



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor Mobil AS
v/Advokatfirmaet Hjort DA
Postboks 471, Sentrum
0105 OSLO

Deres ref
KV

Vår ref
03/1484-4 HG

Dato
22.12.2003

**VEDTAK OM SPESIELL NETTILKNYTNING FOR EGEN RUTING AV
UTENLANDSSAMTALER**

1 Bakgrunn

Telenor Mobil AS påklagde 13. november 2002 Post- og teletilsynets vedtak av 24. oktober 2002 der Telenor Mobil (klager) ble pålagt å tilby Sense Communications International ASA (Sense) spesiell nettilknytning til klagers offentlige mobilkommunikasjonsnett for ruting av utgående utenlandssamtaler i samsvar med Sense' anmodning. Når det gjelder de nærmere klagegrunner, vises det til klagen og etterfølgende skriv fra klagers advokat.

Vedtak om spesiell nettilknytning eller bruk av annen tilbyders offentlige mobilkommunikasjonsnett anses for å ha prinsipiell og telepolitisk betydning fordi dette er tilgangsfomer som kan pålegges en tilbyder med sterk markedsstilling, og slike særlige forpliktelser kan være egnet til å fremme konkurransen i telemarkedet. Vedtak om spesiell nettilknytning er følgelig et sentralt virkemiddel for å oppnå de telepolitiske målsetningene.

Post- og teletilsynet (PT) oversendte saken 17. februar 2003 til Statens teleforvaltningsråd. PT opprettholdt her sitt tidligere vedtak. Statens teleforvaltningsråd avgav sin innstilling 27. juni 2003. Rådet innstilte på at klagen ikke skulle tas til følge.

Sense sin advokat har i brev av 10. desember 2002 til Statens teleforvaltningsråd inngitt merknader til klagen. Klagers advokat har inngitt merknader til rådets innstilling i brev av 12. august 2003 til departementet. For øvrig vises det til vedleggene til rådets oversendelse til departementet av 27. juni 2003.

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90 / «Soa_Tlf»
Org. nr.:
972 417 904

«Soa_Navn»
Telefaks:
«Sbr_Fax»

Saksbehandler:
«Sbr_Navn»/
Gard Sveen
«Sbr_Tlf»

2 Klage over vedtaket om spesiell nettilknytning – departementets vurdering

2.1 Innledning

Post- og teletilsynet fattet 24. oktober 2002 vedtak med slik slutning:

"Med hjemmel i teleloven § 7-4 jf. forskrift om offentlig telenett og offentlig teletjeneste § 4-6 jf. § 4-5 pålegger Post- og teletilsynet med dette Telenor Mobil innen 15. november 2002 å fremlegge tilbud til Sense Communications International ASA om spesiell nettilknytning til Telenor Mobils offentlige mobilkommunikasjonsnett for ruting av utgående telefonsamtaler i samsvar med Sense Communications International ASAs anmodning. Avtalevilkår fastsettes av partene etter forhandlinger, under de rammer som følger av offentlignettforskriften."

Som hovedregel gjelder reglene om tilgang for både faste og mobile nett. Tilgang til mobile nett er særskilt regulert i offentlignettforskriften § 4-6. Hvorvidt § 4-5 også omfatter mobilnett, har tidligere vært et omstridt spørsmål. Spørsmålet må etter departementets vurdering nå anses avgjort, jf Samferdselsdepartementets vedtak av 18. februar 2002 ("Teletopia-saken") sammenholdt med uttalelsene i St.meld. nr. 24 (1999-2000). Det ble ansett for å være innenfor grensene etter den europeiske bakgrunnsretten og i samsvar med regelverkets formål at § 4-5 også regulerer mobilområdet, selv om det ikke direkte fremgår av bestemmelsens ordlyd.

PT har i sitt vedtak (og klager til en viss grad) lagt vekt på departementets uttalelser i "Teletopia-saken". Denne klagesaken gjaldt PTs vedtak om at Telenor Mobil pliktet å inngå avtale med Teletopia om spesiell nettilknytning til Telenor Mobils offentlige mobilkommunikasjonsnett. Ved tilknytning til Telenors nett ble Teletopia gitt adgang til å koble sitt tekniske utstyr (SMS-C sentral) til Telenors nett slik at utstyret (faktisk eller virtuelt) fungerte parallelt med klagers utstyr. Departementet opprettholdt PTs vedtak der Telenor Mobil ble pålagt å etterkomme Teletopias anmodning om spesiell nettilknytning.

