



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Telenor ASA
Postboks 800
1331 FORNEBU

Deres ref

Vår ref
14/642

Dato
21.05.15

Telenor AS - vedtak i klagesak om overtredelsesgebyr

Det vises til klage fra Telenor AS av 23.12.2013 på Nasjonal kommunikasjonsmyndighets (tidligere Post- og teletilsynet) vedtak av 06.12.2013 om overtredelsesgebyr på 500 000 kr for overtredelse av plikten til å dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering og annen felles utnyttelse av infrastruktur. Videre vises det til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets innstilling i klagesaken 21.04.2014, hvor vedtak av 06.12.2013 fastholdes. Det vises også til brev til departementet 07.03.2014 fra Telenor v/advokatfirma Hjort, med merknader til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets innstilling.

På grunn av høy arbeidsbyrde og fordi denne saken gjelder saksforhold som er avsluttet, har Samferdselsdepartementet ikke funnet å kunne prioritere saken. Vi beklager overfor partene at det har tatt lang tid å behandle den.

1. Sakens bakgrunn

Reglene om samlokalisering bidrar til å sikre samfunnets interesser og samfunnsøkonomiske behov, ved at det ikke etableres unødvendig og fordyrende infrastruktur. Mobile Norway klagde 06.02.2013 til Nasjonal kommunikasjonsmyndighet på Telenors avslag på anmodninger om samlokalisering i Telenors mobilnett. Forut for dette har det vært gjennomført en meglingsprosess mellom partene i regi av Nasjonal kommunikasjonsmyndighet, uten at det ble oppnådd enighet. Den opprinnelige klagen gjaldt Telenors avslag på fem konkrete anmodninger om samlokalisering. Disse fem konkrete sakene ble løst på ulikt vis i ettertid, men Mobile Norway opprettholdt klagen for så vidt gjaldt mangelfull begrunnelse for avslagene. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet fattet vedtak 06.12.2013 om at Telenor skal betale overtredelsesgebyr på 500 000 kr for overtredelse av plikten til å dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering og annen felles utnyttelse av infrastruktur.

I Telenors klage av 23.12.2013 fremstiller Telenor fire anførsler for klagen. Anførslene går ut på følgende:

1. Telenor mener at ekomloven ikke gir hjemmel til å pålegge utbyggingsforpliktelser.
2. Subsidiært mener Telenor at selskapet uansett har oppfylt kravet til dokumentasjon og begrunnelse.
3. Telenor har gitt de selskaper som vurderer å søke om innplassering den informasjon som selskapet er rettslig forpliktet til å gi, og som er tilstrekkelig til kunne vurdere innplassering. Herunder anføres at mastetegninger ikke er nødvendig informasjon for den som vurderer innplassering.
4. Atter subsidiært mener Telenor at selskapet ikke har opptrådt uaktsomt og at det derfor under ingen omstendighet foreligger grunnlag for overtredelsesbot.

Samferdselsdepartementet gjør for ordens skyld oppmerksom på at ekomloven § 4-4 ble endret med virkning fra 01.07.2013 ved at bestemmelsen fikk et nytt annet ledd. Det innebar at tidligere tredje og femte ledd nå er blitt fjerde og sjette ledd. Vedtaket gjelder forhold som har skjedd før denne lovendringen, og tilsynet har i sin innstilling henvist til bestemmelsen slik den lød før den nevnte endringen. Endringen i nummereringen har ikke hatt betydning for det materielle innholdet i bestemmelsene. Samferdselsdepartementet vil i det følgende bruke de samme henvisninger som Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har gjort i sin innstilling.

2. Gir ekomloven hjemmel til å pålegge utbyggingsforpliktelser?

2.1 Generelt om dokumentasjons- og begrunnelseskravet

Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak gjelder plikten til å dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering og annen felles utnyttelse av infrastruktur, og overtredelse av pålegg om å gi tilgang til all informasjon som er nødvendig for å iverksette en anmodning om samlokalisering. Klagers anførsel om at ekomloven ikke gir hjemmel til å pålegge utbyggingsforpliktelser er imidlertid sentral for utfallet av saken, og departementet vil derfor først ta stilling til dette.

Telenor mener at ekomloven ikke hjemler en plikt til å bygge ut kapasitet, og at Telenor derfor ikke kan pålegges en plikt til å omtale eventuelle kapasitetsutvidelser i begrunnelsen for avslag om samlokalisering. Etter klagers mening gir verken bestemmelsens ordlyd eller forarbeidene hjemmel for pålegg om kapasitetsutvidelser. Klager fremholder at begrepet samlokalisering i henhold til definisjonen må forstås som en henvisning til etablert infrastruktur eller infrastruktur som eier på eget tiltak vil etablere til plassering av utstyr for elektronisk kommunikasjon. Telenor mener videre at et pålegg om kapasitetsutvidelse er et så inngripende vedtak at det krever klar hjemmel i lov, og at et slikt hjemmelskrav ikke er oppfylt. Selskapet mener at reelle hensyn og formålsbetraktninger ikke er tilstrekkelig hjemmel for et slikt krav.

