



**DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT**

Advokatfirmaet Simonsen DA

Postboks 6641 St. Olavs plass
0129 OSLO

Deres ref

Vår ref
09/509- EWS

Dato
28.03.2011

Klage fra NetCom AS på Post- og teletilsynets vedtak av 30. november 2009 om avslag på søknad om samtykke til ekspropriasjon av bruksrett til fast eiendom - gnr. 122, bnr. 179 i Oslo kommune - Ulvenveien 75 A

Det vises til brev fra NetCom AS (heretter NetCom) v/Simonsen Advokatfirma DA datert 16. desember 2009 med klage over Post- og teletilsynets vedtak av 30. november 2009 om avslag på søknad om samtykke til ekspropriasjon av bruksrett til fast eiendom for plassering av basestasjon for elektronisk kommunikasjonsnett og utstyr for elektronisk kommunikasjon på eiendommen gnr. 122, bnr. 179 i Oslo kommune (heretter Eiendommen). Klagen, samt Post- og teletilsynets innstilling, ble oversendt fra Post- og teletilsynet i brev av 21. mai 2010 til Samferdselsdepartementet for klagebehandling, jf. lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 11 – 6 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven) § 28. Klagen anses rettidig, jf. forvaltningsloven §§ 29 og 30.

1. SAKSFREMSTILLING

1.1 Bakgrunn

Saken gjelder klage fra NetCom på Post- og teletilsynets vedtak av 30. november 2009 om avslag på søknad om samtykke til ekspropriasjon i medhold av ekomloven § 12 – 3, jf. lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom (oreigningslova) § 2 nr. 9. Søknaden omfatter rett til utplassering av teknisk utstyr for offentlig mobilkommunikasjonsnett, det vil si plassering av antenner på Eiendommens tak og fasader, og tilgang til et lagerrom på om lag 30 kvm i byggets 8. etasje for oppbevaring av teknisk utstyr. Videre omfatter søknaden rett til å anbringe utstyr for

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59
www.regjeringen.no/sd

Telefon
22 24 90 90 / 22248353
Org. nr.:
972 417 904

Luft- post- og
teleavdelingen
Telefaks:
22 24 56 09

Saksbehandler:
Eirik Wold Sandaa
22 24 83 23

mobilkommunikasjon og transmisjon i form av radiolinje, herunder rett til nødvendig adkomst for drift og vedlikehold av basestasjonen frem til og med 31. desember 2017. Denne datoen sammenfaller med utløpet av NetComs siste tildelte tillatelse til bruk av frekvenser i 900 Mhz båndet (GSM 900).

Eiendommen, som i dag tilhører Ulvenveien Invest AS (heretter Ulvenveien), benyttes til næringsformål. NetCom har hatt utstyr for mobilkommunikasjon utplassert på Eiendommen siden 1993 i henhold til avtale med tidligere grunneier. Eiendommen var på tidspunktet for etablering av basestasjonen NetComs hovedkontor.

Basestasjonen på Eiendommen gir dekning i et tett befolket område, samt til samfunns viktig infrastruktur i Oslo. Basestasjonen ble etablert helt i starten av byggingen av NetComs mobilnett, og nyere basestasjoner i området har blitt etablert i forhold til denne. Det vises i den forbindelse til at 20 andre basestasjoner er direkte eller indirekte knyttet opp til den aktuelle basestasjonen for transmisjon via radiolinje.¹ Basestasjonen utgjør følgelig et sentralt aksessknutepunkt i NetComs mobilnett i området. Det fremgår også av det opplyste at den aktuelle basestasjonen bærer svært stort trafikkvolum sammenlignet med andre basestasjoner, og det legges derfor til grunn at den har en sentral betydning i NetComs infrastruktur.

Det fremgår videre av sakens dokumenter at også Mobile Norway AS har utplassert antenner på Eiendommens tak i henhold til avtale med grunneier. Leieavtalen gir selskapet rett til utplassering av tre antennepunkter på taket, samt tilgang til ventilasjonsrom for plassering av noe teknisk utstyr. For dette yter Mobile Norway AS et årlig vederlag på 50 000 kroner.

I forbindelse med at NetCom flyttet sitt hovedkontor til dagens adresse, inngikk selskapet 18. november 1996 en ny avtale med KS Ulvenveien 75 om leie av ovennevnte lagerrom og andel fellesareal og rett til plassering av teknisk utstyr og antenner på Eiendommens tak og fasader. Leieavtalen løp fra 1. august 1997 til 1. november 2005, men med opsjon for NetCom til å forlenge leieforholdet på nye vilkår. En eventuell forlengelse skulle være ferdig forhandlet senest 1. april 2005. Samlet årlig leie ble satt til kr. 25 500. I tillegg kom betaling av andel fellesutgifter. Det årlige vederlaget har siden vært gjenstand for justeringer som følge av endringer i konsumprisindeksen.

Selv om den ovennevnte leieavtalen ikke ble avløst av og formalisert i en ny skriftlig avtale etter at den utløp 1. november 2005, har leieforholdet i følge NetCom fortsatt på samme vilkår. NetCom viser i den forbindelse til at selskapet betalte kr. 30 919 i vederlag for 2008. Det er imidlertid omtvistet om leieavtalen kan anses videreført.

¹ 10 andre basestasjoner er direkte knyttet til den aktuelle basestasjonen for transmisjonen via radiolinje. Disse er igjen forbundet med ytterligere ti radiolinjestasjoner.

Etter at NetCom oppdaget at leieavtalen var utløpt, innledet selskapet forhandlinger med Ulvenveien med sikte på å komme til enighet om en ny skriftlig leieavtale. Begge parter var i utgangspunktet interessert i å videreføre leieforholdet, men forhandlingene strandet på grunn av uenighet om det årlige vederlaget. Ulvenveien v /Hveem & Tvenge Holding AS fremsatte et absolutt tilbud om ny femårig leieavtale 11. desember 2008. I dette tilbudet ble det årlige vederlaget satt til kr 120 000. NetCom aksepterte ikke tilbudet, men fremsatte et mottilbud der det årlige vederlaget ble satt til kr 40 000. Dette ble avvist av Ulvenveien. Avstanden mellom partene med hensyn til det årlige vederlaget var følgelig for stor til at en ny skriftlig leieavtale ble inngått. Partene lyktes ikke i å komme til enighet om en avtalehjemlet forlengelse av leieforholdet. Ulvenveien har imidlertid gitt uttrykk for at selskapet fortsatt er åpen for en frivillig løsning.

Ulvenveien bestrider at leieavtalen kan anses videreført og gått over til tidsubestemt leie, men opplyser at NetCom og Ulvenveien inngikk en midlertidig ordning om bruk frem til 31. januar 2009. Selv om denne ordningen om midlertidig bruk er over, har NetCom fortsatt å benytte lokalet, bygget og egne installasjoner som tidligere.

På denne bakgrunn søkte NetCom i brev av 15. januar 2009 Samferdselsdepartementet om samtykke til ekspropriasjon av bruksrett til Eiendommen i medhold av ekomloven § 12 – 3. I vedtak av 31. mars 2009 delegerte imidlertid Samferdselsdepartementet myndighet etter denne bestemmelsen videre til Post- og teletilsynet. Søknaden om samtykke til ekspropriasjon ble derfor oversendt Post- og teletilsynet 5. mai 2009 for behandling.

NetCom har i anledning saken fremlagt to rapporter fra radioplanlegger (Radiatorrapport I og II). Radiorapport I ble fremlagt sammen med søknaden. Radiorapport II ble fremlagt for departementet 17. juni 2010, dvs. etter at Post- og teletilsynet hadde fattet vedtak og oversendt sin innstilling i saken. På forespørsel fra departementet av 31. januar 2011 har Post- og teletilsynet uttalt seg om denne rapporten i brev av 3. februar 2011. Ulvenveien er forelagt Radiorapport II og tilsynets uttalelse ved brev av 18. februar 2011 og kommentert denne i brev av 4. mars 2011.

1.2 NetComs søknad

NetCom søkte om samtykke til ekspropriasjon 15. januar 2009, og anførte i søknaden at vilkårene for å gi samtykke til ekspropriasjon i medhold av ekomloven § 12 – 3, jf. oreigningslova § 2 er oppfylt. Selskapet viste for det første til at Ulvenveien i forbindelse med avtaleforhandlingene ikke hadde gjort gjeldende prinsipielle innvendinger mot at leieforholdet ble videreført forutsatt at det årlige vederlaget ble oppjustert fra kr. 25.000 til kr. 120 000. NetCom mente derfor at et samtykke om ekspropriasjon ikke vil påføre grunneier større ulempe enn det vedkommende har vært villig til å akseptere i henhold til avtale.

NetCom viste for det andre til at det ved en eventuell avvikling av den aktuelle basestasjonen må etableres inntil tre nye basestasjoner for at dekkningen i området skal opprettholdes på samme nivå som i dag. Det vil derfor ha negative konsekvenser for miljøet om selskapet blir tvunget til å etablere flere basestasjoner enn nødvendig.