Denne sak gjelder tilgang til klagers mobilnett for ruting av utenlandssamtaler på en slik måte at Sense kan håndtere trafikkstrømmen til utlandet for egne kunder selv. Sense har foreslått at dette gjøres ved bruk av såkalte IMSI-nummer. Kundene til Sense har fått tildelt IMSI-nummer innenfor unike serier, og Sense har anmodet om at anrop til utlandet fra disse kundene rutes til et samtrafikkpunkt der Sense overtar ansvaret for utenlandstermineringen. Sense sin anmodning innebærer at utenlandssamtaler fra egne abonnenter skal rutes til et annet samtrafikkpunkt enn det klager selv benytter for utenlandssamtaler. Konsekvensen er at rutingen i Telenor Mobils nett blir forskjellig avhengig av om mobilbrukeren er Sense-kunde eller Telenor-kunde.

Etter departementets syn har Teletopia-saken begrenset vekt i vurderingen av hvorvidt Sense skal gis spesiell nettilknytning for egen ruting av utenlandssamtaler. Departementets vurdering i Teletopia-saken kan ikke tolkes til å legge avgjørende føringer for Sense sin anmodning. Klager har derfor dekning for å uttale i sine merknader til PTs varsel¹ at departementet i sitt vedtak i Teletopia-saken *"ikke har ment å ta stilling til hvorvidt forskriften hjemler adgang til å pålegge nettoperatoren en oppsplitting av selve telefontjenesten i en rekke enkeltelementer."*

¹ jf brev fra klager av 17. april 2002 (s. 3) til PT

Telenor Mobil anfører blant annet at det ikke foreligger rettslig grunnlag etter offentlignettforskriften § 4-5 for å pålegge klager å tilby Sense spesiell nettilknytning. Det vises til den nærmere gjennomgang av anførslene i punkt 2.3 og til departementets vurdering av hjemmelsspørsmålet i punkt 2.4 nedenfor.

2.2 Begrepet ”spesiell nettilknytning”

I offentlignettforskriften § 4-5 første ledd defineres ”spesiell nettilknytning” som *”tilknytning til andre nettermineringspunkter og på andre vilkår enn de standardtilbud som normalt tilbys.”*

I St.meld. nr. 24(1999-2000) angis det at formålet bak bestemmelsen *”er å stimulere til utvikling av nye teletjenester ved å legge til rette for nye former for samtrafikk og tilknytning på andre nettermineringspunkter enn det som normalt tilbys.”* Bestemmelsen hjemler adgang til å treffe vedtak om tilknytningsformer som ikke tilbys som standardiserte tilgangstjenester fra tilbyder med sterk markedsstilling. Det må bero på en konkret tolkning hvorvidt en anmodning om tilgang innebærer et ”annet nettermineringspunkt” enn de standardtjenester som tilbys.

2.3 Forholdet mellom offentlignettforskriften § 4-5 og 4-6

Sense opererer i dag som en tjenesteleverandør i mobilmarkedet, og er således ikke en virtuell operatør. Telenor Mobil tilbyr et standardtilbud i samsvar med § 4-6 til tilbydere som ikke har eget nett, jf offentlignettforskriften § 3-3. Gjennom en standard tjenesteleverandøravtale tilbyr klager i dag tjenestetilbydere tilgang til ulike tjenester (samtaler til fastnett, samtaler til utlandet, nasjonal roaming mv.). I henhold til standardavtalen har tjenesteleverandørene (videreselgerne) ikke adgang til å forestå utenlandsterminering selv. I merknadene til § 4-6² heter det at en tilbyder uten eget telenett får rett til å benytte kapasitet i en annens nett for overføring av egne mobiltjenester. Videre heter det at en slik tilgang vil kunne medføre en mer effektiv utnyttelse av de eksisterende telenettene, samt at forbrukerne (gjennom økt konkurranse) vil kunne få tilgang til bedre og billigere teletjenester.