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet understreker at ekomloven 4-4 tredje ledd ikke gir hjemmel til å pålegge Telenor å tilby samlokalisering i infrastruktur som ikke allerede eksisterer eller er planlagt fra Telenors side. Det vil si at tilsynet ikke kan pålegge Telenor å

bygge ut ny infrastruktur der selskapet ikke allerede har etablert eller planlegger å etablere infrastruktur. Tilsynet er imidlertid ikke enig med Telenor i at lovens ordlyd taler imot at tilsynet har hjemmel til å kunne pålegge Telenor å foreta kapasitetsutvidelser i den eksisterende infrastrukturen for å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokalisering. Tilsynet mener at § 4-4 tredje ledd under forutsetning av at anmodningen er rimelig, og plikten til å foreta kapasitetsutvidelse er forholdsmessig, gir hjemmel for å pålegge Telenor å imøtekomme anmodning om samlokalisering også når dette vil innebære en kapasitetsutvidelse. Tilsynet viser i den forbindelse til at en slik tolkning har støtte i lovens forarbeider, i M15-vedtaket fra 2006 og i M15-vedtaket fra 2010.

Samferdselsdepartementets vurdering

Departementet er enig i at ekommyndigheten ikke med hjemmel i ekomloven § 4-4 kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling å tilby samlokalisering i infrastruktur der slik infrastruktur ikke allerede eksisterer eller er planlagt. Samferdselsdepartementet ser denne problemstillingen som noe annet og mer omfattende enn under visse vilkår å pålegge Telenor å foreta kapasitetsutvidelser i eksisterende infrastruktur.

Spørsmålet i det følgende er om ekomloven § 4-4 gir hjemmel til å kunne pålegge Telenor å foreta kapasitetsutvidelser i den eksisterende infrastrukturen for å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokaliseringer. Departementet viser til at ekomloven § 4-4 tredje ledd fastslår at myndigheten kan pålegge tilbyder med sterk markedsstilling plikt til å imøtekomme rimelig anmodning om samlokalisering innenfor det marked tilbyderen har sterk markedsstilling, når dette er egnet til å fremme bærekraftig konkurranse. Telenor er utpekt som tilbyder med sterk markedsstilling, og er pålagt å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokalisering, jf. vedtak 5. august 2010 (M 15-vedtaket). Spørsmålet er derfor om en anmodning som vil kreve kapasitetsutvidelser kan anses som rimelig. Det følger av ekomloven § 4-4 femte ledd første punktum at det i vurderingen av om en anmodning er rimelig skal foretas en avveining i samsvar med § 4-1 annet ledd. Det følger videre av § 4-1 annet ledd at:

”I vurderingen av om en anmodning er rimelig skal det blant annet foretas en avveining av tilbyders interesse i å disponere egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er nødvendig for å kunne tilby konkurrerende tjenester. I vurderingen av hva som er nødvendig skal det tas hensyn til om det i lys av markedsutviklingen er teknisk og bedriftsøkonomisk mulig å anlegge eller bruke konkurrerende infrastruktur. I vurderingen av om en anmodning er rimelig skal det i tillegg tas hensyn til:

- 1. tilgjengelig kapasitet*
- 2. tilbyders investeringer og investeringsrisiko, herunder eventuelle offentlige støtte- og tilskuddsordninger*
- 3. bærekraftig konkurranse*
- 4. behov for å ivareta nettets integritet*
- 5. immaterielle rettigheter og*
- 6. etablering av felles-europeiske tjenester.”*

Det fremgår av nr. 1 at i vurderingen av om en anmodning er rimelig skal det tas hensyn til tilgjengelig kapasitet. Det fastslås ikke i ordlyden at tilgjengelig kapasitet er et vilkår for å

anse en anmodning som rimelig. Etter departementets vurdering vil tilgjengelig kapasitet være et moment som trekker i retning av at anmodningen lettere kan anses som rimelig enn om det ikke foreligger tilgjengelig kapasitet. Om det ikke foreligger tilgjengelig kapasitet, kan anmodningen likevel etter omstendighetene være rimelig dersom kapasiteten kan bygges ut, og en vurdering av bestemmelsens øvrige elementer tilsier at den bør bygges ut.

Departementet viser blant annet til bestemmelsens annet ledd nr. 3, der det fremgår at det i vurderingen av om en anmodning er rimelig også skal tas hensyn til bærekraftig konkurranse. Dersom samlokalisering kan føre til kostnadsreduksjon for den aktør som anmoder om samlokalisering, og bidra til å begrense etableringshindringer for nye aktører i markedet, så vil dette kunne fremme bærekraftig konkurranse, og derfor tale for at det gis tilgang til samlokalisering.

Dette synspunktet underbygges videre av forarbeidene, der det fremkommer et overordnet synspunkt om at det skal tilrettelegges for andre løsninger når det ikke er plass i eksisterende infrastruktur. Det fremgår blant annet av forarbeidene at: *Definisjonen av samlokalisering omfatter også "virtuell samlokalisering". Dette innebærer at når det ikke er plass til utstyret til tilknyttende tilbyder i eksisterende lokaler, skal det legges til rette for andre løsninger. Andre løsninger kan for eksempel være samlokalisering i et nabobygg med kabeltilknytning eller i container utenfor lokalet*". Tilbyder har således plikt til å foreta tilpasninger og legge til rette for andre løsninger når anmodningen om samlokalisering er rimelig, selv om det ikke er plass i eksisterende infrastruktur.

