



SAMFERDSELSDEPARTEMENTET	
AVD./SEK: PTS	D.BEN: CC
7. 2006	
SAK: 04 2258-65	
AKKIV: 805.1	

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Deres ref:

Vår ref: #43293v1/th-th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@jus.no T +47 22 03 50 61

02.11..2006

Høring - Endring i ekomloven og ekomforskriften

Vi viser til departementets høringsbrev av 21. august 2006 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonder mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som en uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for Europa- og konkurranserett. Lovutvalget består av Wilhelm Matheson, Ingvald Falch, Trygve O. Laake, Helge Jakob Kolrud, Beret Sundet, Per Hagelien, Sigurd Knudtzon og Siri Teigum (leder) og for lovutvalget for IKT og personvern. Lovutvalget består av Eva Jarbekk, Cathrine Murstad Kaare M. Risung, Torstein Arendt, Anne K. Brække og Ulf Samer.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

1. TILBAKEBETALING (NY § 10-12)

Advokatforeningen er positiv til at det innføres en regel om tilbakebetaling av

overpris, jf. forslag til ekomloven § 10-12, og bemerker i den forbindelse følgende:

De prisreguleringer som fremgår av ekomloven eller i vedtak med hjemmel i ekomloven er i dag bindende mellom partene, jf. ekomloven § 10-11 hvor det fremgår at avtale i strid med loven eller vedtak etter loven *"er ugyldig mellom partene"*. Slik overpris kan derfor etter dagens regelverk ikke lovlig oppkreves. Det gir da etter Advokatforeningen god sammenheng å pålegge tilbakebetaling av den overpris som allerede er betalt. I motsatt fall kan man tvinge den kontraktspart som har mistanke om at en pris inneholder elementer av overpris til å tilbakerholde deler av vederlaget, hvilket kan gi uheldige og uklare virkninger partene i mellom.

Advokatforeningen mener derfor at når man først har besluttet en prisregulering, så bør det oppgjør som finner sted korrigeres slik at overpris ikke i realiteten tillates likevel.

Dette synspunktet støttes av tungveiende preventive hensyn. Dersom tilbyderen vet at han ikke utsettes for tilbakebetalingskrav, eventuelt anser det usikkert om et tilbakesøkningskrav lykkes, vil risikoen være stor for at tilbyderen søker å omgå prisreguleringen. Det kan ikke være tvilsomt at etterlevelsen av prisreguleringer vil øke dersom det er klargjort at tilbyderen må tilbakebetale eventuell overpris. Den hjemmel man i eksisterende lov har til å straffe den som krever overpris, har i praksis neppe tilstrekkelig preventiv effekt dersom tilbyderen uansett kan beholde overprisen. Det er også grunn til å understreke at tilbyderen på betalingstidspunktet regelmessig har bedre informasjon enn betaleren knyttet til om en pris inneholder elementer av overpris, og at manglende tilbakebetalingsplikt gir tilbyderen mulighet til å utnytte dette informasjonsoverskudd til betalerens og markedets ugunst. Vi viser i denne forbindelse også til de betraktninger departementet gjør i høringsnotatet side 9 i kapitlet om overtredelsesgebyr.

Advokatforeningen peker endelig på at hovedregelen i norsk rett er at overpris skal tilbakebetales til den avtalepart som har betalt overprisen, jf. pristiltaksloven § 6. Bare i tilfelle betaleren *"i vesentlig grad er medansvarlig"* for overprisen er tilbakebetalingsplikt der utelukket. Advokatforeningen kan på dette punkt ikke se at det på ekomsektoren gjør seg gjeldende hensyn som på avgjørende måte er forskjellig fra de hensyn som gjør seg gjeldende på andre sektorer.

