

PTS

CC

04 2258-47
805.1

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Vår dato
03.10.06

Vår referanse

Deres dato
21.08.06

Deres referanse
04/2258-CC

Vår saksbehandler
Morten Foss

TELENORS HØRINGSSVAR VEDRØRENDE UTKAST TIL BESTEMMELSE OM OVERTREDELSESGEBYR I EKOMLOVEN

Innledningsvis vil Telenor bemerke at vi generelt er skeptiske til en utstrakt bruk av administrative sanksjoner idet slike sanksjonsformer i stor utstrekning vil være i konflikt med viktige rettsikkerhetsprinsipper som for eksempel det grunnleggende skillet mellom utøvende og dømmende makt.

Telenor merker seg at departementet er av den oppfatning at overtredelsesgebyr ikke er å anse som straff etter norsk rett. Etter Telenors oppfatning er det en glidende overgang mellom overtredelsesgebyr og tradisjonell straff, ettersom de begge har til hensikt å påvirke borgernes atferd ved trussel om å påføre et onde dersom en handlingsnorm brytes. Grunnloven § 96 retter seg bare mot tradisjonell straff og er fra myndighetshold ikke ansett å utgjøre en absolutt skranke mot bruk av administrative sanksjoner. Når dette er sagt er det imidlertid viktig å være oppmerksom på at de hensyn og rettsikkerhetsgarantier som ligger til grunn for prinsippet som er nedfelt i nevnte grunnlovsbestemmelse vil være relevante også i overtredelsesgebyrtilfellene. Dette innebærer at departementet bør utvise betydelig varsomhet med å ta i bruk administrative sanksjoner, selv om dette strengt juridisk sett går klar av Grunnloven. Poenget er at hensynene grunnlovsteksten er ment å vareta bør danne et naturlig utgangspunkt for vurderingen av om overtredelsesgebyr bør benyttes, eller om det ut fra rettsikkerhetshensyn vil være mer hensiktsmessig å sanksjonere lovovertridelser ved bruk av tradisjonell straff.

Etter Telenors oppfatning vil hensynet til borgernes rettsikkerhet være bedre i varetatt dersom sanksjoner skjer i form av straff enn tilfellet er ved bruk av overtredelsesgebyr. Dersom hjemmel for å vedta overtredelsesgebyr blir innført vil det være samme organ som avdekker overtredelsen, "etterforsker" den og ilegger sanksjonen. Hensynet til objektivitet ved etterforskning og sanksjonering, og hensynet til at organer med sanksjonskompetanse bør være uavhengige er således ivaretatt ved formell straff, men i liten grad ved administrative sanksjoner.

Telenor mener det vil representere en betydelig utvidelse av tilsynsoppgavene PT (og i annen omgang departementet) er ment å ha dersom disse myndighetene gis rett til å sanksjonere lovovertridelser i form av overtredelsesgebyr. Etter ekomloven § 10-1 er nevnte myndigheters rolle begrenset til å "føre tilsyn med at krav fastsatt i eller i medhold av loven er oppfylt". Bestemmelsen gir etter Telenors oppfatning et korrekt uttrykk for hva en tilsynsmyndighets oppgaver naturlig bør bestå i. Innføring av adgang til å pålegge administrative sanksjoner må derfor anses å representere

Telenor ASA
Head Office

Kontoradresse:
Snarøyveien 30
1331 Fornebu

Postadresse:
1331 Fornebu

Telefon:
4767890000
Telefaks:
4767894964

Bankgiro:
7058 06 93936

Hovedkontor:
Snarøyveien 30
1331 Fornebu
Organisasjonsnummer:
NO 982 463 718 MVA

en betydelig utvidelse av de oppgaver og funksjoner tilsynsmyndigheter normalt bør ha. En slik utvidelse bør ikke skje med mindre det kan anføres en særlig god begrunnelse for dette.

I sanksjonsutvalgets rapport NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" er det uttalt (på s. ...) at Politiet – som har etterforskning som profesjon, og som er vant til å forholde seg til strenge dokumentasjons- og beviskrav – også er gjennomgående bedre kvalifisert til å drive etterforskning enn forvaltningsorganer. Det heter så (vår uthevn.):

"Der slike hensyn er viktige – først og fremst i omfattende/kompliserte saker og i saker der det er tale om å illegge inngripende sanksjoner – er dette et moment som taler for å opprettholde straff som sanksjon. Motsatt vil hensynet ha liten vekt ved masseovertredelsene der det er enkelt å konstatere hva som har skjedd og hvor reaksjonene er standardisert."