Når dette er sagt så viser departementet til at også de andre momentene i § 4-1 annet ledd skal vurderes, og kan føre til at en anmodning ikke vil være rimelig. Herunder vil kostnader og risiko på grunn av utbygging for tredjepart, jf. Telenors anførsler, måtte vurderes. Det vises her til § 4-4 tredje ledd, jf. § 4-1 annet ledd nr. 2 om tilbyders investeringer og investeringsrisiko. Det vil bero på en konkret vurdering av den enkelte forespørsel om anmodningen om samlokalisering er rimelig eller ikke. Interesseavveiningen understrekes i § 4-1 annet ledd, der det fremgår at det skal *"foretas en avveining av tilbyders interesse i å disponere egen infrastruktur mot behovet for å gi andre tilgang som er nødvendig for å tilby konkurrerende tjenester"*. Departementet er for øvrig ikke enig med klager i at henvisningen til egen infrastruktur i denne bestemmelsen medfører at bestemmelsen stenger for å pålegge utvidelser i eksisterende infrastruktur.

Telenor anfører at selskapet ikke kan pålegges forpliktelse til å foreta kapasitetsutvidelser med hjemmel i § 4-4 tredje ledd fordi ordlyden i bestemmelsen ikke klart nok uttrykker plikt til kapasitetsutvidelse. Selskapet mener at en slik forpliktelse ikke kan pålegges når hjemmelen bygger på en fortolkning som tillegger formålsbetraktninger og reelle hensyn vekt. Selskapet viser til Rt. 1995 s. 530. Selv om dommen legger til grunn at også andre rettskilder enn loven selv kan tillegges vekt, slår den fast at *"...jo mer inngripende vedtaket er, jo klarere hjemmel kreves"*. Telenor anfører at et krav til å foreta kapasitetsutvidelser er så inngripende overfor selskapet at kravet til lovhjemmel i denne saken ikke er oppfylt. Selskapet begrunner dette blant annet i at krav til kapasitetsutvidelser selv med anleggstilskudd vil kunne innebære teknisk og kommersiell risiko for Telenor, og vil beslaglegge betydelige interne ressurser hos Telenor.

Departementet forstår Telenors klage slik at selskapet aksepterer at utgangspunktet når man befinner seg utenfor områder som gjelder vern av enkeltmenneskers personlige frihet eller

sikkerhet, er at tolkningsresultat et stykke på vei kan bygges på andre rettskildefaktorer enn loven selv, jf. førstvoterendes uttalelse i Rt.1995 s. 530: ”... *kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes*”. Spørsmålet blir derfor om pålegg om utbygging av kapasiteten i eksisterende infrastruktur er så inngripende at det kreves klarere hjemmel i ekomloven.

Departementet viser til at spørsmålet må vurderes med bakgrunn i den sektorsspesifikke reguleringen som fremgår av ekomloven. For å legge til rette for bærekraftig konkurranse, hjemler ekomloven en asymmetrisk regulering som gir tilbyder med sterk markedsstilling plikter til fordel for andre tilbydere. Det forutsettes således i ekomloven at tilbyder med sterk markedsstilling må tåle inngrep i sin rettsstilling når forutsetningene som følger av loven er oppfylt. Kravet til samlokalisering følger av at Telenor har sterk markedsstilling innenfor det aktuelle markedet (M 15). Som beskrevet ovenfor er det en rekke momenter som skal vurderes for å avgjøre om en anmodning som samlokalisering som krever kapasitetsutvidelse er rimelig, slik at det bør gis rett til å samlokalisere. En anmodning som er uforholdsmessig tyngende/ inngripende for Telenor vil ikke bli ansett som rimelig, og slike vedtak vil ikke ha hjemmel i § 4-4.

Departementet er på denne bakgrunn enig i Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vurdering av Rt. 2005 s 577. jf. innstillingen av 21.02.2014. Dommen gjelder legalitetsprinsippets anvendelse på skatteplikt. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet fremhever at dommen ikke gir grunnlag for å si at en rekke hensyn og formålsbetraktninger ikke kan vektlegges i tolkningen av ekomloven § 4-4. Tilsynet viser til at vektleggingen av forutsigbarhets hensynet som klarhetskravet skal ivareta, vil som Telenor også påpeker, avhenge av hvor inngripende pålegget er. I vurderingen av hvor inngripende pålegget er, må det etter ekommyndighetens syn legges vekt på at spørsmålet gjelder en forpliktelse knyttet til sektorspesifikk forhåndsregulering av ekommarkedet, som gjennomføres for å oppnå en bærekraftig konkurranse. Markedsanalyser har vist at det ikke er effektiv konkurranse i det norske mobilmarkedet, og reguleringen av Telenor har til hensikt å legge til rette for flere mobile nettverkstilbydere. Vi befinner oss altså innenfor et område der pålegget ikke nødvendigvis fremstår som uforholdsmessig tyngende eller inngripende.

