



DET KONGELIGE  
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor ASA  
1331 Fornebu

Tele 2 Norge AS  
Ulvenveien 75 A  
0581 Oslo

Deres ref  
OT.R/02/356-04

Vår ref  
01/2524- JIE

10

Dato  
10.06.2003

845.8

## KLAGE PÅ VEDTAK OM VIDERESALG AV ABONNEMENT - TELENOR

Det vises til brev 13. november 2002 fra Statens teleforvaltningsråd der ovennevnte klagesak og rådets innstilling til vedtak ble oversendt Samferdselsdepartementet for endelig klagebehandling. Videre vises det til brev 17. januar d.å. fra Telenor ASA v/Telenor Networks (heretter Telenor) der enkelte av punktene i teleforvaltningsrådets innstilling til departementet ble nærmere kommentert. Ved departementets forhåndsvarsel 21. januar ble Tele2 Norge AS (heretter Tele2) også gitt anledning til å kommentere teleforvaltningsrådets innstilling, og departementet mottok slike kommentarer ved brev 4. februar fra Tele2.

Saken gjelder Telenors klage 23. oktober 2001 på Post- og teletilsynets vedtak 1. oktober samme år. I likhet med Statens teleforvaltningsråd finner departementet at vilkårene for å behandle klagen er oppfylt. Departementet er videre enig med teleforvaltningsrådet i at klagen er av prinsipiell betydning og telepolitisk karakter og at den derfor skal avgjøres av departementet som klageinstans, jf. offentlignettforskriften<sup>1</sup> § 5-4. Før det blir gitt en nærmere vurdering av klagen, vil det først bli sett nærmere på noen av hovedpunktene vedrørende sakens bakgrunn. For en grundigere gjennomgang av sakens bakgrunn, vises det til sakens dokumenter som fulgte vedlagt innstillingen fra teleforvaltningsrådet.

### I. BAKGRUNN

#### 1) Saksgang

Ved brev 9. februar 2001 til Post- og teletilsynet, anmodet Tele2 om at Telenor måtte pålegges å tilby videresalg av abonnement med hjemmel i offentlignettforskriften § 3-2, alternativt med hjemmel i samme forskrifts §§ 4-5, jf. 3-8. Bakgrunnen for anmodningen var at selskapet

<sup>1</sup> Forskrift 5. desember 1997 nr. 1259 om offentlig telenett og offentlig teletjeneste (offentlignettforskriften)

<sup>2</sup> Lov 23. juni 1995 nr. 39 om telekommunikasjon (teleloven)

Postadresse:  
Postboks 8010 Dep  
0030 OSLO

Kontoradresse:  
Akersg. 59

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

Rådgiver  
Telefaks:  
22245609

Saksbehandler:  
Torstein Losnedahl  
22248253

på egenhånd ikke hadde klart å komme til enighet med Telenor om å få tilby et helhetlig kundeforhold. Det vises i denne sammenheng til at innføringen av ordningen med fast forvalg har gjort det mulig for Tele2 å fakturere kundene for trafikk, men at det fortsatt er Telenor som fakturerer for abonnementsavgiften. For å kunne konkurrere med Telenor, anser Tele2 det som viktig at selskapet blir gitt mulighet til kunne samle både trafikk og fastavgift på én faktura, slik at kunder som har valgt Tele2 som leverandør av fasttelefoni slipper å motta en separat faktura fra Telenor på abonnementsavgiften i tillegg til fakturaen fra Tele2. Av anmodningen fremgikk det at Tele2 også hadde anmodet Konkurransetilsynet om å vurdere forholdet opp mot konkurranselovreguleringen.

Etter først å ha gitt partene anledning til å uttale seg om utkast til vedtak (6. april 2001), fattet Post- og teletilsynet vedtak 1. oktober 2001 der Telenor, med hjemmel i teleloven<sup>2</sup> § 7-4, jf. offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, ble pålagt å tilby fasttelefoniabonnement for videresalg. Etter offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd følger det at tilgang til offentlig telenett som tilbys egen virksomhet også skal tilbys "andre til likeverdige og ikke-diskriminerende vilkår og til likeverdig kvalitet". Post- og teletilsynet fant at Telenor ikke kan forbeholde tilbud om fasttelefonabonnement til seg selv eller assosierte foretak.

Ved brev 4. oktober 2001 til departementet anmodet Telenor om at den delen av Post- og teletilsynets vedtak som påla Telenor å tilby fasttelefoni for videresalg, måtte gis utsatt iverksettelse inntil klagen var avgjort. Departementet av slo anmodningen om utsatt iverksettelse ved brev 29. oktober 2001.

Telenor påklaget Post- og teletilsynets vedtak ved brev 23. oktober 2001. Etter Telenors vurdering må Post- og teletilsynets vedtak anses ugyldig som følge av at vedtakshjemmelen i offentlignettforskriften § 3-2, ikke kan brukes som grunnlag for pålegg om å tilby videresalg av fasttelefoniabonnement. Subsidiært mener Telenor at vedtaket må anses ugyldig fordi Post- og teletilsynets vedtak bygger på en uriktig faktisk forutsetning om at Telenor leverer tilbud om videresalg av abonnement til egne virksomheter. Atter subsidiært mener Telenor at vedtaket må anses ugyldig fordi ikke-diskrimineringsvilkåret etter offentlignettforskriften § 3-2 er oppfylt fra Telenors side i og med at andre aktører er gitt tilbud om videresalg. Under enhver omstendighet mener Telenor at vedtaket er ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil ved at saken ikke var tilstrekkelig opplyst da vedtak ble truffet og ved at vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet.