De overtredelser som departementet har foreslått sanksjonert med overtredelsesgebyr, er overtredelser av lovbestemmelser hvis etterlevelse krever kompliserte analyser både av normens innhold og ikke minst subsumsjonen. I slike tilfelle er det ikke alltid mulig å ha noen klar oppfatning av hva som er lovens grense i hvert konkret tilfelle. En straffesanksjon vil derved ofte fremstå som urimelig tatt i betraktning den usikkerhet som hersker omkring ekomlovens anvendelse.

Etter Telenors oppfatning vil det i flere sammenhenger kunne fremstå som direkte urimelig at lovovertridelser sanksjoneres med gebyr. De saker hvor bestemmelser i ekomloven overtres involverer ofte subsumsjons- og lovtolkningsspørsmål som er vanskelige å ta stilling til. Når er for eksempel an anmodning rimelig, og når er forskjellsbehandling saklig og objektivt begrunnet og dermed lovlig? I slike tilfeller vil det ofte ikke være noen klar oppfatning av hva lovbestemmelsene innebærer før saken har versert en stund og argumenter fra begge sider er blitt utvekslet. I slike tilfeller vil det være lite rimelig å sanksjonere forhold som i etterpåkløkskapens lys kan anses som brudd på lovens handlingsnormer. For de saker som oftest gir grobunn for tvister vil derfor overtredelsesgebyr uansett ikke være noe godt alternativ.

Nærmere om behov for overtredelsesgebyr og hensiktsmessigheten av dette

De rettsikkerhetshensyn som er påpekt ovenfor tilsier varsomhet ved bruk av overtredelsesgebyr. Bruk av slike sanksjonsformer bør derfor forbeholdes tilfeller hvor det kan påvises konkret behov for slike regler. Det følger dessuten av det ulovfestede forholdsmessighetsprinsippet i norsk forvaltningsrett at departementet bør unnlate å ta i bruk overtredelsesgebyr dersom man ved bruk av andre, mindre inngripende/betenkelige sanksjonsformer, kan oppnå samme disiplineringseffekt.

Etter Telenors oppfatning blir det for enkelt når departementet på s. 11 sier at "NOU 2003: 15 "Fra bot til bedring" vurderer hensynene for og mot bruk av overtredelsesgebyr og konkluderer med at bruk av overtredelsesgebyr og administrativ inndragning vil være hensiktsmessige sanksjonsmidler."

Poenget er at nevnte utredning ikke kan tolkes dit hen at det på generelt grunnlag anses som hensiktsmessig eller legitimt å bruke sivilrettslige bøter. Et grunnleggende vilkår er at bruken av sanksjonsformen kan anses å være nødvendig og dessuten fremstår som hensiktsmessig og forholdsmessig. I denne sammenheng peker vi på at Sanksjonsutvalget har lagt til grunn at særlig tre hensyn vil være viktige ved vurderingen av om en handlingsnorm bør kunne sanksjoneres administrativt:

- Det må være påvist et sanksjonsbehov
- Bruk av administrative sanksjoner må være hensiktsmessig og forholdsmessig, og
- Det bør fra før finnes et forvaltningsorgan som håndheving og sanksjonskompetanse kan legges til.

Det siste kulepunktet er klart oppfylt i og med Post- og teletilsynets eksistens og vi går derfor ikke nærmere inn på dette.

I forhold til vilkåret om at det må foreligge et sanksjonsbehov forutsettes det i Sanksjonsutvalgets rapport at det gjennomføres konkrete analyser av hvorvidt et slikt behov foreligger. Telenor kan imidlertid ikke se at departementet har gjort noen konkret analyse av sanksjonsbehovet. På s. 11 i Høringsnotatet nevnes riktignok fire eksempler på regler som etter departementets oppfatning bør kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Eksemplene er imidlertid hentet fra det som må kunne omtales som mindre sentrale og viktige områder innen ekomretten, og utgjør som sådan neppe svært gode eksempler for vurdering av et generelt sanksjoneringsbehov. Dessuten vil eksisterende sanksjonsformer etter Telenors oppfatning være gode nok til å disiplinere rettssubjektene atferd i de konkrete eksemplene som er nevnt.