NetCom viste også til at det vil være svært kostbart å avvikle og reetablere den aktuelle basestasjonen (erstatte driften av basestasjonen på Eiendommen). Kostnadene forbundet med etablering av tre nye basestasjoner vil ligge i underkant av 3 000 000 kroner. I tillegg til dette vil det påløpe driftskostnader for tre basestasjoner i stedet for en, samt kostnader knyttet til restrukturering av transmisjon for til sammen 10 andre basestasjoner.²

NetCom avviste at det ikke er gjort tilstrekkelige utredninger av muligheten for alternativer som ikke krever ekspropriasjon, herunder plassering av basestasjonen på alternative lokasjoner og/eller samlokalisering med andre tilbydere (Telenor). Det ble i den forbindelse vist til rapport fra radioplanlegger (Radiorapport I), som slår fast at det i alle tilfeller må etableres inntil tre nye basestasjoner for å erstatte basestasjonen på Eiendommen ved en eventuell avvikling. Etter NetComs syn var det derfor ikke nødvendig med ytterligere undersøkelser av mulige alternativer til ekspropriasjon.

NetCom viste endelig til at søknaden gjelder ekspropriasjon av bruksrett til areal for å drifte en allerede eksisterende basestasjon, og at dette må være et sentralt og tungtveiende moment i vurderingen. Etter NetComs syn vil det være ineffektivt i et samfunnsøkonomisk perspektiv (dårlig utnyttelse av ressursene), kostbart og negativt for miljøet ikke å videreføre driften av basestasjonen på Eiendommen. På denne bakgrunn mente NetCom at samtykke til ekspropriasjon ville være *"meir til gagn enn skade"*, jf. oreigningslova § 2 annet ledd.

NetCom avviste at bruken av basestasjonen er ulovlig under henvisning til at det tidsbestemte leieforholdet må anses å ha blitt videreført og fortsatt utover den avtalte leietiden. Det ble i den forbindelse vist til at NetCom har betalte årlig vederlag for leie etter utløpet av leieavtalen.

NetCom anførte også at faktisk tiltredelse før ekspropriasjonserstatningen er fastsatt, ikke utgjør grunnlag for å nekte ekspropriasjon. Det kan med andre ord gis samtykke til ekspropriasjon for et tiltak som allerede er iverksatt. Selskapet viste til at NetCom har hatt faktisk råderett over de aktuelle arealene siden 1993 i henhold til avtale med grunneier.

Ulvenveien på sin side motsatte seg at det gis samtykke til ekspropriasjon. Ulvenveien anførte for det første at det ikke kan gis samtykke til ekspropriasjon for et tiltak som

² I søknaden ble det fremholdt at basestasjonen gir kapasitet til 10 andre basestasjoner i NetComs mobilnett gjennom radiolinje. Det er senere opplyst at det riktige antallet er 20.

allerede er iverksatt. Etter selskapets syn følger dette av oreigningslovas system, og det ble særlig vist til bestemmelsene i §§ 2 og 25. Tiltredelse skal som hovedregel ikke skje før etter at ekspropriasjonerstatningen er fastsatt. Ulvenveien viste også til rettspraksis som i følge selskapet gir støtte for en slik lovforståelse. Det ble fremholdt at NetComs ekspropriasjonssøknad måtte avvises alene på dette grunnlaget.

Ulvenveien anførte for det andre at vilkårene for å gi samtykke til ekspropriasjon i medhold av ekomloven § 12 – 3 jf. oreigningslova § 2 ikke er oppfylt. Det følger av oreigningslova § 2 første ledd at det må foreligge et behov for ekspropriasjon som ikke like godt kan tilfredsstilles ved andre fremgangsmåter for at samtykke til inngrep skal kunne gis. Ulvenveien viste imidlertid til at NetCom ikke i tilstrekkelig grad har utredet mulighetene for om det finnes alternative og mindre inngripende fremgangsmåter til ekspropriasjon, som plassering av basestasjonen på alternative lokasjoner i nærheten i henhold til avtale med grunneier og/eller ved eventuell samlokalisering med andre tilbydere (Telenor). Nødvendighetsvilkåret for å gi samtykke til ekspropriasjon var dermed ikke oppfylt.

Ulvenveien viste også til at dersom man legger til grunn at ekspropriasjon av bruksrett til areal for å drifte en allerede eksisterende basestasjon er et sentralt og tungtveiende moment til fordel for å etterkomme søknaden, vil det ikke gjenstå noe reelt vurderingsrom i interesseavveiningen i de situasjoner hvor en basestasjon allerede er etablert, og det dreier seg om forlengelse av bruksretten på samme sted. Videre viste Ulvenveien til at muligheten for å avvikle leieforholdet, enten ved oppsigelse eller ved utløpsdatoen, vil kunne være avgjørende for etablering av leieforholdet. En tilnærming som legger avgjørende vekt på at basestasjonen er etablert vil derimot innebære at leietaker oppnår et absolutt oppsigelsesvern når ekspropriasjonsadgangen senere benyttes for å forleng bruksretten.

Endelig viste Ulvenveien til at potensielle leietakere av Eiendommen har uttrykt bekymring for eventuell elektromagnetiske strålingen fra basestasjonen.

Ulvenveien anførte subsidiært, for det tilfelle at det treffes et ekspropriasjonsvedtak til fordel for NetCom, at bruksretten det gis samtykke til å ekspropriere må avgrenses i tid og bare gjelde frem til den aktuelle basestasjonen er erstattet (retablert) på alternative lokasjoner.

1.3 Post- og teletilsynets vedtak av 30. november 2009

Post- og teletilsynet traff vedtak 30. november 2009 med avslag på NetComs søknad om samtykke til ekspropriasjon av bruksrett til Eiendommen. Post- og teletilsynet konkluderte med at vilkårene for ekspropriasjon i medhold av ekomloven § 12 – 3, jf. oreigningslova § 22 nr. 9 ikke var oppfylt. Tilsynet la avgjørende vekt på at NetCom ikke i tilstrekkelig grad hadde undersøkt mulighetene for alternativer som ikke krever ekspropriasjon, herunder plassering av den aktuelle basestasjonen på alternative

lokasjoner i området i henhold til avtale med grunneier og/eller ved samlokalisering med annen tilbyder (Telenor). Ytterligere forhandlinger med Ulvenveien om inngåelse av ny leieavtale på kommersielt grunnlag ble også trukket frem som et reelt alternativ til ekspropriasjon i denne sammenheng. Post- og teletilsynet mente det var et relevant moment i vurderingen hvilken pris NetCom hadde vært villig til å betale grunneier for å inngå avtale om leie. I følge tilsynet hadde NetCom et handlingsalternativ for å dekke sitt behov for areal til basestasjon ved at selskapet kunne velge å yte et høyere vederlag enn det selskapet hadde tilbudt grunneier per i dag. Tilsynet fant på denne bakgrunn at det ikke var dokumentert at det ikke finnes mindre inngripende alternativer til ekspropriasjon som i like stor grad ivaretar behovet for mobildekning i området, og at det derfor ikke var tilstrekkelige holdepunkter til å fastslå at det var nødvendig å gi samtykke til ekspropriasjon. Tilsynet kunne følgelig ikke se at inngrepet tilfredsstilte kravet i oreigningslova § 2 annet ledd om at det må være *"til meir gagn enn skade"*. Det var ikke sannsynliggjort en klar interesseovervekt av allmenne hensyn (positive samfunnshensyn) sett i forhold til den skade eller ulempe et eventuelt ekspropriasjonsvedtak ville volde for Ulvenveien. Den nytten samfunnet ville oppnå ved inngrepet, oppveide etter tilsynets syn ikke ulempene som grunneier ville bli påført. På denne bakgrunn var det ikke grunnlag for å gi samtykke til ekspropriasjon.

NetCom v/Simonsen Advokatfirma DA påklaget ved brev 16. desember 2009 Post- og teletilsynets vedtak av 30. november om avslag på søknad om samtykke til ekspropriasjon. Tilsynet oversendte NetComs klage til Samferdselsdepartementet for klagebehandling ved brev 21. mai 2010 med innstilling om at klagen ikke tas til følge.

2. PARTENES ANFØRSLER

2.1 NetCom

NetCom fremsetter krav om at Samferdselsdepartementet må omgjøre Post- og teletilsynets vedtak slik at det gis samtykke til ekspropriasjon. Til støtte for klagen har NetCom hovedsaklig anført at vedtaket lider av feil i skjønnsutøvelsen (herunder at vedtaket er uforholdsmessig og formålsstridig) og av saksbehandlingsfeil (herunder at utredningsplikten ikke er overholdt, feil faktum er lagt til grunn og at det er tatt utenforliggende hensyn).

Departementet vil det følgende gjøre nærmere rede for hovedtrekkene i NetComs anførsler.

2.1.1 Feil i skjønnsutøvelsen

NetCom anfører for det første at det er uforholdsmessig å kreve at selskapet må utrede hvorvidt det finnes alternativer som ikke krever ekspropriasjon, det vil si muligheter for plassering av basestasjonen på alternative lokasjoner i nærområdet i henhold til avtale med grunneier og/eller ved eventuell samlokalisering med andre tilbydere (Telenor).