Etter departementets syn kan at en anmodning være rimelig selv om den vil kreve kapasitetsutvidelser i eksisterende infrastruktur. Departementet mener at det ikke på forhånd kan fastslås at enhver anmodning om samlokalisering som medfører kapasitetsutvidelse, er å anse som urimelig. Ekomloven § 4-4 tredje og femte ledd, jf. § 4-1 annet ledd gir etter departementets syn rettsgrunnlag til å pålegge kapasitetsutvidelse dersom anmodningen i det konkrete tilfelle er å anse som rimelig.

2.2 Nærmere om plikt til å bytte egne antenner

Departementet viser til klagers spørsmål om det foreligger hjemmel til at eieren av infrastruktur kan pålegges plikt til å bytte egne antenner for å frigjøre plass for tredjepart. Departementet er enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at ekomloven i utgangspunktet hjemler også slike kapasitetsutvidelser, men det må avgjøres konkret i den

enkelte sak om det er forholdsmessig å pålegge antennebytte. Departementet viser til at dersom det skal pålegges plikt til å samlokalisere i tilfeller der antennebytte er påkrevd, så vil det måtte foreligge forhold som veier tyngre enn ulempene Telenor blir påført ved antennebyttet. Bakgrunnen for dette er at antennebytte kan påføre Telenor en rekke ulemper i form av omlegging av radioplanleggingen, samt hinder i systematisk utbygging og antennebytter i tråd med Telenors dekningsstrategi og planlagte teknologiomlegging. Departementet er enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at kvaliteten, deknningen og kapasiteten i Telenors mobilnett er viktige hensyn i vurderingen av om antennebytte kan pålegges, og kan etter forholdene medføre at anmodningen ikke anses som en rimelig anmodning.

Når det gjelder spørsmålene om den praktiske gjennomføringen av antennebytte der andre tilbydere har avtale med Telenor om samlokalisering av antenner med mer, viser departementet til betraktningene fra Nasjonal kommunikasjonsmyndighet og legger til grunn at Telenor vil løse eventuelle spørsmål som måtte oppstå i samarbeid med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet.

Departementet viser for øvrig til at ekomlovens systematikk fører til at Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak og praksis i slike saker vil være veiledende for etterfølgende saker, og dermed skape større forutberegnelighet for aktørene enn det lovverket alene gjør. Dette er i tråd med EUs regulering på området for elektronisk kommunikasjon som er gjennomført i ekomloven med forskrifter. Lov og forskrift setter i tråd med EU reguleringen rammene for Nasjonal kommunikasjonsmyndighets arbeid, mens enkeltvedtakene utpeker tilbyder med sterk markedsstilling og pålegger asymmetriske forpliktelser i det enkelte tilfellet, jf. ekomloven kapittel 3 og 4, se nærmere omtale under departementets vurdering i pkt. 3.1.

3. Er krav til dokumentasjon og begrunnelse oppfylt ved avslag på søknad om samlokalisering?

3.1 Generelt om dokumentasjons- og begrunnelseskravet

Telenor mener at de har oppfylt kravet til dokumentasjon og begrunnelse. Klager mener begrunnelsesplikten etter M15-vedtaket er oppfylt når det gjøres klart at avslaget skyldes kapasitetsmangel. Telenor kan ikke se at det er krav til at selskapet forklare nærmere hvorfor det ikke vil være rimelig å utvide kapasiteten. Telenor anfører at nye tilbydere selv bør innhente kunnskap om master og sendepunkter ved å gjøre befaringer og egne undersøkelser. Telenor forstår Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak slik at Telenor plikter å begrunne nærmere hvorfor kapasitetsutvidelse ikke er rimelig, uavhengig av hvilke opplysninger anmoder har gitt Telenor i søknaden og uavhengig av om anmoder har bedt om kapasitetsutvidelse. Telenor er uenig i tilsynets krav om begrunnelse og dokumentasjon i denne saken.

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet viser til at begrunnelsesplikten ved et avslag henger sammen med omfanget av plikten til å tilby samlokalisering. Tilsynet mener at begrunnelsen må inneholde en forklaring på avslaget, samt all informasjon som er nødvendig for å avgjøre

om anmodningen er rimelig. Avslaget må være av en slik karakter at den gir anmoder en reell mulighet til å etterprøve begrunnelsen for avslaget.

Departementet viser til at det fremgår av § 4-4 femte ledd annet punktum at tilbyder med sterk markedsstilling skal dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering og annen felles utnyttelse av infrastruktur. Begrunnelsen for dette fremgår av merknaden til § 4-1: *"Dersom tilgang nektes skal anmoder i henhold til tredje ledd få et dokumentert og begrunnet avslag på anmodningen slik at anmoder får tilstrekkelig innblikk i bakgrunnen for avslaget"*. Departementet vil bemerke at loven gir vide rammer for hvilke krav som stilles til tilbyder med sterk markedsstilling når det fastslås at slik tilbyder skal dokumentere og begrunne avslag. Kravet til dokumentasjon og begrunnelse er ment å omfatte all informasjon som skal til for å oppfylle hensynet bak bestemmelsen. Ekomlovens regler om sterk markedsstilling forutsetter vedtak som utpeker tilbyder med sterk markedsstilling og som presiserer hvilke forpliktelser som skal gjelde i det enkelte tilfellet. Dette er ment å sikre en dynamisk regulering innenfor ekommerket. Innenfor lovens rammer vil derfor plikter og rettigheter følge av vedtakene som loven forutsetter at Nasjonal kommunikasjonsmyndighet fatter. Klagers krav om at loven konkret skal angi nøyaktig hvilken informasjon som skal gis og når, fører således ikke frem innenfor ekomlovens system. I dette tilfellet har tilsynet utdypet begrunnelsesplikten i M 15-vedtaket pkt. 80: *"Plikten til å gi tilgang etter §§ 4-1 og 4-4 innebærer også en plikt til å gi tilgang til all informasjon som er nødvendig for å iverksette en anmodning. For samlokalisering vil dette eksempelvis omfatte oversikter over posisjonen til aktuelle basestasjoner med tilgjengelig kapasitet i det området selskapet vurderer å bygge ut, samt de tekniske data som er nødvendig for gjennomføringen."* Videre slås det i 150 fast at: *"Dersom tilgang nektes, skal anmoder få et dokumentert og begrunnet avslag på anmodningen, jf. ekomloven § 4-4 femte ledd. Begrunnelsen må inneholde en forklaring på avslaget samt all informasjon som er nødvendig for å avgjøre om anmodningen er rimelig."*