Når det gjelder utformingen av en tilbakebetalingsregel, peker vi på følgende:

I § 10-12 annet ledd er det inntatt et forbehold som forutsetter at det skal skje en *vurdering* av om tilbakebetaling skal finne sted. I denne vurderingen skal det *"bl a"* tas hensyn til *"tilbakebetalingsbeløpets størrelse, og om det i tidligere perioder for den aktuelle tjenesten har blitt tatt for lav pris"*. I kommentarene til forslaget er det også pekt på at eventuelle vanskeligheter med å fastslå om det er betalt overpris skal spille inn i vurderingen.

Advokatforeningen peker på at denne utformingen av bestemmelsen vil etterlate usikkerhet i praksis både knyttet til om tilbakebetaling skal skje og med hvilket beløp. Hensynet til den preventive effekt som nevnt ovenfor svekkes da tilsvarende. I tillegg vil en slik vurderingspreget regel hvor vurderingskriteriene ikke engang er uttømmende angitt, i seg selv generere tvister og uenigheter.

Advokatforeningen kan ikke se at fordelene med en slik skjønnsmessig regel oppveier ulempene. Vi minner om at pristiltakslovens § 6, som bl a får virkning for enhver

"urimelig pris" (pristiltakslovens § 2), ikke inneholder noe tilsvarende vurderingsforbehold. Dertil kommer at uttrykket "for lav pris" i annet ledd er egnet til å gi gale assosiasjoner, idet ekomlovningen (stort sett) ikke fastslår minimumspriser. Den tilbyder som én periode utnytter en rett til å kreve mindre enn en fastsatt prisregulering bør som utgangspunkt ikke gis anledning til å ta overpris i andre perioder. I så fall gis tilbyderen reelt sett anledning til å overstyre en fastsatt prisregulering.

Advokatforeningen anbefaler på denne bakgrunn at annet ledd tas ut, med den følge at tilbydere alltid er tilbakebetalingspliktige for all overpris. Det kan dog tenkes et forbehold slik som i pristiltaksloven § 6 knyttet til medvirkning, hvilket imidlertid antas å være et beskjedent problem i ekomsektoren.

Utkastets § 10-12 tredje ledd har bestemmelse om renter. Advokatforeningen er enig i at det av klarhetsgrunner bør inntas særlige regler om renter. Morarenter bør imidlertid ikke bare bør løpe fra 30 dager etter påkrav, men også alternativt fra 30 dager etter myndighetens vedtak om tilbakebetaling.

Avslutningsvis peker vi på problemstillingen knyttet til domstolenes rolle ved tilbakebetalingskrav etter § 10-12, hvilket ikke er særskilt kommentert i høringsdokumentene. Det fremgår av bestemmelsen at myndigheten (Post- og teletilsynet) kan fatte enkeltvedtak om tilbakebetaling. Det fremgår imidlertid ikke nærmere hvilken rettsvirkning vedtaket har, dersom den ene eller den annen part er uenig i vedtaket, herunder forholdet til domstolenes kompetanse. Man kan tenke seg at den misfornøyde part vil saksøke staten med krav om at vedtaket er ugyldig, at betaleren saksøker tilbyderen med krav om høyere tilbakebetalingskrav enn fastsatt av myndigheten og at søksmål tas ut mot tilbyderen (eller etter motregning søksmål mot betaleren) uten forutgående forvaltningsvedtak. Slik bestemmelsen står, oppfatter Advokatforeningen den slik at domstolene har full kompetanse til å fastsette tilbakebetalingskravets berettigelse og størrelse i alle disse situasjonene. Advokatforeningen er enig i at det av rettsikkerhetsgrunner ikke bør overlates forvaltningens "frie skjønn" å fastsette tilbakebetalingskravet.

2. OVERTREDELSESGEBYR, STRAFF OG TVANGSMULKT

Advokatforeningen støtter departementets forslag om å innføre hjemmel for å illegge overtredelsesgebyr ved overtredelser av ekomlovgivningen. Bestemmelsen er i seg selv ingen nyskaping, men bygger på tilsvarende regler gitt både i konkurranselovgivningen og i forskjellig forvaltningslovgivning som tar sikte på å verne forbrukerne og samfunnet.