NetCom viser i den forbindelse til at selskapet gjennom rapport fra radioplanlegger allerede har dokumentert at en eventuell avvikling av basestasjonen på Eiendommen uansett vil medføre at det må bygges inntil 3 nye basestasjoner, samt etableres ny transmisjon via radiolinje til 20 andre basestasjoner for at mobildekningen i området skal kunne opprettholdes på dagens nivå. Hvorvidt alternative lokasjoner krever ekspropriasjon eller ikke for å kunne bli realisert, er etter NetComs syn av underordnet betydning i forhold til ekspropriasjonsvurderingen. NetCom viser også til at det i tidligere ekspropriasjonssaker ikke har blitt stilt krav til utredning av alternative lokasjoner som ikke krever ekspropriasjon før vedtak om ekspropriasjon kan treffes.

NetCom anfører i forlengelsen av ovennevnte at begrunnelsen for å avslå søknaden (at det ikke er godtgjort at det ikke finnes alternativer som ikke krever ekspropriasjon) innebærer en for streng forståelse og praktisering av ekomloven § 12 – 3, og at vedtaket derfor er i strid med formålet med bestemmelsen (lovgrunnen). NetCom viser til Post- og teletilsynets uttalelser om at terskelen for å treffe vedtak om ekspropriasjon overfor private bør være høy og kun skje når alle andre midler er uttømt. NetCom deler ikke Post- og teletilsynets syn om at det må utvises varsomhet eller tilbakeholdenhet ved anvendelsen av ekomloven § 12- 3 fordi dette vil bidra til at fremføringsretten vil miste sin praktiske betydning.

Etter NetComs syn er imidlertid avgjørelsesgrunnlaget i foreliggende sak forsvarlig til at det kan treffes vedtak om ekspropriasjon. Det vil være samfunnsøkonomisk ineffektivt, kostbart og negativt for miljøet å avvikle en basestasjon og erstatte den med flere nye. En avvikling av basestasjonen vil for det første ikke gi en optimal løsning verken i samfunns- eller bedriftsøkonomisk forstand fordi NetCom tvinges til å bygge flere basestasjoner enn nødvendig for å opprettholde den samme mobildekningen i området. NetCom viser også til at kostnadene ved å bygge tre nye basestasjoner til erstatning for basestasjonen på Eiendommen vil ligge i underkant av kr 3 000 000. I tillegg til dette kommer økte driftsutgifter ved at man må drifte tre basestasjoner i stedet for en. NetCom viser videre til at investeringskostnadene for retablering av transmisjon til 20 andre basestasjoner gjennom radiolinje anslagsvis vil ligge på totalt kr 230 00, samt økte driftsutgifter som følge av en eventuell omlegging på om lag kr 576 000 per år. NetCom anfører derfor at vedtaket og den endringen det representerer i forhold til tidligere praksis, vil kunne få store bedrifts- og samfunnsøkonomiske virkninger i tiden fremover. På sikt vil dette kunne påvirke NetComs evne til å tilby gode og rimelige elektroniske kommunikasjons tjenester for sluttbrukerne.

På bakgrunn av Post- og teletilsynets vektlegging av at NetCom ikke i tilstrekkelig grad har dokumentert at det ikke finnes alternativer til ekspropriasjon, har NetCom funnet det nødvendig å dokumentere dette ytterligere. Selskapet har derfor fremlagt en ny og utvidet rapport fra radioplanlegger av 17. juni 2010 (Radiorapport II) som supplerer rapport fra radioplanlegger av 15. januar 2009 (Radiorapport I). Radiorapport II vurderer

nærmere mulighetene for alternative lokasjoner som ikke krever ekspropriasjon og som vil gi like god mobildekning som gjeldende basestasjon.

NetCom viser til at Radiorapport II fastholder at en eventuell avvikling av basestasjonen vil, uavhengig av mulighetene for samlokalisering med Telenor, medføre at det uansett må bygges inntil tre nye basestasjoner for å erstatte mobildekningen fra basestasjonen på Eiendommen. Radiorapport II konkluderer med at samlokalisering alene av ulike grunner ikke vil gi optimal nettutbygging verken deknings- eller kostnadsmessig. En eventuell samlokalisering med Telenor vil under enhver omstendighet måtte suppleres med etablering av flere nye basestasjoner på andre lokasjoner for at mobildekningen i området skal kunne opprettholdes på dagens nivå. Miljøhensyn taler derfor også for å videreføre eksisterende basestasjon, jf. prinsippet om å etablere så få basestasjoner som mulig. Etter NetComs syn må dette tillegges vekt i ekspropriasjonsvurderingen, jf. selskapets dekningsforpliktelser i henhold til konsesjon.

Etter NetComs syn er det et sentralt moment i ekspropriasjonsvurderingen at det i dette konkrete tilfellet dreier seg om videreføring av en eksisterende basestasjon. Videreføring av eksisterende basestasjoner vil etter en konkret vurdering kunne bidra til at det ikke etableres flere basestasjoner enn nødvendig og til en mer effektiv ressursutnyttelse. I foreliggende sak er det dokumentert gjennom rapporter fra radioplanlegger (Radiorapport I og II) og kostnadsestimat at videreføring av basestasjonen vil forhindre bygging av flere nye basestasjoner i området, at mobildekningen blir opprettholdt og til at infrastrukturkostnadene holdes nede.

2.1.2 Saksbehandlingsfeil

NetCom fremholder at Post- og teletilsynets vedtak må settes til side og anses ugyldig som følge av at det lider av saksbehandlingsfeil, jf. forvaltningsloven § 41.

NetCom anfører, for det tilfelle at ytterligere utredning av alternativene til ekspropriasjon anses nødvendig, at Post- og teletilsynet i henhold til utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 enten burde ha undersøkt dette selv eller anmodet NetCom om å gjøre det før endelig vedtak ble truffet. Etter NetComs syn tilfredsstiller derfor ikke saksbehandlingen utredningskravet etter forvaltningsloven § 17. Det vises til at det i ekspropriasjonssaker som utgangspunkt må stilles strenge krav til utredningsplikten, fordi slike vedtak er inngripende for de det retter seg mot.

NetCom anfører videre at Post- og teletilsynet har lagt feil faktum til grunn for den skjønnsmessige helhetsvurderingen (interesseavveiningen), og at vedtaket følgelig hviler på sviktende faktisk grunnlag. I den forbindelse vises det til at tilsynet forutsetter at den aktuelle basestasjonen kan erstattes med kun en ny basestasjon plassert eller samlokalisert i nærområdet, uten at det samtidig må etableres flere nye basestasjoner. NetCom understreker at denne forutsetningen er feil. Det fremgår klart av Radiorapport I og II at avvikling av basestasjonen i alle tilfeller vil medføre at det må

etableres inntil tre nye basestasjoner. Om etableringen av nye basestasjoner skjer ved samlokalisering eller ved at det opprettes helt nye basestasjoner på lokasjoner i nærområdet er uten betydning i denne sammenheng. Tatt i betraktning Post- og teletilsynets begrunnelse for å avslå søknaden, må det etter NetComs syn legges til grunn at ovennevnte feil har vært bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

NetCom anfører videre at Post- og teletilsynet i den konkrete skjønnsmessige helhetsvurderingen (interesseavveiningen) har lagt vekt på utenforliggende hensyn. NetCom viser i den forbindelse til at det ikke er anledning til å legge vekt på økonomiske hensyn eller vederlagsbetraktninger i vurderingen av om samtykke til ekspropriasjon skal gis. Hvilken pris NetCom har vært villig til å betale grunneier i vederlag for leie av areal til fortsatt drift av basestasjonen på Eiendommen er ikke et relevant moment i denne vurderingen. NetCom gjør gjeldende at vektlegging av dette momentet må anses å representere et utenforliggende hensyn. Slik NetCom ser det, må det være opp til tilbyder selv ut fra en kost - nytte vurdering å bestemme hvor grensen skal gå for hvilke avtaler som er forsvarlig å inngå og i hvilke tilfeller det anses nødvendig å søke om samtykke til ekspropriasjon etter ekomloven § 12 – 3. Fremføringsretten etter denne bestemmelsen er en særlig rett som anvendes dersom ikke partene kommer frem til avtale om leie. NetCom viser til at selskapet i denne saken har forhandlet med grunneier uten å komme frem til en løsning. NetCom viser videre til at det følger av ekomloven § 12-3 tredje ledd at vederlagsspørsmålet skal fastsettes separat. NetCom viser også til avgjørelser i rettspraksis som etter selskapets oppfatning gir støtte for et slikt syn. I følge NetCom har vektleggingen av vederlagsbetraktninger hatt bestemmende innflytelse på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Endelig antyder NetCom at Samferdselsdepartementet må anses inhabil som klageinstans på grunn av tidligere befatning med saken. Det vises til at departementet startet saksbehandlingen før saken ble oversendt til Post- og teletilsynet ved å innhente partenes syn på hverandres anførsler. Det bes derfor om at det foretas en selvstendig habilitetsvurdering.

2.1.3 Øvrige anførsler

NetCom viser også til at Ulvenveien ikke har anført at et eventuelt ekspropriasjonsinngrep vil komme i konflikt med andre interesser knyttet til Eiendommen for øvrig. Grunneier har ikke vist til at selskapet vil bli påført annet enn økonomiske ulemper for det tilfellet at basestasjonen på Eiendommen videreføres. Både det at grunneier har inngått tilsvarende avtale med Mobile Norway AS og er villig til å videreføre leieforholdet med NetCom bare vederlaget er høyt nok, taler mot at de øvrige ulempene for grunneier ved et eventuelt ekspropriasjonsinngrep kan være særlig store.