Departementet er enig i dette. Også etter vårt syn må begrunnelsen inneholde en forklaring på avslaget, samt all informasjon som er nødvendig for å avgjøre om anmodningen er rimelig. Departementet er enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at siden en anmodning som krever kapasitetsutvidelse kan utgjøre en rimelig anmodning, kan det ikke være tilstrekkelig å avslå anmodningen med den begrunnelsen at det ikke er ledig plass på lokasjonen. For å oppfylle begrunnelsesplikten må Telenor når avslaget skyldes kapasitetsmangel, forklare nærmere hvorfor det ikke vil være rimelig å utvide kapasiteten, slik at anmoder får en reell mulighet til å etterprøve begrunnelsen for avslaget. Det er først når anmoder har mottatt en slik begrunnelse at han kan etterprøve begrunnelsen for avslaget. I en eventuell klagesak vil også myndigheten ha behov for en slik begrunnelse for å ha mulighet for å få avklart og vurdert nærmere hvordan en klage over avslag på samlokalisering skal behandles og danne grunnlag for myndighetens vedtak i saken. Selv om departementet forstår Telenors utfordring er det Telenor som eier og operatør av sendepunktene, som best kjenner forholdene ved det enkelte sendepunkt og er best i stand til å gi korrekt informasjon.

Etter dette kan det reises spørsmål om på hvilket tidspunkt en fullstendig begrunnelse skal foreligge hos anmoder. Slik departementet forstår saken har det vært vanlig at Mobile Norway

har sendt ut en rekke forespørsler om innplassering som grunnlag for å beslutte hvor det er hensiktsmessig å gjennomføre videre utbygging. Det er derfor søkt om mange alternative innplasseringer, der selskapet går videre med de lokasjoner som etter deres vurdering er mest egnet. Telenor anfører at det er et betydelig arbeid forbundet med å vurdere samlokalisering i den enkelte sak, og estimerer kostnadene til ca. NOK 10 000 per sak. Dette gjelder også de søknadene som ikke resulterer i samlokalisering. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet viser til at Telenor har adgang til å få dekket disse kostnadene innenfor prisreguleringen i M 15-vedtaket. Dette medfører etter departementets syn at det kan være hensiktsmessig for alle parter om man kommer frem til en enklere form for begrunnelse i ”rekognoseringsrunden”. Departementet mener at anmoder må kunne be Telenor om en enklere begrunnelse dersom anmoder ikke er beredt til å betale kostnadene ved en full begrunnelse i ”rekognoseringsrunden”. Denne begrunnelsen må imidlertid være egnet til å gi anmoder tilstrekkelig informasjon til å kunne avgjøre hvilke forespørsler anmoder ønsker å gå videre med. Når anmoder kommer tilbake med forespørsel om mer informasjon, er det etter departementets vurdering nødvendig at Telenor gir mer fullstendig informasjon om hvordan innplasseringen kan gjennomføres, inkludert kostnader.

3.2 De fem klagesakene

Det fremgår av Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak at klagen omfatter fem lokasjoner. De fem lokasjonene er Halden/Knardalsåsen, Rensvik, Lerstad, Frøset/Støren og Bommestad. Det er fremlagt dokumentasjon om prosessen mellom Telenor og anmoder i disse fem sakene. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet mener at Telenor ikke har foretatt vurderinger og gitt begrunnede tilbakespill i disse fem sakene, og at Telenor ikke har oppfylt begrunnelses- og dokumentasjonsplikten.

Telenor mener at de har oppfylt kravet til dokumentasjon og begrunnelse. Telenor har gjort klart at avslaget skyldes kapasitetsmangel. Telenor kan ikke se at det er krav til at selskapet forklarer nærmere hvorfor det ikke vil være rimelig å utvide kapasiteten.

Samferdselsdepartementets vurdering

Det fremgår av e-postutvekslingen mellom Telenor og Mobile Norway at det i alle sakene har vært innlevert søknader gjennom Telenors portal Jara, og at disse søknadene har blitt raskt besvart av Telenor. Begrunnelsene som har vært gitt i de fem avslagene er at det ikke har vært kapasitet/plass i de omsøkte lokasjonene (master/hus).

