstrekkelig grad på egen hånd.

## 9 Øvrige endringer og forslag til endringer

### 9.1 Presisering av ekomloven § 2-5 tillatte bruksbegrensninger

Mobyson er enig med departementet i at begrepet bruksbegrensning er tilstrekkelig avklart og at det ikke er grunn til tvil om retten til bruksbegrensning ved betalingsmislighold.

Etter det Mobyson har erfart gir ikke Telenor forhåndsvarsel til berørte tilbydere av ekomtjenester i Telenors nett, ved planlagt vedlikehold og oppgraderinger. Mobyson er ikke kjent med hvorvidt Telenor informerer egne sluttbrukere. Tilbydere i Telenors nett har av den grunn liten mulighet til å forebygge eventuelle konsekvenser ved utfall av og begrensninger i kommunikasjonen, noe som ofte er tilfellet i slike situasjoner. Tilbyderne gis derfor heller ikke mulighet til å gi nødvendig informasjon videre til sine abonnenter. Mobyson mener derfor at det snarere bør skje en skjerping av Telenors informasjonsplikt enn en lemping av vilkårene. I forbindelse med innhenting av forhåndssamtykke fra PT, jf ekomloven § 2-5, bør Telenor redegjøre for hvordan Telenor har informert berørte tilbydere og brukere.

### 9.2 NRDB informasjon brukt i markedsføringssammenheng

Mobyson har gjort tilsvarende erfaringer som Tele2 med hensyn til bruk av porteringsinformasjon. Basert på NRDB-informasjon kontakter Telenor og NetCom i løpet av porteringsperioden på 2-3 uker, alle kunder som er i ferd med å portere til annen tilbyder. Kundene tilbys blant annet store kontantbeløp for å ikke gjennomføre porteringen. Dette gir andre og mindre tilbydere liten mulighet til å vinne kundene. Etter Mobysons vurdering bør avgivende tilbyder i porteringsperioden ikke ha rett til å kontakte kunder som har meldt portering. Mobyson er enig med Tele2 i at NRDB-informasjon ikke skal tillates brukt i markedsføringssammenheng.

### 9.3 Forslag om innføring av kontroll med sluttbrukers utgifter mv. for alle tilbydere

Forbrukerrådet foreslår at det skal innføres såkalt saldokontrollordning for alle norske tilbydere. Videre bes det om at det innføres regler for sperring og opphevelse av informasjons- og innholdstjenester.

Mobyson er enig med SD i at det ikke er forholdsmessig å pålegge alle tilbydere en slik plikt.

Det vil i mange tilfeller kunne være et konkurransefortrinn å ha avtale med SD om å tilby utvalgte tjenester; statens "foretrukne avtalepart". Mobyson mener derfor at alle tilbydere bør gis anledning til gi tilbud til staten på såkalte "leveringspliktige" tjenester. Slik Mobyson ser det bør Telenors leveringsplikt til sluttbrukerne begrenses til tjenester og vilkår som ingen andre tilbydere ønsker å tilby på forretningsmessig grunnlag.

## 10 Forslag til lov om endring i lov om elektronisk kommunikasjon

I det følgende presenteres Mobysons kommentarer til enkelte av bestemmelsene i forslaget til endringer i ekomloven.

### Til § 2-10

Spørsmålet om hva en "viktig melding" er uavklart i forslaget. Det bør presiseres i bestemmelsen at det er den enkelte myndighet som avgjør hva som er viktig melding.

### Til § 7-1

Mobyson foreslår at bestemmelsen omformuleres som følger (endringen understreket):  
"Myndigheten kan utpeke andre offentlige eller private enheter for administrasjon av nummer, navn og adresser for nærmere avgrensede formål, herunder adresseringsdatabaser.

### Til § 10-12

Mobyson foreslår i tråd med kommentaren i punkt 1 over, følgende omformulering av bestemmelsens andre ledd:

*"§10—12 Tilbakebetaling  
Tilbyder som har betalt.....i det enkelte tilfelle.*

*I vurderingen av om tilbakebetaling skal finne sted, kan det tas hensyn til tilbakebetalingens størrelse, det vil si at det kan bestemmes at tilbakebetaling ikke skal skje dersom avviket fra lovlig pris er uvesentlig. Det kan videre tas hensyn til om det i tidligere perioder for den aktuelle tjenesten er tatt for lav pris, såfremt avviket skyldes forhold som prisfastsettende tilbydere ikke kunne forutse og/eller ikke hadde kontroll over.*

*Det skal beregnes...."*

## 11 Forslag til endringer i ekomforskriften

### Til § 1-10

For å unngå tvil, bør det i første og andre ledd presiseres klarere at det er overtagende tilbydere som har plikt til å innhente fullmakt. Dersom departementet med opphør av fast forvalg sikter til oppsigelse uten etablering av nytt fast forvalg, bør det uttrykkes eksplisitt i bestemmelsen at dette kun kan skje etter skriftlig oppsigelse fra sluttbruker. I fjerde ledd siste punktum er det ikke angitt hvem som kan kreve dokumentasjon av skriftlig fullmakt. Det forutsettes derfor at sluttbruker selv, andre tilbydere og ekommyndigheten kan kreve slik dokumentasjon.

Mobyson foreslår følgende ordlyd:

*"Overtagende tilbydere som videreselger abonnement for elektronisk kommunikasjon eller tilbyr telefontjeneste eller internettilgang, skal innhente skriftlig fullmakt fra sluttbruker før sluttbruker skifter tilbydere.*

*Forvalgt tilbyder skal før etablering eller endring av fast forvalg, innhente skriftlig fullmakt. Opphør av fast forvalg når kunden ikke har inngått avtale med ny tilbyder, kan skje etter skriftlig oppsigelse fra sluttbruker.*

....”

#### **Til § 2-3 første og annet ledd**

Bestemmelsen er foreslått å ha samme innhold som ekomloven § 4-12, men med noen avvikende formuleringer. Det er ingen grunn til å gjenta det samme i loven og forskriften. I tillegg kan det bli rom for tolkningstvil når ordlyden er forskjellig. Mobyson foreslår å utelate de foreslåtte første og annet ledd i denne bestemmelsen i forskriften, og at bestemmelsens første ledd innledes som følger:

*”Minimumstilbudet for overføringskapasitet, jf. ekomloven § 4-12, er:*

....”

#### **Til § 8-6**

Første punktum er overflødig og uklar og foreslås strøket, slik at bestemmelsens første ledd innledes som følger:

*”Planer for fortsatt levering av elektronisk kommunikasjon ved konkurs, åpning av gjeldsforhandling eller som følge av betalingsinnstilling, jf. ekomloven § 2-11, skal minimum inneholde:*

....”

Med vennlig hilsen  
Legalteam advokatfirma DA

*Marit W. Clemm*

Marit Westvig Clemm von Hohenberg  
advokat