Klager har anført at Sense sin anmodning ikke faller innenfor offentlignettforskriften § 4-5. En imøtekommelse av anmodningen vil etter klagers syn i) ikke kunne skje uavhengig av den øvrige produksjon av telefontjenester, men tvert om innebære en oppsplitting av telefontjenesten i flere enkeltkomponenter, ii) skape uklare grensesnitt mellom § 4-5 og § 4-6 og iii) ikke bidra til å fremme formålet med § 4-5, jf departementets merknader i St.meld. nr. 24 (1999-2000). Disse forhold understøtter at § 4-5 ikke hjemler den tilknytning Sense har anmodet om.

Etter PTs oppfatning er det rimelig klart at Sense sin anmodning gjelder ”en tilknytning til andre nettermineringspunkter og på andre vilkår enn de standardtilbud som normalt

² jf forskriftens forarbeider av 1997; ”Merknader til enkelte av bestemmelsene i utkast til forskrift om offentlig telenett og offentlig teletjeneste” – merknadene til utkastets § 4-6 om bruk av annen tilbyders offentlige mobilkommunikasjonsnett.

tilbys”, jf § 4-5. Offentlignettforskriften § 4-6 gjelder avtale om bruk av annen tilbyders offentlige mobilkommunikasjonsnett. Offentlignettforskriften §§ 4-5 og 4-6 må anses å utfylle hverandre, slik at § 4-5 kan benyttes i de tilfeller anmodningen gjelder noe annet enn eller noe i tillegg til det klager tilbys i sine standardavtaler. PT mener videre at vurderingskriteriene i de to bestemmelsene er like, idet klager uansett har plikt til å imøtekomme enhver rimelig anmodning om tilgang.

Det springende punkt blir etter dette hvorvidt en nettilknytning som Sense har anmodet om faller innenfor offentlignettforskriften § 4-5.

PT bygger sitt vedtak på at all tilknytning som ikke tilbys som en standardløsning, skal gis etter § 4-5:

”Telenor Mobil tilbyr ikke videreselgerne å foreta egen ruting av utenlandssamtaler som en del av sin videresalgsavtale. En slik tilknytning krever at utgående samtaler fra Sense’ kunder må routes til andre nettermineringspunkter enn det som normalt tilbys.”

Tilsynet støtter seg til departementets vedtak i Teletopia SMS-C av 18. januar 2002, der det heter:

”[...] således hjemler bestemmelsen adgang til å treffe vedtak om tilknytningsformer som ikke tilbys som standardiserte tilgangstjenester fra tilbyder med sterk markedsstilling. Ut over dette må det bero på en konkret tolkning av anmodningen i det enkelte tilfellet om denne kan sies å innebære en ”tilknytning til andre nettermineringspunkter” enn det som normalt tilbys.”

Departementet oppfatter tilsynet dit hen at alle tilgangsformer som ikke omfattes av tilbyder med sterk markedsstillings ”standardtilbud” kan reguleres med hjemmel i § 4-5. Dette innebærer at § 4-5 fortolkes som å være en komplementær bestemmelse i forhold til alle tilgangsbestemmelser i regelverket.

Telenor Mobil anfører at kontraheringsplikten i henhold til § 4-6 er oppfylt i det Sense i samsvar med § 4-6 har fått tilgang til kapasitet i Telenor Mobils nett for overføring av samtaler til utlandet fra Sense sine sluttbrukere. Telenor Mobil anfører videre at utenlandstelefoner er en basistjeneste, og ikke en verdiøkt tjeneste.

Spørsmålet om tilgang til egen utenlandsterminering er ikke løst direkte i offentlignettforskriften, forskriftens forarbeider eller forvaltningspraksis. Som nevnt over hjemler § 4-5 adgang til å treffe vedtak om tilknytningsformer som ikke tilbys som standardiserte tilgangstjenester av tilbyder med sterk markedsstilling. Det må på denne bakgrunn foretas en konkret helhetsvurdering av hvorvidt anmodningen omfattes av regelen om spesiell nettilknytning i § 4-5, jf § 4-6.