Statens teleforvaltningsråd fikk oversendt klagesaken fra Post- og teletilsynet ved brev 10. februar 2002. Av brevets konklusjon fremgår det at Post- og teletilsynet etter en vurdering av anførselene som gjort gjeldende i klagen fra Telenor, har valgt å fastholde vedtaket av 1. oktober 2001. Teleforvaltningsrådet behandlet klagen i møter 19. august, 30. september og 4. november 2002. Av hensyn til behov for å opplyse saken, har teleforvaltningsrådet gjennomført møter med sakens parter. Av konklusjonen i teleforvaltningsrådets innstilling 13. november 2002 til departementet, fremgår det at teleforvaltningsrådet anbefaler at Post- og teletilsynets vedtak opprettholdes med den presisering at vedtaket må anses å medføre en plikt til levering av videresalg av abonnement fra vedtakstidspunktet.

Tele2 rettet som nevnt også en anmodning til Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet på sin side, varslet partene ved brev 20. juni 2001 om inngrep etter konkurranseloven<sup>3</sup> § 3-10. Av forhåndsvarselet fremgår det at Konkurransetilsynet vurderer å pålegge Telenor å etterkomme

---

<sup>3</sup> Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven)

anmodning om å tilby videresalg av fastabonnement, forby Telenor å stille som vilkår ved avtale om videresalg av abonnement at videreselgeren også skal videreselge trafikk, m.v. Av brev 27. september 2001 fra Konkurransetilsynet til Post- og teletilsynet, fremgår det imidlertid at Konkurransetilsynet ikke ser det som hensiktsmessig å fatte et vedtak i denne saken etter konkurranseloven fordi utkast til vedtak fra Post- og teletilsynet viser at de har til hensikt å treffe vedtak som dekker de samme forholdene. Det understrekes at Konkurransetilsynet på nytt vil vurdere å treffe vedtak i saken dersom vedtaket fra Post- og teletilsynet blir vesentlig annerledes enn det som fremgår av utkast til vedtak eller dersom Post- og teletilsynets vedtak ikke trer i kraft innen rimelig tid.

## **2) Nærmere om Post- og teletilsynets vedtak 1. oktober 2001**

Som en bakgrunn for vedtaket, viser Post- og teletilsynet innledningsvis til at Telenor har et tilbud om videresalg av abonnement der det samtidig stilles som vilkår at Telenor også skal levere trafikken sammen med abonnementet. Videre vises det til at Tele2 har vært i forhandlinger med Telenor om videresalg av abonnement, men at forhandlingene ikke har ført frem bl.a. fordi Tele2 som trafikkleverandør gjennom fast forvalg har anmodet om at abonnementet tilbys uten kobling til trafikk.

I den delen av vedtaket som omhandler rettslig grunnlag og begrunnelse, viser Post- og teletilsynet for det første til at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for fasttelefoni og at selskapet således er underlagt bestemmelsene i offentlignettforskriften kapittel 3.

Post- og teletilsynet viser til at formålet med offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, er å sikre at andre tilbydere gis anledning til å konkurrere om sluttkundene på tilsvarende vilkår som Telenors egen virksomhet, og at bestemmelsen på denne måten skal forhindre at tilbydere med sterk markedsstilling gir egen virksomhet konkurransefortrinn.

Slik Post- og teletilsynet ser det, forutsetter tilgang til telefontjeneste i fastnettet avtale om abonnement og levering av trafikkjeneste. Tilsynet viser til at Telenor leverer både trafikk og abonnement i sluttbrukermarkedet, og til at sluttbrukerne enten kan velge å ha både trafikk og abonnement hos Telenor, eller, gjennom ordningen med fast forvalg, velge annen trafikkleverandør enn Telenor. Det vises også til at Telenor gjennom Service Provider- eller videresalg-savtale gir tilbud om videresalg av både trafikk og abonnement, men der forutsettes at trafikk og abonnement videreselges samlet til sluttbrukeren.

Etter tilsynets vurdering tilbys trafikk og abonnement separat i Telenors egen virksomhet. Det vises i denne sammenheng til at sluttkunder hos Telenor Pluss og Telenor Business Solutions tilbys abonnement uten at dette er betinget av kjøp av Telenors trafikk. I samsvar med offentlignettforskriften § 4-4 og tilsynets vedtak 9. september 1998 om fast forvalg, kan sluttkundene velge annen trafikkleverandør enn Telenor. Tilsynet finner at dette innebærer at Telenor forbeholder tilbud om abonnement til seg selv. Under henvisning til offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, der det følger at tilgang til offentlig telenett som tilbys egen virksomhet også skal tilbys "andre til likeverdige og ikke-diskriminerende vilkår og til likeverdig kvalitet", finner Post- og teletilsynet at Telenor ikke kan forbeholde seg tilbud om fasttelefonabonnement til seg selv eller assosierte foretak. Det vises til at formålet med denne bestemmelsen nettopp er å sikre at andre tilbydere gis anledning til å konkurrere om sluttkundene på like vilkår som Telenors egen virksomhet.

Etter Post- og teletilsynets oppfatning er det ikke tvilsomt at markedet for fasttelefoni som er det største markedet innen telekommunikasjon i Norge, kan deles inn i egne delmarkeder for

henholdsvis abonnement og trafikk i fastnettet. At Telenor gjennom abonnementet opprettholder kundeforhold til tross for at kunden har valgt en annen leverandør av trafikk, er etter tilsynets oppfatning i seg selv hemmende på konkurransen, særlig tatt i betraktning at Telenor i forhold til delmarkedet for abonnement har tilnærmet monopolstilling i privatmarkedet og en svært dominerende stilling i bedriftsmarkedet. Det at Telenor er den eneste operatøren som kan tilby både trafikk og abonnement på én regning, gir etter tilsynets oppfatning betydelige innlåsingeffekter i forhold til kunder som ellers kunne ønske å skifte leverandør av fasttelefoni.