På denne bakgrunn mener NetCom at det *"tvillaust"* vil være *"meir til gagn enn skade"* å gi samtykke til ekspropriasjon, jf. oreigningslova § 2 annet ledd. Selskapet mener det er sannsynliggjort at ekspropriasjon i dette tilfellet vil ha positive virkninger for allmennheten (gi samfunnsmessig gevinst) som klart overstiger den skade eller ulempe inngrepet vil volde for grunneier. Det vises til at en videreføring av basestasjonen er det mest effektive, samfunns- og bedriftsøkonomiske og miljømessige alternativet. En avvikling av basestasjonen vil medføre behov for å erstatte denne basestasjonen med inntil tre nye basestasjoner, noe som vil gi høye investeringskostnader og gjøre et større inngrep i miljøet. Ekspropriasjon vil derimot sikre opprettholdelse av mobildekning i området, samt bidra til en effektiv ressursutnyttelse og infrastrukturbygging.

2.2 Ulvenveien

Ulvenveien fremsetter at klagen ikke kan tas til følge og fastholder og presiserer i hovedsak tidligere anførsler.

Ulvenveien fastholder for det første utgangspunktet om at det ikke kan gis samtykke til ekspropriasjon dersom tiltaket allerede er iverksatt. Det vises til at leieavtalen utløp 1. november 2005, men at bruken av lokalene og taket har fortsatt etter den tid. Dette følger etter selskapets syn av oreigningslovas system, jf. §§ 2 og 25. Tiltredelse skal som den store hovedregel ikke skje før ekspropriasjons erstatning er fastsatt og samtykke til forhåndstiltredelse kan bare skje i unntakstilfelle. Ulvenveien viser til rettspraksis som i følge selskapet gir støtte for en slik forståelse av loven. Ulvenveien hevder at NetComs søknad må avslås alene på dette grunnlaget. Ulvenveien presiserer videre at regelen om forhåndstiltredelse i ekomloven § 12 - 3 tredje ledd siste punktum ikke innebærer annet enn at dersom ekspropriasjonsvedtak foreligger, kan tiltredelse gis, selv om erstatningen ikke er fastsatt. Bestemmelsen regulerer ikke hvorvidt ekspropriasjonsvedtak kan fattes når tiltredelse allerede har funnet sted.

Ulvenveien fastholder for det andre anførselen om at vilkårene for ekspropriasjon etter ekomloven § 12 – 3, jf. oreigningslova § 2 ikke er oppfylt. Ulvenveien er enig med Post- og teletilsynet i at terskelen for ekspropriasjon bør være høy og at det kun må skje når alle andre midler er forsøkt. Det følger av oreigningslova § 2 første ledd at vedtak om ekspropriasjon ikke kan gi bedre rettigheter enn det som trengs for å realisere formålet, jf. uttrykket *"så langt det trengst til eller for"*, og bare hvis det må regnes med at inngrepet *"tvillaust"* er til meir gagn enn skade". Ulvenveien viser til at det i denne formuleringen ligger at det må foreligge et behov for ekspropriasjon som ikke like godt kan tilfredsstilles ved andre fremgangsmåter, og at allmennhetens interesse for ekspropriasjon klart må overstige den skade eller ulempe grunneier blir påført ved inngrepet.

Ulvenveien viser til at det kan være et formålstjenelig alternativ til ekspropriasjon å søke samlokalisering med Telenor. Ulvenveien stiller spørsmål ved NetComs anførsel om at

en eventuell samlokalisering med Telenor eller alternativ lokalisering uansett forutsetter etablering av flere nye basestasjoner i tillegg. Ulvenveien mener at NetCom ikke har utredet godt nok muligheten for samlokalisering med Telenor og plassering av basestasjonen på alternative lokasjoner som ikke krever ekspropriasjon. Vilåret i oreigningslova kan derfor ikke anses oppfylt.

Ulvenveien viser også til at NetCom ikke i tilstrekkelig grad har uttømt muligheten for videre forhandlinger med grunneier som alternativ til ekspropriasjon. Ulvenveien er av den oppfatning at partene burde kunne komme til enighet om en minnelig løsning. Ulvenveiens krav om leie er ikke urimelig høyt, og Ulvenveien er av den oppfatning at NetCom ikke har vært villig til å strekke seg langt for å få i stand en ny leieavtale.

Ulvenveien anfører at det ikke er et sentralt og tungtveiende moment til fordel for å etterkomme søknaden om ekspropriasjon at basestasjonen allerede er utplassert på Eiendommens tak, men at dette kun er et av flere relevante momenter i ekspropriasjonsvurderingen. Det vises til at dersom dette momentet tillegges avgjørende vekt, så vil det ikke gjenstå noe reelt vurderingsrom i interesseavveiningen. Følgelig vil et subjekt som frivillig har inngått en leieavtale om en basestasjon, og som av ulike årsaker ønsker å avslutte leieforholdet, lett bli møtt med ekspropriasjon som alternativ til et fortsatt leieforhold.

Ulvenveien anfører videre at det verken foreligger feil i skjønnsutøvelsen eller saksbehandlingsfeil i Post- og teletilsynets vedtak. Ulvenveien viser særlig til at NetComs anførsel om at det er tatt utenforliggende hensyn ikke kan føre frem. Det er i denne vurderingen relevant å se hen til realiteten i de forhandlingene som har vært mellom partene, herunder å vurdere eventuelt tilbud om løsning i minnelighet fra ekspropriantens side. NetCom har i liten grad vært villig til å strekke seg for å få i stand en løsning i minnelighet, både sett hen til leienivået i avtalen fra 1996 og sett en til leienivået på dagens avtale med Mobile Norway som gjelder et langt mindre omfattende anlegg.

3. DEPARTEMENTETS VURDERING

3.1 Departementets habilitet i saken

NetCom har anført at Samferdselsdepartementet må vurdere om departementet er habil som klageinstans på grunn av tidligere befatning med saken. Bakgrunnen er at departementet mottok klagen og innhentet partenes kommentarer før førsteinstansbehandling av ekspropriasjonssaker ble delegert til PT, og saken oversendt dit. Departementet forstår det slik at NetCom mener at departementet dermed kan ha en slik tilknytning til saken at dette fører til inhabilitet.

Reglene om forvaltningens habilitet følger av forvaltningsloven kapittel 2. Habilitetsreglene er i utgangspunktet personlige, og den må være den enkelte saksbehandlers forhold som fører til inhabilitet.

Departementets befatning med denne saken før den ble oversendt til Post- og teletilsynet besto kun i å innhente kommentarer fra partene. Det ble ikke foretatt noen saksbehandling utover innhenting av disse kommentarene. Det ble verken tatt stilling til saken, eller gitt uttrykk for noe syn utad. Departementet hadde ikke noe syn på saken før den innkom i form av en klagesak fra NetCom.

Etter departementets mening foreligger det ingen habilitetskonflikt som rammes av forvaltningslovens regler i denne saken. Departementet vil i det videre behandle klagen som klageinstans, jf. ekomloven § 11-6.

3.2 Hjemmelsgrunnlag

Etter lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 12 – 3 første ledd kan Kongen treffe vedtak om eller gi samtykke til ekspropriasjon av eiendomsrett eller bruksrett til fast eiendom for anbringelse av elektronisk kommunikasjonsnett og utstyr for elektronisk kommunikasjon. Myndighet etter bestemmelsen ble delegert til Samferdselsdepartementet ved Kronprinsreg. res. 4. juli 2003 nr. 880.

Samferdselsdepartementet delegerte imidlertid denne myndigheten videre til Post- og teletilsynet i vedtak av 31. mars 2009.

Ekomloven § 12 – 3 femte ledd slår fast at bestemmelsene i lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom (oreigningslova) får tilsvarende anvendelse så langt det passer. Dette innebærer blant annet at bestemmelsen om den særskilte regelen om ekspropriasjon i ekomloven § 12 – 3 må tolkes i lys av og suppleres av den generelle regelen om ekspropriasjon i oreigningslova § 2. Oreigningslova § 2 annet ledd setter som vilkår for at det skal kunne treffes vedtak om eller gis samtykke til ekspropriasjon at *"inngrepet tvillaust er meir til gagn enn skade"*. Avgjørelsen av dette spørsmålet vil bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering i det enkelte tilfelle, og det må foretas en interesseavveining mellom på den ene side den skade eller ulempe inngrepet vil volde for grunneier og på den annen side den nytte inngrepet vil medføre for allmennheten (samfunnet).