2.4 Hjemmelsvurderingen

Det sentrale elementet i hvorvidt en tilknytning kan sies å være omfattet av begrepet ”spesiell nettilknytning” er - som det går frem av ordlyden i bestemmelsen - at tilknytningen etableres i forhold til *”andre nettermineringspunkter og på andre vilkår enn de standardtilbud som normalt tilbys”*.

Ordlyden gir – slik den fremstår for departementet – i utgangspunktet opphav til en vid fortolkning, i det så å si en hver form for tilknytning som ikke inngår som en del av de tilbudte standardvilkår tilsynelatende skal kunne hjemles i § 4-5 sitt begrep ”spesiell nettilknytning”.

Tilsynet legger så vidt departementet kan se en vid fortolkning til grunn i den foreliggende saken, og foretar ingen nærmere fortolkning av begrepet ”spesiell” eller hva som menes med ”standardtilbud”. Denne fortolkningen står i noen grad i motstrid til tilsynets lovfortolkning i Teletopia-vedtaket av 12. juli 2001 der det foretas en nærmere fortolkning av begrepet ”spesiell nettilknytning” og ”standardtilbud”:

[...] det ligger i begrepet spesiell nettilknytning at en annen tilbyder av teletjenester vil kunne tilknytte seg deler av nettet, gjerne i forbindelse med å tilby spesielle funksjoner, uten å behøve å gå via en generell nettilknytning [...] En slik tilknytning vil være av en annen karakter, både når det gjelder tilknytningspunkter og vilkår, enn en generell tilknytning (samtrafikk) med hjemmel i offentlignettforordningen § 4-3.”

I Teletopia-saken er tilknytningen i hovedsak relatert til tilbudet av spesielle funksjoner – altså tjenester – og begrepet ”standardtilbud” refererer seg til kontraheringsplikten etter § 4-3, og ikke § 4-6. Det fremgår av forarbeidene til offentlignettforordningen³ at ”standardtilbud” er identisk med *samtrafikktilbud* etter § 4-3. Etter departementets vurdering gir ikke forarbeidene grunnlag for å inkludere tilbud etter § 4-6 i begrepet ”standardtilbud”. Sondringen mellom § 4-5 og § 4-6 kommer også klart frem i forarbeidene til forskriftsendringen i 2000. I høringsnotat av 3. november 2000 uttaler departementet følgende om § 4-6:

Etter en detaljert vurdering ble det konkludert med at det ikke var grunnlag for å gi pålegg om slik tilgang for virtuelle mobiloperatører. Det ble lagt opp til å imøtekomme behovet for en klargjøring ved endring og presisering av forskriften på bakgrunn av vurderingene som fremkommer i St. meld. nr 24 (1999-2000).

Avgrensningen som inntas i bestemmelsen om avtale om bruk av annen tilbyders offentlige mobilkommunikasjonsnett er ikke ment å omfatte andre forhold enn de ovennevnte. Det er grunn til å tro at enkelte tilbydere som i dag har inngått videresalgsavtaler, ønsker en utvidelse av avtalene slik at det i større grad blir mulig å produsere tjenester fra egen plattform. For å legge til rette for konkurranse og tjenesteinnovasjon på mobilområdet er det ønskelig å stimulere en slik utvikling. Det forutsettes i St. meld. nr. 24 (1999-2000) at mulighetene for utvikling av videresalgsavtaler representerer et viktig alternativ til virtuell tilgang, og at man ikke ønsker å unnta slike videresalgsavtaler.”⁴

Det er etter departementets oppfatning klart at eventuelle utvidelser av videresalgsavtaler innenfor mobilområdet er ment å skje innenfor § 4-6, og ikke innenfor § 4-5. Det er videre klart at videresalgsavtaler under § 4-6 ikke faller inn under ”standardtilbud” etter § 4-5. Standardtilbudet i § 4-5 refererer til § 4-3. En forutsetning

³ Høringsnotat av 29. august 1997. Merknader til enkelte av bestemmelsene i utkast til forskrift om offentlige telenett og offentlig teletjeneste.