Når det gjelder størrelsen på overtredelsesgebyret, mener Advokatforeningen at det er uheldig å begrense gebyret til én prosent av omsetningen i alle tilfelle. Man kan tenke seg situasjoner hvor overtredelsen er grov, foretakets oppnådde fordeler er store og omsetningen av formelle eller andre grunner er liten. Advokatforeningen foreslår derfor at det inntas en regel som hever taket for de overtredelser Arbeidsgruppen foreslo et 10 % - tak, dersom overtredelsens grovhet tilsier at et gebyr på en prosent av omsetningen ikke anses tilstrekkelig proporsjonal.

Advokatforeningen understreker at overtredelsesgebyrets pønale karakter vil kreve at foretaket/personen det gjelder gis gode rettsikkerhetsgarantier. Advokatforeningen mener bestemmelsens utforming på dette punkt etter mønster av konkurranseloven § 29 er tilfredsstillende.

Når det særskilt gjelder spørsmålet om hvilke krav til bevis som stilles, er høringsnotatet uklart. På side 18 uttrykkes at man av rettssikkerhetshensyn foreslår "klar sannsynlighetsovervekt", mens spesialmotivene på side 52 nederst uttrykker at beviskravet er "sannsynlighetsovervekt". Ved vedtakelsen av konkurranseloven la Stortinget til grunn at beviskravet der er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Advokatforeningen mener det gir dårlig sammenheng hvis det for like forvaltningsreaksjoner av pønål karakter skal gjelde forskjellige beviskrav på så nært beslektede saksområder, hvor kompetansen også er delvis overlappende.

Advokatforeningen har ikke kommentarer til forslaget om endringer i § 10-7 (tvangsmulkt) og § 12-4 (straff).

3. EKOMLOVEN § 1-2 – SAKLIG VIRKEOMRÅDE

Forslaget innebærer en utvidelse av Kongens/departementets adgang til å holde virksomhet utenfor ekomloven. Forslaget er ment å hindre overregulering av elektronisk kommunikasjon mm (særlig nevnt bredbåndstelefon), og må således anses som hensiktsmessig.

Advokatforeningen etterlyser imidlertid en avklaring av aktørenes adgang til å få prøvd de vedtak departementet måtte fatte under § 1-2, særlig dersom vedtaket/forskriften bare berører en eller noen få aktører. Erfaring viser at de små eller mindre aktørene lett kan oppfatte det som urimelig at de ikke vil kunne bringe sine ankepunkter mot dominerende tilbyder inn for telemyndigheten, fordi dette anses for perifert i forhold til virkeområdet.

4. EKOMLOVEN § 2-5 – TILLATTE BRUKSBEGRENSINGER

Advokatforeningen slutter seg til departementets vurdering av behovet for presiseringer av § 2-5. Slike presiseringer bør skje gjennom praksis, eventuelt tolkningsuttalelser.

5. EKOMLOVEN § 2-9 – TAUSHETSPLIKT

Forslaget formulerer det slik at "tilbyder" skal bevare taushet, i merknadene utlagt slik at det er taushet overfor "andre, herunder avdelinger" osv. At opplysninger kan sirkulere mellom avdelinger i samme selskap kan være både naturlig og nødvendig. Advokatforeningen mener det i så fall er behov for å presisere hvordan taushetsbelagte opplysninger skal behandles internt.

6. EKOMLOVEN § 4-10 – REGULERING AV SLUTTBRUKERTJENESTER

Lovens formålsbestemmelse i § 1-1 går lengre enn bare å sikre "bærekraftig konkurranse". Advokatforeningen mener departementet bør overveie om ikke dette skal gjenspeiles i § 4-10, eventuelt slik at man kun henviser til formålsparagrafen. "Konkurranseproblemer" generelt, se høringsnotatets merknad, er ikke uttrykkelig nevnt i § 4-9.

7. EKOMLOVEN § 4-12 – MINIMUMSTILBUD AV OVERFØRINGSKAPASITET

Endringen anses hensiktsmessig, ellers ingen kommentar.