Samferdselsdepartementet er enig med Telenor og Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at den totale korrespondansen knyttet til en søknad må sees i sammenheng ved vurderingen av om Telenor har oppfylt sin begrunnelses- og dokumentasjonsplikt. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet viser i sitt vedtak pkt. 3.2 til at tilstrekkelige begrunnelser for avslaget først har fremkommet etter at Mobile Norway hadde klaget til tilsynet. Samferdselsdepartementet er enig med tilsynet i at disse ”utvidede” begrunnelsene ikke kan sies å være en del av korrespondansen knyttet til den enkelte anmodning og avslaget på disse. Departementet har gått gjennom de fem sakene og kan i likhet med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet ikke se at Telenor, verken i de opprinnelige avslagene eller i sine svar på Mobile Norways oppfølging av søknadene, har gitt noen begrunnelse ut over at det

ikke er ledig kapasitet og at det ikke er aktuelt å utvide kapasiteten. Departementet deler derfor tilsynets konklusjon om at Telenor ikke kan sies å ha gitt begrunnede tilbakemeldinger eller vurdert muligheten for kapasitetsutvidelse for å imøtekomme anmodning om samlokalisering.

Samferdselsdepartementet mener derfor at begrunnelses- og dokumentasjonsplikten ikke kan anses oppfylt i de fem sakene som klagen gjelder. Departementet viser i den forbindelse til vurderingen ovenfor under pkt. 3.1.

4. Mastetegninger

Når det gjelder nærmere hva slags dokumentasjon tilbyder har plikt til å utlevere, mener Telenor at selskapet ikke er forpliktet etter loven §§ 4-1 og 4-4 til å utlevere mastetegninger. Dette begrunnes med at en slik plikt ikke har ordlydsmessig forankring i bestemmelsene, samt at forarbeidene ikke gir grunnlag for en slik fortolkning. De støtter også sin anførsel på at å pålegge en slik plikt er en utvidet fortolkning av M 15-vedtaket basert på rimelighet, og at det innebærer en uholdbar uforutsigbarhet mht. hvilke forpliktelser Telenor er underlagt. Telenor hevder videre at utlevering av mastetegninger uansett ikke er ”nødvendig”, jf. Nasjonal kommunikasjonsmyndighets uttalelser i innstillingen av 21.02.14.

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har i sin innstilling pkt. 4 påpekt at mastetegninger vil gi en antenneoversikt som åpenbart er viktig informasjon i forkant av en anmodning om samlokalisering. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet mener at mastetegninger med antenneoversikt eller tilsvarende informasjon må anses som nødvendig informasjon, jf. konklusjonen i pkt. 5. Nasjonal kommunikasjonsmyndighet fremholder at Telenor kan gi mastetegninger med antenneinformasjon uten å gi ut informasjon som selskapet anser som sensitiv.

Samferdselsdepartementets vurdering

Når det gjelder anførselen om at det ikke er hjemmel for å kunne pålegge Telenor å utlevere mastetegninger, anser departementet også på dette punktet at det må legges avgjørende vekt på at tilbyder ved enhver rimelig anmodning har plikt til å gi tilgang til samlokalisering etter § 4-4 tredje ledd. Det overordnede mål etter denne bestemmelsen er plikten til å tilby samlokalisering på bakgrunn av en rimelig anmodning. Bestemmelsen fremsetter ikke i detalj hvordan samlokaliseringen skal foregå. Det fremgår imidlertid av § 4-4 femte ledd annet punktum at ”*Tilbyder med sterk markedsstilling skal dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering*”. Departementet viser til pkt. 3.1 ovenfor og omtalen av ekomlovens system, og at innenfor lovens rammer vil plikter og rettigheter følge av vedtakene som fattes av Nasjonal kommunikasjonsmyndighet. For enkelte spørsmål er det hensiktsmessig å overlate til partene å finne en praktisk gjennomføringsmåte som oppfyller kravene satt i eller i medhold av lov. Bakgrunnen for denne fleksibiliteten i reguleringen er at den tekniske og markedsmessige utviklingen går svært raskt, og at tilbyderne ofte selv er nærmest til å finne gode, praktiske løsninger som er mer hensiktsmessige, enn om myndigheten skal sette detaljerte premisser som raskt kan bli foreldet. Denne ordningen kan også føre til noe mindre forutsigbarhet, men regnes totalt sett for å være en beste. Det er

derfor etter departementets syn ikke avgjørende at mastetegninger ikke eksplisitt er omtalt i lovbestemmelsen eller forarbeidene.

Departementet viser til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets M 15- vedtak av 05.08.2010 punkt 80, jf. sitat i pkt 3.1. Departementet er enig i at dersom en anmoder har behov for å benytte mastetegninger eller tilsvarende informasjon som grunnlag for sin søknad, så vil tilbyder være forpliktet til å sørge for at anmoder får tilgang til slik informasjon. Departementet legger vekt på at mastetegningene vil kunne gi informasjon som er nødvendig for anmoders radioplanlegging. Herunder vil tegningene gi informasjon om dimensjonene på masten, høyden på masten, hvor høyt i masten det er ledig plass, hvor det er plassert installasjoner, og vil også i noen tilfeller kunne gi informasjon om masten kan bære flere installasjoner. Tilgang for utbyggere til mastetegninger vil også kunne redusere antall alternative anmodninger og lette Telenors egen saksbehandling. Departementet er imidlertid enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at Telenor kan velge å gi tilsvarende informasjon, i stedet for mastetegningene.