Videre finner Post- og teletilsynet at hensynet til effektiv bruk av infrastrukturen i fastnettet taler for at det bør gis pålegg om videresalg av abonnement. Et slikt pålegg vil gjøre det mulig for andre tilbydere å tilby abonnementsforhold uten at det foretas vesentlige investeringer eller bygges parallelle nett. Konsekvensen av at det ikke blir gitt pålegg om videresalg av abonnement, vil etter tilsynets vurdering bli at Telenor opprettholder monopolstillingen på abonnementsproduktet inntil det foreligger konkurransedyktige aksessalternativer, noe som etter tilsynets vurdering ikke kan forventes å skje i løpet av de nærmeste årene.

Post- og teletilsynet legger også vekt på at et tilbud om videresalg av abonnement vil kunne bidra til billigere og mer varierte og bedre tjenester for sluttbrukerne, og etter tilsynets vurdering vil et pålegg i denne sammenheng være direkte egnet til å fremme forbrukernes interesser, jf. teleloven § 1-3 bokstav g). Etter tilsynets oppfatning taler formålsbetraktninger sterkt til støtte for at det foreligger grunnlag for å gi et pålegg med hjemmel i offentlignettforskriften § 3-2.

Etter Post- og teletilsynets vurdering er dagens tilbud fra Telenor om videresalg av fasttelefonabonnement i strid med offentlignettforskriften § 4-4, som følge av at det samtidig oppstilles som betingelse at kunder hos den kontraherende tilbyder ikke skal ha anledning til å benytte fast forvalg. Slik tilsynet ser det, utgjør Telenors eksisterende tilbud sammenholdt med offentlignettforskriften § 4-4, et selvstendig grunnlag for å kreve at Telenor tilbyr abonnement for videresalg løsrevet fra trafikk.

I vedtakets begrunnelse for pålegget vises det avslutningsvis til at Konkurransetilsynet har gjort sammenfallende vurdering som Post- og teletilsynet hva angår de konkurransemessige forhold, og til at Konkurransetilsynet i utgangspunktet finner grunnlag for å gripe inn i medhold av konkurranseloven § 3-10.

I forkant av Post- og teletilsynets vedtak, ble som nevnt sakens parter gitt anledning til å kommentere utkast til vedtak. Telenor benyttet seg av denne anledningen, og i vedtaket kommenteres anførselene som ble gjort gjeldende av Telenor i denne sammenheng. Post- og teletilsynet fant at anførselene ikke kunne føre frem, og med hjemmel i teleloven § 7-4, jf. offentlignettforskriften § 3-2, annet ledd, ble Telenor pålagt å utarbeide og offentliggjøre standard tilbud om abonnement for fasttelefoni for videresalg. Videre ble Telenor pålagt å gi et videresalgstilbud for trafikk til de numre som ikke er omfattet av fast forvalg, slik at all trafikk kan faktureres av den kontraherende tilbyderen, samt med hjemmel i teleloven § 9-3 pålagt å redegjøre for hvilke tiltak selskapet vil iverksette for å sikre at anmodningen kan imøtekommes innen rimelig tid, m.v.

### 3) Nærmere om Telenors klage 23. oktober 2001

Telenor viser innledningsvis til at vedtaket består av to deler; 1) plikt til å levere abonnement og trafikk til numre som ikke er omfattet av fast forvalg for videresalg, og 2) plikt til å redegjøre for etterlevelse av vedtakets første del. Klagen gjelder den første delen av vedtaket.

Telenor har som vist til tidligere, anført flere grunnlag som etter deres mening må føre til at tilsynets vedtak må anses ugyldig. Prinsipalt anføres det at vedtaket må anses ugyldig på grunn av manglende hjemmel. Slik Telenor ser det, kan ikke offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, hjemle leveringsplikt for videresalg av abonnement. Bestemmelsen gir ikke adgang for Post- og teletilsynet å definere et internt videresalgsgrensesnitt innenfor tjenesten "offentlig telefontjeneste" og på det grunnlaget pålegges et likeverdig tilbud til andre aktører. Poenget med bestemmelsen er derimot at Telenor ikke skal kunne levere konsesjonerte tjenester til seg selv på gunstigere vilkår enn det andre tilbydere får. Etter Telenors vurdering er det den konsesjonerte tjenesten "offentlig telefontjeneste" som skal leveres til likeverdige vilkår. Tilsynet kan etter Telenors vurdering, ikke splitte opp tjenesten "offentlig telefontjeneste" ved å konstruere et internt videresalgsgrensesnitt for abonnement og "resttrafikk."

Telenor viser til at ikke-diskrimineringsbestemmelsen i offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, er en sentral bestemmelse i ONP-regelverket, jf ONP Rammedirektiv<sup>4</sup> art. 3 (1). Videre vises det til at Rammedirektivet er generelt og at det er vedtatt egne direktiver for å gi de generelle ONP-forpliktelsene anvendelse for visse tjenester, f.eks. leide linjer, fastnettelefoni til sluttbrukere og samtrafikk. Prinsippet om ikke-diskriminering er gjentatt i egne bestemmelser i disse tilleggsgenitivene, jf. samtrafikkdirektivet art. 6, taledirektivet art. 3, 6, 16 og 19. Slik Telenor ser det, omfatter ikke de tjenestene som ONP skal gis anvendelse på, abonnement for videresalg. Telenor kan heller ikke se at ikke-diskriminering som en sentral EU-rettslig forpliktelse, alene skulle være et argument for å pålegge abonnement for videresalg med hjemmel i den generelle plikten til ikke-diskriminering. Konsekvensen av en slik forståelse vil etter Telenors vurdering i tilfellet være at Telenor er pliktig til å levere enhver identifiserbar og leveringsbar innsatsfaktor direkte etter bestemmelsen i offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd. Det vises i denne sammenheng til at en slik forståelse ikke er lagt til grunn tidligere, jf. innføringen av LLUB som ble innført ved implementering av egen forordning. Det vises også til at det i Danmark er etablert en egen hjemmel om videresalg av abonnement bl.a. fordi dansk lovgivning på dette punktet antas å gå betydelig videre enn den felles EU-regulering av samtrafikk.