⁴ Departementet viser til denne passus også i sitt Teletopia-vedtak, men da utelukkende for å finne støtte for at § 4-5 kunne få anvendelse på mobilområdet som sådan, og ikke for å etablere noe forhold mellom § 4-5 og § 4-6. Departementets Teletopia-vedtak etablerte ingen komplementær sammenheng mellom § 4-5 og § 4-6.

for å kunne inngå samtrafikkavtale etter § 4-3 er at man er nettoperør, jf definisjonen av samtrafikk som funksjon som tilrettelegger for formidling av trafikk mellom tilbydere (teleloven § 1-5) – en videreselger/tjenesteleverandør/tjenestetilbyder kan per definisjon ikke generere egen trafikk all den tid man ikke har eget nett.

Telenor Mobil har i brev av 22. november 2001 tilbudt seg å inngå samtrafikkavtale med Sense dersom Sense etablerer seg som nettoperør, ”*som gjør at Sense kan tilby sine kunder den ønskede tjenesten via et regulert grensesnitt.*” Det synes således klart for departementet at Telenor Mobil er rede til å legge til rette for at Sense kan tilby sine kunder denne tjenesten ved å legge dette grensesnittet inn som en del av sitt standard samtrafikktilbud etter § 4-3 dersom Sense oppfyller forutsetningene for slik avtale. På bakgrunn av dette fremstår Sense sin anmodning i liten grad som en anmodning om spesiell nettilknytning, og i langt større grad som en anmodning om et delement i en standard samtrafikkavtale i Teletopia-vedtaket av 12. juli 2001 sammenhengende mellom tilknytningen og den tjenesten som muliggjøres ved tilknytningen. I tilsynets vedtak 24. oktober 2002 er tjenestekarakteren en del av rimelighetsvurderingen, men vil etter departementets oppfatning vel så mye være relevant for hjemmelsspørsmålet. Dette støttes av departementets klagevedtak av 18. januar 2002 i Teletopia-saken, der tjenesteaspektet nettopp trekkes inn under hjemmelsvurderingen.

Tilsynet legger i Teletopia-saken avgjørende vekt på at de tjenester Teletopia ønsker å tilby som følge av sin spesielle nettilknytning ikke kan sies å være en del av Telenor Mobils grunnleggende mobiltjenester, og at tjenesten historisk er blitt ansett for å være en verdiøkt tjeneste.

Innovasjonsaspektet vektlegges også i St.meld.nr.24 (1999-2000), der hovedhensynet bak § 4-5 synes å være *utvikling av nye tjenester* ved å legge til rette for nye former for *samtrafikk*. Det faktum at Sense vil kunne rute utenlandssamtalene selv kan etter departementets mening vanskelig karakteriseres som nytt eller innovativt.

Teletopias SMS-C-tilgang etter § 4-5 oppfyller i langt større grad intensjonen med spesiell nettilknytning gjennom at tilknytningens siktemål også er å utvikle og øke verdien av tjenester samt tilby nye tjenester på egen plattform. Samlet sett medfører departementets vedtak i Teletopia-saken at Teletopia ikke vil kunne bedrive ren ”arbitrasje-virksomhet” på ”gamle tjenester” (samtidig som selskapet like fullt kan konkurrere på pris), men gir samtidig alle muligheter for å tilby nye og innovative tjenester ved hjelp av egen plattform for produksjon av SMS-meldinger. I den foreliggende saken synes det derimot omforent at Sense ikke vil kunne endre tjenesten, verdiøke den eller produsere nye og innovative tjenester som følge av denne tilgangen. PT støtter seg også til følgende sitat fra departementets SMS-C-tilgangsvedtak; ”[...] *det må være opp til markedet å avgjøre hvilke tjenester som best tilfredsstillir brukernes behov og hvilke aktører som vil lykkes med nye løsninger og tjenester. Telemetryndighetens oppgave i dette er å tilrettelegge for at det gis reelle og likeverdige muligheter til å konkurrere om å tilby slike tjenester.*” Dette er etter departementets oppfatning tatt ut av sin sammenheng. Departementet uttalte seg om at markedet måtte avgjøre hvorvidt det var