8. EKOMLOVEN § 6-2 – TILLATELSE TIL BRUK AV FREKVENSER

Paragraf 6-2 gir telemyndigheten adgang til å tildele frekvenser til aktørene i markedet. Første setning i forslaget synes således å passe dårlig inn i bestemmelsen. Slik forslaget er formulert er det dessuten noe uklart, da det kan stilles spørsmålsteget ved om "vilkårene" som nevnt også omfatter at retten har truffet kjennelse, *eller* om det er tilstrekkelig at bare politiet finner at det er skjellig grunn til mistanke osv. Advokatforeningen mener derfor det bør overveies om første setning i forslaget heller bør tas inn i straffeprosessloven § 216 b.

I merknadene til forslaget uttaler departementet at det er begrenset behov for denne type etterforskningsmetode (jammer, blokkering og lignende), og at erfaringene med dette per i dag er begrenset. Dessuten kommer hensynet til tredjemann, det vil si selskap eller bruker som "eier" frekvensen, sterkt inn i bildet. Når departementet i tillegg mener at "*alternative løsninger i de aller fleste situasjoner vil være tilstrekkelig*" (nest siste avsnitt pkt. 3.2), er det nærliggende å anta at telemyndigheten i etterhånd bør ha en viss mulighet for å kreve at restriksjonene opphører når andre metoder kan gi like godt resultat som det politiet eller Forsvaret ønsker å oppnå med tiltaket. Advokatforeningen mener derfor det bør tas inn i forslaget en hjemmel for telemyndigheten til å etablere dialog med tiltakshaver for å kunne diskutere andre tekniske løsninger som er mindre inngripende enn å la politiet eller Forsvaret fortsette frekvensbruken på ubestemt tid. Vi viser også til at § 6-2 er tenkt utvidet til andre aktører i markedet.

9. EKOMLOVEN § 7-1 – PLANER FOR NUMMER, NAVN OG ADRESSER – TILLATELSE TIL BRUK

Forslaget synes ikke naturlig å høre hjemme i § 7-1 annet ledd, da meningen jo er å likestille private eller offentlige organ med telemyndighetens rolle på området, dog innenfor avgrensede områder – i merknaden betegnet som "*utenfor forvaltningens kjerneområde*" – som muligens er en noe bedre formulering, i hvert fall mer presis enn i forslaget. En bedre løsning kan være å la forslaget utgjøre ett nytt fjerde ledd, hvoretter dagens fjerde ledd omgjøres til femte, men slik at "tredje ledd" i nåværende fjerde ledd, første setning, omgjøres til "fjerde ledd".

10. EKOMLOVEN § 11-5 – BRUKERKLAGENEMNDA FOR ELEKTRONISK KOMMUNIKASJON

Advokatforeningen slutter seg i hovedsak til endringsforslaget, men har enkelte merknader til valg av formuleringer:

- Det er vanskelig å se hvorfor "bruker", jf. ekomloven § 1-5 nr. 12, ikke lenger skal ha krav på at BKN behandler klager han måtte bringe inn for nemnda. Slik forslaget er formulert vil ikke et firma ha klageadgang dersom det kjøper innsatsfaktor for produksjon av andre tjenester, selv om firmaet bare består av noen få personer. Likeledes vanskelig å innse hvorfor "sluttbruker" som bare vederlagsfritt gir andre tilgang til kommunikasjonsnett eller -tjeneste, jf. ekomloven § 1-5 nr. 13, skal miste sin klageadgang bare fordi det er mer enn ti årsverk i firmaet. Med disse begrensningene i dagens klageadgang kan man risikere at enkelte lider rettstap, fordi de ikke som "tilbyder", jf. ekomloven § 1-5 nr. 14, kan be om meglings i følge lovens kap. 11, men må bruke domstolene for å få en løsning på konflikten. En bedre løsning synes derfor å være at dagens ordning beholdes, slik at "bruker" generelt kan bruke klageadgangen, gjerne slik at det tas inn en henvisning til de aktuelle

definisjoner (§ 1-5 nr 12 og 13). Både i lov- og forskriftsforslaget (§ 10-1) ligger jo visse muligheter for at telemyndigheten kan tilpasse klageadgangen, dersom det viser seg at enkelte skulle misbruke ordningen.