Telenor viser videre til at abonnement for videresalg er en helt ny form for tilgang til fasttelefonitjenesten som ikke eksplisitt er pålagt i offentlignettforskriften og som ikke er nevnt i noe stortingsdokument. Slik Telenor ser det, fremstår det som klart at lovgiver ikke tidligere har vurdert om slik tilgang bør pålegges. Videre mener Telenor at det ville vært naturlig om lovgiver hadde nevnt at videresalg av abonnement allerede var hjemlet i offentlignettforskriften i forbindelse med innføringen av videresalg av mobiltelefoni og LLUB, eller at Post- og teletilsynet hadde synliggjort dette ved innføringen av fast forvalg. Videresalg av abonnement har heller aldri vært nevnt som et mulig reguleringsalternativ i diskusjonene omkring konkurransen på aksess tjenester, og slik Telenor ser det, er det naturlig at et slikt pålegg må politisk behandles og regelverk endres før det kan innføres.

Telenor viser også til at lovens formål er relevant ved tolkningen og anvendelsen av offentlignettforskriften § 3-2. Telenor deler ikke Post- og teletilsynets oppfatning av at vedtaket vil

<sup>4</sup> Direktiv 90/387/EC, senere endret ved direktiv 97/51/EC

kunne slå positivt ut for konkurransen og for forbrukerne. Tvert imot mener Telenor at vedtaket vil kunne føre til at Telenor blir tvunget til å sette abonnementsprisen opp og trafikkprisen ned, med den konsekvens at andre aktører får lavere marginer på trafikk og at det blir dyrere å ringe for forbrukere som har et lavt ringevolum. I klagen redegjøres det nærmere for konkurransen i fasttelefonmarkedet og for virkninger som vedtaket antas å ville kunne få.

For det tilfellet at offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd kan anvendes på den måten tilsynet har gjort i det foreliggende tilfellet, anfører Telenor subsidiært at det uansett ikke foreligger noe "tilbud" om abonnement for videresalg internt i Telenor. For det første ønsker Telenor å tilbakevise at selskapet tilbyr videresalg av abonnement internt. Etter Telenors vurdering kan ikke selskapets organisering som innebærer at "offentlig telefontjeneste" ikke produseres, markedsføres og faktureres av samme Telenor-selskap, i seg selv medføre en tilbudsplikt på abonnement for videresalg. Det interne grensesnittet mellom Telenor-selskapene kan ikke være relevant i forhold til diskrimineringsforbudet i offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd. Det interne tilbudet som Post- og teletilsynet har lagt til grunn for sitt vedtak er etter Telenors oppfatning et ikke-eksisterende eller fiktivt tilbud. Telenor mener også at dette må anses som uriktige faktiske forutsetninger som har virket inn på vedtakets innhold og som må medføre ugyldighet.

Under henvisning til at Post- og teletilsynet også synes å legge til grunn at det eksisterer tilbud om videresalg av abonnement internt i Telenor fordi Telenor leverer fast forvalg til sine abonnenter uten begrensning i adgangen til å benytte fast forvalg i tråd med offentlignettforskriften § 4-4 og Post- og teletilsynets vedtak 9. september 1998, anfører Telenor for det annet at det ikke er en nødvendig sammenheng mellom det å tilby fast forvalg og det å tilby abonnement for videresalg. I motsetning til fast forvalg, er videresalg av abonnement ikke en EU/EØS-forpliktelse. Ettersom både offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd og § 4-4 er forankret i EUs regelverk og dette ikke innebærer noen plikt til å tilby abonnement for videresalg, må det etter Telenors vurdering være klart at det ikke er noen slik sammenheng mellom bestemmelsene som Post- og teletilsynet synes å legge til grunn i vedtaket.

Forutsatt at offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd kan anvendes på den måten Post- og teletilsynet har gjort og at det foreligger levering av abonnement for videresalg internt i Telenor, anfører Telenor atter subsidiært at Telenors tilbud om viderefakturering er tilstrekkelig til å oppfylle plikten til ikke-diskriminering i offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd. Viderefakturering åpner for at eksterne aktører kan gjøre det samme som Telenor Bedrift og Telenor Privat, nemlig å stå som avsender av faktura for Telenors telefontjeneste.

Telenor viser til at Post- og teletilsynet finner at eksisterende videresalgsavtaler der det stilles som vilkår at kontraherende tilbydere ikke skal ha anledning til å benytte fast forvalg, er i strid med offentlignettforskriften § 4-4 og utgjør et selvstendig grunnlag for å kreve at Telenor tilbyr abonnement for videresalg løsrevet fra trafikk. Telenor er enig i at også dagens videreselgere er "tilbydere av offentlig telefoni" og at disse således er omfattet av plikten i § 4-4. Slik Telenor ser det, er det imidlertid ikke forbudet om fast forvalg i avtaleforholdet mellom Telenor og videreselgeren som eventuelt er i strid med offentlignettforskriften § 4-4, men derimot det manglende tilbudet om slik funksjonalitet fra videreselgeren. Telenor skriver at de i ettertid ser at videreselgerne skulle ha søkt om unntak etter offentlignettforskriften § 4-4 annet ledd, og at Telenor burde ha stilt vilkår om dette ved avtaleinngåelsen med videreselgerne.