Når det gjelder Telenors henvisning til at Mobile Norway ikke har bedt om mastetegninger etter at Telenor la om sin praksis og tilbød mastetegninger, viser departementet til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets forklaring på dette i innstillingen av 21.02.14 pkt. 5.

Konklusjon

Samferdselsdepartementet anser på denne bakgrunn at det er hjemmel i ekomloven § 4-4, jf. § 4-1 og vedtak av 05.08.2010 i M 15 for å pålegge Telenor å utlevere mastetegninger eller tilsvarende informasjon.

Departementet er enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at Telenor ved å nekte tilgang til mastetegninger med antenneoversikt eller tilsvarende informasjon, opptrådte i strid med plikten til å utlevere nødvendig informasjon etter M 15-vedtaket av 05.08.2010.

5. Pålegg om overtredelsesgebyr

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet har i vedtak av 06.12.2013 ilagt Telenor et overtredelsesgebyr på 500 000 kr. Overtredelsen gjelder to forhold:

- overtredelse av ekomloven § 4-4 femte ledd annet punktum, jf. ekomloven 10-13 første ledd nr. 1, for å ha overtrådt begrunnelses- og dokumentasjonsplikten ved avslag på Mobile Norways anmodninger om samlokalisering knyttet til lokasjonene Halden/Knardalsåsen, Rensvik, Lerstad, Frøset/Støren og Bommestad, og
- overtredelse av vedtak om utpeking av tilbyder med sterk markedsstilling og pålegg om særskilte forpliktelser i markedet for tilgang til og samtaleoriginering i offentlige mobilkommunikasjonsnett av 05.08.2010 kapittel 8.1, jf. ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3, ved ikke å utlevere mastetegninger til Mobile Norway forut for avtaler om samlokalisering er inngått.

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet viser i vedtaket s. 15 til at utgangspunktet i M 15-vedtaket er at anmodninger om samlokalisering som krever kapasitetsutvidelser, i utgangspunktet vil være rimelige anmodninger. For å oppfylle kravet til begrunnelsesplikten i

M 15-vedtaket innenfor denne rammen er det nødvendig å forklare nærmere hvorfor det ikke vil være rimelig å utvide kapasiteten, når avslaget skyldes kapasitetsmangel. Først på dette tidspunktet har anmoder en mulighet til å vurdere hvorvidt avslaget er rimelig, jf. ovenfor.

Nasjonal kommunikasjonsmyndighet viser videre til at de legger vekt på reelle hensyn og formålsbetraktninger ved tolkningen av rekkevidden av § 4-4 tredje ledd, dvs. adgangen til å kunne pålegge Telenor å pålegge kapasitetsutvidelser for å imøtekomme rimelige anmodninger om samlokalisering. Selve begrunnelsesplikten er hjemlet i § 4-4 femte ledd annet punktum, og det må innfortolkes et innhold som samsvarer med de tilgangsforskriftene Telenor er pålagt som tilbyder med sterk markedsstilling.

Telenor anfører at det ikke er hjemmel for å pålegge selskapet å tilby kapasitetsutvidelser eller å pålegge selskapet å utlevere mastetegninger. Det foreligger således ikke brudd på forpliktelser. Subsidiært anfører selskapet at det ikke foreligger grunnlag for overtredelsesgebyret fordi plikten til dokumentasjon og begrunnelse ikke er ”klar”, og påpeker at tilsynet har vist til reelle hensyn og rimelighetsbetraktninger (jf. også ovenfor). Telenor henviser til Ot.prp. nr. 72 (2006-2007) der det fremkommer at det er ”*viktig å angi helt konkret hvilke pliktbrudd som gir hjemmel for overtredelsesbot.*” Telenor viser videre til at det er et vilkår for å ilegge overtredelsegebyr, at overtredelsen er forsettlig eller uaktsom fra foretakets side eller fra den som opptrer på vegne av foretaket, og at bevisskravet for illeggelse av overtredelsegebyr er klar sannsynlighetsovervekt. Telenor mener videre at overtredelsegebyr er en uforholdsmessig reaksjon på eventuelle formalfeil. Telenor anfører at rekkevidden av opplysningsplikten ikke fremgår klart av § 4-4 femte ledd annet punktum, og at Telenor derfor ikke kan lastes for å ha overtrådt denne. Det anføres videre at Nasjonal kommunikasjonsmyndighet under den forutgående meglingen i saken ikke ga klart uttrykk for rekkevidden av de forpliktelser tilsynet mener Telenor var underlagt. Telenor mener videre at Nasjonal kommunikasjonsmyndighet burde ha gitt selskapet pålegg om å endre adferd før det kunne vurdere å ilegge overtredelsegebyr, og at overtredelsegebyr ikke er riktig reaksjonsform for å overtre informasjonsplikt.