I det første eksempelet, som angår omsetning av tele- og terminalutstyr, ville tilsynet, samtidig som det ber tilbyderen stoppe omsetningen, bestemme at tvangsmulkt skal gjelde dersom fristen ikke blir overholdt. I det andre eksempelet om hvordan nett skal bygges, vil en trussel om krav om retting fra Post- og teletilsynet trolig være tilstrekkelig til å disiplinere atferden ved bygging av nett, blant annet på grunn av at rettingstiltak vil kunne bli kostbare i forhold til å gjøre alt lov- og forskriftsmessig fra starten av.

I det tredje eksempelet departementet nevner, brudd på vitale kommunikasjonsløsninger, vil en tilfredsstillende disiplinerende effekt kunne oppnås gjennom trussel om dagmulkt (frem satt i forbindelse med krav om utbedring). I det fjerde eksempelet om nummerportabilitet vil en tilbyder som gjentatte ganger trenerer nummerportering risikere å bli politianmeldt og straffet for dette (i den grad forholdet faktisk anmeldes).

I tillegg til det som er sagt ovenfor om de fire eksemplene vil en betydelig grad av disiplinering også kunne oppnås gjennom den indirekte trussel som ligger i at andre tilbydere som lider tap som følge av at handlingsnormen brytes vil kunne fremsette om erstatningskrav.

For å oppsummere kan ikke Telenor se at departementet gjennomført noen konkret vurdering av sanksjonsbehovet. Det følger dessuten av gjennomgangen av eksemplene at departementet, i de fire tilfeller hvor sanksjonsbehovet er vurdert konkret, vanskelig kan sies å ha vurdert om det vil være hensiktsmessig og forholdsmessig å innføre overtredelsesgebyr. Etter Telenors oppfatning er begge forhold betenkelige, spesielt sett hen til at viktige rettsikkerhetsprinsipper vil kunne bli skadelidende som følge av departementets konklusjoner.

Forholdet til konkurranseloven

Det fremgår av høringsnotatet at departementet er av det oppfatning at mulighetene for å sanksjonere overtredelser av henholdsvis konkurranseloven og ekomloven bør være mer ensartede enn tilfellet er i dag. Det heter om dette på s. 12:

"Håndhevingen av plikter knyttet til tilbud og tjenester til allmennheten på ekomlovens område blir stadig mer lik den alminnelige konkurranseretten. Det taler for etablering av mer like sanksjonsmuligheter overfor disse lovbruddene."

Telenor ønsker å påpeke at det er grunnleggende forskjeller mellom generell konkurranserett og ekomretten som gjør at det langt fra vil være noen automatikk i å operere med ensartede sanksjonsmuligheter.

Det fremgår av NOU 2003: 12 "Ny konkurranselov" at et viktig poeng ved innføring av overtredelsesgebyr i konkurranseretten var at man ved overgangen fra et sentralisert til desentralisert håndhevingsregime ønsket å kunne opprettholde de sanksjonsmuligheter og -nivåer som gjaldt sentralt i EU/EØS. På denne måten ville man unngå å havne i en situasjon hvor overtredelser av norske konkurranserettslige bestemmelser ble sanksjonert (langt) mer lempelig enn tilfellet i andre land. Like prosessuelle regler og sanksjoner for saker med EØS-dimensjon og nasjonale saker bidrar til likebehandling og økt forutberegnelighet for aktørene.

Harmoniseringshensynene som har begrunnet overtredelsesgebyr i den nye konkurranseloven gjør seg ikke gjeldende i ekomretten. Tvert om oppstår det en regulatorisk assymetri på tvers av landegrensene som ikke synes godt begrunnet. Årsaken til dette er at det, så vidt Telenor er kjent med, ikke opereres med tilsvarende sanksjonsformer for overtredelser av ekomregelverk i andre EU/EØS-land. Det kan av denne grunn stilles spørsmål ved om innføring av overtredelsesgebyr vil være i overensstemmelse med de fellesskaps- og harmoniseringshensyn New Regulatory Framework er basert på.