Telenor anfører også at Post- og teletilsynets vedtak må anses ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil. For det første bygger vedtaket på uriktig og ufullstendig grunnlag. Tilsynet har

etter Telenors vurdering uriktig lagt til grunn at det foreligger et internt tilbud om videresalg av abonnement. Videre anfører Telenor at saken ikke var tilstrekkelig opplyst da vedtak ble truffet og at vedtaket heller ikke er tilstrekkelig begrunnet. I klagen vises det til at relevante lovformål ikke er tilstrekkelig utredet, herunder virkningen av vedtaket for konkurransen og forbrukerne. Etter Telenors syn, har saksbehandlingsfeilene virket inn på vedtakets innhold og således må medføre at vedtaket anses ugyldig, jf. fvl. § 41.

#### **4) Nærmere om teleforvaltningsrådets innstilling 13. november 2002**

Statens Teleforvaltningsråd skriver innledningsvis i sin vurdering at de har vært i tvil hva angår både sakens faktiske og rettslige side, og det vises til at det for å sikre sakens opplysning, har vært nødvendig å avholde møter med sakens parter.

Når det gjelder konsekvensen av vedtaket, finner teleforvaltningsrådet det lett å forstå at et pålegg om engrossalg av abonnement til andre aktører i fasttelefonimarkedet vil gi disse en gunstigere stilling enn de ellers ville ha hatt ved at eksterne leverandører på den måten vil fremstå som totalleverandører av fasttelefoni.

Teleforvaltningsrådet anser det ikke eksplisitt klart at offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, omfatter plikt til engrossalg av fastabonnement. På den annen side finner rådet at bestemmelsen etter sin ordlyd heller ikke utelukker at pålegg om videresalg av abonnement kan omfattes. Etter teleforvaltningsrådets oppfatning må vedtaket til Post- og teletilsynet anses som en presisering av bestemmelsens rekkevidde. I sin vurdering viser teleforvaltningsrådet til at det er riktig at nye tilgangsformer er blitt hjemlet i nye bestemmelser, men etter rådets oppfatning er fastabonnement ikke nødvendigvis en ny tilgangsform, men en form for administrasjon av en tilgang som er klart innenfor telereguleringen. Det forhold at lovgivningen medfører en plikt til salg av abonnement til ekstern operatør, fremstår etter rådets vurdering som så vidt lite klart at en presisering av hjemmelsgrunlaget slik Post- og teletilsynet har gjort, har vært nødvendig. I motsetning til i den tidligere "Sense-saken" om tilgang for såkalte virtuelle operatører, finner ikke teleforvaltningsrådet at det i denne saken foreligger noe krav til særskilt hjemmel ved forskriftsendring.

Statens Teleforvaltningsråd viser til spørsmålet om Telenor kan anses å ha tilbudt videresalg av abonnement til egen virksomhet. Rådet finner Telenors sammenligning om at Telenor Telecom Solutions som leverer trafikk-tjenesten til kundene nærmest nytter Telenor Business Solutions og Plus som agent, for lite treffende. Rådet viser til at det er typisk for agentforhold at avtalen inngås med hovedmannen og for hans regning og risiko, mens Telenors selskaper nettopp fakturerer abonnement og trafikk som en felles tjeneste. Teleforvaltningsrådet legger til grunn at fastabonnementet er en vesentlig innsatsfaktor i denne tjenesten. Teleforvaltningsrådet slutter seg til Post- og teletilsynets vurderinger, og viser til at det ikke skal være av betydning for tilbudets form hvordan denne virksomheten er organisert og formelt avregnet internt i Telenor.

Teleforvaltningsrådet er videre enig med Post- og teletilsynet i at viderefaktureringsordningen som Telenor gir tilbud om, ikke er tilfredsstillende fordi kunden fortsatt har sitt kundeforhold i Telenor og Telenor således fortsatt beholder kundeforholdet.

Telenor har gjort gjeldende at vedtaket fra Post- og teletilsynet ikke omfatter ISDN utvidet tilknytning. Etter Teleforvaltningsrådets vurdering omfatter vedtaket ISDN utvidet tilknytning. Rådet kan ikke se at anførselen fra Telenor om ugyldighet på grunn av manglende opplysning av saken kan føre frem.

Statens Teleforvaltningsråd konkluderer som tidligere nevnt, med at Post- og teletilsynets vedtak bør opprettholdes med den presiseringen at vedtaket anses å medføre en plikt til levering av videresalg av abonnement fra vedtakstidspunktet.

## II DEPARTEMENTETS VURDERING

### 1) Manglende hjemmel

Med bakgrunn i Telenors prinsipale anførsel blir hovedspørsmålet i det følgende hvorvidt offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd kan benyttes som hjemmel for pålegg om tilbud om videresalg av fastnettabonnement. Med uttrykket "fastnettabonnement" forstås avtale mellom tilbyder av offentlig telenett og sluttbruker om tilgang til det faste telenettet.

De særlige bestemmelsene om tilgang til offentlig telenett, offentlig telefontjeneste og overføringskapasitet i offentlignettforskriften kapittel 3, gjelder for tilbyder som har sterk markedsstilling for tilbud om tilgang til offentlig telenett, offentlig telefontjeneste og overføringskapasitet, jf. offentlignettforskriften § 3-1. Det er ikke omtvistet i det foreliggende tilfellet at Telenor har sterk markedsstilling i markedet for fasttelefoni og at selskapet i utgangspunktet er underlagt de særlige tilgangsbestemmelsene.

Det vises innledningsvis til hovedregelen om tilgang til offentlig telenett og offentlig telefontjeneste i teleloven § 2-3. Etter denne bestemmelsen skal tilgang til "offentlig telenett, offentlig telefontjeneste eller overføringskapasitet" tilbys allmennheten av tilbyder med sterk markedsstilling for vedkommende nett og tjeneste. Videre følger det at slik tilgang skal tilbys til vilkår som ikke diskriminerer noen, som bygger på saklige kriterier og som er lett tilgjengelig for allmennheten. Hva som menes med "offentlig telenett", "tilbud om overføringskapasitet" og "offentlig telefontjeneste" er nærmere definert i teleloven § 1-6 bokstav e), f) og k).