Samferdselsdepartementets vurdering

Det følger av ekomloven § 10-13 første ledd at ekommyndigheten kan pålegge foretak overtredelsegebyr dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket forsettlig eller uaktsomt overtrer nærmere angitte plikter som følger av eller i medhold av loven. Bestemmelsen omfatter blant annet overtredelse av samlokaliseringsplikten for begge forhold som overtredelsen her gjelder, jf. nærmere henvisningen til hjemmelsgrunnlaget i henvisningen til Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak ovenfor.

Departementet legger til grunn at forutsetningene for å ilegge Telenor overtredelsegebyr er tilstede, jf. ovenfor, hvor det konkluderes med at ekomloven gir hjemmel til å pålegge selskapet å tilby kapasitetsutvidelser og til å pålegge selskapet å utlevere mastetegninger eller tilsvarende informasjon. Departementet viser videre til at selskapet har unnlatt å dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering, og at Telenor ved å nekte tilgang til mastetegninger med antenneoversikt eller tilsvarende informasjon, ikke har overholdt

informasjonsplikten. Det foreligger således etter departementets oppfatning brudd på forpliktelser som kan føre til at det ilegges overtredelsesgebyr.

Når det gjelder Telenors subsidiære anførsel om skyldkrav, så er departementet enig i at et pålegg om overtredelsesgebyr krever at Telenor har overtrådt sine plikter på en forsettlig eller uaktsom måte. Etter forarbeidene i Ot. prp. nr. 72 (2006-2007) er det tilstrekkelig at det foreligger simpel uaktsomhet. Sempel uaktsomhet innebærer at det er handlet i strid med de kravene som må stilles til forsvarlig opptreden på det aktuelle området. Telenors opptreden må vurderes mot en objektiv norm for forsvarlig opptreden. Departementet anser i likhet med tilsynet at vurderingstemaet derfor blir om Telenor burde opptrådt annerledes.

Departementet har gjennomgått Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vurderinger av begrunnelses- og dokumentasjonsplikten. Departementet er enig i Nasjonal kommunikasjonsmyndighets synspunkter, herunder er departementet enig i at Telenor ikke kan sies å ha opptrådt aktsomt når selskapet bare har begrunnet de fem konkrete avslagene som behandles i denne klagen med at det ikke forelå ledig kapasitet.

Når det gjelder brudd på informasjonsplikten, og Telenors plikt etter M 15-vedtaket om å gi tilgang til all informasjon som er nødvendig for å iverksette en anmodning, er departementet enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at Telenor burde forstått at selskapet må utgi informasjon som er nødvendig forut for en anmodning om samlokalisering, selv om det kunne være mulig for anmoder selv å skaffe seg slik informasjon på en mye mer ressurskrevende måte ved for eksempel selv å befare alle aktuelle lokasjoner.

Når det gjelder Telenors anførsler om hvorvidt det bør pålegges overtredelsesgebyr når et selskap mener at rettsgrunnlaget er mangelfullt eller uklart, er departementet enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at innholdet i begrunnelsesplikten fremkommer av ekomloven § 4-4 femte ledd annet punktum og M 15-vedtaket pkt. 150 sammenholdt med tilgangsplikten i M 15-vedtaket 8.1, jf. pkt. 148. Når det gjelder informasjonsplikten følger det av M 15-vedtaket at Telenor har en plikt til å gi tilgang til informasjon som er nødvendig for å iverksette en anmodning. Departementet er enig med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet i at Telenor på bakgrunn av tilgjengelig informasjon burde ha forstått at selskapet har plikt til å utvide kapasiteten på lokasjoner der anmodningene var rimelige. De burde følgelig ha forstått at det ikke var tilstrekkelig begrunnelse bare å informere anmoder om at det ikke var ledig kapasitet på de fem aktuelle lokasjonene.

Departementet er videre enig i Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vurdering av at det ikke er nødvendig å gi pålegg om retting før det ilegges overtredelsesgebyr. Departementet viser til at overtredelsesgebyr pålegges for å sanksjonere allerede begåtte brudd på handlingsnormer som er fastsatt i enkeltvedtak. Departementet mener videre at Telenors opptreden i disse sakene ikke kan karakteriseres som en formalfeil, men tvert imot hadde stor betydning for konkurransen. Departementet mener således at illeggelse av overtredelsesgebyr er en riktig reaksjon i dette tilfellet.

6. Konklusjon og vedtak

Samferdselsdepartementet stadfester Nasjonal kommunikasjonsmyndighets vedtak 06.12.2013 om overtredelsesgebyr for overtredelse av plikten til å dokumentere og begrunne avslag på anmodning om samlokalisering og annen felles utnyttelse av infrastruktur med hjemmel i ekomloven § 11-6, jf. § 4-4 femte ledd annet punktum, og overtredelse av pålegg i vedtak 05.08.2010 (M 15-vedtaket) om å gi tilgang til all informasjon som er nødvendig for å iverksette en anmodning om samlokalisering, jf. ekomloven § 10-13 første ledd nr. 3, med de små justeringer som følger ovenfor. Telenors klage 23.12.2013 tas ikke til følge.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages videre, jf. ekomloven § 11-6 siste ledd.

Med hilsen

Jørn Ringlund (e.f.)
avdelingsdirektør

Eli Wongraven
Seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Kopi:
Nasjonal kommunikasjonsmyndighet
Advokatfirmaet Hjort DA MNA