En naturlig språklig fortolkning av begrepet *"tvillaust"* tilsier at det angir et beviskrav eller et krav om at interesseavveiningen skal være uten tvil. Denne forståelsen av ordlyden har også klar støtte i forarbeidene til oreigningslova. Det fremgår av Innst. O. VII - 1959 side 48 at begrepet *"tvillaust"* skal forstås slik at det må være *"tydeleg og klårt"* at vinningen er større enn ulempene. Videre uttales det i Ot.prp.nr.43 (1957) side 28 at *"løyve til inngrep berre må gjevast når vinninga tydeleg og klårt er større enn skaden og ulempene det valdar"*. I dette ligger et krav om at det må foreligge alminnelig eller simpel overvekt i interessene. Denne forståelsen av begrepet samsvarer med juridisk

teori, og er senere bekreftet av Høyesterett i avgjørelsen inntatt i RT 2009 s.1142. Her konkluderte Høyesterett, på bakgrunn av en tolkning av lovens ordlyd og forarbeider, at begrepet "*tvillaust*" i oreigningslova § 2 annet ledd innebærer at det må foreligge alminnelig eller simpel interesseovervekt i favør av inngrepet. Lovgiver har ment å lovfeste et beviskrav eller et klarhetskrav og ikke å innføre et krav om kvalifisert interesseovervekt. Dette må anses som gjeldende rett.

Det følger av konsekvent og langvarig rettspraksis at uttrykkene "*gagn*" og "*skade*" ikke skal tolkes strengt, men forstås i vid betydning. Det følger naturlig av lovens ordlyd at det med "*gagn*" siktes til de hensyn som tilsier eller begrunner inngrep. Det er et ufravikelig krav at hensynet til samfunnet eller allmennheten tilsier ekspropriasjon. Det må dreie seg om hensyn som anses som samfunnsnyttige enten fordi de ivaretar offentlige formål og interesser direkte, eller fordi de tilgodeser hensyn og verdier som vurderes som samfunnsnyttige. Dette er en objektiv vurdering. Formålet må være ekspropriasjonsverdig ut fra en alminnelig betraktning. Lovteksten oppstiller ikke en opplisting av hvilke allmenne hensyn det er relevant å legge vekt på i denne sammenheng. Det er derfor overlatt til rettsanvender å trekke opp denne grensen nærmere. Det er etter hvert dannet seg en oppfatning i retts- og forvaltningspraksis om hvilke allmenne samfunnshensyn som objektivt sett kan begrunne ekspropriasjon. Hensynet til miljøet og samfunnsøkonomisk effektivitet er eksempler på relevante allmenne hensyn som kan begrunne inngrep.

En tolkning av hjemmelsgrunnlaget i ekomloven § 12 -3 gir veiledning med hensyn til hvilke andre allmenne hensyn det er relevant å legge vekt i denne konkrete saken. Det følger av bestemmelsen at samtykke til ekspropriasjon kan gis "*for å ivareta det offentliges eller brukernes interesser i en hensiktsmessig bruk av ressurser som nyttes eller kan nyttes til elektronisk kommunikasjon*". Overordnede samfunnshensyn som behov for elektronisk kommunikasjon og hensiktsmessig ressursutnyttelse (best mulig allokering av ressursene) er følgelig allmenne hensyn det er relevant å legge vekt på. Videre vil formålsbestemmelsen i ekomloven § 1-1 gi ytterligere veiledning. Bestemmelsen slår fast at "*Lovens formål er å sikre brukerne i hele landet gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester, gjennom effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for bærekraftig konkurranse, samt stimulere til næringsutvikling og innovasjon*". Hensyn som ivaretar interessene til sluttbrukerne og overordnede telepolitiske hensyn vil følgelig være relevante å legge vekt på. Reguleringens formål er blant annet å legge forholdene til rette for at sluttbrukere over hele landet kan ta i bruk mobilkommunikasjon. Hensynet til at mobiltilbyderne bygger et ressurs- og kostnadseffektivt nett som sikrer rimelige og gode elektroniske kommunikasjonstjenester til sluttbrukerne i hele landet kan derfor begrunne vedtak om ekspropriasjon.

Som nevnt over er hensynet til miljøet et relevant moment som vil bli tillagt vekt i ekspropriasjonsvurderingen. Samferdselsdepartementet bemerker at det følger av

departementets rapport fra 1999 om Utbygging av mobilnett og forholdet til miljø, utarbeidet som veiledning til utbyggerne av mobilnett, at miljøhensyn vil bli tillaget vekt i ekspropriasjonsvurderingen. Det vil være relevant å legge vekt på hensyn til miljøet både i forhold til vurderingen av begrepet "gagn" og "skade".

Med "skade" forstås for det første de skader og ulemper vedkommende grunneier påføres som følge av et ekspropriasjonsinngrep og som vil medføre krav på erstatning (skade i egentlig forstand). Forståelsen av begrepet er imidlertid ikke begrenset til byrder som er av en slik karakter at de betinger erstatning (utløser erstatningsansvar), men omfatter også andre typer skader og ulemper. Det må også tas hensyn til andre personer enn de som ekspropriasjonen eller ekspropriasjonsvedtaket direkte retter seg mot. Det skal følgelig tas hensyn til den "skade" ekspropriasjon vil medføre både for grunneier og allmennheten. Alminnelige miljømessige problemer (skade på miljøet) er derfor relevante å ta hensyn til. Økonomiske ulemper for grunneier vil bli tatt hensyn til (kompensert for) ved et etterfølgende skjønn.

Det fremgår videre av retts- og forvaltningspraksis at spørsmålet om det finnes alternativer til ekspropriasjon som i like stor grad kan ivareta formålet med inngrepet (behov for mobildekning), men som er mindre inngripende, vil være et relevant moment i helhetsvurderingen. Samtykke til ekspropriasjon bør ikke gis dersom det finnes et annet alternativ som er mindre inngripende og som i like stor grad vil tjene det aktuelle allmenne formålet med ekspropriasjon. Dette er et krav om forholdsmessighet og innebærer at man må vurdere muligheten for alternative lokasjoner og samlokalisering med andre tilbydere. Dette utgjør et av flere moment i vurderingen, og anses ikke i seg selv som en generell regel. Departementet vil som utgangspunkt bemerke at ekspropriasjon anses som et sterkt inngrep i partenes rettsstilling (den private eiendomsrett), og at dette skjerper kravene til begrunnelse. Men dersom det ikke finnes tilstrekkelig gode alternativer som ikke krever ekspropriasjon, skal det mye til for at ulempene for grunneier anses så tyngende at vilkåret "*twillaust meir til gagn enn skade*" i oreigningslova 2 første ledd ikke anses oppfylt.

Departementet vil i det følgende gå over til å vurdere om Post- og teletilsynets vedtak lider av saksbehandlingsfeil som medfører at vedtaket må anses ugyldig etter forvaltningsloven § 41 eller etter analogi med prinsippet i denne bestemmelsen.

3.2 Saksbehandlingsfeil

NetCom anfører i hovedtrekk tre typer saksbehandlingsfeil som etter selskapets oppfatning medfører at Post- og teletilsynets vedtak må anses ugyldig. For det første mener NetCom at tilsynet ikke har overholdt utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 første ledd. For det andre mener NetCom at tilsynet har lagt feil faktum til grunn for skjønnsutøvelsen. For det tredje mener selskapet at tilsynet har lagt vekt på utenforliggende hensyn i interesseavveiningen. Etter NetComs syn må det legges til

grunn at ovennevnte feil har vært bestemmende på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Utenforliggende hensyn

Departementet vil først vurdere NetComs anførsel om at Post- og teletilsynet har lagt vekt på utenforliggende hensyn. Forvaltningsloven § 41 omhandler virkningen av brudd på saksbehandlingsregler etter forvaltningsloven og kan ikke benyttes direkte på andre typer saksbehandlingsfeil. Det følger imidlertid av rettspraksis at samme vurderingsnorm anvendes analogisk på slike feil, herunder vektlegging av utenforliggende hensyn (ulovfestet ugyldighetslære). Bestemmelsen i forvaltningsloven § 41 slår fast at vedtak kan anses som ugyldig dersom det er grunn til å regne med at feilen kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Finner man først at det er lagt utenforliggende hensyn til grunn for en avgjørelse, vil som regel feilen ha hatt innflytelse på vedtakets innhold.

Post- og teletilsynet stiller i vedtaket spørsmål ved om NetCom har forsøkt alle mulige midler for å dekke sitt behov for bruksrett til areal for basestasjonen. Tilsynet mener blant annet at ytterlige forhandlinger med grunneier om inngåelse av ny leiekontrakt må anses som et reelt alternativ til ekspropriasjon som må utforskes nærmere. Tilsynet viser til at NetCom har et handlingsalternativ gjennom å tilby Ulvenveien en høyere leiepris enn det selskapet tilbød under forhandlingene, og at det derfor ikke kan anses nødvendig å gi samtykke til ekspropriasjon (fordi det finnes mindre inngripende alternativer som vil ivareta det samme behovet). Tilsynet gir med dette uttrykk for at hvilken pris NetCom har vært villig til å betale grunneier i leie inngår som et relevant moment i den skjønnsmessige helhetsvurderingen. Post- og teletilsynet er av den oppfatning at det ved behandlingen av søknaden om ekspropriasjon er saklig og relevant moment i skjønnsvurderingen i hvilken grad partene har forsøkt å komme til enighet, hvilket tilbud og krav som er fremsatt og hvilket vederlag som betales i sammenlignbare leieavtaler.