Hovedregelen om tilgang i teleloven § 2-3, utdypes og avgrenses nærmere i bestemmelser i offentlignettforskriften kapittel 3 og 4. Etter departementets vurdering følger det ikke direkte av hovedregelen eller forskriftsbestemmelsene om tilgang at Telenor har en plikt til engrossalg av fastnettabonnement til andre. Heller ikke ved innføringen av ordningen med fastforvalg, jf. offentlignettforskriften § 4-4 og Post- og teletilsynets vedtak 9. september 1998, er videresalg av abonnement nevnt å være omfattet.

Om det likevel kan utledes en slik plikt, må i tilfellet derfor bero på en nærmere tolkning av bestemmelsen i offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd.

Telenor anfører som nevnt at § 3-2 annet ledd ikke gir hjemmel for å definere et internt grensesnitt innenfor begrepet "offentlig telefontjeneste" og på det grunnlag gi pålegg om å tilby abonnement for videresalg. Det bestemmelsen regulerer er etter Telenors vurdering at det ikke skal være diskriminerende vilkår når Telenor leverer den konsesjonerte tjenesten "offentlig telefontjeneste" til egen virksomhet.

Post- og teletilsynet på sin side viser i vedtaket til at produktet fasttelefoni består av delproduktene trafikk og abonnement. Fordi Telenor etter tilsynets vurdering tilbyr trafikk og abonnement separat i egen virksomhet, finner tilsynet med henvisning til offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd, der det følger at tilgang til offentlig telenett skal tilbys "andre til likeverdige og ikke-diskriminerende vilkår", at det er grunnlag for å pålegge Telenor plikt til videresalg av fastnettabonnement.



Etter sin ordlyd oppstiller 3-2 annet ledd utelukkende et forbud mot diskriminering mellom egen og andres virksomhet. Bestemmelsen stiller krav til tilbudets innhold, og forutsetter at hjemmelen for tilbudsplikt/kontraheringsplikt fremgår andre steder i regelverket. Slike hjemler er blant annet etablert for samtrafikk (herunder fast forvalg), LLUB (operatøraksess) og tilgang for virtuelle mobiloperatører<sup>5</sup>.

Post- og teletilsynet forutsetter i sitt vedtak at Telenor med hjemmel i § 3-2 annet ledd kan pålegges en tilbudsplikt, selv om dette ikke følger av tilgangsreglene for øvrig. Statens teleforvaltningsråd har sluttet seg til at § 3-2 ikke utelukker at et pålegg om videresalg av abonnement kan omfattes, uten at dette begrunnes nærmere. Samferdselsdepartementet bemerker at denne forståelsen innebærer en markert utvidelse av bestemmelsens virkeområde i forhold til hva som følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Forståelsen bør derfor ha klar støtte i andre rettskildefaktorer, som forarbeider, formålsbetraktninger, myndighetspraksis og reelle hensyn.

Selv om forståelsen har klar støtte i andre rettskildefaktorer, vil legalitetsprinsippet og hensynet til forutsigbarhet for Telenor sette skranke for hvor vidtgående og konkrete forpliktelser som kan pålegges med hjemmel i § 3-2 annet ledd. I de tilfeller hvor lovgiver ikke har vurdert det spørsmål som senere blir forelagt domstolene eller forvaltningen til avgjørelse, vil innskrenkende tolkning være særlig aktuelt<sup>6</sup>. Dette tilsier at man bør være varsom med å tolke telelovgivningens bestemmelser om tilbudsplikt/kontraheringsplikt utvidende<sup>7</sup>.

Tele2 har vist til departementets merknader til bestemmelsene i forbindelse med at et forslag til forskrift var på høring i 1997<sup>8</sup>. I merknadene til § 3-2 annet ledd presiseres det at bestemmelsen vil innebære et forbud mot diskriminering mellom egen og andres virksomhet. Videre fremgår bl.a.:

*"Grensen for tilbudsplikten som følger av annet ledd, må trekkes opp av Post- og teletilsynet ut fra en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Fordelene ved å la funksjonalitet omfattes må vurderes i forhold til ulempene for tilbyder."*

Denne uttalelsen trekker i retning av at departementet har forutsatt at det skal kunne utledes en tilbudsplikt av § 3-2 annet ledd. Det nærmere omfanget av tilbudsplikten er imidlertid ikke konkretisert eller eksemplifisert. Merknadene er heller ikke publisert. Uttalelsen har på denne bakgrunn begrenset rettskildemessig vekt. I den grad departementet mente at det skulle utledes en tilbudsplikt etter § 3-2, ville det derfor vært naturlig at denne forutsetningen i større grad hadde kommet til uttrykk i selve forskriftsbestemmelsen.

Post- og teletilsynet har lagt til grunn at hensynet til effektiv bruk av infrastrukturen i fastnettet taler for at det bør gis pålegg om videresalg av abonnement. Telenor viser til at produktet viderefakturerer åpner for at eksterne aktører får den samme muligheten til å fakturere for fastabonnement som Telenors datterselskaper, og på denne måten samle både trafikk og abonnement på én faktura til sluttbruker. Etter Post- og teletilsynet og Tele 2's vurdering er ikke viderefakturerer likeverdig med videresalg av abonnement. Det vises i denne sammenheng til at kunden fortsatt vil ha sitt abonnement hos Telenor og at tilbyder av fast forvalg

<sup>5</sup> Se offentlignettforskriften § 3-2a om tilgang til det faste aksessnettet og kapittel 4 om samtrafikk (herunder § 4-4 om valg av alternativ tilbyder av offentlig teletjeneste (fast forvalg), § 4-5 om spesiell nettilknytning og § 4-6 om avtale om bruk av annen tilbyders offentlige kommunikasjonsnett)

<sup>6</sup> Synspunktet er lagt til grunn i Statens teleforvaltningsråds innstilling av 5. mars 1999 til Samferdselsdepartementet i "Sense-saken".