- "Tvister" som nemnda skal behandle er i merknadene omtalt som "privatrettslige". I merknadene til forskriftsforslaget (§ 10-1) er dette utlagt slik at det må foreligge en avtale mellom partene. Her ville det vært en fordel om det avklares om nemnda skal behandle påstått ugyldighet i henhold til ekomlovens § 10-11 (om ugyldige avtaler), eller om dette er spørsmål som kun "tilbyder" kan ta opp med telemyndigheten, i form av krav om meglings eller lignende, se lovens kap. 11.
- At tilbyder plikter å la nemnda "behandle" tvister er det neppe behov for å presisere i lov, mer nødvendig er det vel ta inn noe om hvordan markedsaktørene plikter å rette seg etter BKN's beslutninger. Kan ikke se at dette er behandlet i høringsforslaget, eller fremgår av forskriftsforslaget (§ 10-1), annet enn at det i merknadene til forskriftsforslaget er tatt inn at "*Nemndas avgjørelser er ikke bindende og nemnda utøver ikke forvaltningsvirksomhet*".

11. EKOMFORSKRIFTEN § 5-6 – OVERSIKT OG KONTROLL MED SLUTTBRUKERS UTGIFTER MV.

Advokatforeningen slutter seg til departementets syn om at generelle krav til tilbud av innholdstjenester på nettet bør skje i regi av andre organ enn telemyndigheten, og at regulering av fellesfakturerte tjenester bør fremmes som eget høringsforlag for å kunne ivareta de varierende interesser som forslaget måtte berøre.

12. EKOMFORSKRIFTEN § 8-6 – PLANER FOR KONKURS

Sammenholdt med ekomloven § 2-11 synes bestemmelsen unødig komplisert slik forslaget er formulert. Spesielt gjelder dette forslagens siste ledd, om at PT kan "*frita for plikten til å utarbeide planer*". Sammenholdt med lovens § 2-11 siste ledd om at myndigheten kan gi "*unntak fra plikten til å utarbeide planer*", følger det av naturlig ordfortolkning at man med siste ledd i § 8-6 har ment å gi dispensasjonsadgang fra minimumskravet i forskriften. Men slik § 8-6 er formulert, ved at man innledningsvis viser til ekomloven § 2-11 uten å presisere at § 8-6 innskrenker rekkevidden av § 2-11, kan det spørres om man med siste ledd i § 8-6 har ment det motsatte av det som står – dvs. at PT kan pålegge strengere krav enn minimumsplaner, så lenge dette følger av lovhjemmelen. Siden bestemmelsen vil bli gjort gjeldende i situasjoner med mange kryssende interesser, er det å anbefale at man vurderer behovet for en omformulering av § 8-6. Videre bør det vel fremgå at § 8-6 begrenser rekkevidden av lovens § 2-11, for å unngå misforståelser.

13. EKOMFORSKRIFTEN § 10-1 – BRUKERKLAGENEMNDA FOR ELEKTRONISK KOMMUNIKASJON

Viser til merknader i punkt 10 foran, under ekomloven § 11-5.

I departementets merknader til endringsforslaget er det flere ganger nevnt at forslaget er en "*videreføring av gjeldende forskrift*". Dette er ikke helt korrekt, da dagens § 10-1 gjelder for "bruker" generelt, mens forslaget har begrenset klageadgangen til "*sluttbrukere [...] med mindre enn 10 årsverk*". Dette er en merkbar innsnevring av klageadgangen, se merknadene foran til lovens § 11-5. I det

minste burde man i merknadene gjøre oppmerksom på endringen.

Vennlig hilsen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Merete Smith', written in a cursive style.

Merete Smith
generalsekretær