Departementet viser til at det etter oreigningsloven § 12 ikke foreligger noe ubetinget krav til at ekspropriasjonssøkeren i alle tilfelle først skal ha forsøkt å oppnå en minnelig løsning, jf. Ot.prp. nr 43 (1957) s. 31. Om det ikke er gjort noe slikt forsøk, vil dette i henhold til rettspraksis ikke ha betydning for gyldigheten av et senere ekspropriasjonsvedtak. Det følger imidlertid av lovens ordlyd at partene kan bli oppfordret til å forsøke å komme til en minnelig løsning. I henhold til forarbeidene, jf. Ot.prp. nr 43 (1957) s. 31, er det opp til det organ som avgjør ekspropriasjonssøknaden å avgjøre om ekspropriasjonssøkeren kan anses å ha gjort fyllestgjørende forsøk på å oppnå en rimelig ordning. Departementet har i tidligere avgjørelser lagt til grunn at det normalt skal være gjort forsøk på å oppnå minnelig avtale før man går til det skritt å søke om ekspropriasjon.

Som nevnt i punkt 1.1 ovenfor er det i saken opplyst om at NetCom etter å ha oppdaget at leieavtalen var utløpt, innledet forhandlinger med Ulvenveien med sikte på å komme til enighet om en ny skriftlig leieavtale. Begge parter var i utgangspunktet interessert i å videreføre leieforholdet, men forhandlingene strandet på grunn av uenighet om det årlige vederlaget. Departementet legger derfor til grunn at partene har gjort reelle forsøk på å komme til en minnelig løsning i saken gjennom forhandlinger om inngåelse av ny leiekontrakt, uten at dette lykkes. Departementet finner derfor at vilkårene i oreigningsloven § 12 annet ledd er oppfylt. For øvrig vises det til at det nettopp er i tilfeller hvor avtaleforhandlinger ikke har ført frem, at det er aktuelt for tilbyder å søke om samtykke til ekspropriasjon. Spørsmålet om hva som er riktig pris vil fastsettes ved et etterfølgende skjønn (fastsetting av ekspropriasjonserstatning) ved ekspropriasjon dersom partene ikke blir enige om vederlagets størrelse.

Selv om departementet ikke er enig i tilsynets skjønnsmessige vurdering, vises det til at oreigningsloven § 12 annet ledd åpner for at tilsynet tar stilling til om NetCom kan anses å ha gjort fyllestgjørende forsøk på å oppnå en rimelig ordning. Departementet kan derfor ikke se at tilsynet har vektlagt utenforliggende hensyn på en måte som fører til at vedtaket er ugyldig ved å ta stilling til dette spørsmålet.

Sakens opplysning

NetCom anfører at Post- og teletilsynet i henhold til utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 enten selv burde ha undersøkt alternativene til ekspropriasjon eller anmodet NetCom om å gjøre det, før endelig vedtak ble truffet. Etter NetComs syn tilfredsstiller derfor ikke saksbehandlingen utredningskravet etter forvaltningsloven § 17.

Etter alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ligger ansvaret for sakens opplysning hos forvaltningsmyndigheten. Av forvaltningsloven § 17 første ledd følger det at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Ansvaret innebærer at forvaltningen må sørge for å få de opplysninger som er nødvendige for å sikre en riktig avgjørelse. I dette ligger også at forvaltningen i en viss grad er pliktig til å henvende seg til parten, for å få supplerende opplysninger der avgjørelsesgrunnlaget ikke er tilstrekkelig, jf. f.eks Sivilombudsmannens Årsmelding 1985 s 129. Utredningsplikten må ses i lys av den tid og de ressurser som er til rådighet og de faktiske muligheter som foreligger. Det går en grense for hvor langt det offentliges plikt rekker til å innhente ytterligere informasjon fra parter som ikke selv har gitt fyllestgjørende opplysninger.

Departementet vil i det følgende vurdere om vedtaket lider av saksbehandlingsfeil i strid med forvaltningsloven § 17 første ledd. Det vises til at det i ekspropriasjonssaker som utgangspunkt må stilles strenge krav til utredningsplikten, fordi slike vedtak er inngripende for de det retter seg mot. I denne saken hadde NetCom sendt informasjon om hvorfor det etter selskapets vurdering var nødvendig å videreføre basestasjonen på Eiendommen, jf. blant annet Radiorapport I. PT fant imidlertid at muligheten for

samløkalisering med annen tilbyder ikke var tilstrekkelig undersøkt. Tilsynet uttalte at de ut fra satellittbilder over området, kunne se at er det romslig med plass på taket til de to bygningene som Telenor benytter. Tilsynet kjente imidlertid ikke til om det er tilstrekkelig med plass under taket for samlokalisering. Tilsynet fant ikke at dette var godt nok undersøkt av NetCom, og mente at det var et moment som talte i retning av å avslå søknaden fra NetCom. Tilsynet mente at verken muligheter for alternative lokasjoner eller samlokalisering var tilstrekkelig undersøkt av NetCom.

Dette reiser spørsmål om NetCom har et medansvar for å utrede saken, og om det eventuelt kan føre til tilsynets utredningsplikt etter § 17 første ledd blir relativt sett mindre. I teorien legges det ikke generelt til grunn at partene er pliktig til å utrede saken på eget initiativ, jf. bl.a. Woxholts Forvaltningsloven med kommentarer s. 278. Det fremkommer imidlertid samme sted at det til en viss grad må kunne forventes at partene fremlegger nødvendige opplysninger av eget tiltak, særlig der opplysningene taler til egen fordel og det er snakk som saker der det søkes om en begunstigelse. Særlig gjelder dette der parten sitter på argumenter som lett kan bringes frem. I denne saken søker NetCom om en begunstigelse og fremlegg av informasjonen vil være til selskapets fordel. Informasjonen kunne relativt lett frembringes ved hjelp av selskapets egne radioplanleggere. Dette trekker i retning av at selskapet hadde en opplysningsplikt av eget tiltak. Men NetCom hadde så langt departementet kan se, ingen foranledning til å forstå at mer informasjon var etterspurt. Både fordi selskapet hadde sendt inn informasjon på samme nivå som i tidligere lignende saker, og fordi tilsynet ikke bad om mer informasjon. Departementet kan dermed ikke se NetCom av eget tiltak hadde en foranledning til å utrede nærmere. Tilsynet burde ha bedt om mer informasjon dersom de mente at det var behov for slik informasjon. Departementet kommer derfor til at tilsynets utredningsplikt i denne saken ikke er tilstrekkelig oppfylt.

Feil faktum

NetCom anfører videre at Post- og teletilsynet har lagt feil faktum til grunn for den skjønnsmessige helhetsvurderingen (interesseavveiningen), og at vedtaket følgelig hviler på sviktende faktisk grunnlag. I den forbindelse vises det til at tilsynet forutsetter at den aktuelle basestasjonen kan erstattes med kun en ny basestasjon plassert eller samlokalisert i nærområdet, uten at det samtidig må etableres flere nye basestasjoner. NetCom understreker at denne forutsetningen er feil. Det fremgår klart av Radiorapport I og II at avvikling av basestasjonen i alle tilfeller vil medføre at det må etableres inntil tre nye basestasjoner. Om etableringen av nye basestasjoner skjer ved samlokalisering eller ved at det opprettes helt nye basestasjoner på lokasjoner i nærområdet er uten betydning i denne sammenheng. Tatt i betraktning Post- og teletilsynets begrunnelse for å avslå søknaden, må det etter NetComs syn legges til grunn at ovennevnte feil har vært bestemmende på vedtakets innhold, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41.

Departementet viser til at tilsynet la radorapport I til grunn for sitt vedtak.

Departementet har i forbindelse med klagesaken forelagt Radorapport II for tilsynet til uttalelse. Tilsynet uttalte følgende i brev av 3. februar 2011: *"Rapporten gir etter PTs syn en grundig analyse av erstatning av site OSL015 Økern på adresse Ulvenveien 75A i Oslo. Rapporten tar for seg både mulige alternative lokasjoner og muligheter for samlokalisering, og viser at når man enten ser på kostnadssiden eller interferenssiden/nettverkskvalitet, så er det mye som tyder på at det er lite hensiktsmessig å erstatte OSL015."*

Det vises til at tilsynet i vedtaket mente at verken muligheter for alternative lokasjoner eller samlokalisering var tilstrekkelig undersøkt av NetCom. På bakgrunn av tilsynets uttalelse til Radorapport II, mener departementets at informasjonen i denne rapporten ville hatt betydning for tilsynets vurdering dersom den hadde vært forelagt tilsynet før vedtaket. Tilsynet har med andre ord lagt mangelfull informasjon til grunn for sitt vedtak. Dette er etter departementets vurdering en saksbehandlingsfeil.

Spørsmålet er imidlertid om denne saksbehandlingsfeilen fører til ugyldighet. Det følger av forvaltningsloven § 41 at selv om reglene i forvaltningsloven ikke er fulgt i en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Både mangelfull utredning og feil faktum kan lede til at vedtaket blir ugyldig etter forvaltningsloven § 41 (selv om det er prinsippet i bestemmelsen som kommer til anvendelse når feil faktum er lagt til grunn). Ved mangelfull utredning vil mulighetene for feilaktig vurdering av realiteten lett kunne oppstå. Hvis det er rimelig grunn til å anta at den mangelfulle utredning har virket inn på resultatet, vil vedtaket i regelen bli ugyldig hvis det er til skade for parten, jf. Rt 1962 s 1123 og Rt 1961 s 910, jf. Woxholdt Forvaltningsloven med kommentarer. Er det rimelig klart at forvaltningen har lagt et feilaktig faktum til grunn, kan vedtaket også bli ugyldig av denne grunn.