<sup>7</sup> Jf. Jon Bing (mfl.) "Innføring i telekommunikasjonsrett" 2001 s. 184 og 185.

<sup>8</sup> Merknadene ble vedlagt høringsbrev fra Samferdselsdepartementet av 29. august 1997

ikke kan velge hvordan abonnementet skal tilbys eller prises, og heller ikke tilby tilleggsprodukter eller videreutvikle abonnementstjenesten.

Samferdselsdepartementet legger til grunn at operatørene ved viderefakturering vil kunne tilby både trafikk og abonnement på én regning. Dette antar vi at de fleste sluttbrukere vil anse som en fullt ut tilfredsstillende løsning. Vi ser imidlertid at operatørene vil kunne ha en interesse i å selv velge hvordan abonnementstjenesten nærmere skal utformes. På dette grunnlag antar vi at det vil kunne være en konkurransefordel for Telenor å tilby kundene et helhetlig kundeforhold. Vi viser i denne forbindelse til at Konkurransetilsynet har sammenfallende vurdering som Post- og teletilsynet av de konkurransemessige forhold, jf. Konkurransetilsynets varsel om vedtak i saken av 29. juni 2001, omtalt ovenfor.

Departementet vil imidlertid understreke at vurderingstemaet etter konkurranseloven § 3-10, som Konkurransetilsynet har vurdert Telenors adferd etter, er annerledes enn etter offentlig-nettforskriften § 3-2. Konkurranseloven § 3-10 gir Konkurransetilsynet en generell fullmakt til å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen. Det gis således vide rammer for å gripe inn mot atferd som er til hinder for å fremme lovens formål om effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.

Post- og teletilsynet har lagt til grunn at effektiv konkurranse vil komme forbrukerne til gode gjennom billigere, mer varierte og bedre tjenester. Vi er enig i at økt konkurranse generelt sett vil gi forbrukerne et bedre og mer variert tjenestetilbud. Samtidig har Telenor påpekt at de systemtekniske utfordringene knyttet til et tilbud om abonnement for videresalg er betydelige, i tillegg til omfattende kostnads- og prisanalyser. Det er naturlig å anta at de økonomiske kostnadene for en stor del vil belastes sluttbrukerne. Telenor har også indikert at abonnementsprisen vil gå opp som følge av pålegget. Dette vil spesielt gå ut over kunder med lavt ringevolum, typisk private husholdninger. På bakgrunn av at departementet antar at en viderefaktureringsløsning vil være tilfredsstillende for de aller fleste sluttbrukere, jf. ovenfor, er det derfor etter vår oppfatning usikkert i hvilken grad videresalg av abonnement kommer forbrukerne til gode.

Telenor har vist til at myndighetene tradisjonelt har valgt å gi særlige hjemmelsbestemmelser for nye tilgangsformer, og ikke innfortolke tilgangsformer med hjemmel i § 3-2. Etter Samferdselsdepartementets oppfatning har denne praksisen ikke vært så konsistent og langvarig at den stenger for at pålegg om andre tilgangsformer innføres på andre måter. Imidlertid er det etter departementets oppfatning gode grunner for at nye tilgangsformer innføres ved forskriftsendring. Ved forskriftsendringer gis alle interessenter anledning til å si sin mening om forslaget, ikke bare partene i klagesaken. Videre blir hensynet til demokratisk styring og kontroll ivaretatt ved at spørsmål av meget stor prinsipiell og politisk betydning blir redegjort for og forelagt Stortinget, slik som Samferdselsdepartementet gjorde i forkant av innføringen av LLUB<sup>9</sup> og tilgang for virtuelle mobiloperatører<sup>10</sup>.

Vi viser i denne forbindelse også til uttalelse i St.meld nr. 24 (1999-2000) punkt 2.6.1.1:

*"... Teleområdet er særdeles dynamisk og komplisert både teknisk og markedsmessig. På denne bakgrunn har telemyndighetene fått fullmakt til å fastsette forskrifter på området. Ikke minst pga. det raske utviklingstempo i denne sektoren vil det kunne oppstå tilfeller*

<sup>9</sup> LLUB er bl.a. drøftet i Stortingsmelding nr. 24 (1998-99) "Om enkelte regulatoriske spørsmål i telesektoren"

<sup>10</sup> Spørsmålet drøftet i Stortingsmelding nr. 25 (1999-2000) "Om tilgang til mobilnett og om innføring av tredje generasjons system for mobilkommunikasjon"

*som det på forhånd ikke direkte er tenkt på. Dette stiller særlige utfordringer mht. skjæringspunktet mellom forutberegnlighet og offentlig regulering."*

Uttalelsen viser at formålet med telemyndighetenes kompetanse til å gi forskrifter, er å holde følge med den markedsmessige og teknologiske utviklingen på telesektoren. Til tross for markedets særdeles dynamiske karakter, forutsettes det at det løpende behov for reguleringsendringer som utgangspunkt bør ivaretas ved forskriftsendringer.

Videresalg av fastnettabonnement er ikke en forpliktelse etter EØS-avtalen. Etter Samferdselsdepartementets oppfatning bør regulering utover EUs minimumskrav være særskilt politisk begrunnet.

Statens teleforvaltningsråd har lagt til grunn at fastabonnement ikke nødvendigvis er en ny tilgangsform, men heller bør karakteriseres som en form for administrasjon av en tilgang. Samferdselsdepartementet bemerker at dette i så fall taler for at § 3-2 ikke kan benyttes som hjemmel, siden bestemmelsen nettopp regulerer "tilgang" til offentlig telenett m.v.