I tillegg til ovennevnte er en annen viktig forskjell mellom konkurranseloven og ekomloven at konkurransemyndighetene i større grad enn Post- og teletilsynet har hatt et aktivt forhold til muligheten for å straffesanksjonere overtredelser. Post- og teletilsynets praksis har vist at de i meget liten utstrekning har anmeldt overtredelser av ekomloven. Det samme er tilfellet for Konkurransetilsynet, hva angår overtredelser av konkurranseloven. For Konkurransetilsynets del er imidlertid dette begrunnet med at de saker som "etterforskes" av tilsynet i liten grad har egnet seg for anmeldelse, hovedsakelig på grunnlag av svært komplisert bevisproblematikk. I NOU 2003: 12 "Ny konkurranselov" er kartellsaker nevnt som eksempel på saker som er lite egnet for straffeforfølgning, og hvor det derfor skal svært mye til for at Konkurransetilsynet vil gå til anmeldelse. Konkurransetilsynet har dermed, i motsetning til departementet/Post- og teletilsynet, konkrete holdepunkter for at straffeforfølgelse ofte ikke vil være et spesielt egnet sanksjonsalternativ innen konkurranseretten.

Telenor mener at Post- og teletilsynet i større grad enn nå ville kunne disiplinert markedsaktørene ved i større grad å ta i bruk lovens straffebestemmelser. Etter Telenors oppfatning er det vanskelig å følge departementets syn om at straffebestemmelser i seg selv ikke er nok, all den tid denne sanksjonsformen faktisk ikke blir benyttet av tilsynsmyndigheten, og uten at den kan påvises noen god grunn til dette.

Økonomisk incentiv og forholdet til tilbakebetalingsplikten

Departementet legger til grunn at tilbyderne vil kunne ha økonomiske incentiv til å overtre handlingsnormene som følger av ekomlovgivningen. For å unngå at "forbrytelse lønner seg" anser derfor departementet at bruk av overtredelsesgebyr vil være hensiktsmessig.


Det vil i første rekke være i tilfeller hvor en tilbyder krever ulovlig høy pris for tilgang til sine tjenester at det kan ligge et økonomisk incentiv i å bryte ekomlovens bestemmelser. Det er derfor i slike tilfeller at disiplineringsbehovet vil være størst. I den grad det blir aktuelt å innføre tilbakebetalingsplikt i tråd med departementets forslag, vil denne tilbakebetalingsplikten fjerne et slikt økonomisk incentiv. I så fall vil også behovet for andre disiplinerende sanksjonsformer bli redusert. Dette forholdet synes imidlertid ikke å ha blitt vurdert av departementet, noe som igjen underbygger Telenors mistanke om at departementet ikke har gått grundig nok til verks ved vurdering av sanksjonsbehov og forholdsmessighet.

I den grad både overtredelsesgebyr og tilbakebetalingsplikt vedtas, er Telenor enig i at det ikke bør opereres med overtredelsesgebyr i tilfeller hvor tilbakebetalingsplikt får anvendelse. Telenor merker seg at det i forslaget til ny § 10-13 første ledd nr. 2 henger igjen en henvisning til ekomloven § 4-9 (i motsetning til samme bestemmelse første ledd nr. 1 og 3). Telenor antar at dette skyldes en inkurie og at forholdet vil bli rettet i senere versjoner.

Forholdet til selvinkrimineringsvernet

I den grad tilsynsmyndigheten selv vil kunne sanksjonere lovovertridelser vil selvinkrimineringsvernet utgjøre en skranke for hvilket bevismateriale/dokumentasjon tilbydere aktivt må bistå med å fremskaffe som følge av deres opplysningsplikt. Problematikken er utførlig behandlet i Sanksjonsutvalgets rapport og vi går derfor ikke nærmere inn på detaljene her. Det er imidlertid viktig å være klar over at en konsekvens av selvinkrimineringsvernet kan bli at det blir vanskeligere for tilsynsmyndigheten å komme til bunns i faktum i saker hvor bruk av overtredelsesgebyr vil være aktuelt. I norsk rett er det ikke avklart på hvilket tidspunkt i en "etterforskningsfase" selvinkrimineringsvernet vil inntre når det er tale om å bruke overtredelsesgebyr. Telenor antar at en del tilbydere vil kunne ha en annen oppfatning av sin plikt til å utlevere dokumentasjon enn tilsynsmyndigheten og at dette vil kunne resultere i en mer omstendelige prosesser rundt praktiseringen av opplysningsplikten. Departementet bør ha også denne mulige negative konsekvensen i bakhodet når de vurderer hvorvidt det vil være hensiktsmessig å innføre overtredelsesgebyr.

Med vennlig hilsen
Telenor ASA



Pål Wien Espen
Konserndirektør