Feilen skyldes i dette tilfellet etter departementets oppfatning mangelfull utredning, jf. ovenfor. Det er så langt departementet kan se ikke grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende inn på vedtaket. Tvert i mot fremstår det som rimelig klart basert på uttalelsene i tilsynets brev av 3. februar 2011 at tilleggsopplysningene har spilt vesentlig inn på avgjørelsen. Departementet finner derfor at det foreligger en saksbehandlingsfeil som medfører at vedtaket må anses ugyldig etter forvaltningsloven § 41.

3.3 Interesseavveining

Departementet vil i det følgende gå over til å vurdere om det i denne konkrete saken foreligger en klar overvekt av fordeler/positive samfunnshensyn (allmenne hensyn) som begrunner ekspropriasjon sett i forhold til den skade eller ulempe et slikt inngrep vil volde for grunneier.

Spørsmålet departementet skal ta stilling til er om det i dette tilfellet er grunnlag for å gi samtykke til ekspropriasjon i medhold av ekomloven § 12 – 3, jf. oreigningslova § 2 nr. 9. Det materielle vurderingstema er om samtykke til ekspropriasjon vil være *"villaustr meir til gagn enn skade"*, jf. vilkåret i oreigningsloven § 2 første ledd. Den skade eller ulempe inngrepet vil innebære for grunneier må veies mot den nytten ekspropriasjon vil medføre for allmennheten. Avgjørende for vurderingen er om de overordnede positive samfunnshensyn som inngrepet skal ivareta vil antas å veie tyngre enn/overstiger den skade eller ulempe grunneier vil påføres ved en eventuell ekspropriasjon.

Forhåndstiltredelse

Når det gjelder Ulvenveiens anførsel om at det ikke kan gis samtykke til ekspropriasjon for et tiltak som allerede er iverksatt, er det departementets vurdering at dette ikke kan være riktig lovforståelse. Departementet viser for det første til at det fremgår av ekomloven § 12 – 3 tredje ledd siste setning at *"Skjønnnet har ikke utsettende virkning for gjennomføringen av ekspropriasjonsvedtaket"*. Bestemmelsen gir følgelig anvisning på et alminnelig prinsipp om forhåndstiltredelse i motsetning til det som er hovedregelen etter oreigningslova §§ 2 og 25. Med forhåndstiltredelse menes tillatelse til å iverksette ekspropriasjonsinngrep før vederlaget (ekspropriasjonserstatningen) er endelig fastsatt. Departementet viser videre til at ekomloven § 12 - 3 femte ledd uttrykkelig slår fast at bestemmelsene i oreigningslova bare *"gjelder tilsvarende så langt det passer"*. Det følger av denne formuleringen at bestemmelsen i ekomloven 12 - 3 må betraktes som en spesialregel som går foran den mer generelle regelen i oreigningslova §§ 2 og 25.

I likhet med Post- og teletilsynet mener Samferdselsdepartementet at det er en naturlig konsekvens av prinsippet om forhåndstiltredelse, at det også er adgang til å gi samtykke til et ekspropriasjonstiltak som allerede er gjennomført. Dette er også i tråd med tidligere forvaltningspraksis vedrørende ekspropriasjon etter ekomloven § 12 - 3, som nesten utelukkende gjelder videreføring av eksisterende basestasjoner etter utløp av leiekontrakt med grunneier. I disse sakene har ekspropriaten tidligere hatt faktisk råderett over de aktuelle arealene i henhold til avtale med grunneier, og det har ikke blitt ansett som et hinder for å gi samtykke til ekspropriasjon at tiltaket allerede er iverksatt. Tvert imot har det forhold at søknaden gjelder samtykke til ekspropriasjon av bruksrett av areal til videreføring av eksisterende basestasjon, blitt ansett som et sentralt og tungtveiende moment til fordel for ekspropriasjon etter ekomloven § 12 - 3. En motsatt lovforståelse ville innebære at tilbyder ikke vil kunne få samtykke til ekspropriasjon i tilfeller der leieavtale med grunneier har utløpt og partene ikke selv kommer til enighet. En slik lovanvendelse vil ikke bidra til en hensiktsmessig utnyttelse av ressursene, og dermed være direkte i strid med lovgrunnen. Dette ville føre til at bestemmelsen om fremføringsretten ville miste mye av sin praktiske betydning. Reelle hensyn taler derfor også for en slik forståelse av loven som Post- og teletilsynet har lagt til grunn i sitt vedtak. Samferdselsdepartementet har på denne bakgrunn kommet til at det kan gis samtykke til ekspropriasjon etter ekomloven § 12 - 3 forutsatt at lovens vilkår er oppfylt, selv om tiltaket allerede er iverksatt.

Det er videre i denne saken omtvistet om den opprinnelige leieavtalen kan anses videreført. På grunn av ovenstående og i tråd med tidligere forvaltningspraksis finner departementet ikke grunn til å vurdere spørsmålet om leieavtalens gyldighet for å ta stilling til om ekspropriasjon skal gis eller ikke.

Nærmere om basestasjonen på Eiendommen og kostnadene ved å erstatte den
Basestasjonen på Eiendommen ligger innenfor et område hvor NetCom i henhold til tildelt konsesjon og tillatelser er pålagt dekningsforpliktelser. Selskapet er tildelt konsesjon til å anlegge og drive offentlig mobilkommunikasjonsnett av typen GSM 900 i Norge frem til 31. desember 2017. Den eksisterende basestasjonen på Eiendommen inngår som en del av det offentlige elektroniske kommunikasjonsnettet i det aktuelle området, og bidrar til en sikker og stabil levering av slike tjenester. Dette er i samsvar med formålet i ekomloven § 1-1 om at brukere i hele landet skal sikres gode, rimelige og fremtidsrettede elektroniske kommunikasjonstjenester.

NetComs søknad gjelder ekspropriasjon av bruksrett til areal for å kunne videreføre en allerede eksisterende basestasjon. Dette er et moment som normalt tillegges stor vekt i helhetsvurderingen. Det fremgår av sakens dokumenter at basestasjonen på Eiendommen er sentral i selskapets infrastruktur. Det fremgår videre av Radiorapport I og II at dersom driften av denne basestasjonen avvikes, må det etableres inntil tre nye basestasjoner for at tilsvarende dekningsgrad skal kunne opprettholdes i området, og transmisjonen via radiolinje for til sammen 20 andre basestasjoner må restruktureres. Dette gjelder uavhengig av eventuell samlokalisering med Telenor. Det følger av Radiorapport II at det er helt umulig at kun en ny basestasjon kan erstatte dekningen fra den eksisterende basestasjonen.

Post- og teletilsynet viser i brev av 3. februar 2011 til at det på basestasjonen på Eiendommen per i dag eksisterer tre ulike systemer: GSM 900, GSM 1800 og UMTS 2100. Dersom resultatet av en flytting av basestasjonen skal kunne gi like god mobildekning, må det vurderes om hvert av disse mobilsystemene vil beholde like høy feltstyrke og kvalitet som i dag. Det geografiske området for potensielle alternative lokasjoner er derfor veldig begrenset. Lokasjoner omkring eksisterende basestasjon må også oppfylle visse krav for at de skal være aktuelle for vurdering. Dette omfatter blant annet bygningshøyde topografi, ulike hinder for elektromagnetiske bølger osv. En slik vurdering gjennomføres for hvert system separat, altså må en multisystem-site oppfylle alle disse kravene til hvert system (GSM 900, GSM 1800 og UMTS) samtidig. Til analysen brukes bl.a. data fra kandidatvisning, opplysninger om bygninger og data fra tilgjengelig planleggingsprogramvare. Rapport II fra NetComs radioplanlegger viser etter tilsynets oppfatning en grundig teoretisk analyse av ni ulike lokasjonsalternativer for de ulike mobilsystemene. Analysen viser at når man fokuserer på radioplassering og mekanisk plassering så er det ikke mulig å erstatte basestasjonen på Eiendommen med én alternativ plassering med tanke på nettverkskvalitet og dekning, og da særlig

innendørs dekning. Forverring av nettverkskvaliteten vil føre til reduksjon av hastigheten ved dataoverføring, særlig innendørs. Dette innebærer at det med stor sannsynlighet vil måtte foretas tilleggsinvesteringer i innendørs infrastruktur. På denne bakgrunn vil det derfor bli nødvendig å bygge nye siter. Post- og teletilsynet uttaler videre: *"Rapporten gir etter PTs syn en grundig analyse av erstatning av site OSL015 Økern på adresse Ulvenveien 75A i Oslo. Rapporten tar for seg både mulige alternative lokasjoner og muligheter for Samlokalisering, og viser at når man enten ser på kostnadssiden eller interferenssiden/nettverkskvalitet så, er det mye som tyder på at det er lite hensiktsmessig å erstatte OSL015."*

NetCom anslår at kostnadene forbundet med bygging av tre nye basestasjoner til erstatning for basestasjonen på Eiendommen vil ligge i underkant av 3 000 000 kroner. I tillegg vil det påløpe økte utgifter som følge av at NetCom må drifte tre basestasjoner i stedet for en (herunder økte utgifter til husleie, felles- og vedlikeholdsutgifter, forsikring, strøm mv.). NetCom anslår at investeringskostnaden for omlegging av sambandsløsningen for de 20 basestasjonene som i dag er direkte eller indirekte knyttet til basestasjonen på Eiendommen via radiolinje vil ligge på totalt 230 00 kroner. Videre kommer økte driftskostnader som følge av en slik eventuell omlegging av sambandet på om lag 576 000 kroner per år.