Post- og teletilsynet har påpekt at Kommisjonens forordning om LLUB er gjort med bakgrunn i et ønske om å øke konkurransen blant annet i markedet for telefontjeneste i fastnettet, og at Kommisjonen gjennom denne forordningen ikke har avskåret medlemslandene fra å ta i bruk andre tiltak ved siden av kravene. Post- og teletilsynet har videre vist til at Danmark har fått Kommisjonens bekreftelse på at et slikt videresalg kan pålegges uten å komme i strid med underliggende direktiver. Samferdselsdepartementet merker seg at måten som Danmark har valgt å innføre plikt til videresalg av abonnement på er regelverksendring, og ikke enkeltvedtak.

Telenor har som nevnt ovenfor gjort gjeldende at de systemtekniske utfordringene knyttet til et tilbud om abonnement for videresalg er betydelige, i tillegg til at det må foretas omfattende kostnads- og prisanalyser. Telenor har ikke bidratt til å tallfeste de økonomiske konsekvensene for selskapet ved å bli pålagt plikt til videresalg. I brev til Samferdselsdepartementet av 17. januar 2003 vises det til at kostnadene ved å tilrettelegge tjenesten har vært "store". Samferdselsdepartementet legger til grunn at vedtaket i alle fall ikke har hatt ubetydelige kostnader for Telenor. Kostnadene for Telenor taler mot at selskapet kan pålegges en plikt til videresalg av abonnement.

Etter en samlet vurdering finner Samferdselsdepartementet det klart at offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd ikke gir hjemmel for å pålegge en plikt til å tilby videresalg av fasttelefoni. Post- og teletilsynets vedtak må på dette grunnlag oppheves.

## **2) Uriktig faktisk forutsetning**

Under forutsetning av at offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd kan anvendes som grunnlag for pålegg, har Telenor subsidiært anført at det ikke foreligger et internt "tilbud" om videresalg av fastnettabonnement i Telenor. Etter Post- og teletilsynets vurdering er det ikke avgjørende i denne sammenheng at det foreligger avtale internt i Telenor om videresalg av fastabonnement, men at fastnettabonnement rent faktisk videreselges.

Siden Samferdselsdepartementet mener at § 3-2 annet ledd ikke gir hjemmel for pålegg om tilbud om videresalg av fastnettabonnement, jf. ovenfor, er det for vurderingen av vedtakets gyldighet ikke nødvendig å ta stilling til om også foreligger et internt tilbud i Telenor om vi-

deresalg av fastnettabonnement. På bakgrunn av at spørsmålet har stått sentralt i klagesaken, vil departementet likevel gi sin vurdering av dette spørsmålet.

Samferdselsdepartementet er enig med Telenor i at selskapets organisering ikke er av betydning ved vurderingen om det foreligger et internt tilbud om videresalg. Dette innebærer også at Telenor ikke skal kunne organisere seg bort fra forpliktelser. I så fall vil den interne oppgavefordelingen mellom selskapene kunne rammes ut fra omgåelsesbetraktninger.

Etter departementets oppfatning gjør Telenor i brevet av 17. januar med styrke gjeldende at de oppgaver som Telenor Privat og Telenor Business Solutions har i forbindelse med fakturering og kundehåndtering, ikke medfører at disse må anses som selvstendige videreselgere. Telenor viser blant annet til at ansvaret for den konsesjonspliktige telefontjenesten, herunder fastsettning av priser og leveringsvilkår, for tiden er lagt til Telenor Telecom Solutions. Etter departementets oppfatning synes det som skjer internt i Telenor å ha mest til felles med en viderefaktureringsløsning, og ikke videresalg av abonnement.

Løsningen synes også å være en praktisk og hensiktsmessig organisering av Telenors virksomhet som ikke kan eller bør rammes ut fra omgåelsesbetraktninger.

Etter Samferdselsdepartementets oppfatning er vilkåret i offentlignettforskriften § 3-2 annet ledd om at Telenor tilbyr produktet videresalg av abonnement "til egen virksomhet" ikke oppfylt. Post- og teletilsynets vedtak bygger således på en uriktig oppfatning av de faktiske forhold.

### III AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Samferdselsdepartementet vil med bakgrunn i denne klagesaken ta opp til nærmere vurdering spørsmålet om hensynet til virksom konkurranse i telemarkedet kan tale for at Telenor pålegges å videreselge abonnement for fasttelefoni. Departementet vil med bakgrunn i denne vurderingen utrede nærmere om det i forskrift bør fastsettes en tilbudsplikt/kontraheringsplikt for videresalg av abonnement for operatører med sterk markedsstilling. Et eventuelt forslag vil bli sendt på bred høring på vanlig måte.

Vi bemerker at en eventuell plikt til videresalg av abonnement etter vår oppfatning ikke bør være avhengig av om tilbyderer selv tilbyr produktet til egen virksomhet. Det sentrale ved en eventuell forskriftsendring vil være å sikre at videreselger er i stand til å konkurrere i sluttbrukermarkedet på like vilkår som Telenors egen virksomhet.

Ettersom Konkurransetilsynet tidligere har varslet inngrep etter konkurranseloven § 3-10, sendes dette vedtaket i kopi til Konkurransetilsynet.

### III VEDTAK

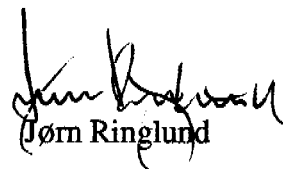
Post- og teletilsynets vedtak 1. oktober 2001 om plikt for Telenor til å tilby videresalg av fast-nettabonnement oppheves.

Avgjørelsen er endelig og kan ikke påklages. Vi beklager for øvrig at den samlede saksbehandlingstiden i saken har blitt lang.

Med hilsen



Eva Hildrum e.f.



Jørn Ringlund

#### Kopi:

- Statens Teleforvaltningsråd v/Eirik Djønn
- Post- og teletilsynet
- Konkurransetilsynet