Departementet har merket seg at tallene stemmer godt med kostnadsestimater i tilsvarende saker, og legger til grunn at rapportene gir et riktig bilde av eventuelle kostnader. Det følger av dette at en eventuell avvikling og erstatning av basestasjonen på Eiendommen vil være svært kostnadskreven for NetCom. De omfattende investerings- og driftskostnadene en slik reetablering innebærer vil kunne få stor negativ innvirkning på selskapets økonomi i tiden fremover, spesielt dersom dette også blir utfallet i tilsvarende saker. Departementet er av den oppfatning at dette på sikt vil kunne bidra til å svekke NetComs evne til å tilby gode og rimelige elektroniske kommunikasjonstjenester for sluttbrukerne. Departementet mener dette momentet må tillegges vekt i interesseavveiningen, og at det peker i retning av å gi samtykke til ekspropriasjon, til tross for at den opprinnelige avtalen selskapet hadde med grunneier var tidsbegrenset.

Samlokalisering

Hensynet til mulighet for samlokalisering med andre tilbydere skal tillegges vekt i ekspropriasjonsvurderingen. I utgangspunktet vil samlokalisering med andre tilbydere være et alternativ å foretrekke fremfor ekspropriasjon der dette er mulig. Det fremgår imidlertid av Radiorapport II at samlokalisering alene med Telenor på alternative lokasjoner i nærheten/området vil være ugunstig fordi Telenors lokasjoner ikke passer så godt inn i NetComs mobilnett. Det vises i den forbindelse til at dekningsbidraget fra disse lokasjonene enten vil være for lite eller for stort og dermed skape skadelig interferens. En eventuell samlokalisering alene vil følgelig gi vesentlig dårligere dekningsforhold enn i dag og begrense selskapets mulighet til å tilby en sikker og

stabil levering av elektroniske kommunikasjonstjenester i området, jf. formålet i ekomloven § 1 og NetComs dekningsforpliktelse i henhold til konsesjon.

Radioplanlegger konkluderer på denne bakgrunn at samlokalisering med Telenor ikke vil være et egnet og tilstrekkelig alternativ til ekspropriasjon med mindre det i tillegg etableres flere nye basestasjoner. Det legges til grunn at disse opplysningene fra radioplanlegger er korrekte. Manglende mulighet til å få i stand en god løsning gjennom samlokalisering er et relevant moment i interesseavveiningen, og taler for en videreføring av eksisterende basestasjon.

Som nevnt ovenfor er det dokumentert at en eventuell avvikling av basestasjonen uansett vil medføre behov for å bygge inntil tre nye basestasjoner for å opprettholde mobildekningen i området på samme nivå som i dag (selv ved samlokalisering med Telenor). En kombinasjon av samlokalisering med Telenor og etablering av egne basestasjoner vil kreve minst fire basestasjoner for å erstatte dekningen fra basestasjonen på Eiendommen. Videreføring av eksisterende basestasjon vil følgelig ivareta hensynet til miljøet i større grad enn det en reetablering vil gjøre, jf. målsettingen om å bygge så få basestasjoner som mulig. Dette er etter departementets syn et sentralt og tungtveiende moment i interesseavveiningen, og som peker i retning av å etterkomme søknaden om ekspropriasjon.

På denne bakgrunn finner Samferdselsdepartementet at det ikke foreligger egnede og mindre inngripende alternativer som i like stor grad ivaretar behovet for mobildekning som ekspropriasjon i dette tilfellet. Videreføring av eksisterende basestasjon bidrar til at det ikke etableres flere basestasjoner enn nødvendig og til en mer effektiv utnyttelse av ressursene. Alternativet til ekspropriasjon er å etablere flere nye basestasjoner, noe som samlet sett vil utgjøre et større inngrep i miljøet og innebære store kostnader. Departementet mener at både hensynet til miljøet og effektiv ressursbruk taler for at basestasjonen blir videreført på samme lokasjon. Dette er et sentralt og tungtveiende moment som peker i retning av at søknaden om samtykke til ekspropriasjon bør etterkommes.

Hvilken ulempe vil ekspropriasjon medføre?

Begge parter har gjennom tidligere forhandlinger vist interesse og vilje til få i stand en ny skriftlig leieavtale. Det vises i den forbindelse blant annet til at grunneier fremsatte et tilbud om inngåelse av ny femårig leiekontrakt. Ulvenveien har tilsynelatende ingen motforestillinger mot at basestasjonen videreføres på Eiendommen så fremt NetCom yter et høyt nok vederlag. Uenigheten partene imellom dreier seg med andre ord hovedsaklig om leiepris. Etter departementets syn er dette en indikasjon på at ulempene et eventuelt ekspropriasjonsinngrep vil volde for grunneier først og fremst er av økonomisk karakter og at øvrige ulemper for Ulvenveien ikke vil være særlig store. Dette synet forsterkes ytterligere ved at også Mobil Norway AS har utplassert basestasjonsutstyr i henhold til avtale med grunneier på Eiendommens tak.

At tvisten først og fremst gjelder det årlige vederlaget og ikke plasseringen av basestasjonen på Eiendommen som sådan, er et moment som trekker i retning av å etterkomme søknaden om ekspropriasjon/ekspropriasjon vil være *"meir til gagn enn skade"*. I den grad ekspropriasjon medfører økonomiske ulemper for Sameiet, vil dette uansett bli tatt hensyn til ved et etterfølgende skjønn.

3.4 Konklusjon

Etter en samlet vurdering er Samferdselsdepartementet kommet til at det foreligger en klar overvekt av legitime positive samfunnshensyn som begrunner ekspropriasjon etter ekomloven § 12 – 3. Departementet er kommet til at nytten av en stabil og sikker levering av elektroniske kommunikasjonstjenester til befolkningen i området, overstiger de ulemper inngrepet vil medføre for grunneier. I denne interesseavveiningen legger departementet avgjørende vekt på at hensynet til effektiv ressursutnyttelse, miljøhensyn og det overordnede telepolitiske hensynet til god dekning til landets mobilbrukere (sluttbrukerne) til enhver tid, vil bli ivarettatt ved samtykke til ekspropriasjon. Det vil være ineffektivt, kostbart og negativt for miljøet i et samfunnsmessig perspektiv å avvikle basestasjonen på Eiendommen og erstatte den med inntil tre nye basestasjoner. Videreføring av eksisterende basestasjon bidrar til at det ikke etableres flere basestasjoner enn nødvendig og til en mer effektiv utnyttelse av ressursene. Departementet finner på denne bakgrunn at det er sannsynliggjort at samtykke til ekspropriasjon vil være *"meir til gagn enn skade"*, jf. oreigningslova § 2 annet ledd. Vilkårene for ekspropriasjon etter ekomloven § 12 – 3 jf. oreigningslova § 2 er således oppfylt.

Klagen har med dette ført frem. Samtykket til ekspropriasjon av bruksrett til Eiendommen gis i samsvar/tråd med søknaden og gjøres tidsbegrenset frem til og med 31. desember 2017. På den måten tilpasses bruksretten til utløpet av NetComs siste tildelte frekvenstillatelse for GSM 900.

4. VEDTAK

Departementet treffer i medhold av ekomloven § 11-6 første ledd, jf. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd slikt vedtak:

Post- og teletilsynets vedtak av 30. november 2009 omgjøres slik at NetCom gis samtykke til ekspropriasjon av bruksrett til fast eiendom for plassering av basestasjon for elektronisk kommunikasjonsnett og utstyr for elektronisk kommunikasjon på eiendommen gnr. 122, bnr. 179 i Oslo kommune. Samtykket til inngrep omfatter de bruksrettigheter og tilliggende rettigheter som angis i søknaden og er tidsbegrenset frem til og med 31. desember 2017.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. ekomloven § 11- 6, femte ledd og forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Det skal ytes vederlag for den byrden ekspropriasjonsvedtaket antas å påføre grunneieren, jf. ekomloven § 12- 3, tredje ledd. Bestemmelsen slår fast at vederlaget skal fastsettes ved skjønn, med mindre partene blir enige om vederlagets størrelse. Skjønnen styres av lensmannen, namsfogden eller politistasjonssjef med sivile rettspleieoppgaver, jf. ekomloven § 12- 3, tredje ledd, fjerde punktum.

Saksomkostninger etter oreigningslova § 15 avgjøres av skjønnssretten både i forbindelse med forvaltningssaken og skjønnssaken.

Samtykket til ekspropriasjon av bruksretten bortfaller hvis ikke skjønn er begjært innen ett år fra vedtaksdato, jf. oreigningslova § 16.

Med hilsen


Christina Christensen e.f.


Eirik Wold Sandaa

Kopi til:

Advokatfirmaet Haavind AS
Post- og teletilsynet